



1990

**Canada
Federal Court
Reports**

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

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

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

Editorial Board

Executive Editor
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.

Senior Legal Editor
CHRISTINE REINHARDT,
LL.L., Dip. Legis.

Editors
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
MARGARET R. LEFÈVRE, B.A.
(HON.), LL.B.

Legal Research Editor
LYNNE LEMAY

Production Staff

Supervisor, Editorial Services
LAURA VANIER

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIault
LOUISE BEAUCHAMP

Secretary
LISE LEPAGE

Volume 1

Bureau des arrêtiistes

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

Arrêtiiste principale
CHRISTINE REINHARDT,
LL.L., Dipl. rédaction législative

Arrêtiistes
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.
MARGARET R. LEFÈVRE, B.A.
(HON.), LL.B.

Recherche et documentation juridiques
LYNNE LEMAY

Services techniques

Superviseur, Services de l'édition
LAURA VANIER

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIault
LOUISE BEAUCHAMP

Secrétaire
LISE LEPAGE

Volume 1

JUDGES OF THE FEDERAL COURT OF CANADA

(DURING THE PERIOD COVERED BY THIS VOLUME)

CHIEF JUSTICE

The Honourable FRANK IACOBUCCI
(Appointed September 2, 1988)

ASSOCIATE CHIEF JUSTICE

The Honourable JAMES ALEXANDER JEROME
(Appointed February 18, 1980)

COURT OF APPEAL JUDGES

The Honourable LOUIS PRATTE
(Appointed to the Trial Division June 10, 1971;
Appointed January 25, 1973)

The Honourable DARREL VERNER HEALD
(Appointed to the Trial Division June 30, 1971;
Appointed December 4, 1975)

The Honourable JOHN J. URIE
(Appointed April 19, 1973;
Supernumerary December 31, 1988)

The Honourable PATRICK M. MAHONEY, P.C.
(Appointed to the Trial Division September 13, 1973;
Appointed July 18, 1983)

The Honourable LOUIS MARCEAU
(Appointed to the Trial Division December 23, 1975;
Appointed July 18, 1983)

The Honourable JAMES KNATCHBULL HUGESSEN
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable ARTHUR J. STONE
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable MARK R. MACGUIGAN, P.C.
(Appointed June 29, 1984)

The Honourable BERTRAND LACOMBE
(Appointed October 29, 1985)

The Honourable ALICE DESJARDINS
(Appointed June 29, 1987)

The Honourable ROBERT DÉCARY
(Appointed March 14, 1990)

TRIAL DIVISION JUDGES

The Honourable FRANK U. COLLIER
(Appointed September 16, 1971;
Supernumerary November 1, 1987)

The Honourable GEORGE A. ADDY
(Appointed September 17, 1973;
Supernumerary September 1, 1983)

The Honourable JEAN-EUDES DUBÉ, P.C.
(Appointed April 9, 1975)

The Honourable PAUL ROULEAU
(Appointed August 5, 1982)

The Honourable FRANCIS CREIGHTON MULDOON
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable BARRY L. STRAYER
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable JOHN C. McNAIR
(Appointed July 18, 1983)

The Honourable BARBARA J. REED
(Appointed November 17, 1983)

The Honourable PIERRE DENAULT
(Appointed June 29, 1984)

The Honourable YVON PINARD, P.C.
(Appointed June 29, 1984)

The Honourable L. MARCEL JOYAL
(Appointed June 29, 1984)

The Honourable BUD CULLEN, P.C.
(Appointed July 26, 1984)

The Honourable LEONARD A. MARTIN
(Appointed October 29, 1985)

The Honourable MAX M. TEITELBAUM
(Appointed October 29, 1985)

The Honourable W. ANDREW MACKAY
(Appointed September 2, 1988)

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

The Honourable DOUGLAS G. LEWIS, P.C., FCA, Q.C., M.P., *January 30, 1989*

The Honourable A. KIM CAMPBELL, P.C., M.P., *February 23, 1990*

JUGES DE LA COUR FÉDÉRALE DU CANADA

(EN FONCTION AU COURS DE LA PÉRIODE VISÉE PAR LE PRÉSENT VOLUME)

LE JUGE EN CHEF

L'honorable FRANK IACOBUCCI
(nommé le 2 septembre 1988)

LE JUGE EN CHEF ADJOINT

L'honorable JAMES ALEXANDER JEROME
(nommé le 18 février 1980)

LES JUGES DE LA COUR D'APPEL

L'honorable LOUIS PRATTE
(nommé à la Division de première instance, le 10 juin 1971;
nommé le 25 janvier 1973)

L'honorable DARREL VERNER HEALD
(nommé à la Division de première instance, le 30 juin 1971;
nommé le 4 décembre 1975)

L'honorable JOHN J. URIE
(nommé le 19 avril 1973;
surnuméraire le 31 décembre 1988)

L'honorable PATRICK M. MAHONEY, C.P.
(nommé à la Division de première instance, le 13 septembre 1973;
nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable LOUIS MARCEAU
(nommé à la Division de première instance, le 23 décembre 1975;
nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable JAMES KNATCHBULL HUGESSEN
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable ARTHUR J. STONE
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable MARK R. MACGUIGAN, C.P.
(nommé le 29 juin 1984)

L'honorable BERTRAND LACOMBE
(nommé le 29 octobre 1985)

L'honorable ALICE DESJARDINS
(nommée le 29 juin 1987)

L'honorable ROBERT DÉCARY
(nommé le 14 mars 1990)

LES JUGES DE LA SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

L'honorable FRANK U. COLLIER
(nommé le 16 septembre 1971;
surnuméraire le 1^{er} novembre 1987)

L'honorable GEORGE A. ADDY
(nommé le 17 septembre 1973;
surnuméraire le 1^{er} septembre 1983)

L'honorable JEAN-EUDES DUBÉ, C.P.
(nommé le 9 avril 1975)

L'honorable PAUL ROULEAU
(nommé le 5 août 1982)

L'honorable FRANCIS CREIGHTON MULDOON
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable BARRY L. STRAYER
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable JOHN C. McNAIR
(nommé le 18 juillet 1983)

L'honorable BARBARA J. REED
(nommée le 17 novembre 1983)

L'honorable PIERRE DENAULT
(nommé le 29 juin 1984)

L'honorable YVON PINARD, C.P.
(nommé le 29 juin 1984)

L'honorable L. MARCEL JOYAL
(nommé le 29 juin 1984)

L'honorable BUD CULLEN, C.P.
(nommé le 26 juillet 1984)

L'honorable LEONARD A. MARTIN
(nommé le 29 octobre 1985)

L'honorable MAX M. TEITELBAUM
(nommé le 29 octobre 1985)

L'honorable W. ANDREW MACKAY
(nommé le 2 septembre 1988)

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

L'honorable DOUGLAS G. LEWIS, C.P., F.C.A., c.r., député, depuis le 30 janvier 1989

L'honorable A. KIM CAMPBELL, C.P., député, depuis le 23 février 1990

TABLE
OF THE NAMES OF THE CASES REPORTED
IN THIS VOLUME

A

Allied Corp. (C.A.), Canadian Olympic Assn. v.	769
Apotex, Inc. (C.A.), Imperial Chemical Industries PLC v.	221

B

Borden, Inc. v. Hostess Food Products Ltd. (T.D.).....	570
--	-----

C

CN Marine Inc. (C.A.), Carling O’Keefe Breweries of Canada Ltd. v.	483
Canada (Attorney General) v. Paton (C.A.)	351
Canada (Attorney General) v. Public Service Staff Relations Board (T.D.)	297
Canada (Attorney General) (C.A.), Rothmans, Benson & Hedges Inc. v.	90
Canada (Attorney General) (T.D.), Rothmans, Benson & Hedges Inc. v.	74
Canada (Attorney General) (T.D.), Rothmans, Benson & Hedges Inc. v.	84
Canada (C.A.), Kigowa v.	804
Canada (C.A.), London Life Insurance Co. v.	784
Canada (C.A.), Saugeen Indian Band v.	403
Canada (Commissioner of the Correctional Service) (T.D.), Veysey v.	321
Canada (Human Rights Tribunal) (T.D.), Canadian National Railway Co. v.	627
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Secretary of State for External Affairs) (T.D.)	395
Canada Labour Code (Can.) (Re.) (C.A.)	332
Canada (Labour Relations Board) (C.A.), Cargill Grain Co. v.	511
Canada (Minister of Citizenship) (T.D.), Robinson v.	362
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Grewal v.	192
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Pacific Press Ltd. v.	419
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Khan v.	30
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Mikaeli v.	562
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Yhap v.	722
Canada (Minister of National Health and Welfare) (T.D.), Glaxo Canada Inc.	652
Canada (Minister of the Environment) (T.D.), Canadian Wildlife Federation Inc. v.	595
Canada (Minister of Transport) (T.D.), Friends of the Oldman River Society v.	248
Canada (Public Service Commission Appeal Board) (C.A.), Griffin v.	476
Canada (Secretary of State for External Affairs) (T.D.), Canada (Information Com- missioner) v.	395
Canada (T.D.), Canadian Marconi Co. v.	141
Canada (T.D.), Johnson v.	275
Canada (T.D.), Labrador Offshore Shipping Co. v.	757
Canada (T.D.), Lacey v.	168
Canada (T.D.), Maguire v.	742

Canada (T.D.), Robitaille v.....	310
Canada (T.D.), Weisfeld v.....	367
Canada (Treasury Board) (T.D.), Long v.....	3
Canadian Marconi Co. v. Canada (T.D.).....	141
Canadian National Railway Co. v. Canada (Human Rights Tribunal) (T.D.).....	627
Canadian Olympic Assn. v. Allied Corp. (C.A.).....	769
Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.).....	595
Cargill Grain Co. v. Canada (Labour Relations Board) (C.A.).....	511
Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. v. CN Marine Inc. (C.A.).....	483
Citrus Growers Assn. Ltd. v. William D. Branson Ltd. (T.D.).....	641
Claveau (T.D.), Love v.....	64
D	
Doyle v. M.N.R. (T.D.).....	94
Dumais v. M.N.R. (T.D.).....	709
F	
Flexi-Coil Ltd. v. Rite Way Manufacturing Ltd. (T.D.).....	108
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport) (T.D.).....	248
G	
GTS Acquisitions Ltd. (T.D.), Mattel Canada Inc. v.....	462
Glaxo Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (T.D.).....	652
Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.).....	192
Griffin v. Canada (Public Service Commission Appeal Board) (C.A.).....	476
H	
Hostess Food Products Ltd. (T.D.), Borden, Inc. v.....	570
I	
Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex, Inc. (C.A.).....	221
J	
Jensen Star (The) (C.A.), Mount Royal/Walsh Inc. v.....	199
Johnson v. Canada (T.D.).....	275
K	
Kenney (T.D.), Toronto Star Newspapers Ltd. v.....	425
Kent Institution (T.D.), Mooring v.....	777
Khan v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.).....	30
Kigowa v. Canada (C.A.).....	804
L	
Labrador Offshore Shipping Co. v. Canada (T.D.).....	757
Lacey v. Canada (T.D.).....	168
Letraset Canada Ltd. (T.D.), W.H. Brady Co. v.....	46

Letrasat Canada Ltd. (T.D.), W.H. Brady Co. v.	51
Little Caesar International Inc. (T.D.), Pizza Pizza Ltd. v.	659
London Life Insurance Co. v. Canada (C.A.).....	784
Long v. Canada (Treasury Board) (T.D.).....	3
Love v. Claveau (T.D.).....	64

M

M.N.R. (C.A.), McKimmon v.	600
M.N.R. (C.A.), Solvent Petroleum Extraction Inc. v.	20
M.N.R. (T.D.), Doyle v.	94
M.N.R. (T.D.), Dumais v.	709
Maguire v. Canada (T.D.).....	742
Mansion House (Toronto) Ltd. (T.D.), Titan Sports Inc. v.	448
Mattel Canada Inc. v. GTS Acquisitions Ltd. (T.D.).....	462
McKimmon v. M.N.R. (C.A.)	600
Mikaeli v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.).....	562
Mister Mechanic Inc. (T.D.), Pater International Automotive Franchising Inc. v.	237
Mooring v. Kent Institution (T.D.).....	777
Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The) (C.A.)	199

N

Nova Ban-Corp Ltd. v. Tottrup (T.D.)	288
--	-----

P

Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.).....	419
Pacific Salmon Foundation (T.D.), Tsartlip Indian Band v.	609
Pater International Automotive Franchising Inc. v. Mister Mechanic Inc. (T.D.).....	237
Paton (C.A.), Canada (Attorney General) v.	351
Pembina Resources Ltd. v. ULS International Inc. (T.D.)	666
Pizza Pizza Ltd. v. Little Caesar International Inc. (T.D.).....	659
Public Service Staff Relations Board (T.D.), Canada (Attorney General) v.	297

R

Rite Way Manufacturing Ltd. (T.D.), Flexi-Coil Ltd. v.	108
Robinson v. Canada (Minister of Citizenship) (T.D.)	362
Robitaille v. Canada (T.D.).....	310
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General) (T.D.).....	74
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General) (T.D.).....	84
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General) (C.A.)	90

S

Saugeen Indian Band v. Canada (C.A.).....	403
Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers, Inc. (C.A.)	542
Solvent Petroleum Extraction Inc. v. M.N.R. (C.A.)	20
Standal Estate v. Swecan International Ltd. (C.A.).....	115
Swecan International Ltd. (C.A.), Standal Estate v.	115

T

Titan Sports Inc. v. Mansion House (Toronto) Ltd. (T.D.).....	448
---	-----

x TABLE OF THE NAMES OF THE CASES REPORTED IN THIS VOLUME

Toronto Star Newspapers Ltd. v. Kenney (T.D.)	425
Tottrup (T.D.), Nova Ban-Corp Ltd. v.	288
Tsartlip Indian Band v. Pacific Salmon Foundation (T.D.)	609

U

ULS International Inc. (T.D.), Pembina Resources Ltd. v.	666
---	-----

V

Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service) (T.D.)	321
--	-----

W

W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd. (T.D.)	46
W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd. (T.D.)	51
Weisfeld v. Canada (T.D.)	367
Western Fish Producers, Inc. (C.A.), Shibamoto & Co. v.	542
William D. Branson Ltd. (T.D.), Citrus Growers Assn. Ltd. v.	641

Y

Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) ...	722
--	-----

TABLE
DES DÉCISIONS PUBLIÉES
DANS CE VOLUME

A

Aliments Hostess Ltée (1 ^{re} inst.), Borden, Inc. c.	570
Allied Corp. (C.A.), Assoc. Olympique Canadienne c.	769
Apotex, Inc. (C.A.), Imperial Chemical Industries PLC c.	221
Assoc. Olympique Canadienne c. Allied Corp. (C.A.)	769

B

Bande indienne de Saugeen c. Canada (C.A.)	403
Bande indienne Tsartlip c. Fondation du saumon du Pacifique (1 ^{re} inst.)	609
Borden, Inc. c. Aliments Hostess Ltée (1 ^{re} inst.)	570

C

CN Marine Inc. (C.A.), Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. c.	483
Canada (C.A.), Bande indienne de Saugeen c.	403
Canada (C.A.), Kigowa c.	804
Canada (C.A.), London Life Insurance Co. c.	784
Canada (Comité d'appel de la Commission de la fonction publique), Griffin c.	476
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Secrétaire d'État aux Affaires extérieures) (1 ^{re} inst.)	395
Canada (Commissaire du Service correctionnel) (1 ^{re} inst.), Veysey c.	321
Canada (Conseil des relations du travail) (C.A.), Cargill Grain Co. c.	511
Canada (Conseil du Trésor) (1 ^{re} inst.), Long c.	3
Canada (Ministre de la Citoyenneté) (1 ^{re} inst.), Robinson c.	362
Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (1 ^{re} inst.), Glaxo Canada Inc. c.	652
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Grewal c.	192
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Pacific Press Ltd. c.	419
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.), Khan c.	30
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.), Mikaeli c.	562
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.), Yhap c.	722
Canada (Ministre de l'Environnement) (1 ^{re} inst.), Fédération canadienne de la faune Inc. c.	595
Canada (Ministre des Transports) (1 ^{re} inst.), Friends of the Oldman River Society c.	248
Canada (1 ^{re} inst.), Canadian Marconi Co. c.	141
Canada (1 ^{re} inst.), Johnson c.	275
Canada (1 ^{re} inst.), Labrador Offshore Shipping Co. c.	757
Canada (1 ^{re} inst.), Lacey c.	168
Canada (1 ^{re} inst.), Maguire c.	742
Canada (1 ^{re} inst.), Robitaille c.	310
Canada (1 ^{re} inst.), Weisfeld c.	367

Canada (Procureur général) c. Commission des relations de travail dans la fonction publique (1 ^{re} inst.).....	297
Canada (Procureur général) c. Paton (C.A.).....	351
Canada (Procureur général) (C.A.), Rothmans, Benson & Hedges Inc. c.....	90
Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.), Rothmans, Benson & Hedges Inc. c.....	74
Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.), Rothmans, Benson & Hedges Inc. c.....	84
Canada (Secrétaire d'État aux Affaires extérieures) (1 ^{re} inst.), Canada (Commissaire à l'information) c.....	395
Canada (Tribunal des droits de la personne) (1 ^{re} inst.), Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c.....	627
Canadian Marconi Co. c. Canada (1 ^{re} inst.).....	141
Cargill Grain Co. c. Canada (Conseil des relations du travail) (C.A.).....	511
Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. c. CN Marine Inc. (C.A.).....	483
Citrus Growers Assn. Ltd. c. William D. Branson Ltd. (1 ^{re} inst.).....	641
Claveau (1 ^{re} inst.), Love c.....	64
Code canadien du travail (Can.) (Re) (C.A.).....	332
Commission des relations de travail dans la fonction publique (1 ^{re} inst.), Canada (Procureur général) c.....	297
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Tribunal des droits de la personne) (1 ^{re} inst.).....	627
D	
Doyle c. M.R.N. (1 ^{re} inst.).....	94
Dumais c. M.R.N. (1 ^{re} inst.).....	709
E	
Établissement Kent (1 ^{re} inst.), Mooring c.....	777
F	
Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 ^{re} inst.).....	595
Flexi-Coil Ltd. c. Rite Way Manufacturing Ltd. (1 ^{re} inst.).....	108
Fondation du saumon du Pacifique (1 ^{re} inst.), Bande indienne Tsartlip c.....	609
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports) (1 ^{re} inst.).....	248
G	
GTS Acquisitions Ltd. (1 ^{re} inst.), Mattel Canada Inc. c.....	462
Glaxo Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (1 ^{re} inst.).....	652
Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.).....	192
Griffin c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique) (C.A.).....	476
I	
Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex, Inc. (C.A.).....	221
J	
Jensen Star (Le) (C.A.), Mount Royal/Walsh Inc. c.....	199
Johnson c. Canada (1 ^{re} inst.).....	275

K

Kenney (1 ^{re} inst.), Toronto Star Newspapers Ltd. c.	425
Khan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.).....	30
Kigowa c. Canada (C.A.)	804

L

Labrador Offshore Shipping Co. c. Canada (1 ^{re} inst.).....	757
Lacey c. Canada (1 ^{re} inst.).....	168
Letraset Canada Ltd. (1 ^{re} inst.), W.H. Brady Co. c.....	46
Letraset Canada Ltd. (1 ^{re} inst.), W.H. Brady Co. c.....	51
Little Caesar International Inc. (1 ^{re} inst.), Pizza Pizza Ltd. c.....	659
London Life Insurance Co. c. Canada (C.A.).....	784
Long c. Canada (Conseil du Trésor) (1 ^{re} inst.).....	3
Love c. Claveau (1 ^{re} inst.).....	64

M

M.R.N. (C.A.), McKimmon c.	600
M.R.N. (C.A.), Solvent Petroleum Extraction Inc. c.	20
M.R.N. (1 ^{re} inst.), Doyle c.....	94
M.R.N. (1 ^{re} inst.), Dumais c.....	709
Maguire c. Canada (1 ^{re} inst.).....	742
Mansion House (Toronto) Ltd. (1 ^{re} inst.), Titan Sports Inc. c.....	448
Mattel Canada Inc. c. GTS Acquisitions Ltd. (1 ^{re} inst.)	462
McKimmon c. M.R.N. (C.A.)	600
Mikaeli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.).....	562
Mister Mechanic Inc. (1 ^{re} inst.), Pater International Automotive Franchising Inc. c.	237
Mooring c. Établissement Kent (1 ^{re} inst.)	777
Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le) (C.A.).....	199

N

Nova Ban-Corp Ltd. c. Tottrup (1 ^{re} inst.).....	288
--	-----

P

Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)	419
Pater International Automotive Franchising Inc. c. Mister Mechanic Inc. (1 ^{re} inst.)	237
Paton (C.A.), Canada (Procureur général) c.....	351
Pembina Resources Ltd. c. ULS International Inc. (1 ^{re} inst.).....	666
Pizza Pizza Ltd. c. Little Caesar International Inc. (1 ^{re} inst.)	659

R

Rite Way Manufacturing Ltd. (1 ^{re} inst.), Flexi-Coil Ltd. c.	108
Robinson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté) (1 ^{re} inst.).....	362
Robitaille c. Canada (1 ^{re} inst.)	310
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.).....	90
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.).....	74
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.).....	84

S

Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers, Inc. (C.A.)	542
Solvent Petroleum Extraction Inc. c. M.R.N. (C.A.)	20
Standal, succession c. Swecan International Ltd. (C.A.)	115
Swecan International Ltd. (C.A.), Standal, succession c.	115

T

Titan Sports Inc. c. Mansion House (Toronto) Ltd. (1 ^{re} inst.)	448
Toronto Star Newspapers Ltd. c. Kenney (1 ^{re} inst.)	425
Tottrup (1 ^{re} inst.), Nova Ban-Corp Ltd. c.	288

U

ULS International Inc. (1 ^{re} inst.), Pembina Resources Ltd. c.	666
--	-----

V

Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel) (1 ^{re} inst.)	321
---	-----

W

W.H. Brady Co. c. Letraset Canada Ltd. (1 ^{re} inst.)	46
W.H. Brady Co. c. Letraset Canada Ltd. (1 ^{re} inst.)	51
Weisfeld c. Canada (1 ^{re} inst.)	367
Western Fish Producers, Inc. (C.A.), Shibamoto & Co. c.	542
William D. Branson Ltd. (1 ^{re} inst.), Citrus Growers Assn. Ltd. c.	641

Y

Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.)	722
---	-----

CONTENTS OF THE VOLUME

	PAGE
ACCESS TO INFORMATION	
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Secretary of State for External Affairs) (T.D.) (T-218-88)	395
Glaxo Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (T.D.) (T-634-89)	652
AGENCY	
Doyle v. M.N.R. (T.D.) (T-1780-89)	94
AGRICULTURE	
Fédération des producteurs d'agneau et de mouton du Québec v. Canada (A-744-86)	D-9
Lacey v. Canada (T.D.) (T-1929-87)	168
ARMED FORCES	
<i>See also:</i> Crown, D-10	
Duncan v. Canada (Minister of National Defence) (T-2094-89)	D-1
BARRISTERS AND SOLICITORS	
<i>See:</i> Practice, pp. 46, 51	
CITIZENSHIP	
Robinson v. Canada (Minister of Citizenship) (T.D.) (T-1776-89)	362
Knowledge Requirements	
Erfani-Behdan (Re) (T-848-89)	D-17
Residency Requirements	
Cheung (Re) (T-691-89)	D-27
CIVIL CODE	
<i>See:</i> Crown, D-10; Federal Court Jurisdiction, p. 115; Income Tax, p. 709; Restitution, D-24	
COMBINES	
<i>See:</i> Patents, D-13	
CONFLICT OF LAWS	
Sembawang Reefer Lines (Bahamas) Ltd. v. Lina Erre (The) (T-2417-88)	D-9

CONSTITUTIONAL LAW

See also: Armed Forces, D-1; Crown, D-10; Customs and Excise, D-28; Immigration, D-18; Income Tax, D-20; Parole, D-6; Patents, D-6; Practice, pp. 74, 84; Security Intelligence, D-32

Charter of Rights*Criminal Process*

Kigowa v. Canada (C.A.) (A-329-89)	804
Solvent Petroleum Extraction Inc. v. M.N.R. (C.A.) (A-390-88)	20

Equality Rights

Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service) (T.D.) (T-1812-89)	321
---	-----

Fundamental Freedoms

Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-571-89)	419
Prior v. Canada (A-179-88)	D-1
Toronto Star Newspapers Ltd. v. Kenney (T.D.) (T-1769-89)	425
Weisfeld v. Canada (T.D.) (T-865-85)	367

Limitation Clause

Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General) (C.A.) (A-277-89, A-301-89)	90
Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service) (T.D.) (T-1812-89)	321

Distribution of Powers

Cargill Grain Co. v. Canada (Labour Relations Board) (C.A.) (A-167-89)	511
Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers, Inc. (C.A.) (A-454-89)	542

CONSTRUCTION OF STATUTES

See also: Customs and Excise, D-1; Patents, p. 221; Postal Service, D-22

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Secretary of State for External Affairs) (T.D.) (T-218-88)	395
--	-----

COPYRIGHT**Injunctions**

Thinkway Toys v. Vicki Collections (T-2174-89)	D-17
Titan Sports Inc. v. Mansion House (Toronto) Ltd. (T.D.) (T-1758-89)	448

CORPORATIONS

See: Federal Court Jurisdiction, p. 288; Income Tax, p. 310

CREDITORS AND DEBTORS

Nova Ban-Corp Ltd. v. Tottrup (T.D.) (T-610-89)	288
---	-----

CRIMINAL JUSTICE**Writs of Assistance**

Standal Estate v. Swecan International Ltd. (C.A.) (A-97-89, A-149-89, A-183-89)	115
--	-----

CROWN

See also: Judicial Review, D-12; Practice, D-6; Restitution, D-24

Bordeleau v. Canada (T-769-89)	D-9
Canada v. Beauchamp (T-2025-89)	D-27
Kigowa v. Canada (T-612-89)	D-9

Contracts

Imprimerie Héon & Nadeau Ltée v. Canada (T-1415-86)	D-27
1860-3340 Québec Inc. v. Canada (T-1786-87)	D-10
Spring Point Management Ltd. v. Canada (T-1018-88)	D-27

Real Property

Canada v. Meyer (T-92-85)	D-28
---------------------------------	------

Torts

Ball v. Canada (T-1593-87)	D-17
Savignac v. Canada (T-974-87)	D-17
Weisfeld v. Canada (T.D.) (T-865-85)	367

CUSTOMS AND EXCISE

See also: Judicial Review, D-12

Paul Vallée Inc. v. Canada (T-1207-88)	D-17
--	------

Customs Act

Daaboul v. Canada (T-4623-81)	D-18
Terrasse Jewellers Inc. v. Canada (A-775-88)	D-10
Varey v. M.N.R. (T-1691-87)	D-28

Customs Tariff

Jutan International Ltd. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise (A-544-88)	D-10
--	------

Excise Tax Act

Baladine Inc. v. Canada (A-756-86)	D-2
Monarch Concrete Products Ltd. v. Canada (T-4010-79)	D-1
Saugeen Indian Band v. Canada (C.A.) (A-1227-88)	403

ENERGY

Gazoduc Trans Québec & Maritimes Inc. v. Nicoletti (A-981-88)	D-28
---	------

ENVIRONMENT

Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport) (T.D.) (T-865-89)	248
---	-----

	PAGE
ENVIRONMENT—Continued	
Walpole Island Indian Band v. Canada (Minister of Environment) (T-2004-89)....	D-2
ESTOPPEL	
<i>See also:</i> Federal Court Jurisdiction, p. 199; Postal Service, D-22	
Long v. Canada (Treasury Board) (T.D.) (T-2670-84).....	3
EXPROPRIATION	
Canada (Attorney General) v. Nova Scotia (T-1347-89).....	D-2
Canada (Attorney General) v. Shand Estate (T-910-89).....	D-28
FEDERAL COURT JURISDICTION	
<i>See also:</i> Constitutional Law, D-1; Energy, D-28; Security Intelligence, D-32; Trade Marks, p. 641	
Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) (T-2102-89).....	595
Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers, Inc. (C.A.) (A-454-89).....	542
Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers, Inc. (T-1810-88).....	D-18
Standal Estate v. Swecan International Ltd. (C.A.) (A-97-89, A-149-89, A-183-89)	115
Trial Division	
Canada (Attorney General) v. Public Service Staff Relations Board (T.D.) (T-1723-89)	297
Kigowa v. Canada (C.A.) (A-329-89).....	804
Love v. Claveau (T.D.) (T-1138-89).....	64
Maguire v. Canada (T.D.) (T-1643-89).....	742
Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd. (A-980-88).....	D-10
Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The) (C.A.) (A-621-88)	199
Nova Ban-Corp Ltd. v. Tottrup (T.D.) (T-610-89).....	288
Standal Estate v. Swecan International Ltd. (C.A.) (A-97-89, A-149-89, A-183-89)	115
Tsartlip Indian Band v. Pacific Salmon Foundation (T.D.) (T-2080-88)	609
FISHERIES	
<i>See also:</i> Judicial Review, D-13	
Maguire v. Canada (T.D.) (T-1643-89).....	742
HUMAN RIGHTS	
<i>See also:</i> Judicial Review, D-21	
Canadian National Railway Co. v. Canada (Human Rights Tribunal) (T.D.) (T-1957-89)	627
IMMIGRATION	
<i>See also:</i> Crown, D-9; Security Intelligence, D-32	
Badwal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-1193-88).....	D-2
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Dhaliwal (A-575-88).....	D-29
Dhami v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-566-87).....	D-18
Grewal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-899-88)	192

IMMIGRATION—Continued

Kigowa v. Canada (C.A.) (A-329-89)	804
Legerme v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-1181-88)	D-19
Sall v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1352-89)	D-18
Su v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1918-87)	D-2
Tran v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-532-88)	D-18

Deportation

Saggi v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-938-88)	D-19
Washington v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-289-89) ...	D-10

Practice

Angeles v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (89-T-712)	D-29
Bamrah v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-1011-88)	D-11
Khan v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-1282-89) ..	30
Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-571-89)	419
Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-847-88)	D-19
Toronto Star Newspapers Ltd. v. Kenney (T.D.) (T-1769-89)	425
Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-2543-89) ..	722

Refugee Status

Armson v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-313-88)	D-3
Mensah v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-1173-88)	D-19
Mikaeli v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (89-T-694, 89-T-699)	562
Monteiro v. Canada (Adjudicator, Immigration Act, 1976) (A-798-87)	D-11
Palma v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-1064-88)	D-29
Siddique v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-1137-88)	D-19
Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (89-T-676)	D-3

INCOME TAX

See also: Constitutional Law, D-1; Restitution, D-24

Corporations

Robitaille v. Canada (T.D.) (T-1957-87)	310
Vine Estate v. Canada (T-2423-85)	D-19

Income Calculation

Bourret v. Canada (T-1136-87)	D-20
Labrador Offshore Shipping Co. v. Canada (T.D.) (T-777-87)	757

Capital Cost Allowance

Hazlewood v. Canada (T-195-77, T-196-77)	D-3
--	-----

Capital Gains

Dumais v. M.N.R. (T.D.) (T-210-88)	709
--	-----

INCOME TAX—Continued**Income Calculation—Continued*****Deductions***

Androwich v. Canada (T-2716-86)	D-20
Canada v. MerBan Capital Corp. (A-1522-84)	D-20
Holotnak v. Canada (A-1119-87)	D-29
Hudson Bay Mining and Smelting Co. v. Canada (A-274-86)	D-11
Kaiser Petroleum Ltd. v. Canada (T-1180-87)	D-20
London Life Insurance Co. v. Canada (C.A.) (A-847-87)	784
Maduke Foods Ltd. v. Canada (T-2146-87)	D-4
McKimmon v. M.N.R. (C.A.) (A-734-88)	600
McNeill v. Canada (T-578-87)	D-4
Posno v. Canada (T-996-84)	D-4

Farming

Glass v. Canada (T-258-85)	D-4
MacRae v. Canada (A-1003-88, A-1031-88, A-1032-88)	D-5
Pavlakovich v. M.N.R. (T-1463-85)	D-11

Income or Capital Gain

O & M Investments Ltd. v. Canada (T-2932-85)	D-5
Pollock v. Canada (T-2399-86, T-2400-86)	D-29

Practice

Doyle v. M.N.R. (T.D.) (T-1780-89)	94
Durish v. M.N.R. (A-537-88)	D-29
Létourneau v. Canada (Tax Court) (A-397-88)	D-11
Nova Ban-Corp Ltd. v. Tottrup (T.D.) (T-610-89)	288

Reassessment

Canadian Marconi Co. v. Canada (T.D.) (T-71-88)	141
Landau v. Canada (T-4233-77)	D-12
Riendeau v. M.N.R. (T-329-86)	D-30

Seizures

Canada v. Satellite Earth Station Technology Inc. (T-2308-88)	D-5
Solvent Petroleum Extraction Inc. v. M.N.R. (C.A.) (A-390-88)	20
2440-1986 Québec Inc. v. 2436-8169 Québec Inc. (ITA-3503-87)	D-12

INJUNCTIONS

Hot Spot Fishing & Lures Ltd. v. O'Ki Tackle Mfg. Ltd. (T-2365-88)	D-30
Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex, Inc. (C.A.) (A-16-89)	221
Pizza Pizza Ltd. v. Little Caesar International Inc. (T.D.) (T-1175-89)	659
Standal Estate v. Swecan International Ltd. (C.A.) (A-97-89, A-149-89, A-183-89)	115

INSURANCE

London Life Insurance Co. v. Canada (C.A.) (A-847-87)	784
Long v. Canada (Treasury Board) (T.D.) (T-2670-84)	3

INTERNATIONAL LAW

Canada Labour Code (Can.) (Re) (C.A.) (A-869-88)	332
--	-----

JUDGES AND COURTS

See also: Trade Marks, D-8

Flexi-Coil Ltd. v. Rite Way Manufacturing Ltd. (T.D.) (T-5768-81)	108
---	-----

JUDICIAL REVIEW

See also: Constitutional Law, p. 425; Environment, D-2; Immigration, D-2, D-3, D-11; Labour Relations, D-21; Parole, D-6, D-21; Penitentiaries, D-13; Security Intelligence, D-32

Mikaeli v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (89-T-694, 89-T-699)	562
---	-----

Applications to Review

Gravel v. Canada (Human Rights Tribunal) (A-1164-88)	D-21
L'Espérance v. Canada (Minister of National Defence) (A-1247-88)	D-12

Prerogative Writs

Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport) (T.D.) (T-865-89)	248
Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-2543-89)	722

Certiorari

Wardair Canada Inc. v. Dion (T-1745-89)	D-12
---	------

Mandamus

Beauchamp v. Hockin (T-1127-89)	D-12
Harbour Holdings Ltd. v. Canada (T-1444-89)	D-12
Robinson v. Canada (Minister of Citizenship) (T.D.) (T-1776-89)	362

Prohibition

Canada (Attorney General) v. Public Service Staff Relations Board (T.D.) (T-1723-89)	297
Canadian National Railway Co. v. Canada (Human Rights Tribunal) (T.D.) (T-1957-89)	627

LABOUR RELATIONS

See also: Practice, D-15; Public Service, D-24; Unemployment Insurance, D-33

Auto Haulaway Inc. v. Reid (A-1044-88)	D-13
Calgary Broadcasting Co. v. Chartrand (T-930-87)	D-21
Canada Labour Code (Can.) (Re) (C.A.) (A-869-88)	332
Cargill Grain Co. v. Canada (Labour Relations Board) (C.A.) (A-167-89)	511
Frederick Transport Ltd. v. U.F.C.W. (A-747-88)	D-5

MARITIME LAW

See also: Conflict of Laws, D-9; Federal Court Jurisdiction, p. 542, D-10, D-18

Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The) (C.A.) (A-621-88)	199
---	-----

	PAGE
MARITIME LAW—Continued	
Carriage of Goods	
Carling O’Keefe Breweries of Canada Ltd. v. CN Marine Inc. (C.A.) (A-761-86)	483
Contracts	
Casden v. Cooper Enterprises Ltd. (T-442-88)	D-5
Practice	
Bath v. Canada (T-1494-87)	D-21
Carling O’Keefe Breweries of Canada Ltd. v. CN Marine Inc. (C.A.) (A-761-86)	483
Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The) (C.A.) (A-621-88)	199
Pembina Resources Ltd. v. ULS International Inc. (T.D.) (T-2985-84)	666
Torts	
Pembina Resources Ltd. v. ULS International Inc. (T.D.) (T-2985-84)	666
MASTER AND SERVANT	
<i>See also: Unemployment Insurance, D-26</i>	
NATIVE PEOPLES	
<i>See also: Practice, p. 275, D-22</i>	
Elections	
Stoney Indian Tribe v. Goodstoney Indian Band (T-646-89)	D-21
Taxation	
Saugeen Indian Band v. Canada (C.A.) (A-1227-88)	403
NEGLIGENCE	
Pembina Resources Ltd. v. ULS International Inc. (T.D.) (T-2985-84)	666
PAROLE	
Carlson v. Canada (National Parole Board) (T-1904-89)	D-21
Desjardins v. Canada (National Parole Board) (T-1555-89)	D-5
PATENTS	
<i>See also: Injunctions, D-30; Practice, D-15, D-16</i>	
Allergan, Inc. v. Bausch & Lomb Canada, Inc. (T-564-89)	D-21
Eli Lilly and Co. v. Genpharm Inc. (A-785-88)	D-13
J.M. Voith GmbH v. Beloit Corp. (T-1350-86)	D-30
Syntex Pharmaceuticals International Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents) (A-245-86)	D-30
Infringement	
DEC International, Inc. v. A.L. LaCombe & Associates Ltd. (T-880-84)	D-13
Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex, Inc. (C.A.) (A-16-89)	221
Nekoosa Packaging Corp. v. AMCA International Ltd. (T-1848-82)	D-22
Procter and Gamble Co. v. Kimberly-Clark of Canada Ltd. (T-1493-86)	D-13

PATENTS—Continued**Infringement—Continued**

Reliance Electric Industrial Co. v. Northern Telecom Ltd. (T-566-84).....	D-30
---	------

Practice

Flexi-Coil Ltd. v. Rite Way Manufacturing Ltd. (T-5768-81).....	D-6
Love v. Claveau (T.D.) (T-1138-89).....	64

PENITENTIARIES

Jacobson v. Canada (Solicitor General) (T-262-89).....	D-14
Millette v. Alarie (T-2414-88).....	D-13
Mooring v. Kent Institution (T.D.) (T-2220-89).....	777
Pearce v. Edmonton Institution (T-2031-88).....	D-13
Picton v. Edmonton Institution (T-2282-88).....	D-13
Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service) (T.D.) (T-1812-89).....	321

POSTAL SERVICE

Daycal Publishing Inc. v. Canada Post Corp. (A-806-88).....	D-22
---	------

PRACTICE

See also: Constitutional Law, D-1; Crown, D-10; Native Peoples, D-21; Penitentiaries, D-14

Ahmed v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-1091-88).....	D-31
de Korompay v. Ontario Hydro (T-377-88).....	D-14
Oakwood Lumber & Millwork Co. v. Classic Millwork Co. (T-2307-88).....	D-14

Costs

Bell Canada v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission) (A-737-86).....	D-15
Dawson v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1537-88).....	D-15
Navigest Inc. v. Brandon (The) (T-1792-86).....	D-14
Nova Ban-Corp Ltd. v. Tottrup (T-610-89).....	288
Pro-Vertic (1987) Inc. v. International Diffusion Consommateur S.A. (T-780-87)	D-14
Rabbat v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1866-85).....	D-14
W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd. (T.D.) (T-4853-77).....	46
W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd. (T.D.) (T-4853-77).....	51
Woodhouse v. Canada (National Parole Board) (T-1001-88).....	D-14

Discovery***Examination for Discovery***

KVN Heavy Construction v. Canada (T-585-87).....	D-6
Muchalaht Indian Band v. Canada (T-2283-86).....	D-22
Portes Prestofix Inc. v. Boilard (T-1743-87).....	D-15

Production of Documents

Lanctôt v. Canada (T-859-83).....	D-22
-----------------------------------	------

PRACTICE—Continued**Dismissal of Proceedings***Want of Prosecution*

Knight Maintenance Ltd. v. Canada (Public Works) (T-3517-79)	D-23
69464 Manitoba Ltd. v. Canada (T-2365-86)	D-6
Wilder v. Canada (T-2350-86)	D-6

Evidence

Mooring v. Kent Institution (T.D.) (T-2220-89)	777
--	-----

“Gap” Rule

Smith v. Condux International Inc. (A-123-89)	D-23
---	------

Judgments and Orders*Default Judgment*

Cooper Canada Ltd. v. D & N Sports Enterprises Ltd. (T-1754-88)	D-23
D & N Sports Enterprises Ltd. v. Cooper Canada Ltd. (T-1698-88)	D-23

Enforcement

Entreprises de Radio-Diffusion de la Capitale Inc. (CHRC) v. Syndicat des employés de CHRC (T-2514-88)	D-15
---	------

Stay of Execution

Syntex Inc. v. Apotex Inc. (T-1436-89)	D-6
--	-----

Parties

Johnson v. Canada (T.D.) (T-2283-86)	275
--	-----

Intervention

Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co. (A-495-89) ..	D-31
Heiltsuk Indian Band v. Canada (T-1265-89)	D-23
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General) (C.A.) (A-277-89, A-301-89)	90
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General) (T.D.) (T-1416-88)	74
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General) (T.D.) (T-1416-88)	84
Tsartlip Indian Band v. Pacific Salmon Foundation (T.D.) (T-2080-88)	609

Standing

Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment) (T.D.) (T-2102-89)	595
---	-----

PRACTICE—Continued**Pleadings***Motion to Strike*

C-I-L Inc. v. Ciba-Geigy AG (T-1035-89).....	D-15
Comstock Canada v. Electec Ltd. (T-1313-86)	D-31
de Korompay v. Ontario Hydro (T-377-88).....	D-31
Flexi-Coil Ltd. v. Rite Way Manufacturing Ltd. (T.D.) (T-5768-81)	108
Nova Ban-Corp Ltd. v. Tottrup (T.D.) (T-610-89).....	288
Olson v. Canada (T-1093-89).....	D-23

Particulars

Hot Spot Fishing & Lures Ltd. v. O'Ki Tackle Mfg. Ltd. (T-2365-88)	D-15
Société des Produits Marnier-Lapostolle v. René Rey Swiss Chocolates Ltd. (T-2086-88)	D-15
Unilens Optical Corp. v. Laboratories Blanchard et Société (T-941-89).....	D-23

References

Mihaljevic v. British Columbia (T-441-86).....	D-32
--	------

Stay of Proceedings

Rohm and Haas Co. v. NL Chem Canada Inc. (T-4-88)	D-15
---	------

PRIVACY

See also: Public Service, D-24

Andrew v. Canada (Solicitor General) (89-T-656)	D-32
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Secretary of State for External Affairs) (T.D.) (T-218-88)	395

PUBLIC SERVICE

See also: Judicial Review, D-12

Long v. Canada (Treasury Board) (T.D.) (T-2670-84).....	3
---	---

Jurisdiction

Canada (Attorney General) v. Public Service Staff Relations Board (T.D.) (T-1723-89)	297
---	-----

Labour Relations

Canada (Attorney General) v. Bonfa (A-138-89).....	D-24
Canada (Attorney General) v. Elliott (A-1072-88).....	D-7
Canada (Attorney General) v. Paton (A-338-89).....	351
Canada (Attorney General) v. Skuce (A-288-89).....	D-7
P.S.A.C. v. Canada (Treasury Board) (A-57-89).....	D-24

Selection Process

Mercier v. Canada (Public Service Commission Appeal Board) (A-1071-88).....	D-24
---	------

PUBLIC SERVICE—Continued**Selection Process—Continued***Competitions*

Griffin v. Canada (Public Service Commission Appeal Board) (C.A.) (A-173-89) 476

PUBLIC WORKS

Weisfeld v. Canada (T.D.) (T-865-85)..... 367

RAILWAYS

Canadian Pacific Ltd. v. Canada (National Transportation Agency) (A-1167-88) D-7

RCMP

See also: Veterans, D-33

Gingras v. Royal Canadian Mounted Police (A-526-86)..... D-7

RESTITUTION

Lovell v. Canada (T-293-88) D-24

SECURITY INTELLIGENCE

See also: RCMP, D-7

Brar v. Canada (Solicitor General) (T-407-89)..... D-32

TRADE MARKS

Sunoco Inc. v. Shell Canada Products Ltd. (T-1966-89)..... D-7

Expungement

Boutiques Proggolf Inc. v. Canada (Registrar of Trade Marks) (T-344-89)..... D-25

Citrus Growers Assn. Ltd. v. William D. Branson Ltd. (T.D.) (T-48-89)..... 641

Russell Harrington Cutlery, Inc. v. J.A. Henckels Zwillingwerk Canada Ltd.
(T-1022-89) D-25

Infringement

Mattel Canada Inc. v. GTS Acquisitions Ltd. (T.D.) (T-889-89)..... 462

Mattel Canada Inc. v. Pierce (T-1133-89)..... D-8

Pizza Pizza Ltd. v. Little Caesar International Inc. (T.D.) (T-1175-89)..... 659

Syntex Inc. v. Apotex Inc. (T-1436-89)..... D-25

Practice

Admiral Sanitation Ltd. v. Big Industries Inc. (T-990-89) D-8

Borden, Inc. v. Hostess Food Products Ltd. (T.D.) (T-702-87) 570

Pater International Automotive Franchising Inc. v. Mister Mechanic Inc. (T.D.)
(T-173-89)..... 237

Registration

Borden, Inc. v. Hostess Food Products Ltd. (T.D.) (T-702-87) 570

Canadian Olympic Assn. v. Allied Corp. (C.A.) (A-787-87) 769

TRANSPORTATION

See: Railways, D-7

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Canada (Attorney General) v. Brunet (A-892-88).....	D-25
Canada (Attorney General) v. Charbonneau (A-894-88)	D-25
Canada (Attorney General) v. Fortin (A-897-88).....	D-25
Canada (Attorney General) v. Fox (A-1205-88).....	D-16
Canada (Attorney General) v. Hartmann (A-516-88).....	D-8
Canada (Attorney General) v. Joint (A-1049-88).....	D-16
Canada (Attorney General) v. Massicotte (A-99-89)	D-25
Canada (Attorney General) v. Morris (A-1206-88).....	D-16
Dubreuil v. M.N.R. (A-709-88).....	D-16
Laporte v. Canada (Employment and Immigration Commission) (A-1118-88)	D-32
Lépine-Desmarchais v. Canada (Umpire appointed under Unemployment Insurance Act, 1971) (A-907-88).....	D-16
Rose v. Canada (Employment and Immigration Commission) (A-1037-88).....	D-16
Scully v. Canada (Commission of Employment and Immigration) (A-923-88).....	D-8

VETERANS

Nolan v. Canada (Veterans Appeal Board) (A-119-89).....	D-33
---	------

TABLE DES MATIÈRES DU VOLUME

	PAGE
ACCÈS À L'INFORMATION	
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Secrétaire d'État aux Affaires extérieures) (1 ^{re} inst.) (T-218-88)	395
Glaxo Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (1 ^{re} inst.) (T-634-89)	652
AGRICULTURE	
Fédération des producteurs d'agneau et de mouton du Québec c. Canada (A-744-86)	F-11
Lacey c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-1929-87)	168
ANCIENS COMBATTANTS	
Nolan c. Canada (Tribunal d'appel des anciens combattants) (A-119-89)	F-33
ASSURANCE	
London Life Insurance Co. c. Canada (C.A.) (A-847-87)	784
Long c. Canada (Conseil du Trésor) (1 ^{re} inst.) (T-2670-84)	3
ASSURANCE-CHÔMAGE	
Canada (Procureur général) c. Brunet (A-892-88)	F-21
Canada (Procureur général) c. Charboneau (A-894-88)	F-21
Canada (Procureur général) c. Fortin (A-897-88)	F-21
Canada (Procureur général) c. Fox (A-1205-88)	F-12
Canada (Procureur général) c. Hartmann (A-516-88)	F-1
Canada (Procureur général) c. Joint (A-1049-88)	F-11
Canada (Procureur général) c. Massicotte (A-99-89)	F-21
Canada (Procureur général) c. Morris (A-1206-88)	F-12
Dubreuil c. M.R.N. (A-709-88)	F-11
Lépine-Desmarchais c. Canada (Juge-arbitre nommé en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage) (A-907-88)	F-11
Laporte c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (A-1118-88)	F-33
Rose c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (A-1037-88)	F-11
Scully c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (A-923-88)	F-1
AVOCATS ET PROCUREURS	
<i>Voir: Pratique, p. 46, 51</i>	
BREVETS	
<i>Voir aussi: Injonctions, E-38; Pratique, F-19, F-20</i>	
Allergan, Inc. c. Bausch & Lomb Canada, Inc. (T-564-89)	F-21
Eli Lilly and Co. c. Genpharm Inc. (A-785-88)	F-12
J.M. Voith GmbH c. Beloit Corp. (T-1350-86)	F-33

BREVETS—Suite

Syntex Pharmaceuticals International Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets) (A-245-86).....	F-33
--	------

Contrefaçon

DEC International, Inc. c. A.L. LaCombe & Associates Ltd. (T-880-84)	F-12
Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex, Inc. (C.A.) (A-16-89).....	221
Nekoosa Packaging Corp. c. AMCA International Ltd. (T-1848-82)	F-22
Procter & Gamble Co. c. Kimberley-Clark of Canada Ltd. (T-1493-86).....	F-12
Reliance Electric Industrial Co. c. Northern Telecom Ltd. (T-566-84).....	F-34

Pratique

Flexi-Coil Ltd. c. Rite Way Manufacturing Ltd. (T-5768-81)	F-1
Love c. Claveau (1 ^{re} inst.) (T-1138-89)	64

CHEMINS DE FER

Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office national des transports) (A-1167-88) .	F-2
--	-----

CITOYENNETÉ

Robinson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté) (1 ^{re} inst.) (T-1776-89)	362
---	-----

Conditions de résidence

Cheung (Re) (T-691-89).....	F-34
-----------------------------	------

Connaissances requises

Erfani-Behdan (Re) (T-848-89)	F-22
-------------------------------------	------

COALITIONS

Voir: Brevets, F-13

CODE CIVIL

Voir: Compétence de la Cour fédérale, p. 115; Couronne, F-15; Impôt sur le revenu, p. 709; Restitution, F-31

COMMETTANT ET PRÉPOSÉ

Voir: Assurance-chômage, F-21

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Voir aussi: Droit constitutionnel, F-3; Énergie, F-36; Marques de commerce, p. 641; Renseignement de sécurité, F-40

Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 ^{re} inst.) (T-2102-89).....	595
Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers, Inc. (C.A.) (A-454-89)	542
Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers, Inc. (T-1810-88).....	F-22
Standal, succession c. Swecan International Ltd. (C.A.) (A-97-89, A-149-89, A-183-89)	115

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Suite**Section de première instance**

Bande indienne Tsartlip c. Fondation du saumon du Pacifique (1 ^{re} inst.) (T-2080-88)	609
Canada (Procureur général) c. Commission des relations de travail dans la fonction publique (1 ^{re} inst.) (T-1723-89)	297
Kigowa c. Canada (C.A.) (A-329-89)	804
Love c. Claveau (1 ^{re} inst.) (T-1138-89)	64
Maguire c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-1643-89)	742
Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd. (A-980-88)	F-13
Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le) (C.A.) (A-621-88)	199
Nova Ban-Corp Ltd. c. Tottrup (1 ^{re} inst.) (T-610-89)	288
Standal, succession c. Swecan International Ltd. (C.A.) (A-97-89, A-149-89, A-183-89)	115

CONFLIT DE LOIS

Sembawang Reefer Lines (Bahamas) Ltd. c. Lina Erre (Le) (T-2417-88)	F-13
---	------

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Voir aussi: Droit constitutionnel, p. 425; Environnement, F-3; Immigration, F-5, F-6; Libération conditionnelle, F-9, F-28; Pénitenciers, F-17; Relations du travail, F-31; Renseignement de sécurité, F-40

Mikaeli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (89-T-694, 89-T-699)	562
--	-----

Brefs de prérogative

Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports) (1 ^{re} inst.) (T-865-89)	248
Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-2543-89)	722

Certiorari

Wardair Canada Inc. c. Dion (T-1745-89)	F-13
---	------

Mandamus

Beauchamp c. Hockin (T-1127-89)	F-14
Harbour Holdings Ltd. c. Canada (T-1444-89)	F-14
Robinson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté) (1 ^{re} inst.) (T-1776-89)	362

Prohibition

Canada (Procureur général) c. Commission des relations de travail dans la fonction publique (1 ^{re} inst.) (T-1723-89)	297
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Tribunal des droits de la personne) (1 ^{re} inst.) (T-1957-89)	627

Demandes de révision

Gravel c. Canada (Tribunal des droits de la personne) (A-1164-88)	F-22
L'Espérance c. Canada (Ministre de la Défense Nationale) (A-1247-88)	F-14

CORPORATIONS

Voir aussi: Compétence de la Cour fédérale, p. 288; Impôt sur le revenu, p. 310

COURONNE

Voir aussi: Contrôle judiciaire, F-14; Pratique, F-10; Restitution, F-31

Bordeleau c. Canada (T-769-89).....	F-14
Canada c. Beauchamp (T-2025-89).....	F-35
Kigowa c. Canada (T-612-89).....	F-14

Biens immeubles

Canada c. Meyer (T-92-85).....	F-35
--------------------------------	------

Contrats

Imprimerie Héon & Nadeau Ltée c. Canada (T-1415-86).....	F-35
Spring Point Management Ltd. c. Canada (T-1018-88).....	F-35
1860-3340 Québec Inc. c. Canada (T-1786-87).....	F-15

Responsabilité délictuelle

Ball c. Canada (T-1593-87).....	F-23
Savignac c. Canada (T-974-87).....	F-22
Weisfeld c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-865-85).....	367

CRÉANCIERS ET DÉBITEURS

Nova Ban-Corp Ltd. c. Tottrup (1 ^{re} inst.) (T-610-89).....	288
---	-----

DOUANES ET ACCISE

Voir aussi: Contrôle judiciaire, F-14

Paul Vallée Inc. c. Canada (T-1207-88).....	F-23
---	------

Loi sur la taxe d'accise

Baladine Inc. c. Canada (A-756-86).....	F-2
Bande indienne de Saugeen c. Canada (C.A.) (A-1227-88).....	403
Monarch Concrete Products Ltd. c. Canada (T-4010-79).....	F-2

Loi sur les douanes

Daaboul c. Canada (T-4623-81).....	F-23
Terrasse Jewellers Inc. c. Canada (A-775-88).....	F-15
Varey c. M.R.N. (T-1691-87).....	F-35

Tarif des douanes

Jutan International Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise (A-544-88).....	F-15
--	------

DROIT CONSTITUTIONNEL

Voir aussi: Brevets, F-1; Couronne, F-15; Douanes et accise, F-36; Forces armées, F-4; Immigration, F-25; Impôt sur le revenu, F-27; Libération conditionnelle, F-9; Pratique, p. 74, 84; Renseignement de sécurité, F-40

Charte des droits*Clause limitative*

Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.) (A-277-89, A-301-89)	90
Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel) (1 ^{re} inst.) (T-1812-89) .	321

Droit à l'égalité

Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel) (1 ^{re} inst.) (T-1812-89) .	321
---	-----

Libertés fondamentales

Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-571-89).....	419
Prior c. Canada (A-179-88).....	F-3
Toronto Star Newspapers Ltd. c. Kenney (1 ^{re} inst.) (T-1769-89).....	425
Weisfeld c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-865-85)	367

Procédures criminelles et pénales

Kigowa c. Canada (C.A.) (A-329-89)	804
Solvent Petroleum Extraction Inc. c. M.R.N. (C.A.) (A-390-88)	20

Partage des pouvoirs

Cargill Grain Co. c. Canada (Conseil des relations du travail) (C.A.) (A-167-89) .	511
Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers, Inc. (C.A.) (A-454-89)	542

DROIT D'AUTEUR**Injonctions**

Thinkway Toys c. Vicki Collections (T-2174-89).....	F-23
Titan Sports Inc. c. Mansion House (Toronto) Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-1758-89).....	448

DROIT INTERNATIONAL

Code canadien du travail (Can.) (Re) (C.A.) (A-869-88).....	332
---	-----

DROIT MARITIME

Voir aussi: Compétence de la Cour fédérale, p. 542, F-13, F-22; Conflit de lois, F-13

Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le) (C.A.) (A-621-88)	199
--	-----

Contrats

Casden c. Cooper Enterprises Ltd. (T-442-88).....	F-3
---	-----

Pratique

Bath c. Canada (T-1494-87).....	F-23
---------------------------------	------

DROIT MARITIME—Suite**Pratique—Suite**

Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. c. CN Marine Inc. (C.A.) (A-761-86)	483
Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le) (C.A.) (A-621-88)	199
Pembina Resources Ltd. c. ULS International Inc. (1 ^{re} inst.) (T-2985-84)	666

Responsabilité délictuelle

Pembina Resources Ltd. c. ULS International Inc. (1 ^{re} inst.) (T-2985-84)	666
--	-----

Transport de marchandises

Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. c. CN Marine Inc. (C.A.) (A-761-86)	483
--	-----

DROITS DE LA PERSONNE

Voir aussi: Contrôle judiciaire, F-22

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Tribunal des droits de la personne) (1 ^{re} inst.) (T-1957-89)	627
---	-----

ÉNERGIE

Gazoduc Trans Québec & Maritimes Inc. c. Nicoletti (A-981-88)	F-36
---	------

ENVIRONNEMENT

Bande indienne de Walpole Island c. Canada (Ministre de l'Environnement) (T-2004-89)	F-3
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports) (1 ^{re} inst.) (T-865-89)	248

EXPROPRIATION

Canada (Procureur général) c. Nouvelle-Écosse (T-1347-89)	F-3
Canada (Procureur général) c. Shand, succession (T-910-89)	F-36

FIN DE NON-RECEVOIR

Voir aussi: Compétence de la Cour fédérale, p. 199; Postes, F-29

Long c. Canada (Conseil du Trésor) (1 ^{re} inst.) (T-2670-84)	3
--	---

FONCTION PUBLIQUE

Voir aussi: Contrôle judiciaire, F-14

Long c. Canada (Conseil du Trésor) (1 ^{re} inst.) (T-2670-84)	3
--	---

Compétence

Canada (Procureur général) c. Commission des relations de travail dans la fonction publique (1 ^{re} inst.) (T-1723-89)	297
---	-----

Procédure de sélection

Mercier c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique) (A-1071-88)	F-24
---	------

FONCTION PUBLIQUE—Suite**Procédure de sélection—Suite***Concours*

Griffin c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la fonction publique) (C.A.) (A-173-89)	476
--	-----

Relations du travail

A.F.P.C. c. Canada (Conseil du Trésor) (A-57-89)	F-24
Canada (Procureur général) c. Bonfa (A-138-89)	F-24
Canada (Procureur général) c. Elliott (A-1072-88)	F-4
Canada (Procureur général) c. Paton (C.A.) (A-338-89)	351
Canada (Procureur général) c. Skuce (A-288-89)	F-4

FORCES ARMÉES*Voir aussi:* Couronne, F-15

Duncan c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (T-2094-89)	F-4
---	-----

GRC*Voir aussi:* Anciens combattants, F-33

Gingras c. Gendarmerie Royale du Canada (A-526-86)	F-4
--	-----

IMMIGRATION*Voir aussi:* Couronne, F-14; Renseignement de sécurité, F-40

Badwal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-1193-88)	F-5
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Dhaliwal (A-575-88)	F-37
Dhami c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-566-87)	F-25
Grewal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-899-88) ..	192
Kigowa c. Canada (C.A.) (A-329-89)	804
Legerme c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-1181-88)	F-25
Sall c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1352-89)	F-25
Su c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1918-87)	F-4
Tran c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-532-88)	F-25

Expulsion

Saggi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-938-88)	F-26
Washington c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-289-89)	F-15

Pratique

Angeles c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (89-T-712)	F-37
Bamrah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-1011-88)	F-15
Khan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-1282-89)	30
Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-571-89)	419
Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-847-88)	F-26
Toronto Star Newspapers Ltd. c. Kenney (1 ^{re} inst.) (T-1769-89)	425
Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-2543-89)	722

IMMIGRATION—Suite**Statut de réfugié**

Armson c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-313-88).....	F-5
Mensah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-1173-88).....	F-26
Mikaeli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (89-T-694, 89-T-699)	562
Monteiro c. Canada (Arbitre, Loi sur l'immigration de 1976) (A-798-87)	F-16
Palma c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-1064-88)	F-37
Siddique c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-1137-88)	F-26
Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (89-T-676)	F-5

IMPÔT SUR LE REVENU

Voir aussi: Droit constitutionnel, F-3; Restitution, F-31

Calcul du revenu

Bourret c. Canada (T-1136-87).....	F-26
Labrador Offshore Shipping Co. c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-777-87)	757

Allocation du coût en capital

Hazlewood c. Canada (T-195-77, T-197-77)	F-6
--	-----

Déductions

Androwich c. Canada (T-2716-86)	F-26
Canada c. MerBan Capital Corp. (A-1522-84)	F-27
Holotnak c. Canada (A-1119-87).....	F-37
Hudson Bay Mining and Smelting Co. c. Canada (A-274-86)	F-16
Kaiser Petroleum Ltd. c. Canada (T-1180-87).....	F-27
London Life Insurance Co. c. Canada (C.A.) (A-847-87)	784
Maduke Foods Ltd. c. Canada (T-2146-87)	F-7
McKimmon c. M.R.N. (C.A.) (A-734-88)	600
McNeill c. Canada (T-578-87).....	F-7
Posno c. Canada (T-996-84).....	F-6

Entreprise agricole

Glass c. Canada (T-258-85).....	F-7
MacRae c. Canada (A-1003-88, A-1031-88, A-1032-88)	F-7
Pavlovich c. M.R.N. (T-1463-85)	F-16

Gain en capital

Dumais c. M.R.N. (1 ^{re} inst.) (T-210-88)	709
---	-----

Revenu ou gain en capital

O & M Investments Ltd. c. Canada (T-2932-85)	F-8
Pollock c. Canada (T-2399-86, T-2400-86)	F-37

Corporations

Robitaille c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-1957-87).....	310
Vine, succession c. Canada (T-2423-85)	F-27

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**Nouvelle cotisation**

Canadian Marconi Co. c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-71-88)	141
Landau c. Canada (T-4233-77)	F-16
Riendeau c. M.R.N. (T-329-86)	F-37

Pratique

Doyle c. M.R.N. (1 ^{re} inst.) (T-1780-89)	94
Durish c. M.R.N. (A-537-88)	F-38
Létourneau c. Canada (Cour de l'impôt) (A-397-88)	F-16
Nova Ban-Corp Ltd. c. Tottrup (1 ^{re} inst.) (T-610-89)	288

Saisies

Canada c. Satellite Earth Station Technology Inc. (T-2308-88)	F-8
2440-1986 Québec Inc. c. 2436-8169 Québec Inc. (ITA-3503-87)	F-17
Solvent Petroleum Extraction Inc. c. M.R.N. (C.A.) (A-390-88)	20

INJONCTIONS

Hot Spot Fishing & Lures Ltd. c. O'Ki Tackle Mfg. Ltd. (T-2365-88)	F-38
Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex, Inc. (C.A.) (A-16-89)	221
Pizza Pizza Ltd. c. Little Caesar International Inc. (1 ^{re} inst.) (T-1175-89)	659
Standal, succession c. Swecan International Ltd. (C.A.) (A-97-89, A-149-89, A-183-89)	115

INTERPRÉTATION DES LOIS

Voir aussi: Brevets, p. 221; Douanes et accise, F-2; Postes, F-29

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Secrétaire d'État aux Affaires extérieures) (1 ^{re} inst.) (T-218-88)	395
---	-----

JUGES ET TRIBUNAUX

Voir aussi: Marques de commerce, F-9

Flexi-Coil Ltd. c. Rite Way Manufacturing Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-5768-81)	108
--	-----

JUSTICE CRIMINELLE ET PÉNALE**Mandats de main-forte**

Standal, succession c. Swecan International Ltd. (C.A.) (A-97-89, A-149-89, A-183-89)	115
--	-----

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Carlson c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (T-1904-89)	F-28
Desjardins c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (T-1555-89)	F-8

MANDAT

Doyle c. M.R.N. (1 ^{re} inst.) (T-1780-89)	94
---	----

MARQUES DE COMMERCE

Sunoco Inc. c. Shell Canada Products Ltd. (T-1966-89)	F-9
---	-----

Contrefaçon

Mattel Canada Inc. c. GTS Acquisitions Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-889-89)	462
Mattel Canada Inc. c. Pierce (T-1133-89)	F-9
Pizza Pizza Ltd. c. Little Caesar International Inc. (1 ^{re} inst.) (T-1175-89)	659
Russell Harrington Cutlery, Inc. c. J.A. Henckels Zwillingwerk Canada Ltd. (T-1022-89)	F-28
Syntex Inc. c. Apotex Inc. (T-1436-89)	F-28

Enregistrement

Assoc. Olympique Canadienne c. Allied Corp. (C.A.) (A-787-87)	769
Borden, Inc. c. Aliments Hostess Ltée (1 ^{re} inst.) (T-702-87)	570

Pratique

Admiral Sanitation Ltd. c. Big Industries Inc. (T-990-89)	F-9
Borden, Inc. c. Aliments Hostess Ltée (1 ^{re} inst.) (T-702-87)	570
Pater International Automotive Franchising Inc. c. Mister Mechanic Inc. (1 ^{re} inst.) (T-173-89)	237

Radiation

Boutiques Progolf Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-344-89)	F-28
Citrus Growers Assn. Ltd. c. William D. Branson Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-48-89)	641

NÉGLIGENCE

Pembina Resources Ltd. c. ULS International Inc. (1 ^{re} inst.) (T-2985-84)	666
--	-----

PÊCHES

Voir aussi: Contrôle judiciaire, F-14

Maguire c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-1643-89)	742
---	-----

PÉNITENCIERS

Jacobson c. Canada (Solliciteur général) (T-262-89)	F-17
Millette c. Alarie (T-2414-88)	F-17
Mooring c. Établissement Kent (1 ^{re} inst.) (T-2220-89)	777
Pearce c. Établissement d'Edmonton (T-2031-88)	F-17
Picton c. Établissement d'Edmonton (T-2282-88)	F-17
Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel) (1 ^{re} inst.) (T-1812-89)	321

PEUPLES AUTOCHTONES

Voir aussi: Pratique, p. 275, F-29

Élections

Tribu indienne Stoney c. Bande indienne Goodstoney (T-646-89)	F-28
---	------

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite**Taxation**

Bande indienne de Saugeen c. Canada (C.A.) (A-1227-88).....	403
---	-----

POSTES

Daycal Publishing Inc. c. Société canadienne des postes (A-806-88).....	F-29
---	------

PRATIQUE

Voir aussi: Couronne, F-15; Droit constitutionnel, F-3; Pénitenciers, F-17; Peuples autochtones, F-29

Ahmed c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-1091-88).....	F-38
de Korompay c. Hydro Ontario (T-377-88).....	F-17
Oakwood Lumber & Millwork Co. c. Classic Millwork Co. (T-2307-88).....	F-18

Communication de documents et interrogatoire préalable*Interrogatoire préalable*

Bande indienne Muchalaht c. Canada (T-2283-86).....	F-29
KVN Heavy Construction c. Canada (T-585-87).....	F-9
Portes Prestofix Inc. c. Boilard (T-1743-87).....	F-18

Production de documents

Lanctôt c. Canada (T-859-83).....	F-30
-----------------------------------	------

Frais et dépens

Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications) (A-737-86).....	F-19
Dawson c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1537-88).....	F-19
Navigest Inc. c. Brandon (Le) (T-1792-86).....	F-18
Nova Ban-Corp Ltd. c. Tottrup (1 ^{re} inst.) (T-610-89).....	288
Pro-Vertic (1987) Inc. c. International Diffusion Consommateur S.A. (T-780-87).....	F-18
Rabbat c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1866-85).....	F-18
W.H. Brady Co. c. Letraset Canada Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-4853-77).....	46
W.H. Brady Co. c. Letraset Canada Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-4853-77).....	51
Woodhouse c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (T-1001-88).....	F-18

Jugements et ordonnances*Exécution*

Entreprises de Radio-Diffusion de la Capital Inc. (CHRC) c. Syndicat des employés de CHRC (T-2514-88).....	F-19
--	------

Jugement par défaut

Cooper Canada Ltd. c. D & N Sports Enterprises Ltd. (T-1754-88).....	F-30
D & N Sports Enterprises Ltd. c. Cooper Canada Ltd. (T-1698-88).....	F-30

PRATIQUE—Suite**Jugements et ordonnances—Suite***Suspension d'exécution*

Syntex Inc. c. Apotex Inc. (T-1436-89).....	F-10
---	------

Parties

Johnson c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-2283-86).....	275
--	-----

Intervention

Bande indienne Heiltsuk c. Canada (T-1265-89).....	F-30
Bande indienne Tsartlip c. Fondation du saumon du Pacifique (1 ^{re} inst.) (T-2080-88)	609
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co. (A-495-89).....	F-38
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.) (A-277-89, A-301-89).....	90
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.) (T-1416-88)	74
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.) (T-1416-88)	84

Qualité pour agir

Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement) (1 ^{re} inst.) (T-2102-89).....	595
--	-----

Plaidoiries*Détails*

Hot Spot Fishing & Lures Ltd. c. O'Ki Tackle Mfg. Ltd. (T-2365-88)	F-19
Société des Produits Marnier-Lapostolle c. René Rey Swiss Chocolates Ltd. (T-2086-88)	F-19
Unilens Optical Corp. c. Laboratoires Blanchard et Société (T-941-89)	F-30

Requête en radiation

C-I-L Inc. c. Ciba-Geigy AG (T-1035-89).....	F-19
Comstock Canada c. Electec Ltd. (T-1313-86)	F-38
de Korompay c. Ontario Hydro (T-377-88).....	F-39
Flexi-Coil Ltd. c. Rite Way Manufacturing Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-5768-81).....	108
Nova Ban-Corp Ltd. c. Tottrup (1 ^{re} inst.) (T-610-89)	288
Olson c. Canada (T-1093-89).....	F-30

Preuve

Mooring c. Établissement Kent (1 ^{re} inst.) (T-2220-89).....	777
--	-----

Références

Mihaljevic c. Colombie-Britannique (T-441-86)	F-39
---	------

Règle des «lacunes»

Smith c. Condux International Inc. (A-123-89)	F-30
---	------

PRATIQUE—Suite**Rejet des procédures***Défaut de poursuivre*

Knight Maintenance Ltd. c. Canada (Travaux publics) (T-3517)	F-31
69464 Manitoba Ltd. c. Canada (T-2365-86).....	F-10
Wilder c. Canada (T-2350-86)	F-10

Suspension d'instance

Rohm and Haas Co. c. NL Chem Canada Inc. (T-4-88)	F-19
---	------

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS*Voir aussi:* Fonction publique, F-24

Andrew c. Canada (Solliciteur général) (89-T-656)	F-39
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Secrétaire d'État aux Affaires extérieures) (1 ^{re} inst.) (T-218-88)	395

RELATIONS DU TRAVAIL*Voir aussi:* Assurance-chômage, F-33; Fonction publique, F-25; Pratique, F-19

Auto Haulaway Inc. c. Reid (A-1044-88).....	F-20
Calgary Broadcasting Co. c. Chartrand (T-930-87)	F-31
Cargill Grain Co. c. Canada (Conseil des relations du travail) (C.A.) (A-167-89) .	511
Code canadien du travail (Can.) (Re) (C.A.) (A-869-88).....	332
Frederick Transport Ltd. c. S.I.T.U.A.C. (A-747-88)	F-10

RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ*Voir aussi:* GRC, F-4

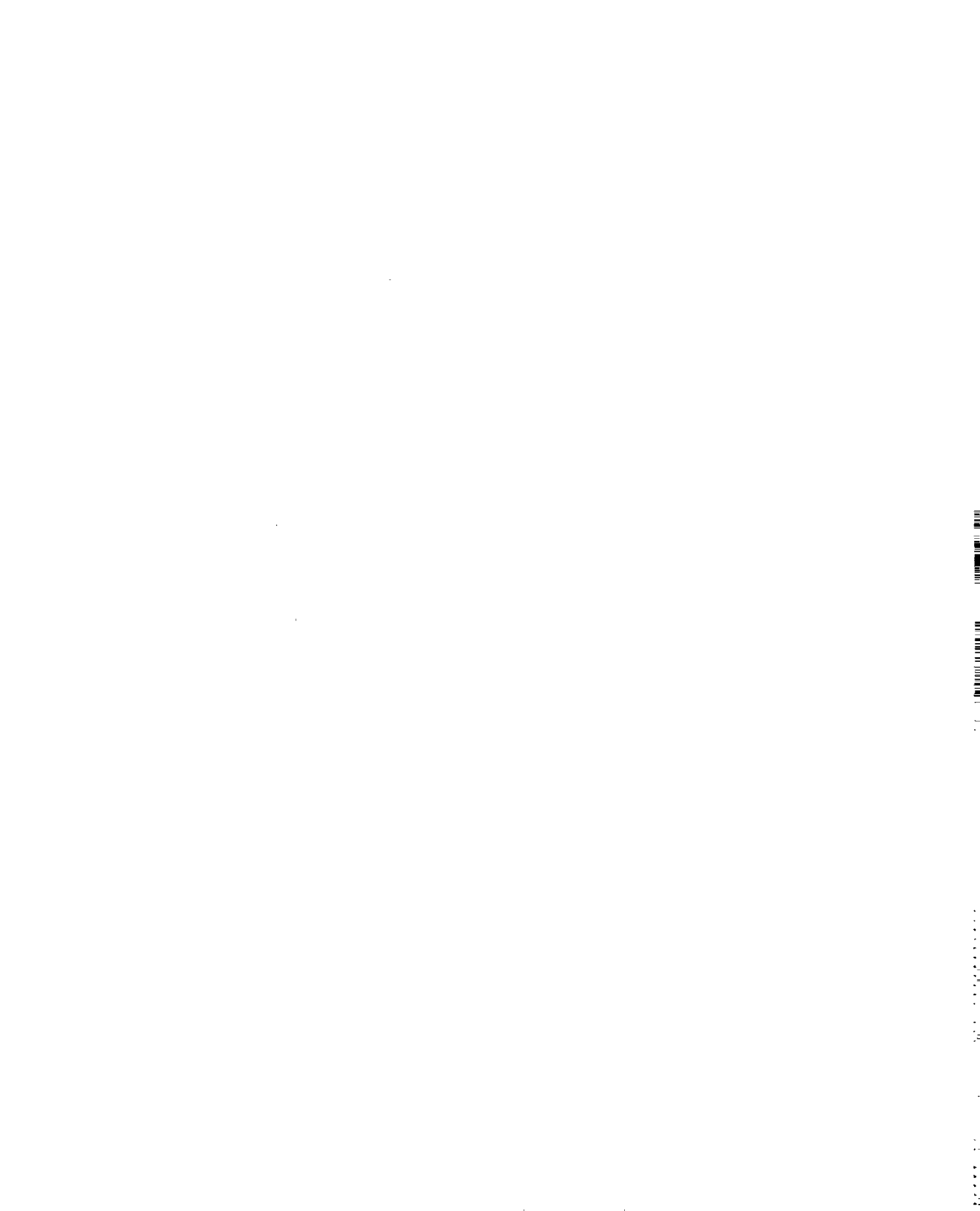
Brar c. Canada (Solliciteur général) (T-407-89)	F-39
---	------

RESTITUTION

Lovell c. Canada (T-293-88)	F-31
-----------------------------------	------

TRANSPORTS*Voir:* Chemins de fer, F-2**TRAVAUX PUBLICS**

Weisfeld c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-865-85)	367
---	-----



**TABLE
OF CASES DIGESTED
IN THIS VOLUME**

A

Admiral Sanitation Ltd. v. Big Industries Inc.	D-8
Ahmed v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-31
Allergan, Inc. v. Bausch & Lomb Canada, Inc.	D-21
Andrew v. Canada (Solicitor General)	D-32
Androwich v. Canada	D-20
Angeles v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-29
Armson v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-3
Auto Haulaway Inc. v. Reid	D-13

B

Badwal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-2
Baladine Inc. v. Canada	D-2
Ball v. Canada	D-17
Bamrah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-11
Bath v. Canada	D-21
Beauchamp v. Hockin	D-12
Bell Canada v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission)	D-15
Bordeleau v. Canada	D-9
Bourret v. Canada	D-20
Boutiques Progolff Inc. v. Canada (Registrar of Trade Marks)	D-25
Brar v. Canada (Solicitor General)	D-32

C

C-I-L Inc. v. Ciba-Geigy AG	D-15
Calgary Broadcasting Co. v. Chartrand	D-21
Canada v. Beauchamp	D-27
Canada v. MerBan Capital Corp.	D-20
Canada v. Meyer	D-28
Canada v. Satellite Earth Station Technology Inc.	D-5
Canada (Attorney General) v. Bonfa	D-24
Canada (Attorney General) v. Brunet	D-25
Canada (Attorney General) v. Charbonneau	D-25
Canada (Attorney General) v. Elliott	D-7
Canada (Attorney General) v. Fortin	D-25
Canada (Attorney General) v. Fox	D-16
Canada (Attorney General) v. Hartmann	D-8
Canada (Attorney General) v. Joint	D-16
Canada (Attorney General) v. Massicotte	D-25
Canada (Attorney General) v. Morris	D-16

Canada (Attorney General) v. Nova Scotia	D-2
Canada (Attorney General) v. Shand Estate	D-28
Canada (Attorney General) v. Skuce	D-7
Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.	D-31
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Dhaliwal	D-29
Canadian Pacific Ltd. v. Canada (National Transportation Agency)	D-7
Carlson v. Canada (National Parole Board)	D-21
Casden v. Cooper Enterprises Ltd.	D-5
Cheung (Re)	D-27
Comstock Canada v. Electec Ltd.	D-31
Cooper Canada Ltd. v. D & N Sports Enterprises Ltd.	D-23

D

D & N Sports Enterprises Ltd. v. Cooper Canada Ltd.	D-23
Daaboul v. Canada	D-18
Dawson v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-15
Daycal Publishing Inc. v. Canada Post Corp.	D-22
de Korompay v. Ontario Hydro	D-14
de Korompay v. Ontario Hydro	D-31
DEC International, Inc. v. A.L. LaCombe & Associates Ltd.	D-13
Desjardins v. Canada (National Parole Board)	D-5
Dhami v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-18
Dubreuil v. M.N.R.	D-16
Duncan v. Canada (Minister of National Defence)	D-1
Durish v. M.N.R.	D-29

E

Eli Lilly and Co. v. Genpharm Inc.	D-13
Entreprises de Radio-Diffusion de la Capitale Inc. (CHRC) v. Syndicat des employés de CHRC	D-15
Erfani-Behdan (Re)	D-17

F

Fédération des producteurs d'agneau et de mouton du Québec v. Canada	D-9
Flexi-Coil Ltd. v. Rite Way Manufacturing Ltd.	D-6
Frederick Transport Ltd. v. U.F.C.W.	D-5

G

Gazoduc Trans Québec & Maritimes Inc. v. Nicoletti	D-28
Gingras v. Royal Canadian Mounted Police	D-7
Glass v. Canada	D-4
Gravel v. Canada (Human Rights Tribunal)	D-21

H

Harbour Holdings Ltd. v. Canada	D-12
Hazlewood v. Canada	D-3
Heiltsuk Indian Band v. Canada	D-23
Holotnak v. Canada	D-29
Hot Spot Fishing & Lures Ltd. v. O'Ki Tackle Mfg. Ltd.	D-15
Hot Spot Fishing & Lures Ltd. v. O'Ki Tackle Mfg. Ltd.	D-30

Hudson Bay Mining and Smelting Co. v. Canada	D-11
--	------

I

Imprimerie Héon & Nadeau Ltée v. Canada	D-27
---	------

J

J.M. Voith GmbH v. Beloit Corp.....	D-30
Jacobson v. Canada (Solicitor General).....	D-14
Jutan International Ltd. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise.....	D-10

K

KVN Heavy Construction v. Canada	D-6
Kaiser Petroleum Ltd. v. Canada.....	D-20
Kigowa v. Canada.....	D-9
Knight Maintenance Ltd. v. Canada (Public Works).....	D-23

L

Lancôt v. Canada	D-22
Landau v. Canada.....	D-12
Laporte v. Canada (Employment and Immigration Commission).....	D-32
Legerme v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-19
Lépine-Desmarchais v. Canada (Umpire appointed under Unemployment Insurance Act, 1971).....	D-16
L'Espérance v. Canada (Minister of National Defence).....	D-12
Létourneau v. Canada (Tax Court).....	D-11
Lovell v. Canada	D-24

M

MacRae v. Canada	D-5
Maduke Foods Ltd. v. Canada	D-4
Mattel Canada Inc. v. Pierce	D-8
McNeill v. Canada	D-4
Mensah v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	D-19
Mercier v. Canada (Public Service Commission Appeal Board).....	D-24
Mihaljevic v. British Columbia	D-32
Millette v. Alarie.....	D-13
Monarch Concrete Products Ltd. v. Canada	D-1
Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.....	D-10
Monteiro v. Canada (Adjudicator, Immigration Act, 1976).....	D-11
Muchalaht Indian Band v. Canada.....	D-22

N

Navigest Inc. v. Brandon (The).....	D-14
Nekoosa Packaging Corp. v. AMCA International Ltd.....	D-22
Nolan v. Canada (Veterans Appeal Board).....	D-33

O

O & M Investments Ltd. v. Canada	D-5
--	-----

Oakwood Lumber & Millwork Co. v. Classic Millwork Co.	D-14
Olson v. Canada	D-23
1860-3340 Québec Inc. v. Canada	D-10

P

P.S.A.C. v. Canada (Treasury Board)	D-24
Palma v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-29
Paul Vallée Inc. v. Canada	D-17
Pavlovich v. M.N.R.	D-11
Pearce v. Edmonton Institution	D-13
Picton v. Edmonton Institution	D-13
Pollock v. Canada	D-29
Portes Prestofix Inc. v. Boilard	D-15
Posno v. Canada	D-4
Prior v. Canada	D-1
Pro-Vertic (1987) Inc. v. International Diffusion Consommateur S.A.	D-14
Procter & Gamble Co. v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.	D-13

R

Rabbat v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-14
Reliance Electric Industrial Co. v. Northern Telecom Ltd.	D-30
Riendeau v. M.N.R.	D-30
Rohm and Haas Co. v. NL Chem Canada Inc.	D-15
Rose v. Canada (Employment and Immigration Commission)	D-16
Russell Harrington Cutlery, Inc. v. J.A. Henckels Zwillingwerk Canada Ltd.	D-25

S

Saggi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-19
Sall v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-18
Savignac v. Canada	D-17
Scully v. Canada (Commission of Employment and Immigration)	D-8
Sembawang Reefer Lines (Bahamas) Ltd. v. Lina Erre (The)	D-9
Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers, Inc.	D-18
Siddique v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-19
Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-19
69464 Manitoba Ltd. v. Canada	D-6
Smith v. Condux International Inc.	D-23
Société des Produits Marnier-Lapostolle v. René Rey Swiss Chocolates Ltd.	D-15
Spring Point Management Ltd. v. Canada	D-27
Stoney Indian Tribe v. Goodstoney Indian Band	D-21
Su v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-2
Sunoco Inc. v. Shell Canada Products Ltd.	D-7
Syntex Inc. v. Apotex Inc.	D-6
Syntex Inc. v. Apotex Inc.	D-25
Syntex Pharmaceuticals International Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)	D-30

T

Terrasse Jewellers Inc. v. Canada	D-10
Thinkway Toys v. Vicki Collections	D-17
Tran v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-18
2440-1986 Québec Inc. v. 2436-8169 Québec Inc.	D-12

U

Unilens Optical Corp. v. Laboratories Blanchard et Société.....	D-23
---	------

V

Varey v. M.N.R.	D-28
Vine Estate v. Canada	D-19

W

Walpole Island Indian Band v. Canada (Minister of Environment)	D-2
Wardair Canada Inc. v. Dion	D-12
Washington v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-10
Wilder v. Canada	D-6
Woodhouse v. Canada (National Parole Board)	D-14

Y

Yhap v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-3
---	-----

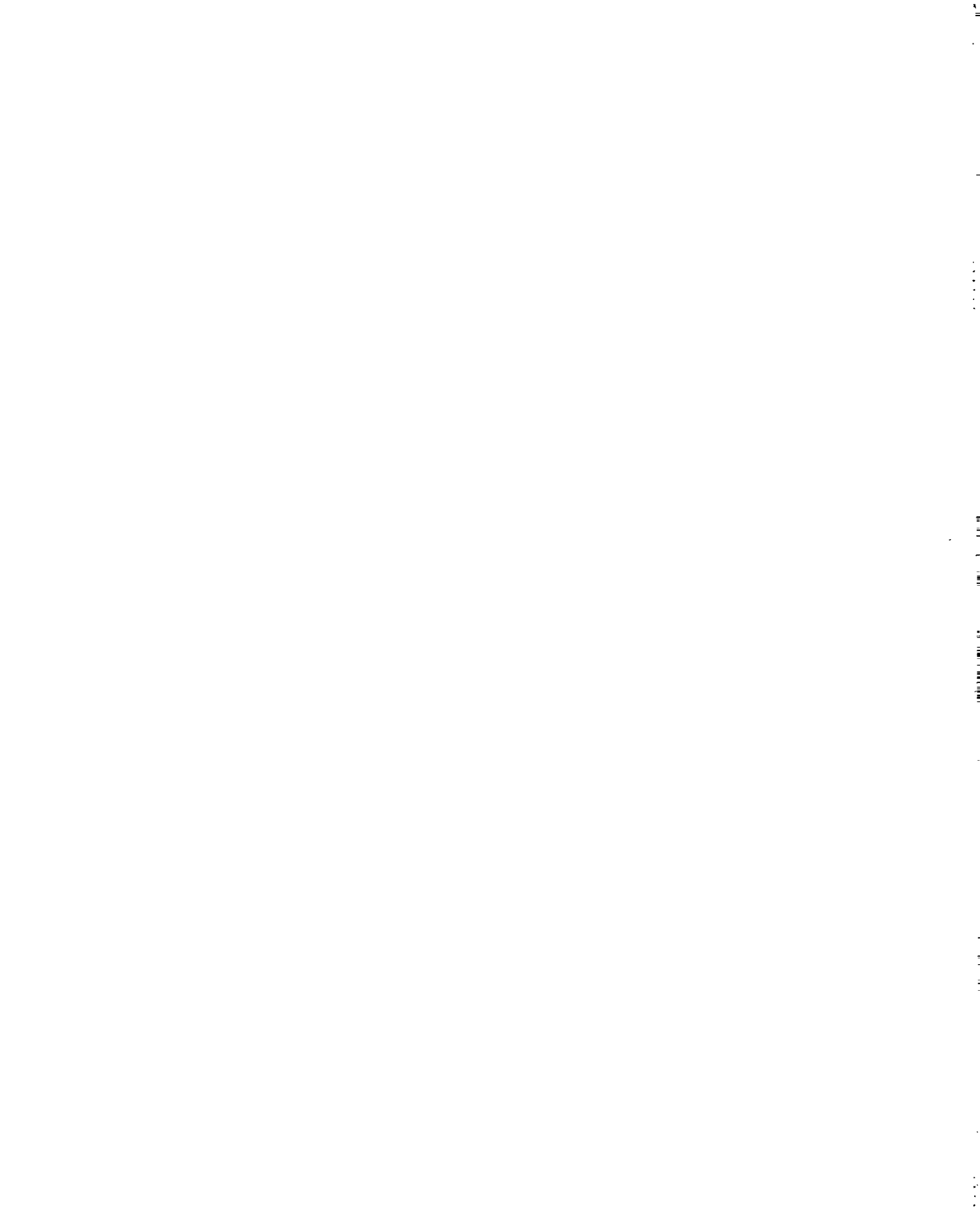


TABLE
DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES
DANS CE VOLUME

A

A.F.P.C. c. Canada (Conseil du Trésor)	F-24
Admiral Sanitation Ltd. c. Big Industries Inc.	F-9
Ahmed c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-38
Allergan, Inc. c. Bausch & Lomb Canada, Inc.	F-21
Andrew c. Canada (Solliciteur général)	F-39
Androwich c. Canada	F-26
Angeles c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-37
Armson c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-5
Auto Haulaway Inc. c. Reid	F-19

B

Badwal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-5
Baladine Inc. c. Canada	F-2
Ball c. Canada	F-23
Bamrah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-15
Bande indienne de Walpole Island c. Canada (Ministre de l'Environnement)	F-3
Bande indienne Heiltsuk c. Canada	F-30
Bande indienne Muchalaht c. Canada	F-29
Bath c. Canada	F-23
Beauchamp c. Hockin	F-14
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)	F-19
Bordeleau c. Canada	F-14
Bourret c. Canada	F-26
Boutiques Proggolf Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce)	F-28
Brar c. Canada (Solliciteur général)	F-39

C

C-I-L Inc. c. Ciba-Geigy AG	F-19
Calgary Broadcasting Co. c. Chartrand	F-31
Canada c. Beauchamp	F-35
Canada c. MerBan Capital Corp.	F-27
Canada c. Meyer	F-35
Canada c. Satellite Earth Station Technology Inc.	F-8
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.	F-38
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Dhaliwal	F-37
Canada (Procureur général) c. Bonfa	F-24
Canada (Procureur général) c. Brunet	F-21
Canada (Procureur général) c. Charbonneau	F-21
Canada (Procureur général) c. Elliott	F-4

Canada (Procureur général) c. Fortin	F-21
Canada (Procureur général) c. Fox	F-12
Canada (Procureur général) c. Hartmann	F-1
Canada (Procureur général) c. Joint	F-11
Canada (Procureur général) c. Massicotte.....	F-21
Canada (Procureur général) c. Morris	F-12
Canada (Procureur général) c. Nouvelle-Écosse	F-3
Canada (Procureur général) c. Shand, succession.....	F-36
Canada (Procureur général) c. Skuce	F-4
Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office national des transports)	F-2
Carlson c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)	F-28
Casden c. Cooper Enterprises Ltd.	F-3
Cheung (Re).....	F-34
Comstock Canada c. Electec Ltd.	F-38
Cooper Canada Ltd. c. D & N Sports Enterprises Ltd.	F-30

D

D & N Sports Enterprises Ltd. c. Cooper Canada Ltd.	F-30
Daaboul c. Canada	F-23
Dawson c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-19
Daycal Publishing Inc. c. Société canadienne des postes	F-29
DEC International, Inc. c. A.L. LaCombe & Associates Ltd.	F-12
de Korompay c. Ontario Hydro.....	F-17
de Korompay c. Ontario Hydro.....	F-39
Desjardins c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)	F-8
2440-1986 Québec Inc. c. 2436-8169 Québec Inc.	F-17
Dhami c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-25
Dubreuil c. M.R.N.	F-11
Duncan c. Canada (Ministre de la Défense nationale)	F-4
Durish c. M.R.N.	F-38

E

Eli Lilly and Co. c. Genpharm Inc.	F-12
Entreprises de Radio-Diffusion de la Capitale Inc. (CHRC) c. Syndicat des employés de CHRC.....	F-19
Erfani-Behdan (Re).....	F-22

F

Fédération des producteurs d'agneau et de mouton du Québec c. Canada	F-11
Flexi-Coil Ltd. c. Rite Way Manufacturing Ltd.	F-1
Frederick Transport Ltd. c. S.I.T.U.A.C.	F-10

G

Gazoduc Trans Québec & Maritimes Inc. c. Nicoletti	F-36
Gingras c. Gendarmerie royale du Canada	F-4
Glass c. Canada	F-7
Gravel c. Canada (Tribunal des droits de la personne).....	F-22

H

Harbour Holdings Ltd. c. Canada	F-14
---------------------------------------	------

Hazlewood c. Canada.....	F-6
Holotnak c. Canada.....	F-37
Hot Spot Fishing & Lures Ltd. c. O'Ki Tackle Mfg. Ltd.	F-19
Hot Spot Fishing & Lures Ltd. c. O'Ki Tackle Mfg. Ltd.	F-38
Hudson Bay Mining and Smelting Co. c. Canada.....	F-16

I

Imprimerie Héon & Nadeau Ltée c. Canada.....	F-35
--	------

J

J.M. Voith GmbH c. Beloit Corp.....	F-33
Jacobson c. Canada (Solliciteur général).....	F-17
Jutan International Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise.....	F-15

K

KVN Heavy Construction c. Canada.....	F-9
Kaiser Petroleum Ltd. c. Canada.....	F-27
Kigowa c. Canada.....	F-14
Knight Maintenance Ltd. c. Canada (Travaux publics).....	F-31

L

Lanctôt c. Canada.....	F-30
Landau c. Canada.....	F-16
Laporte c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	F-33
Legerme c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-25
Lépine-Desmarchais c. Canada (Juge-arbitre nommé en vertu de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage).....	F-11
L'Espérance c. Canada (Ministre de la Défense Nationale).....	F-14
Létourneau c. Canada (Cour de l'impôt).....	F-16
Lovell c. Canada.....	F-31

M

MacRae c. Canada.....	F-7
Maduke Foods Ltd. c. Canada.....	F-7
Mattel Canada Inc. c. Pierce.....	F-9
McNeill c. Canada.....	F-7
Mensah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	F-26
Mercier c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique).....	F-24
Mihaljevic c. Colombie-Britannique.....	F-39
Millette c. Alarie.....	F-17
Monarch Concrete Products Ltd. c. Canada.....	F-2
Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.....	F-13
Monteiro c. Canada (Arbitre, Loi sur l'immigration de 1976).....	F-16

N

Navigest Inc. c. Brandon (Le).....	F-18
Nekoosa Packaging Corp. c. AMCA International Ltd.....	F-22
Nolan c. Canada (Tribunal d'appel des anciens combattants).....	F-33

O

O & M Investments Ltd. c. Canada	F-8
Oakwood Lumber & Millwork Co. c. Classic Millwork Co.	F-18
Olson c. Canada	F-30

P

Palma c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-37
Paul Vallée Inc. c. Canada	F-23
Pavlakovich c. M.R.N.	F-16
Pearce c. Établissement d'Edmonton	F-17
Picton c. Établissement d'Edmonton	F-17
Pollock c. Canada	F-37
Portes Prestofix Inc. c. Boilard	F-18
Posno c. Canada	F-6
Pro-Vertic (1987) Inc. c. International Diffusion Consommateur S.A.	F-18
Procter & Gamble Co. c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.	F-12
Prior c. Canada	F-3

R

Rabbat c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-18
Reliance Electric Industrial Co. c. Northern Telecom Ltd.	F-34
Riendeau c. M.R.N.	F-37
Rohm and Haas Co. c. NL Chem Canada Inc.	F-19
Rose c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	F-11
Russell Harrington Cutlery, Inc. c. J.A. Henckels Zwillingwerk Canada Ltd.	F-28

S

Saggi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-26
Sall c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-25
Savignac c. Canada	F-22
Scully c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	F-1
Sembawang Reefer Lines (Bahamas) Ltd. c. Lina Erre (Le)	F-13
Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers, Inc.	F-22
Siddique c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-26
Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-26
69464 Manitoba Ltd. c. Canada	F-10
Smith c. Condux International Inc.	F-30
Société des Produits Marnier-Lapostolle c. René Rey Swiss Chocolates Ltd.	F-19
Spring Point Management Ltd. c. Canada	F-35
Su c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-4
Sunoco Inc. c. Shell Canada Products Ltd.	F-9
Syntex Inc. c. Apotex Inc.	F-10
Syntex Inc. c. Apotex Inc.	F-28
Syntex Pharmaceuticals International Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)	F-33

T

Terrasse Jewellers Inc. c. Canada	F-15
Thinkway Toys c. Vicki Collections	F-23
Tran c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-25
Tribu indienne Stoney c. Bande indienne Goodstoney	F-28

U

1860-3340 Québec Inc. c. Canada	F-15
Unilens Optical Corp. c. Laboratoires Blanchard et Société.....	F-30

V

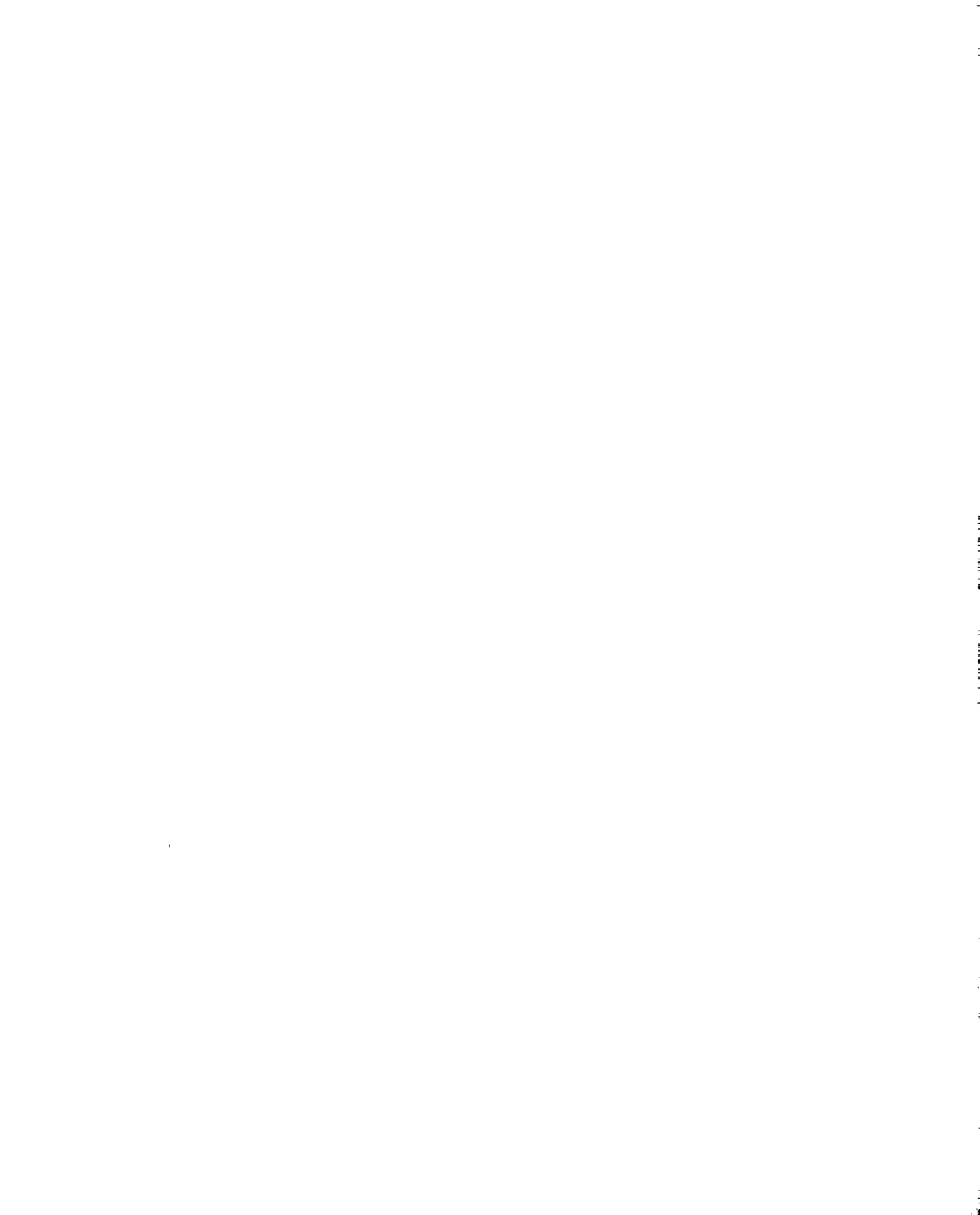
Varey c. M.R.N.....	F-35
Vine, succession c. Canada	F-27

W

Wardair Canada Inc. c. Dion	F-13
Washington c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-15
Wilder c. Canada	F-10
Woodhouse c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles).....	F-18

Y

Yhap c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-5
---	-----



CASES JUDICIALLY CONSIDERED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

	PAGE
<i>Aca Joe International v. 147255 Canada Inc. et al.</i> (1986), 10 C.P.R. (3d) 301 (F.C.T.D.)	108
<i>Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 2.	115
<i>Air Canada v. British Columbia</i> , [1989] 1 S.C.R. 1161; (1989), 59 D.L.R. (4th) 161; [1989] 4 W.W.R. 97	403
<i>Alda Enterprises Ltd. v. R.</i> , [1978] 2 F.C. 106; (1977), 80 D.L.R. (3d) 551 (T.D.)	609
<i>Algonquin Mercantile Corporation v. Dart Industries Canada Ltd.</i> (1984), 1 C.P.R. (3d) 242 (F.C.T.D.)	570
<i>All Canada Sports Promotions Ltd. and B.C.L. Entertainment Corp. v. Sun Life Systems, Tom Kelly, et al.</i> , judgment dated November 7, 1988, Supreme Court of Ontario, 32891/88, not yet reported.....	448
<i>American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.</i> , [1975] A.C. 396 (H.L.)..... 221, 462	448
<i>American Cyanamid Co v Ethicon Ltd</i> , [1975] 1 All ER 504 (H.L.).....	483
<i>Anderson's (Pacific) Trading Co Pty Ltd v Karlander New Guinea Line Ltd</i> , [1980] 2 NSWLR 870 (Com. Law Div.).....	321
<i>Andrews v. Law Society of British Columbia</i> , [1989] 1 S.C.R. 143; [1989] 2 W.W.R. 289.....	542
<i>Antares Shipping Corporation v. The Ship "Capricorn" et al.</i> [1980] 1 S.C.R. 553; (1979), 111 D.L.R. (3d) 289; 30 N.R. 104	297
<i>Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd.</i> , [1974] 1 F.C. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.).....	511
<i>Antoine Guertin Ltée 1</i> , not reported, Québec Labour Court, No. 500-28-000502-831.....	448
<i>Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.</i> , [1976] Ch. 55 (C.A.)	351
<i>Apesland v. Canada</i> , A-669-87, Mahoney J.A., judgment dated 24/5/88, F.C.A., not reported.....	483
<i>Apex (Trinidad) Oilfields, Ltd. v. Lunham & Moore Shipping, Ltd.</i> , [1962] 2 Lloyd's Rep. 203 (Can. Ex. Ct.)	641
<i>Argenti Inc. v. Exode Importations Inc.</i> (1984), 8 C.P.R. (3d) 174 (F.C.T.D.).....	483
<i>Aris Steamship Co. Inc. v. Associated Metals & Minerals Corporation</i> , [1980] 2 S.C.R. 322; (1980), 101 D.L.R. (3d) 1; 31 N.R. 584	237
<i>Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.</i> , [1987] 3 F.C. 544; (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 80 N.R. 9; 14 C.P.R. (3d) 314; 13 C.I.P.R. 263 C.A.	666
<i>Assiniboine (School Division of) South No. 3 v. Hoffer et al.</i> (1971), 21 D.L.R. (3d) 608; [1971] 4 W.W.R. 746 (Man. C.A.)	483
<i>Atlantic Traders Ltd. v. Saguenay Shipping Ltd.</i> (1979), 38 N.S.R. (2d) 1; 69 A.P.R. 1 (S.C.T.D.)	367
<i>Attorney-General v. P. Y. A. Quarries Ltd.</i> , [1957] 2 Q.B. 169.....	

	PAGE
<i>Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada</i> , [1914] A.C. 153 (P.C.).....	742
<i>Attorney General for Canada v. Attorney-General for Quebec</i> , [1921] 1 A.C. 413 (P.C.).....	742
<i>Attorney-General for Canada v. Hallet & Carey Ltd.</i> , [1952] A.C. 427 (P.C.).....	168
<i>Attorney-General for Ontario v. Israel Winner</i> , [1954] A.C. 521; [1954] 4 D.L.R. 657 (P.C.); 756 (Sask. C.A.).....	511
<i>Attorney-General for Ontario v. Orange Productions Ltd. et al.</i> (1972), 21 D.L.R. (3d) 257 (Ont. H.C.).....	367
<i>Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia</i> , [1898] A.C. 700 (P.C.).....	742
<i>Attorney General of Canada v. Cumming</i> , [1980] 2 F.C. 122; (1979), 103 D.L.R. (3d) 151; 79 DTC 5303 (T.D.).....	627
<i>Attorney General of Canada v. Immigration Appeal Board</i> (T.D.), T-1240-85, Denault J., 5/7/85, not reported.....	192
<i>Attorney General of Canada v. Lachapelle</i> , [1979] 1 F.C. 377; (1978), 91 D.L.R. (3d) 674 (T.D.); affd <i>sub nom Baril v. Attorney General of Canada</i> , [1980] 1 F.C. 55; (1979), 106 D.L.R. (3d) 79; 36 N.R. 587 (C.A.).....	297
<i>Attorney General of Canada, The v. The Canadian Pacific Railway Company and Canadian National Railways</i> , [1958] S.C.R. 285; (1958), 12 D.L.R. (2d) 625; 76 C.R.T.C. 241.....	609
<i>Attorney General of Manitoba v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.</i> , [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 73 N.R. 341.....	562
<i>Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.) et al.</i> , [1979] 1 S.C.R. 218.....	367
<i>B.C. Fed. of Lab. v. B.C. (W.C.B.)</i> (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 325 (S.C.).....	609
<i>Baird, et al. v. The Queen</i> , Ont. S.C., No. 1062/85, Maloney J., 10/1/86, not reported; affd Ont. C.A. No. 96/86, Brooke, Goodman and Grange JJ., 9/6/87, not reported..	367
<i>Bank Mellat v. Kazmi</i> , [1989] 2 W.L.R. 613 (C.A.).....	115
<i>Bank of Toronto v. Lambe</i> (1887), 12 App. Cas. 575 (P.C.).....	403
<i>Barnett, J. V. v. M.N.R.</i> (1985), 85 DTC 619; [1985] 2 C.T.C. 2336 (T.C.C.).....	310
<i>Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.</i> , [1983] 2 S.C.R. 388.....	115
<i>Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.</i> , [1983] 2 S.C.R. 388; (1983), 2 D.L.R. (4th) 621; 75 C.P.R. (2nd) 1; 50 N.R. 1.....	562
<i>Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter Ltd.</i> (1980), 52 C.P.R. (2d) 163 (F.C.T.D.).....	562
<i>Bechthold Resources Ltd. v. Canada (M.N.R.)</i> , [1986] 3 F.C. 116; (1986), 86 DTC 6065; [1986] 1 C.T.C. 195; (1986), 1 F.T.R. 123 (T.D.).....	288
<i>Belanger Inc. v. Keglona Investments Ltd.</i> (1986), 1 F.T.R. 238; 8 C.P.R. (3d) 557; 8 C.I.P.R. 123 (F.C.T.D.).....	237
<i>Bell Telephone Co. v. The "Mar-Tirenno"</i> , [1974] 1 F.C. 294 (T.D.).....	483
<i>Bell Telephone Co. v. The "Mar-Tirenno"</i> , [1974] 1 F.C. 294; 52 D.L.R. (3d) 702 (T.D.); affd [1976] 1 F.C. 539; 71 D.L.R. (3d) 608 (C.A.).....	666
<i>Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp.</i> , [1969] S.C.R. 192; (1968), 1 D.L.R. (3d) 462; 57 C.P.R. 1; 39 Fox Pat. C. 207.....	570
<i>Beutler, O. v. M.N.R.</i> (1988), 88 DTC 1286; [1988] 1 C.T.C. 2414 (T.C.C.).....	310

	PAGE
<i>Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1986] 2 F.C. 3 (T.D.); revd [1988] 1 F.C. 171 (C.A.)	115
<i>Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.</i> , [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185	627
<i>Blanchard Lumber Co. v. S. S. Anthony II</i> , 259 F. Supp. 857 (D.C.N.Y., 1966)	483
<i>Bolivar County Gravel Co., Inc. v. Thomas Marine Co.</i> , 585 F.2d 1306 (5th Cir. 1978) ..	666
<i>Bollinger (J.) v. Costa Brava Wine Company Ltd.</i> , [1959] 3 All E.R. 800 (Ch.D.)	462
<i>Bradasch v. Warren</i> (1989), 27 F.T.R. 70 (F.C.T.D.)	742
<i>British American Bank Note Co. v. Bank of America National Trust and Saving Association</i> , [1983] 2 F.C. 778; (1983), 71 C.P.R. (2d) 26 (T.D.)	570
<i>British Columbia Packers Limited v. Canada Labour Relations Board</i> , [1973] F.C. 1194 (T.D.)	609
<i>British Columbia Packers Ltd. v. Canada Labour Relations Board</i> , [1974] 2 F.C. 913; (1974), 50 D.L.R. (3d) 602 (T.D.); affd [1976] 1 F.C. 375; (1975), 64 D.L.R. (3d) 522; 75 CLLC 14,307 (C.A.)	609
<i>Bronze Memorials Ltd. [No. 2] v. M.N.R.</i> (1969), 69 DTC 5420 (Ex. Ct.)	141
<i>Brown v. R. in Right of B.C.</i> (1979), 20 B.C.L.R. 64; 107 D.L.R. (3d) 705; [1980] 3 W.W.R. 360 (C.A.)	403
<i>Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police</i> (1982), 37 O.R. (2d) 277 (H.C.)	3
<i>Burnaby Machine & Mill Equipment Ltd. v. Berglund Industrial Supply Co. Ltd. et al.</i> (1982), 64 C.P.R. (2d) 206 (F.C.T.D.)	108
<i>C. Evans & Sons Ltd. v. Spritebrand Ltd.</i> , [1985] F.S.R. 267 (Eng. C.A.)	237
<i>CBM Kabushiki Kaisha v. Lin Trading Co.</i> (1987), 10 C.I.P.R. 260; 14 C.P.R. (3d) 32; (1987), 9 F.T.R. 177 (F.C.T.D.)	462
<i>C.P.R. v. A.G. for Saskatchewan</i> , [1952] 2 S.C.R. 231; [1952] 4 D.L.R. 11	403
<i>C.S.P. Foods Ltd. v. Canada Labour Relations Board</i> , [1979] 2 F.C. 23; 25 N.R. 91 (C.A.)	511
<i>Camirand c. R.</i> , [1976] C.S. 1294	511
<i>Can. Lab. Congress v. Bhindi</i> (1985), 61 B.C.L.R. 85 (C.A.)	609
<i>Canada v. Falconer</i> , A-416-86, Heald J.A., judgment dated 27/2/87, F.C.A., not reported; affg (1986), 9 PSSRB Decisions 25 (<i>sub nom. O'Leary and Humphreys and Treasury Board</i>)	351
<i>Canada v. Falconer</i> , A-417-86, Heald J.A., judgment dated 27/2/87, F.C.A., not reported; affg (1986), 9 PSSRB Decisions 30 (<i>sub nom. Falconer and O'Leary and Treasury Board</i>)	351
<i>Canada Labour Code (Re)</i> (1986), [1987] 2 F.C. 30; 34 D.L.R. (4th) 228; (1986), 72 N.R. 348; 87 C.L.L.C. 14,017 (C.A.)	511
<i>Canada Labour Relations Board et al. v. Paul l'Anglais Inc. et al.</i> , [1983] 1 S.C.R. 147; 146 D.L.R. (3d) 202; (1985), 47 N.R. 351	511
<i>Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)</i> , [1989] 1 F.C. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246 (C.A.)	652
<i>Canadian Association of Professional Radio Operators and Treasury Board</i> (1988), 14 PSSRB Decisions 65	297
<i>Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners</i> , [1962] Ex.C.R. 441....	483
<i>Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners</i> , [1962] Ex.C.R. 441....	666

	PAGE
<i>Canadian General Electric Company Limited v. Pickford & Black Limited</i> , [1972] S.C.R. 52	483
<i>Canadian General Electric Co. Ltd. v. Pickford & Black Ltd.</i> , [1972] S.C.R. 52; (1971), 20 D.L.R. (3d) 432	666
<i>Canadian Klockner Ltd. v. D/S A/S Flint</i> , [1973] F.C. 988 (T.D.)	483
<i>Canadian Marconi Company v. The Queen</i> (1982), 82 DTC 6236 (F.C.T.D.); aff'd (1984), 84 DTC 6267 (F.C.A.); rev'd [1986] 2 S.C.R. 522; 86 DTC 6526	141
<i>Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Williams</i> , [1982] 1 F.C. 214 (C.A.)	627
<i>Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)</i> , [1988] 1 F.C. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (C.A.)	627
<i>Canadian Red Cross Society v. Simpsons Limited</i> , [1983] 2 F.C. 372; (1983), 70 C.P.R. (2d) 19 (T.D.)	609
<i>Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation</i> , [1979] 2 S.C.R. 277; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 26 N.R. 341; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209	297
<i>Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)</i> , [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 26 F.T.R. 245 (T.D.), aff'd by (1989), 99 N.R. 72 (F.C.A.)	248
<i>Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)</i> , [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 26 F.T.R. 245 (F.C.T.D.)	595
<i>Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)</i> (1989), 99 N.R. 72 (F.C.A.)	595
<i>Cardiff Rating Authority and Cardiff Assessment Committee v. Guest Keen Baldwin's Iron Steel Co., Ltd.</i> , [1949] 1 K.B. 385 (C.A.)	367
<i>Cellcor Corp. of Canada Ltd. v. Kotacka</i> , [1977] 1 F.C. 227; (1976), 14 N.R. 204; 27 C.P.R. (2d) 68 (C.A.)	64
<i>Central Western Railway Corp. v. U.T.U.</i> , [1989] 2 F.C. 186; (1988), 47 D.L.R. (4th) 161; (1988), 84 N.R. 321 (C.A.)	511
<i>Chamney v. The Queen</i> , [1975] 2 S.C.R. 151; (1973), 40 D.L.R. (3d) 146; 13 C.C.C. (2d) 465; [1974] 1 W.W.R. 493	511
<i>Champagne Heidsieck et Cie Monopole Société Anonyme v. Buxton</i> (1929), 47 R.P.C. 28 (Ch.D.)	462
<i>Charron v. M.N.R.</i> (1981), 81 DTC 271 (T.R.B.)	141
<i>Chic Fashions (West Wales) Ltd. v. Jones</i> , [1968] 2 Q.B. 299 (C.A.)	20
<i>Chin-Can Communication Corporation et al. v. Chinese Video Centre Ltd. et al.</i> (1983), 70 C.P.R. (2d) 184 (F.C.T.D.)	448
<i>Cie du trust national Ltée c. Burns</i> , [1985] C.S. 1286	511
<i>Clark v. Community for Creative Non-Violence</i> , 468 U.S. 288; 82 L.Ed. 2d 221 (1984)	367
<i>Clopay Corp. & Canadian General Tower Ltd. v. Metalix Ltd.</i> (1960), 34 C.P.R. 232; 20 Fox Pat. C. 110; aff'd [1962] S.C.R. viii; (1961), 39 C.P.R. 23; 22 Fox. Pat. C. 2	64
<i>Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The "Comer"</i> , [1970] Ex.C.R. 12	199
<i>Cohen v. The Queen</i> (1980), 80 DTC 6250 (F.C.A.)	141
<i>Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada</i> , [1987] 2 F.C. 68 (C.A.)	367
<i>Construction Montcalm Inc. v. The Minimum Wage Commission</i> , [1979] 1 S.C.R. 754; (1978), 93 D.L.R. (3d) 641; (1978), 25 N.R. 1; 79 C.L.L.C. 14,190	511

	PAGE
<i>Consumers Distributing Company Ltd. v. Seiko Time Canada Ltd. et al.</i> , [1984] 1 S.C.R. 583; 10 D.L.R. (4th) 161; (1984), 54 N.R. 161; 29 C.C.L.T. 296; 3 C.I.P.R. 223; 1 C.P.R. (3d) 1	462
<i>Continental Oil Co. v. S S Electra</i> , 431 F.2d 391 (5th Cir. 1970)	666
<i>Cormorant Bulk-Carriers Inc. v. Canficorp (Overseas Projects) Ltd.</i> (1984), 54 N.R. 66 (F.C.A.)	483
<i>Cox v. Louisiana</i> , 379 U.S. 536; 13 L.Ed. 2d 471 (1965)	367
<i>Cromer v. B.C. Teachers' Fed.</i> , [1986] 5 W.W.R. 638; 29 D.L.R. (4th) 641 (B.C.C.A.) ..	367
<i>Cuddy Chicks Ltd. v. Labour Relations Board (Ont.) et al.</i> (1989), 35 O.A.C. 94 (C.A.) ..	562
<i>Culinar Foods Inc. v. Mario's Food Products Ltée</i> , [1987] 2 F.C. 53; (1986), 12 C.P.R. (3d) 420 (T.D.)	448
<i>Cumberland Properties Ltd. v. Canada</i> , [1989] 3 F.C. 390; 89 DTC 5333 (C.A.)	94
<i>Curlett v. Minister of National Revenue</i> , [1962] S.C.R. vii; 62 DTC 1320	709
<i>Cutter Ltd. v. Baxter Travenor Laboratories of Canada, Ltd. et al.</i> (1980), 47 C.P.R. (2d) 53 (F.C.A.)	221
<i>Cybulski, D.J. v. M.N.R.</i> (1988), 88 DTC 1531 (T.C.C.)	310
<i>Cypress Disposal Ltd. v. Inland Kenworth Sales (Nanaimo) Ltd.</i> , [1975] 3 W.W.R. 289 (B.C.C.A.)	94
<i>Davie Shipbuilding Limited v. The Queen</i> , [1984] 1 F.C. 461 (C.A.)	483
<i>Davie Shipbuilding Limited v. The Queen</i> , [1984] 1 F.C. 461; 4 D.L.R. (4th) 546; 53 N.R. 50 (C.A.)	666
<i>Davis, W.W. v. The Queen</i> (1984), 84 DTC 6518 (F.C.T.D.)	141
<i>Delano Corp. of America v. Saguenay Terminals Ltd.</i> , [1965] 2 Ex.C.R. 313	483
<i>Délisle v. Shawinigan Water & Power Co.</i> (1941), 79 C.S. 353; [1941] 4 D.L.R. 556 (Que. S.C.)	403
<i>Dene Nation v. The Queen</i> , [1983] 1 F.C. 146 (T.D.)	609
<i>Denis v. M.N.R.</i> , 87-962(IT)/87-963(IT), Sarchuck J., decision dated 28/8/89, T.C.C., not yet reported	310
<i>deMercado v. The Queen</i> , T-2588-83, Cattnach J., judgment dated 19/3/84, F.C.T.D., not reported	3
<i>Derby & Co. Ltd. v. Weldon (Nos. 3 & 4)</i> , [1989] 2 W.L.R. 412 (C.A.)	115
<i>Dome Petroleum Ltd. v. Hunt International Petroleum Co.</i> , [1978] 1 F.C. 11 (T.D.)	542
<i>Dominion Distillery Products Co. Ltd. v. The King</i> , [1988] S.C.R. 458; [1938] 4 D.L.R. 289	403
<i>Drew Brown Limited v. The Ship "Orient Trader" et al.</i> , [1974] S.C.R. 1286	483
<i>Drew Brown Ltd. v. The "Orient Trader"</i> , [1974] S.C.R. 1286	666
<i>Duggan and Treasury Board</i> (1985), 8 PSSRB Decisions 44	351
<i>Dumais (M.), v. M.N.R.</i> , [1988] 1 C.T.C. 2205; 88 DTC 1229	709
<i>Dunlop Rubber Company Ltd. v. A. A. Booth & Co. Ltd.</i> (1926), 43 R.P.C. 139 (C.D.)	462
<i>E. & J. Gallo Winery v. Andres Wines Ltd.</i> , [1976] 2 F.C. 3; (1975), 25 C.P.R. (2d) 126; 11 N.R. 560 (C.A.)	570
<i>Edmondson, S. G. v. M.N.R.</i> (1988), 88 DTC 1542 (T.C.C.)	310
<i>Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)</i> , [1989] 2 S.C.R. 1326	419
<i>Epstein v. U.S.</i> , 86 F. Supp. 740 (D.C.N.Y., 1949)	483
<i>Erven Warnink BV v J Townend Et Sons (Hull) Ltd.</i> , [1979] 2 All ER 927 (H.L.)	462

	PAGE
<i>European Asian Bank A.G. v. Punjab & Sind Bank (No. 2)</i> , [1983] 1 W.L.R. 642 (C.A.).....	94
<i>Evans v. Canada (Government of)</i> (1986), 4 F.T.R. 247 (F.C.T.D.)	3
<i>Evans v. The Queen</i> , T-1414-86, Dubé J., order dated 13/4/87, F.C.T.D., not reported; affd (1989), 93 N.R. 252 (F.C.A.)	3
<i>Excelsior (The) Life Insurance Co. v. The Queen</i> , [1985] 1 CTC 213; 85 DTC 5164 (F.C.T.D.)	784
<i>Exeter City v. Sea Serpent</i> (1922), 12 L1. L. Rep. 423 (Adm. Div.).....	666
<i>Falconbridge Nickel Mines Ltd. et al. v. Chimo Shipping Ltd. et al.</i> , [1969] 2 Ex.C.R. 261.....	483
<i>Fancy v. M.N.R.</i> (1988), 88 DTC 1641 (T.C.C.)	310
<i>Farr Inc. v. Tourloti Compania Naviera S.A.</i> , T-5847-80, Pinard J., judgment dated 3/7/85, F.C.T.D., not reported; affd A-645-85, Marceau J.A., judgment dated 30/5/89, F.C.A., not yet reported.....	483
<i>Fasken, David v. Minister of National Revenue</i> , [1948] Ex.C.R. 580; [1949] 1 D.L.R. 810.....	141
<i>Finlay v. Canada (Minister of Finance)</i> , [1986] 2 S.C.R. 607; 33 D.L.R. (4th) 321; (1986), 71 N.R. 338; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 C.P.C. (2d) 289; 23 Admin. L.R. 197.....	248
<i>Firestone Tyre & Rubber Co., Ltd. (as agents for Firestone Tire & Rubber Co. of Akron, Ohio, U.S.A.) v. Lewellan</i> (1957), 37 T.C. 111 (H.L.).....	784
<i>Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. v. A.G. Can.</i> (1985), 1 C.P.C. (2d) 312; 57 N.R. 376 (F.C.A.).....	609
<i>Fitzner v. MacNeil</i> (1966), 58 D.L.R. (2d) 651 (N.S.S.C.)	666
<i>Foong Tai & Co. v. Buchheister & Co.</i> , [1908] A.C. 458 (P.C.)	199
<i>Fortier v. Minister of National Revenue</i> , [1969] 2 Ex.C.R. 400; 69 DTC 5354	94
<i>Fowler v. The Queen</i> , [1980] 2 S.C.R. 213; [1980] 5 W.W.R. 511; (1980), 113 D.L.R. (3d) 513; 53 C.C.C. (2d) 97; 9 C.E.L.R. 115; 32 N.R. 230.....	742
<i>Francis v. The Queen</i> , [1956] S.C.R. 618; (1956), 3 D.L.R. (2d) 641; 56 DTC 1077.....	403
<i>Fraser, H. (Trustee of) v. M.N.R.</i> (1987), 87 DTC 250; [1987] 1 C.T.C. 2311; 64 C.B.R. (N.S.) 58; 37 B.L.R. 309 (T.C.C.).....	310
<i>Freeman and Lockyer (a firm) v. Buckhurst Park Properties (Mangal), Ltd.</i> , [1964] 1 All E.R. 630 (C.A.).....	94
<i>Friendly Ice Cream Corp. v. Friendly Ice Cream Shops Ltd.</i> , [1972] F.C. 712; (1972), 7 C.P.R. (2d) 35 (T.D.).....	641
<i>Funtronix Amusements Ltd. v. M.N.R.</i> , [1989] 2 C.T.C. 2296; (1989), 89 DTC 545 (T.C.C.).....	757
<i>G.R. Block Research & Development Corp. v. M.N.R.</i> (1987), 87 DTC 5137; [1987] 1 C.T.C. 253; (1987), 9 F.T.R. 229 (F.C.T.D.).....	288
<i>G.T.V. Limousine Inc. v. Service de Limousine Murray Hill Ltée</i> , [1988] R.J.Q. 1615 (C.A.).....	74
<i>Gaetz v. Canadian Armed Forces</i> (1988), 89 CLLC 17,014 (C.H.R.T.)	627
<i>Gagnon v. M.N.R.</i> , 87-244(IT), Rip J., decision dated 22/9/89, T.C.C., not yet reported.	310
<i>Gagnon v. The Queen</i> , [1986] 1 S.C.R. 264; (1986), 25 D.L.R. (4th) 481; [1986] 1 C.T.C. 410; 86 DTC 6179; 65 N.R. 321; 1 R.F.L. (3d) 113.....	600
<i>Gagnon v. The Queen</i> , [1986] 1 S.C.R. 264; (1986), 25 D.L.R. (4th) 481; [1986] 1 CTC 410; 86 DTC 6179; 65 N.R. 321; 1 R.F.L. (3d) 113.....	709

	PAGE
<i>Galway v. Minister of National Revenue</i> , [1974] 1 F.C. 600; (1974), 74 DTC 6355 (C.A.).....	141
<i>Galway v. Minister of National Revenue</i> , [1974] 1 F.C. 593; 74 DTC 6247 (C.A.)	141
<i>Garant (I) v. The Queen</i> , [1985] 1 CTC 153; (1985), 86 DTC 6256 (F.C.T.D.); case on appeal A-287-85	709
<i>Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board</i> , [1984] A.C. 130 (H.L.)	221
<i>Gauthier v. The King</i> (1918), 56 S.C.R. 176.....	367
<i>Georgian Cottagers' Association Inc. v. Corporation of Township of Flos & Kerr</i> (1962), 32 D.L.R. (2d) 547 (Ont. H.C.).....	367
<i>Ghani v. Jones</i> , [1970] 1 Q.B. 693 (C.A.).....	20
<i>Glazer v. Union Contractors Ltd. & Thornton</i> (1960), 129 C.C.C. 150 (B.C.C.A.).....	115
<i>Goethe House New York, German Cultural Center v N.L.R.B.</i> 869 F.2d 75 (2d Cir. 1989); revg 685 F. Supp. 427 (S.D.N.Y 1988).....	332
<i>Goodman v. Criminal Injuries Comp. Bd.</i> , [1981] 2 W.W.R. 749 (Man. C.A.).....	168
<i>Gosse Millard v. Canadian Government Merchant Marine</i> , [1928] 1 K.B. 717 (C.A.); affd [1929] A.C. 223 (H.L.)	483
<i>Gouvernement de la République Démocratique du Congo v. Venne</i> , [1971] S.C.R. 997; 22 D.L.R. (3d) 669.....	332
<i>Grainger & Son v. Gough</i> , [1896] A.C. 325 (H.L.).....	784
<i>Grand Trunck Pacific Railway Co. v. Dearborn</i> (1919), 58 S.C.R. 315	141
<i>Gunnar Mining Limited v. Minister of National Revenue</i> (1969), 70 DTC 1020 (T.A.B.).....	141
<i>H. Smith Packing Corp. v. Gainvir Transport Ltd.</i> (1989), 61 D.L.R. (4th) 489; 99 N.R. 54 (F.C.A.)	742
<i>Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton</i> , [1983] 1 A.C. 191 (H.L.)	221
<i>Hale v. American Home Assur. Co.</i> , 461 S.W. 2d 384 (1970)	3
<i>Hart v. Canada (M.N.R.)</i> , [1986] 3 F.C. 178; (1986), 86 DTC 6335; [1986] 2 C.T.C. 63; (1986), 4 F.T.R. 176 (T.D.)	288
<i>Hawitt v. Campbell</i> (1983), 46 B.C.L.R. 260 (C.A.)	94
<i>Heeney v. Best et al.</i> (1979), 28 O.R. (2d) 71; 108 D.L.R. (3d) 366; 11 CCLT 66 (C.A.).....	666
<i>Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission</i> , [1978] 1 S.C.R. 61367	
<i>Holt v. Canada</i> , [1989] 1 F.C. 522; (1988), 23 F.T.R. 109 (T.D.)	742
<i>Howard v Secretary of State for the Environment</i> , [1972] 3 All E.R. 310 (Q.B.).....	141
<i>Hunter et al. v. Southam Inc.</i> , [1984] 2 S.C.R. 145.....	20
<i>I Congreso Del Partido</i> , [1977] 1 Lloyd's Rep. 536 (Q.B. (Adm. Ct.))	199
<i>I Congreso Del Partido</i> , [1981] 2 All ER 1064 (H.L.)	332
<i>I.B.M. Corp. v. Ordinateurs Spirales Inc.</i> (1984), 2 C.I.P.R. 56; 80 C.P.R. (2d) 187 (F.C.T.D.)	659
<i>ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 752.....	199
<i>ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 68 N.R. 241; 34 B.L.R. 251.....	542
<i>ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.....	595

	PAGE
<i>ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.....	742
<i>ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.....	804
<i>Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex Inc.</i> , [1989] 2 F.C. 608; 23 C.P.R. (3d) 1 (T.D.).....	221
<i>Imperial Oil Industries PLC v. Apotex Inc.</i> , [1989] 2 F.C. 603; 23 C.P.R. (3d) 1 (T.D.).....	221
<i>Imperial Oil Limited v. Ship “Expo Spirit” and Hoverwest Ferry Services Inc.</i> (1986), 6 F.T.R. 156 (F.C.T.D.).....	199
<i>Imperial Tobacco Co. of India v. Bonnan</i> , [1924] A.C. 755 (P.C.).....	462
<i>In re the “Dundee”</i> (1827), 2 Hagg. 137 (Adm.).....	483
<i>In re the “Gazelle”</i> (1844), 2 W. Rob 279 (Adm.).....	483
<i>In re the “Hebe”</i> (1847), 2 W. Rob 530 (Adm.).....	483
<i>In Reference re Industrial Relations and Disputes Act</i> , [1955] S.C.R. 529; [1955] 3 D.L.R. 721.....	511
<i>Inland Revenue Comrs v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.</i> , [1981] 2 All ER 93 (H.L.).....	288
<i>Insurance Corporation of British Columbia v. Registrar of Trade Marks</i> , [1980] 1 F.C. 669; (1979), 44 C.P.R. (2d) 1 (T.D.).....	769
<i>International Brotherhood of Teamsters v. Therien</i> , [1960] S.C.R. 265; 22 D.L.R. (2d) 1.....	275
<i>International Factory Sales Service Ltd. v. The “Alexandr Serafimovich”</i> , [1976] 1 F.C. 35 (T.D.).....	483
<i>Interprovincial Co-operatives Ltd. et al. v. The Queen</i> , [1976] 1 S.C.R. 477; [1975] 5 W.W.R. 382; (1975), 53 D.L.R. (3d) 321; 4 N.R. 231.....	742
<i>Irrington Holdings Ltd. v. Black et al. and two other actions</i> (1987), 58 O.R. (2d) 449 (C.A.).....	666
<i>Jensen v. South Trail Mobile Ltd.</i> , [1972] 5 W.W.R. 7 (Alta C.A.).....	94
<i>John v. The Queen</i> , [1985] 2 S.C.R. 476; (1985), 24 D.L.R. (4th) 713; 23 C.C.C. (3d) 326; 49 C.R. (3d) 57; 63 N.R. 141; 11 O.A.C. 391.....	777
<i>John Maryon International Limited et al. v. New Brunswick Telephone Co., Ltd.</i> (1982), 43 N.B.R. (2d) 469; 141 D.L.R. (3d) 193; 113 A.P.R. 469; 24 CCLT 146 (C.A.).....	666
<i>Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen</i> , [1985] 2 S.C.R. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244.....	757
<i>Johnson (S.C.) & Son, Inc. v. Esprit de Corp. et al.</i> (1986), 13 C.P.R. (3d) 235; 11 C.I.P.R. 192; 8 F.T.R. 81 (F.C.T.D.).....	570
<i>Jones v. A.G. of New Brunswick</i> , [1975] 2 S.C.R. 182; 45 D.L.R. (3d) 583; (1974) 1 N.R. 582; 7 N.B.R. (2d) 526; 16 C.C.C. (2d) 297.....	168
<i>Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres Wines Ltd.</i> (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; (1987), 11 F.T.R. 139 (F.C.T.D.).....	462
<i>Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres Wines Ltd.</i> (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; 11 F.T.R. 139 (F.C.T.D.).....	659
<i>Kaleej International Pty Ltd v Gulf Shipping Lines Ltd</i> (1986), 6 NSWLR 569 (C.A.).....	483
<i>Kammings Ballrooms Co Ltd v Zenith Investment (Torquay) Ltd.</i> , [1970] 2 All E.R. 871 (H.L.).....	141
<i>Karavos v. Toronto & Gillies</i> , [1948] 3 D.L.R. 294; [1948] O.W.N. 17 (C.A.).....	362

	PAGE
<i>Kennedy & Co., Ltd. v. Canada Jamaica Line, Canada West Indies Shipping Company, Ltd., and Aldag</i> , [1967] 1 Lloyd's Rep. 336 (Que. S.C.)	483
<i>Kenya Railways v. Antares Co. Pte. Ltd. (The Antares)</i> (No. 1), [1986] 2 Lloyd's Rep. 626 (Q.B. Com. Ct.)	483
<i>Kohli v. Moase et al.</i> (1987), 86 N.B.R. (2d); 219 A.P.R. 15 (N.B.Q.B.)	20
<i>Kourtessis and Hellenic Import Export Co. Ltd. v. M.N.R. et al.</i> (1988), 89 DTC 5214 (B.C.S.C.)	20
<i>Kindler v. MacDonald</i> , [1987] 3 F.C. 34; 41 D.L.R. (4th) 78 (C.A.)	30
<i>Kiist v. Canadian Pacific Railway Co.</i> , [1980] 2 F.C. 650 (T.D.)	168
<i>Kucey v. Peter Ballantyne Band Council</i> , [1987] 3 W.W.R. 438; 16 C.P.C. (2d) 59; (1987), 57 Sask. R. 29 (C.A.)	275
<i>Kuhr v. The "Friedrich Busse"</i> , [1982] 2 F.C. 709 (T.D.)	199
<i>Kuhr v. The "Friedrich Busse"</i> , [1982] 2 F.C. 709; (1982), 134 D.L.R. (3d) 261 (T.D.)	542
<i>Labatt (John) Ltd. v. Carling Breweries Ltd.</i> (1974), 18 C.P.R. (2d) 15 (F.C.T.D.)	641
<i>Laporte, R. v. M.N.R.</i> (1984), 84 DTC 1208; [1984] CTC 2260 (TCC)	709
<i>Larivière v. Canada</i> , [1989] 2 F.C. 104; [1989] 1 C.T.C. 297 (C.A.)	600
<i>Lechter, Ben v. Minister of National Revenue</i> , [1965] 1 Ex.C.R. 413; 64 DTC 5311	141
<i>Life Underwriters Association of Canada v. Provincial Association of Quebec Life Underwriters</i> , [1989] 1 F.C. 570; (1988), 20 F.T.R. 274; 22 C.P.R. (3d) 1; 33 C.C.L.I. 62 (T.D.)	237
<i>Lin Trading Co. v. CBM Kabushiki Kaisha</i> , [1989] 1 F.C. 620; (1988), 20 C.I.P.R. 1; 25 F.T.R. 80 (C.A.)	641
<i>Lister & Co. v. Stubbs</i> (1890), 45 Ch. D. 1; [1886-90] All E.R. Rep. 797 (C.A.)	115
<i>Logistec Corp. v. The "Sneland"</i> , [1979] 1 F.C. 497 (T.D.)	199
<i>Lorac Transport Ltd. v. Atra (The)</i> , [1987] 1 F.C. 108; (1986), 28 D.L.R. (4th) 309; 69 N.R. 183 (C.A.)	332
<i>MNR v. Faure F., Estate</i> , [1975] CTC 136; 75 DTC 5076; 9 N.R. 61 (F.C.A.)	709
<i>Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce</i> , [1984] 1 F.C. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (T.D.)	652
<i>Malone v. Ontario</i> (1983), 3 C.C.E.L. 61 (Ont. H.C.)	3
<i>Manhattan Industries Inc. v. Princeton Manufacturing Ltd.</i> (1971), 4 C.P.R. (2d) 6 (F.C.T.D.)	641
<i>Maple Leaf Mills Ltd. v. Quaker Oats Co. of Can.</i> (1984), 2 C.I.P.R. 33; 82 C.P.R. (2d) 118 (F.C.T.D.)	659
<i>Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA [The Mareva]</i> , [1980] 1 All E.R. 213 (C.A.)	115
<i>Marineland v. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.</i> , [1974] 2 F.C. 558; (1974), 16 C.P.R. (2d) 97 (T.D.)	570
<i>Markt & Co., Ltd. v. Knight Steamship Company; Sale & Frazar v. Knight Steamship Company</i> , [1910] 2 K.B. 1021 (C.A.)	275
<i>Marlex Petroleum Inc. v. The Ship "Har Rai"</i> , [1984] 2 F.C. 345 (T.D.)	199
<i>Marshall v. The Queen</i> , [1986] 1 F.C. 437 (T.D.)	804
<i>Martin v. B.C. (Govt.)</i> (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (S.C.)	275
<i>Martin v. McNamara Construction Company Limited and Walcheske</i> , [1955] O.R. 523; [1955] 3 D.L.R. 51 (C.A.)	666
<i>Mathias et al v. Findlay</i> , [1978] 4 W.W.R. 653 (B.C.S.C.)	275

	PAGE
<i>McCabe v. Yamamoto & Co. (America) Inc.</i> , [1989] 3 F.C. 290; 23 C.P.R. (3d) 498; 23 C.I.P.R. 64; (1989), 25 F.T.R. 186 (T.D.).....	462
<i>McCain Produce Co. Ltd. v. The "Rea"</i> , [1978] 1 F.C. 686 (T.D.)	199
<i>McKimmon v. M.N.R.</i> , [1988] 2 C.T.C. 71; (1988), 88 DTC 6296; 15 R.F.L. (3d) 113 ..	600
<i>McLoughlin v. Long</i> , [1927] S.C.R. 303; [1927] 2 D.L.R. 186.....	666
<i>McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen</i> , [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181	542
<i>McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen</i> , [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181	595
<i>McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen</i> , [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181	804
<i>Melahn, Elmer M. v. Commissioner of Internal Revenue</i> , 9 T.C. 769 (1947 U.S.T.C.) ...	141
<i>Mentmore Manufacturing Co., Ltd. et al. v. National Merchandising Manufacturing Co. Inc. et al.</i> (1978), 89 D.L.R. (3d) 195; 40 C.P.R. (2d) 164 (F.C.A.).....	237
<i>Merson, K. v. M.N.R.</i> (1989), 89 DTC 22 (T.C.C.).....	310
<i>Michel v. M.N.R.</i> , 87-1893(IT)/87-1894(IT), St-Onge J., decision dated 21/6/89, T.C.C., not yet reported	310
<i>Minister of Employment and Immigration et al. v. Jiminez-Perez et al.</i> , [1984] 2 S.C.R. 565; (1984), 14 D.L.R. (4th) 609; [1985] 1 W.W.R. 577; 9 Admin. L.R. 280; 56 N.R. 215	722
<i>Minister of Manpower and Immigration v. Tsiafakis</i> , [1977] 2 F.C. 216; (1977), 73 D.L.R. (3d) 139 (C.A.).....	722
<i>Minister of National Revenue v. Armstrong</i> , [1956] S.C.R. 446; [1956] C.T.C. 93; (1956), 56 DTC 1044.....	600
<i>Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand</i> , [1979] 1 S.C.R. 495; (1978), 92 D.L.R. 1; 78 DTC 6258; [1978] C.T.C. 829.....	297
<i>Minister of National Revenue v. Hansen, William Albert</i> , [1968] 1 Ex.C.R. 380; [1967] C.T.C. 440; 67 DTC 5293	600
<i>Minister of National Revenue v. Kruger Inc.</i> , [1984] 2 F.C. 535 (C.A.)	20
<i>Minister of National Revenue v. Parsons</i> , [1984] 2 F.C. 331; 84 DTC 6345 (C.A.).....	141
<i>Minister of National Revenue v. Simon et al.</i> , [1977] 2 S.C.R. 812; (1977), 76 D.L.R. (3d) 562; [1977] CTC 340; 77 DTC 5228; 15 N.R. 589; 28 R.F.L. 363	709
<i>Minister of National Revenue v. Trottier, Dorila</i> , [1967] 2 Ex. C.R. 268; [1967] C.T.C. 28; 67 DTC 5029	600
<i>Mintuck v. Valley River Band No. 63A, et al.</i> , [1976] 4 W.W.R. 543 (Man. Q.B.); affd. (1977), 75 D.L.R. (3d) 589; [1977] 2 W.W.R. 309; 2 C.C.L.T. 1 (Man. C.A.)	275
<i>Moloney v. R.</i> (1989), 89 DTC 5099 (F.C.T.D.).....	94
<i>Moore, R. M. v. M.N.R.</i> (1988), 88 DTC 1537 (T.C.C.)	310
<i>Morch, Jacob John v. Minister of National Revenue</i> , [1949] Ex.C.R. 327; 49 DTC 649.	141
<i>Mother's Pizza Parlour (London) Limited v. The Queen</i> , [1985] 2 F.C. 403; [1985] 1 CTC 361; (1985), 85 DTC 5271 (T.D.).....	757
<i>Murphy v. Canadian Pacific Railway and The Attorney General of Canada</i> , [1958] S.C.R. 626; 15 D.L.R. (2d) 145.....	168
<i>National Steel Corp. v. Great Lakes Towing Co.</i> , 574 F.2d 339 (6th Cir. 1978)	666
<i>New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission</i> , [1984] 2 F.C. 410 (C.A.).....	367

	PAGE
<i>Ngo Chew Hong Edible Oil Pte. Ltd. v. Scindia Steam Navigation Co. Ltd. (The Jalamohan)</i> , [1988] 1 Lloyd's Rep. 443 (Q.B. Com. Ct.).....	483
<i>Nintendo of America Inc. v. Coinex Video Games Inc.</i> , [1983] 2 F.C. 189; (1982), 69 C.P.R. (2d) 122 (C.A.).....	448
<i>Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis</i> , [1975] 3 All E.R. 282 (C.A.).....	115
<i>Nissan Automobile Co. (Canada) Ltd. v. The Continental Shipper</i> , [1974] 1 F.C. 88 (T.D.).....	666
<i>Norcen Energy Resources Limited and Murphy Oil Company Ltd. v. Flint Engineering and Construction Ltd.</i> (1984), 51 A.R. 42 (Q.B.).....	666
<i>Northern Telecom Canada Ltd. et al. v. Communication Workers of Canada et al.</i> , [1983] 1 S.C.R. 733; (1983), 147 D.L.R. (3d) CLLC 14,048; 48 N.R. 161.....	804
<i>Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada</i> , [1980] 1 S.C.R. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; (1979), 28 N.R. 107; 79 C.C.L.C. 14,211.....	511
<i>Northern Wood Preservers Ltd. v. Hall Corp. (Shipping) 1969 Ltd. et al.</i> , [1972] 3 O.R. 751; (1972), 29 D.L.R. (3d) 413 (H.C.); affd (1973), 2 O.R. (2d) 335; 42 D.L.R. (3d) 679 (C.A.).....	666
<i>Nowegijick v. The Queen</i> , [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41.....	403
<i>Oag v. Canada</i> , [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.).....	742
<i>Oag v. Canada</i> , [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.).....	804
<i>Oag v. The Queen et al.</i> , [1983] 1 S.C.R. 658; (1983), 52 A.R. 347; 41 O.R. (2d) 271; 147 D.L.R. (3d) 528; [1984] 1 W.W.R. 191; 29 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.R. (3d) 97; 52 N.R. 258.....	804
<i>Oatway v. Can. Wheat Board</i> , [1944] 3 W.W.R. 337 (Man. C.A.).....	168
<i>O'Grady v. Whyte</i> , [1983] 1 F.C. 719; (1982), 42 N.R. 608 (C.A.).....	362
<i>Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke</i> , [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.....	627
<i>Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 441.....	237
<i>Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.</i> , [1985] 1 S.C.R. 441.....	367
<i>Oregon Jack Creek Indian Band Chief v. C.N.R.</i> (1989), 56 D.L.R. (4th) 404; 34 B.C.L.R. (2d) 344 (C.A.).....	275
<i>Orkin Exterminating Co. Inc. v. Pestco Co. of Canada Ltd. et al.</i> (1985), 50 O.R. (2d) 726; 19 D.L.R. (4th) 90; 30 B.L.R. 152; 34 CCLT 1; 5 C.P.R. (3d) 433; 10 O.A.C. 14 (C.A.).....	570
<i>Osmack v. Canada</i> , A-51-89, Iacobucci C.J., judgment dated 21/9/89, F.C.A., not yet reported.....	351
<i>PS & E Contractors Ltd. v. R.</i> (1989), 89 DTC 5067 (Sask. C.A.).....	94
<i>Pacific Elevators Ltd. v. Canadian Pacific Railway Co.</i> , [1974] S.C.R. 803; (1973), 41 D.L.R. (3d) 608.....	666
<i>Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 1 F.C. 419 (C.A.).....	425
<i>Pacific Western Airlines Ltd. v. R.</i> , [1979] 2 F.C. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (T.D.).....	542
<i>Pacific Western Airlines Ltd. v. R.</i> , [1980] 1 F.C. 86; (1979), 105 D.L.R. (3d) 60; 14 C.P.C. 165 (C.A.); affg [1979] 2 F.C. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (T.D.).....	742
<i>Paterson SS Ltd. v. Aluminum Co. of Can.</i> , [1951] S.C.R. 852; [1952] 1 D.L.R. 241.....	483

	PAGE
<i>Peck & Co. v. Hindes, Ltd.</i> (1898), 15 R.P.C. 113 (Q.B.)	108
<i>Philip Morris Inc. v. Imperial Tobacco Ltd. (No. 1)</i> (1987), 17 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.).....	641
<i>Philips Export B.V. et al. v. Windmere Consumer Products Inc.</i> (1985), 4 C.P.R. (3d) 83 (F.C.T.D.).....	462
<i>Phillips v. The Queen</i> , [1977] 1 F.C. 756 (T.D.)	3
<i>Pica (F) et al v The Queen</i> , [1985] 1 CTC 73 (Ont. S.C.)	94
<i>Pilling, D. and H. v. M.N.R.</i> (1989), 89 DTC 327; [1989] 2 C.T.C. 2037 (T.C.C.).....	310
<i>Pitney Bowes Inc. v. Yale Security (Canada) Inc. et al.</i> (1987), 15 C.P.R. (3d) 3; 11 C.I.P.R. 171; (1987), 9 F.T.R. 58 (F.C.T.D.); revd in part (1987), 80 N.R. 267; (1987), 13 F.T.R. 233 (note) (F.C.A.).....	64
<i>Pizza Pizza Ltd. v. Little Caesar Enterprises Inc. et al.</i> (1984), 1 C.P.R. (3d) 154 (F.C.T.D.)	659
<i>Plough (Canada) Ltd. v. Aerosol Fillers Inc.</i> , [1981] 1 F.C. 679; (1980), 53 C.P.R. (2d) 62; 34 N.R. 39 (C.A.)	570
<i>Price (Nfld.) Pulp & Paper Ltd. v. The Queen</i> , [1974] 2 F.C. 436 (C.A.), affd on another ground, [1977] 2 S.C.R. 36	403
<i>Print Three Inc. et al. and The Queen, Re</i> (1985), 20 C.C.C. (3d) 392 (Ont. C.A.)	20
<i>Professional Association of Foreign Service Officers and Treasury Board</i> , 169-2-7, Edward B. Jolliffe, Q.C., Chief Adjudicator, decision dated December 14, 1970.....	297
<i>Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.</i> , [1982] 2 S.C.R. 72; 139 D.L.R. (3d) 9; (1982), 44 N.R. 136; 82 C.L.L.C. 14,208; [1982] 4 C.N.L.R. 94	275
<i>Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.</i> , [1989] 2 S.C.R. 683.....	483
<i>Quantz, C. v. M.N.R.</i> (1988), 88 DTC 1201; [1988] 1 C.T.C. 2276 (T.C.C.).....	310
<i>Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.</i> , [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471.....	595
<i>Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.</i> , [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471.....	804
<i>Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.</i> , [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 71 D.L.R. (3d) 111; 9 N.R. 471.....	542
<i>R. v. Cameron</i> , [1966] 58 D.L.R. (2d) 486; (1966), 4 C.C.C. 273; 49 C.R. 49 (Ont. C.A.).....	419
<i>R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée</i> , [1979] 1 S.C.R. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; <i>sub nom. Cie Immobilière BCN v. M.N.R.</i> , 25 N.R. 361.....	395
<i>R. v. Edwards Books and Art Ltd.</i> , [1986] 2 S.C.R. 713; affg <i>sub nom. R. v. Video- flicks Ltd. et al.</i> (1984), 48 O.R. (2d) 395; 14 D.L.R. (4th) 10 (C.A.).....	367
<i>R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Azam</i> , [1973] 2 All E.R. 741 (C.A.)	804
<i>R. v. Longtin</i> (1983), 5 C.C.C. (3d) 12 (Ont. C.A.)	20
<i>R. v. Mojelski</i> (1968), 65 W.W.R. 565 (Sask. C.A.)	168
<i>R. v. Parsons</i> , [1984] 2 F.C. 909; (1984), 54 N.R. 227; (1984), 84 DTC 6447; [1984] C.T.C. 352 (C.A.).....	288
<i>R. v. Peter Ballantyne Indian Band</i> (1985), 45 Sask. R. 33 (Q.B.).....	275
<i>R. v. Poynton</i> , [1972] 3 O.R. 727; (1972), 29 D.L.R. (3d) 389; 9 C.C.C. (2d) 32; [1972] CTC 412; 72 DTC 6329 (C.A.).....	709
<i>R. v. Saskatchewan Wheat Pool</i> (1978), 89 D.L.R. (3d) 575; 43 C.C.C. (2d) 119; [1978] 6 W.W.R. 27 (Sask. C.A.).....	511

	PAGE
<i>R. v. Savage</i> , [1983] 2 S.C.R. 428; [1983] CTC 393; 83 DTC 5409; 50 N.R. 321	709
<i>R. v. Seaboyer</i> (1986), 50 C.R. (3d) 395 (Ont. C.A.)	74
<i>R. v. Sparrow</i> (1986), 36 D.L.R. (4th) 246; [1987] 2 W.W.R. 577; 9 B.C.L.R. (2d) 300; 32 C.C.C. (3d) 65 (C.A.)	609
<i>R. v. Taylor</i> , [1985] 1 F.C. 331; 84 DTC 6459 (T.D.)	141
<i>R. V. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.</i> , [1980] 1 S.C.R. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 30 N.R. 249; 12 C.P.C. 248	542
<i>R. v. Turpin</i> , [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115	321
<i>R. v. Videoflicks Ltd. et al.</i> (1984), 48 O.R. (2d) 395; 14 D.L.R. (4th) 10 (C.A.); affd <i>sub nom. R. v. Edwards Books and Art Ltd.</i> , [1986] 2 S.C.R. 713	367
<i>R. v. Zundel</i> (1987), 58 O.R. (2d) 129; 35 D.L.R. (4th) 338 (C.A.)	367
<i>R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool</i> , [1983] 1 S.C.R. 205; 143 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425	666
<i>RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.</i> , [1986] 2 S.C.R. 573	367
<i>Raymond, Chabot, Martin, Paré & associés c. Association des employés de G.D.I. Inc.</i> , June 9th, 1989 (No. 200-09-000461- 852) (Qué. C.A.)	511
<i>Re Bramblevale, Ltd.</i> , [1969] 3 All E.R. 1062 (C.A.)	115
<i>Re Canadian Labour Congress and Bhindi et al.</i> (1985), 17 D.L.R. (4th) 193 (B.C.C.A.)	90
<i>Re: Exported Natural Gas Tax</i> , [1982] 1 S.C.R. 1004; (1982), 37 A.R. 541; 42 N.R. 361	403
<i>Re Gaglardi</i> (1960), 27 D.L.R. (2d) 281 (B.C.C.A.)	115
<i>Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors</i> (1984), 45 O.R. (2d) 80 (C.A.); affg (1983), 41 O.R. (2d) 583 (Div. Ct.)	367
<i>Re Regina and Shea</i> (1982), 1 C.C.C. (3d) 316 (Ont. H.C.)	20
<i>Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 et al. and Government of Saskatchewan et al.</i> (1985), 19 D.L.R. (4th) 609 (Sask. C.A.) 367	367
<i>Re Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations</i> (1980), 112 D.L.R. (3d) 132; 28 O.R. (2d) 764; 19 C.P.C. 245 (C.A.)	74
<i>Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)</i> (1983), 41 O.R. (2d) 113; 34 C.R. (3d) 27; 33 R.F.L. (2d) 279 (C.A.)	425
<i>Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce et al.</i> (1978), 20 O.R. (2d) 593 (Div. Ct.)	3
<i>Reckitt and Colman (New Zealand) Ltd. v. Taxation Board of Review and Another</i> , [1966] N.Z.L.R. 1032 (C.A.)	141
<i>Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights</i> (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.)	367
<i>Reference re Industrial Relations and Disputes Act</i> , [1955] S.C.R. 529; [1955] 3 D.L.R. 721	511
<i>Regina v. Cochrane</i> , [1977] 3 W.W.R. 660 (Man. Co. Ct.)	275
<i>Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co. Ltd. et al.</i> , [1960] Ex.C.R. 463	462
<i>Revlon Inc. and Others v. Cripps & Lee Ltd. and Others</i> , [1980] 6 F.S.R. 85 (C.A.)	462
<i>Reynolds v. Comr. of Police of the Metropolis</i> , [1984] 3 All E.R. 649 (C.A.)	20
<i>Reynolds v. Urban District Council of Presteign</i> , [1896] 1 Q.B. 604	367
<i>Rhine v. The Queen</i> , [1980] 2 S.C.R. 442	742

	PAGE
<i>Rhine v. The Queen; Prytula v. The Queen</i> , [1980] 2 S.C.R. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290.....	804
<i>Roberts v. Canada</i> , [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 92 N.R. 241.....	804
<i>Roberts v. Canada</i> , [1989] 1 S.C.R. 322; (<i>sub nom. Wewayakum Indian Band v. Canada et al.</i>) (1989), 92 N.R. 241; 25 F.T.R. 161.....	742
<i>Roncarelli v. Duplessis</i> , [1959] S.C.R. 121.....	367
<i>Rose et al. v. Sargent</i> , [1949] 3 D.L.R. 688; [1949] 2 W.W.R. 66 (Alta. C.A.).....	666
<i>Royal Doulton Tableware Limited v. Cassidy's Ltd.</i> , [1986] 1 F.C. 357; (1984), 5 C.I.P.R. 10; 1 C.P.R. (3d) 214 (T.D.).....	641
<i>Russell v. Radley</i> , [1984] 1 F.C. 543; (1984), 5 Admin. L.R. 39; 11 C.C.C. (3d) 289 (T.D.).....	777
<i>Russo v. Minister of Manpower and Immigration</i> , [1977] 1 F.C. 325; (1976), 70 D.L.R. (3d) 118 (T.D.).....	562
<i>Sabb Inc. v. Shipping Ltd.</i> , [1976] 2 F.C. 175 (T.D.).....	199
<i>Saint John, The Municipality of the City and County of, et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation et al.</i> , [1958] S.C.R. 263.....	332
<i>Samuel, Samuel & Co. v. West Hartlepool Steam Navigation Company</i> (1906), 11 Com. Cas. 115 (S.C.).....	483
<i>Saugeen Indian Band v. Canada</i> , [1989] 3 F.C. 186 (T.D.).....	403
<i>Simpson v. Local Board of Health of Belleville</i> (1917-18), 41 O.L.R. 320 (H.C.).....	46
<i>Simpson v. Local Board of Health of Belleville</i> (1917-18), 41 O.L.R. 320 (H.C.).....	51
<i>Singh v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.....	562
<i>Siskina (Owners of cargo lately laden on board) v. Distos Compania Naviera S.A.</i> , [1979] A.C. 210 (H.L.).....	115
<i>Smerchanski v. Minister of National Revenue</i> , [1974] 1 F.C. 554; 74 DTC 6197 (C.A.); aff'd [1977] 2 S.C.R. 23; 76 DTC 6247.....	141
<i>Smidth & Co. v. Greenwood</i> , [1921] 3 K.B. 583 (C.A.); aff'd [1922] 1 A.C. 417 (H.L.)..	784
<i>Smith v Inner London Education Authority</i> , [1978] 1 All ER 411 (C.A.).....	221
<i>Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (F.C.T.D.).....	722
<i>Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment & Immigration)</i> (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 12 (F.C.T.D.).....	425
<i>Standard Oil Co. v. The Registrar of Trade Marks</i> , [1968] 2 Ex.C.R. 523; (1968), 55 C.P.R. 49; 38 Fox Pat. C. 127.....	570
<i>Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al.</i> , [1976] 2 S.C.R. 802.....	483
<i>Stephens v. R.</i> (1982), 26 C.P.C. 1; [1982] CTC 138; 82 DTC 6132; 40 N.R. 620 (F.C.A.).....	742
<i>Stuart Investments Ltd. v. The Queen</i> , [1984] 1 S.C.R. 536; 84 DTC 6305.....	141
<i>Stuart Investments Ltd. v. The Queen</i> , [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.....	757
<i>Stuart Investments Ltd. v. The Queen</i> , [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.....	570
<i>Submarine Telegraph Company v. Dickson</i> (1864), 15 C.B. (N.S.) 760; 143 E.R. 983 (C.P.D.).....	666

	PAGE
<i>Sura v. The Minister of National Revenue</i> , [1962] S.C.R. 65; (1961), 32 D.L.R. (2d) 282; [1962] C.T.C. 1; 62 DTC 1005.....	709
<i>Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board et al.</i> , [1984] 2 S.C.R. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069.....	297
<i>Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board</i> , [1984] 2 S.C.R. 412; 14 D.L.R. (4th) 457; (1984), 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 C.L.L.C. 14,069.....	511
<i>Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.</i> (1989), 26 C.P.R. (3d) 481; 28 F.T.R. 124 (F.C.T.D.) ...	659
<i>Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)</i> , [1989] 2 F.C. 245; (1988) 53 D.L.R. (4th) 384; 88 N.R. 6 (C.A.).....	562
<i>Texas v. Brown</i> , 75 L.Ed. (2d) 502 (1983 U.S.S.C.).....	20
<i>Texas Trading & Mill Corp. v. Federal Republic of Nigeria</i> , 647 F.2d 300 (2d Cir., 1981).....	332
<i>The Andrea Ursula</i> , [1971] 1 Lloyd's Rep. 145 (Adm.)199 <i>The August 8</i> , [1983] 2 A.C. 450 (P.C.).....	199
<i>The Banco</i> , [1971] 1 Lloyd's Rep. 49 (C.A.).....	199
<i>The Brabant</i> (1938), 60 L1. L. Rep. 323 (Admin. Div.).....	666
<i>The Berkshire</i> , [1974] 1 Lloyd's Rep. 185 (Q.B.D.).....	483
<i>The Berwickshire</i> , [1950] P. 204.....	483
<i>The Boltenhof</i> (1938), 62 L1. L. Rep. 235 (Admin. Div).....	666
<i>The Castlegate</i> , [1893] A.C. 38 (H.L.).....	199
<i>The Charkieh</i> (1873), L.R. 4 Ad. & Ec. 59.....	332
<i>The Ferro</i> , [1893] P. 38 (Div. Ct.).....	483
<i>The Gerda Toft</i> , [1953] 2 Lloyd's Rep. 249 (Adm. Div.).....	666
<i>The Glenochil</i> , [1896] P. 10 (Div. Ct.).....	483
<i>The Henrich Björn</i> (1886), 11 App. Cas. 270 (H.L.).....	199
<i>The Iristo</i> , 43 F. Supp. 29 (D.C.N.Y., 1941); affd, 137 F. 2d 619 (2d Cir., 1943); cert. denied, 320 U.S. 802 (1943).....	483
<i>The Joannis Vatis (No. 2)</i> , [1922] P. 213 P.D.A.....	483
<i>The London Corporation</i> , [1935] P. 70 (C.A.).....	666
<i>The Mecca</i> , [1897] A.C. 286 (H.L.).....	199
<i>The Northumbria</i> (1869), L.R.A. & E. 6.....	483
<i>The Permina 3001</i> , [1979] 1 Lloyd's Rep. 327 (Sing. C.A.).....	199
<i>The Queen v. Dorion (L)</i> , [1981] CTC 136; (1980), 81 DTC 5111 (F.C.T.D.).....	600
<i>The Queen v. Klassen</i> (1959), 20 D.L.R. (2d) 406 (Man. C.A.).....	168
<i>The Queen v. M. Geller Inc.</i> , [1963] S.C.R. 629.....	403
<i>The Queen v. Robertson</i> (1882), 6 S.C.R. 52; 2 Cart. 65.....	742
<i>The Queen v. Stevenson Construction Co. Ltd.</i> , [1979] CTC 86; (1978), 79 DTC 5044; 24 N.R. 390 (F.C.A.).....	403
<i>The Queen v. Thumlert</i> (1960), 20 D.L.R. (2d) 335; (1959), 28 W.W.R. 481 (Alta. C.A.).....	511
<i>The Ship Peterborough v. Bell Telephone Co. of Canada</i> , [1952] Ex.C.R. 462; [1952] 4 D.L.R. 699.....	666
<i>The Velox</i> , [1955] 1 Lloyd's Rep. 376 (Admin. Div.).....	666

	PAGE
<i>The Vikfrost</i> , [1980] 1 Lloyd's Rep. 560 (C.A.).....	483
<i>Thorne Riddell Inc. v. Nicolle N Enterprises Inc.</i> , [1985] 2 F.C. 31 (T.D.).....	199
<i>Thyssen Mining Construction of Canada Ltd. v. The Queen</i> , [1975] F.C. 81 (T.D.).....	141
<i>Total Petroleum (N.A.) Ltd. v. AMF Tuboscope Inc.</i> (1987), 81 A.R. 321; 54 Alta L.R. (2d) 13 (Q.B.).....	666
<i>Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.</i> , [1979] 2 S.C.R. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313.....	542
<i>Trottier v. Minister of National Revenue</i> , [1968] S.C.R. 728; [1968] C.T.C. 324; (1968), 68 DTC 5216.....	600
<i>Tsartlip Indian Band et al. v. Pacific Salmon Foundation et al.</i> (1988), 24 F.T.R. 304 (F.C.T.D.).....	609
<i>Turbo Resources Limited v. Petro Canada Inc.</i> , [1989] 2 F.C. 451; (1989), 91 N.R. 341 (C.A.).....	448
<i>Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.</i> , [1989] 2 F.C. 451; 24 C.P.R. (3d) 1 (C.A.).....	221
<i>U.S. Oil of Louisiana, Ltd. v. Louisiana Power & Light Co.</i> , 350 So. 2d 907 (La. Ct. App., 1st Cir. 1977).....	666
<i>Universal City Studios, Inc. v. Zellers Inc.</i> , [1984] 1 F.C. 49; (1983), 73 C.P.R. (2d) 1 (T.D.).....	448
<i>Vardy v. Scott et al.</i> , [1977] 1 S.C.R. 293; (1976), 9 Nfld. & P.E.I.R. 245; 66 D.L.R. (3d) 431; 28 C.C.C. (2d) 164; 34 C.R. (N.S.) 349; 8 N.R. 91.....	722
<i>Varnam v. Canada (Minister of Health and Welfare)</i> , [1988] 2 F.C. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.).....	742
<i>Varnam v. Canada (Minister of Health and Welfare)</i> , [1988] 2 F.C. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.).....	804
<i>Vespoli, D. et al. v. The Queen et al.</i> (1984), 84 DTC 6489 (F.C.A.).....	20
<i>W.G. Thompson & Sons Limited; Re U.F.C.W.; Re Group of Employees</i> , [1987] OLRB Rep. May, 787.....	511
<i>W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd.</i> , [1990] 1 F.C. 46 (T.D.).....	51
<i>Walls v. MacRae and Metro Fuels Co. Ltd.</i> (1981), 36 N.B.R. (2d) 1; 94 A.P.R. 1 (Q.B.).....	666
<i>Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd.</i> , [1977] 2 F.C. 257 (T.D.).....	199
<i>Waxoyl AG v. Waxoyl Can. Ltd.</i> (1984), 4 C.I.P.R. 127; 3 C.P.R. (3d) 105 (F.C.T.D.)..	641
<i>Westcan Stevedoring Ltd. v. The "Armar"</i> , [1973] F.C. 1232 (T.D.).....	199
<i>Western Stevedoring Co. v. Ship "Anadolu Guney" Cargo et al.</i> (1988), 23 F.T.R. 117 (F.C.T.D.).....	199
<i>Westminster Bank Ltd. v. Zang</i> , [1965] A.C. 182 (H.L.).....	168
<i>Weyerhaeuser Co. et al. v. Anglo Canadian Shipping Co. et al.</i> (1984), 16 F.T.R. 294 (T.D.).....	483
<i>Whitney v. Inland Revenue Commissioners</i> , [1926] A.C. 37 (H.L.).....	141
<i>Wilhelm Layler GmbH v. Anthes Industries Inc.</i> (1986), 8 C.P.R. (3d) 187; 1 F.T.R. 82 (F.C.T.D.).....	641
<i>Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et al.</i> , [1981] 1 S.C.R. 363; (1981), 121 D.L.R. (3d) 517; 35 N.R. 288.....	542
<i>Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd SA v Nigerian Produce Marketing Co Ltd</i> , [1972] 2 All ER 271 (H.L.).....	94

TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

lxxi

PAGE

<i>Wool (The) Bureau of Canada Ltd. v. Queenswear (Canada) Ltd.</i> (1980), 47 C.P.R. (2d) 11 (F.C.T.D.).....	237
<i>Woon, Bert W. v. Minister of National Revenue</i> , [1951] Ex.C.R. 18; (1950), 50 DTC 871.....	94



**STATUTES
AND
REGULATIONS
JUDICIALLY
CONSIDERED**

**LOIS
ET
RÈGLEMENTS**

**STATUTES
CANADA**

**LOIS
CANADA**

		PAGE
Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1	Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), chap. A-1	
s./art. 4(1)		652
s./art. 4(2)		652
s./art. 19		395
s./art. 20(1)(a)		652
s./art. 20(1)(b)		652
s./art. 42(1)(a)		395
s./art. 44(1)		652
s./art. 48		652
s./art. 49		395
s./art. 75		652
s./art. 76		652
 An Act to amend The Canadian Wheat Board Act, S.C. 1967-68, c. 5	 Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé, S.C. 1967-68, chap. 5	
s./art. 3		168
s./art. 6		168
 An Act to amend The Canadian Wheat Board Act, 1935, S.C. 1942-43, c. 4	 Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935, S.C. 1942-43, chap. 4	
— — —		168
 An Act to amend the Immigration Act, 1976 and to amend other Acts in consequence thereof, S.C. 1988, c. 35	 Loi modifiant la Loi sur l'immigration de 1976 et d'autres lois en conséquence, L.C. 1988, chap. 35	
s./art. 83.1		562
 Bank Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 40	 Loi sur les banques, S.C. 1980-81-82-83, chap. 40	
s./art. 178		310
 R.S.C., 1985, c. B-1	 L.R.C. (1985), chap. B-1	
s./art. 2		199

	PAGE
Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33	
Loi sur les corporations commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, chap. 33	
s./art. 2(1)	288
s./art. 232	288
s./art. 234(2)	288
R.S.C., 1985, c. C-44	
s./art. 2	199
L.R.C. (1985), chap. C-44	
Canada Grain Act, R.S.C. 1927, c. 86	
Loi sur les grains du Canada, S.R.C. 1927, chap. 86	
s./art. 173	511
R.S.C. 1952, c. 25	
s./art. 2	511
S.R.C. 1952, chap. 25	
R.S.C. 1970, c. G-16	
S.R.C. 1970, chap. G-16	
.....	168
s./art. 43(1)	511
R.S.C., 1985, c. G-10	
L.R.C. (1985), chap. G-10	
.....	168
s./art. 2(a)	511
s./art. 2(b)	511
s./art. 2(c)	511
s./art. 2(d)	511
s./art. 2(e)	511
s./art. 3	511
s./art. 13	511
s./art. 55(1)	511
s./art. 55(2)	511
s./art. 55(3)	511
s./art. 121(1)	511
Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1	
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1	
.....	275
s./art. 108	511
R.S.C., 1985, c. L-2	
L.R.C. (1985), chap. L-2	
s./art. 2(h)	511
s./art. 4	511
s./art. 22	511
s./art. 24	511
s./art. 48	332
s./art. 80	332
Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9	
Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), chap. S-9	
s./art. 654	199
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III	
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III	
.....	221
s./art. 1(b)	30
Canadian and British Insurance Companies Act, R.S.C. 1970, c. I-15	
Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et bri- tanniques, S.R.C. 1970, chap. I-15	
s./art. 2(1)	784

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)	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, chap. 11 (R.-U.)	
.....	74, 221, 562
s./art. 1.....	84, 90, 321, 367, 419, 425
s./art. 2(b).....	84, 90, 367, 419, 425
s./art. 2(c).....	367
s./art. 2(d).....	367
s./art. 7.....	425, 722, 777, 804
s./art. 8.....	20
s./art. 9.....	804
s./art. 10(b).....	30
s./art. 11(d).....	777
s./art. 15.....	30, 321
s./art. 15(1).....	84
s./art. 24.....	30
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6	Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6	
.....	321
s./art. 15(a).....	627
s./art. 49(1).....	627
Canadian Wheat Board Act, S.C. 1919-20, c. 40	Loi sur la Commission canadienne du blé, S.C. 1919-20, chap. 40	
s./art. 15.....	168
R.S.C. 1970, c. C-12	S.R.C. 1970, chap. C-12	
s./art. 5(2).....	168
s./art. 5(3).....	168
s./art. 25(1).....	168
s./art. 25(1.1).....	168
s./art. 26(2).....	168
s./art. 26(5).....	168
s./art. 27.....	168
s./art. 35.....	168
s./art. 45.....	511
R.S.C., 1985, c. C-24	L.R.C. (1985), chap. C-24	
.....	168
s./art. 2.....	511
s./art. 5.....	511
s./art. 6.....	511
s./art. 23.....	511
s./art. 32.....	511
s./art. 76.....	511
Canadian Wheat Board Act, 1922, S.C. 1922, c. 14	Loi de la Commission canadienne du blé, 1922, S.C. 1922, chap. 14	
s./art. 16.....	168
s./art. 17.....	168
Canadian Wheat Board Act, 1935, (The) S.C. 1935, c. 53	Loi sur la Commission canadienne du Blé, 1935, S.C. 1935, chap. 53	
.....	168
s. 39.....	511
Carriage of Goods by Water Act, R.S.C. 1970, c. C-15, Sch.	Loi sur le transport des marchandises par eau, S.R.C. 1970, chap. C-15, ann.	
s./art. I(a).....	483
s./art. III(2).....	483

	PAGE
Carriage of Goods by Water Act—Continued	
Loi sur le transport des marchandises par eau—Suite	
s./art. III(8).....	483
s./art. IV(2)(a).....	483
s./art. IV(2)(c).....	483
s./art. IV(2)(g).....	483
s./art. 5.....	483
Citizenship Act, S.C. 1974-75-76, c. 108	
Loi sur la citoyenneté, S.C. 1974-75-76, chap. 108	
s./art. 11(1).....	362
R.S.C., 1985, c. C-29	
L.R.C. (1985), chap. C-29	
s./art. 12(1).....	362
s./art. 27.....	362
Civil Code of Lower Canada,	
Code civil du Bas-Canada,	
s./art. 1292.....	709
s./art. 1268 to 1450.....	709
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5]	
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, No. 5]	
s./art. 92(10).....	511
30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]	
30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, No. 5]	
s./art. 91(10).....	542
s./art. 91(12).....	248, 542, 609
s./art. 91(24).....	609
s./art. 91(29).....	511
s./art. 92.....	609
s./art. 92(2).....	403
s./art. 92(10)(c).....	511
s./art. 92(14).....	595
s./art. 96.....	609
s./art. 101.....	542, 595, 609, 742, 804
Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]	
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]	
s./art. 52(1).....	419
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42	
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), chap. C-42	
s./art. 3(1).....	448
s./art. 3(1.1).....	448
s./art. 5.....	448
s./art. 13.....	448
s./art. 27(1).....	448
s./art. 27(5).....	448
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34	
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34	
s./art. 176.....	367
s./art. 246.6.....	74
s./art. 246.7.....	74
s./art. 443.....	20
R.S.C., 1985, c. C-46	
L.R.C. (1985), chap. C-46	
s./art. 489.....	20

		PAGE
Criminal Law Amendment Act, 1985, R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.)	Loi de 1985 modifiant le droit pénal, L.R.C. (1985), chap. 27 (1 ^{er} Suppl.)	
s./art. 190		115
s./art. 195(2)		115
s./art. 200		115
Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10	Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), chap. E-10	
s./art. 6		248
Department of Fisheries and Oceans Act, R.S.C., 1985, c. F-15	Loi sur le ministère des Pêches et des Océans, L.R.C. (1985), chap. F-15	
		248
Department of Transport Act, R.S.C., 1985, c. T-18	Loi sur le ministère des Transports, L.R.C. (1985), chap. T-18	
		248
Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13	Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13	
s./art. 27(1)		403
s./art. 44(1)		403
s./art. 44(2)		403
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10	Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e Supp.), chap. 10	
s./art. 2		542, 804
s./art. 22		542
s./art. 28		511
s./art. 44		115
s./art. 56(1)		115
R.S.C., 1985, c. F-7	L.R.C. (1985), chap. F-7	
s./art. 2		297, 595
s./art. 17(5)(b)		742, 804
s./art. 18	30, 64, 297, 362, 425, 562, 595, 777	777
s./art. 22(2)(m)		199
s./art. 22(2)(n)		199
s./art. 28	297, 351, 419, 476, 562	562
s./art. 29		297, 562
s./art. 43(2)		199
s./art. 43(3)		199
s./art. 52(b)(i)		192
Financial Administration Act, R.S.C. 1970, c. F-10	Loi sur l'administration financière, S.R.C. 1970, chap. F-10	
s./art. 5(1)(e)		3
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14	Loi sur les pêcheries, L.R.C. (1985), chap. F-14	
s./art. 5(1)		742
s./art. 7		742
s./art. 9		742
s./art. 35		248
s./art. 37(1)		248
s./art. 37(2)		248
s./art. 40(1)		248
s./art. 43		742
s./art. 49		742
s./art. 50		742
s./art. 51		742
s./art. 52		742

	PAGE
Fisheries Act—Continued	
s./art. 53	742
s./art. 54	742
s./art. 55	742
s./art. 56	742
Grain Futures Act, R.S.C., 1985, c. G-11	511
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2	
s./art. 3(a)	722
s./art. 3(b)	722
s./art. 3(g)	722
s./art. 9(1)	722
s./art. 12	804
s./art. 27	30
s./art. 28	30
s./art. 29	425
s./art. 29(3)	419
s./art. 30	30
s./art. 83.1	425
s./art. 103	30
s./art. 103(2)	804
s./art. 114(2)	722
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52	
s./art. 2	192
s./art. 8	192
s./art. 9	192
s./art. 10	192
s./art. 11	192
s./art. 12	192
s./art. 13	192
s./art. 14	192
s./art. 15	192
s./art. 16	192
s./art. 17	192
s./art. 18	192
s./art. 27(2)(f)	804
s./art. 29	425
s./art. 72(2)	192
s./art. 83.1	30
s./art. 104	30
s./art. 104(2)	804
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148	
s./art. 138(9)	784
s./art. 208(1)	784
s./art. 209(1)	784
s./art. 209(2)	784
s./art. 209(3)	784
s./art. 248(1)	784
s./art. 253	784
S.C. 1970-71-72, c. 63	784
s./art. 39	709
s./art. 40(4)(a)	709
s./art. 54(c)	709

	PAGE
Income Tax Act—Continued	
Loi de l'impôt sur le revenu—Suite	
s./art. 54(e).....	709
s./art. 54(f).....	709
s./art. 54(h).....	709
s./art. 56(1)(b).....	600
s./art. 60(b).....	600
s./art. 125(1).....	141
s./art. 127(9)(a.1).....	757
s./art. 127(10).....	757
s./art. 150(1).....	141
s./art. 150(1)(d).....	94
s./art. 152.....	141
s./art. 165.....	288, 757
s./art. 169.....	288
s./art. 172.....	288
s./art. 221(1)(f).....	94
s./art. 223(2).....	310
s./art. 225.1(5).....	94
s./art. 225.2.....	94
s./art. 227.1.....	310
s./art. 227.1(1).....	310
s./art. 227.1(3).....	310
s./art. 231(4).....	20
s./art. 231(5).....	20
s./art. 231.3.....	20
s./art. 241(2).....	288
s./art. 255.....	757
Indian Act,	
R.S.C. 1952, c. 149	
s./art. 86.....	403
R.S.C. 1970, c. I-6	
s./art. 83.....	403
s./art. 87.....	403
R.S.C., 1985, c. I-5	
s./art. 30.....	275
s./art. 31.....	275
Loi sur les Indiens,	
S.R.C. 1952, chap. 149	
S.R.C. 1970, chap. I-6	
S.R.C. (1985), chap. I-5	
International River Improvements Act,	
R.S.C., 1985, c. I-20	
.....	248, 595
Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux,	
L.R.C. (1985), chap. I-20	
Interpretation Act,	
R.S.C. 1970, c. I-23	
s./art. 16.....	367
Loi d'interprétation,	
S.R.C. 1970, chap. I-23	
Navigable Waters Protection Act,	
R.S.C. 1970, c. N-9	
s./art. 5(1).....	666
R.S.C., 1985, c. N-22	
s./art. 4.....	248
s./art. 5(1).....	248
s./art. 6(4).....	248
Loi sur la protection des eaux navigables,	
S.R.C. 1970, chap. N-9	
L.R.C. (1985), chap. N-22	
Patent Act,	
R.S.C. 1970, c. P-4	
s./art. 53.....	64
s./art. 54.....	64
Loi sur les brevets,	
S.R.C. 1970, chap. P-4	

Patent Act—Continued	Loi sur les brevets—Suite	
R.S.C., 1985, c. P-4	L.R.C. (1985), chap. P-4	
s./art. 39		221
s./art. 39.11		221
s./art. 49		64
s./art. 50		64
s./art. 51		64
s./art. 52		64
Penitentiary Act,	Loi sur les pénitenciers,	
R.S.C., 1985, c. P-5	L.R.C. (1985), chap. P-5	
s./art. 37(3)		321, 777
Petition of Right Act,	Loi sur les pétitions de droit,	
R.S.C. 1970, c. P-12	S.R.C. 1970, chap. P-12	
— — —		3
Prairie Grain Advance Payment Act,	Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies,	
R.S.C., 1985, c. P-18	L.R.C. (1985), chap. P-18	
— — —		168
Privacy Act,	Loi sur la protection des renseignements personnels,	
R.S.C., 1985, c. P-21	L.R.C. (1985), chap. P-21	
s./art. 2		395
s./art. 3		395
Public Service Employment Act,	Loi sur l'emploi dans la Fonction publique,	
R.S.C. 1970, c. P-32	S.R.C. 1970, chap. P-32	
s./art. 24		3
R.S.C., 1985, c. P-33	L.R.C. (1985), chap. P-33	
s./art. 10		476
s./art. 16(2)		476
s./art. 21		476
Public Service Staff Relations Act,	Loi sur les relations de travail dans la fonction publique,	
R.S.C., 1985, c. P-35	L.R.C. (1985), chap. P-35	
s./art. 91		297
s./art. 99		297
s./art. 100(3)(c)		297
Public Works Act,	Loi sur les travaux publics,	
R.S.C. 1970, c. P-38	S.R.C. 1970, chap. P-38	
s./art. 28		367
State Immunity Act,	Loi sur l'immunité des États,	
R.S.C., 1985, c. S-18	L.R.C. (1985), chap. S-18	
s./art. 2		332
s./art. 3(1)		332
s./art. 4(1)		332
s./art. 4(2)(a)		332
s./art. 5		332
Tobacco Products Control Act,	Loi réglementant les produits du tabac,	
S.C. 1988, c. 20	L.C. 1988, chap. 20	
— — —		74, 84, 90
Trade Marks Act,	Loi sur les marques de commerce,	
R.S.C. 1970, c. T-10	S.R.C. 1970, chap. T-10	
s./art. 2		570
s./art. 3		769

	PAGE
Trade Marks Act—Continued	
Loi sur les marques de commerce—Suite	
s./art. 4.....	570
s./art. 6(5).....	570
s./art. 9(1).....	769
s./art. 11.....	769
s./art. 12(1)(e).....	769
s./art. 16(3)(a).....	570
s./art. 16(3)(b).....	570
s./art. 17(1).....	570
s./art. 37(2)(d).....	570
s./art. 44.....	570
s./art. 54(1).....	570
s./art. 54(2).....	570
s./art. 54(3).....	570
s./art. 56(5).....	570
R.S.C., 1985, c. T-13	
L.R.C. (1985), chap. T-13	
s./art. 4.....	641
s./art. 7(b).....	237
s./art. 7(e).....	462
s./art. 16.....	641, 757
s./art. 16(3)(a).....	237
s./art. 17.....	641
s./art. 18(1).....	237, 641
s./art. 23(2).....	237
s./art. 23(3).....	237
s./art. 49(3).....	462
s./art. 49(4).....	462
s./art. 57.....	641
s./art. 58.....	64
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48	
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48	
-----	562
Unfair Competition Act, R.S.C. 1952, c. 274	
Loi sur la concurrence déloyale, S.R.C. 1952, chap. 274	
s./art. 14(1)(j).....	769
Water Carriage of Goods Act, 1936, (The), S.C. 1936, c. 49	
Loi du transport des marchandises par eau, 1936, S.C. 1936, chap. 49	
-----	483
Western Grain Stabilization Act, R.S.C., 1985, c. W-7	
Loi de stabilisation concernant le grain de l'Ouest, L.R.C. (1985), chap. W-7	
-----	168
ALBERTA	
ALBERTA	
Water Resources Act, R.S.A. 1980, c. W-5	
Water Resources Act, R.S.A. 1980, chap. W-5	
-----	248
MANITOBA	
MANITOBA	
Human Rights Code, S.M. 1987-88, c. 45	
Code des droits de la personne, L.M. 1987-88, chap. 45	
s./art. 9(2).....	321

	PAGE
ONTARIO	
Energy Act, 1971, (The), S.O. 1971, c. 44 -----	666
Negligence Act, R.S.O. 1980, c. 315 -----	666
Petroleum Resources Act, R.S.O. 1980, c. 377 -----	666
Trespass to Property Act, R.S.O. 1980, c. 511 s./art. 4(2)	2
QUEBEC	
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12 s./art. 10	321
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25 s./art. 733	115
BERBUDA	
Non-Residents Insurance Act, 1967, (The), -----	784
UNITED KINGDOM	
State Immunity Act 1978, (U.K.) 1978, c. 33 s./art. 4(1)	332
s./art. 4(6)	332
Statute of Monopolies, 21 Jac. 1, c. 3 -----	108
Supreme Court Act 1981, (U.K.) 1981. c. 54 s./art. 21(4)	199
UNITED STATES	
Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. 94-583. 90 Stat. 2891 (1976) s./art. 1603(d)	332
U.S. Constitution, Amendment IV -----	20

ONTARIO**Energy Act, 1971, (The),**
S.O. 1971, chap. 44**Loi sur le partage de la responsabilité,**
L.R.O. 1980, chap. 315**Petroleum Resources Act,**
R.S.O. 1980, chap. 377**Loi sur l'entrée sans autorisation,**
L.R.O. 1980, chap. 511**QUÉBEC****Charte des droits et libertés de la personne,**
L.R.Q. 1977, chap. C-12**Code de procédure civile,**
L.R.Q., chap. C-25**BERMUDES****Non-Residents Insurance Act, 1967, (The),****ROYAUME-UNI****State Immunity Act 1978,**
(R.-U.) 1978, chap. 33**Statute of Monopolies,**
21 Jac. 1, chap. 3**Supreme Court Act 1981,**
(R.-U.) 1981. chap. 54**ÉTATS-UNIS****Foreign Sovereign Immunities Act of 1976,**
Pub. L. 94-583. 90 Stat. 2891 (1976)**U.S. Constitution,**
Amendment IV

YUKON

YUKON

Human Rights Act,
S.Y. 1987, c. 3
s./art. 6.....

Human Rights Act,
S.Y. 1987, chap. 3

321

ORDERS AND REGULATIONS

ORDONNANCES ET RÈGLEMENTS

Access to Information Act Extension Order, No. 1,

**Décret d'extension n° 1 (Loi sur l'accès à
l'information),**
DORS/89-207

SOR/89-207

s./art. 1.....

s./art. 2.....

652

652

Canadian Wheat Board Regulations,
C.R.C., c. 397

Règlement sur la Commission canadienne du blé,
C.R.C., chap. 397

s./art. 26(1).....

168

Citizenship Regulations,
C.R.C., c. 400

Règlement sur la citoyenneté,
C.R.C., chap. 400

s./art. 26(1).....

s./art. 27(1).....

s./art. 27(2).....

362

362

362

**Environmental Assessment and Review Process Guide-
lines Order,**

**Décret sur les lignes directrices visant le processus
d'évaluation et d'examen en matière
d'environnement,**
DORS/84-467

SOR/84-467

s./art. 2.....

s./art. 3.....

s./art. 5.....

s./art. 6.....

s./art. 8.....

s./art. 10.....

s./art. 12.....

s./art. 13.....

s./art. 21.....

s./art. 22.....

595

248

248

248

248

248

248

248

248

248

248

Immigration Regulations,
SOR/78-172

Règlement sur l'immigration,
DORS/78-172

722

Income Tax Regulations,
C.R.C., c. 945

Règlement de l'impôt sur le revenu,
C.R.C., chap. 945

s./art. 900(1).....

s./art. 900(2)(a).....

s./art. 900(2)(b).....

s./art. 900(3).....

s./art. 900(3)(a).....

s./art. 900(3)(b).....

s./art. 900(4).....

94

94

94

94

94

94

94

Navigable Waters Works Regulations,

**Règlement sur les ouvrages construits dans les eaux
navigables,**
C.R.C., chap. 1232

C.R.C., c. 1232

s./art. 4.....

s./art. 5.....

s./art. 6.....

248

248

248

	PAGE
Navigable Waters Works Regulations—Continued	
<i>s./art. 7</i>	248
Order in Council P.C. 1917-1604, C. Gaz. 1917.51.1581	168
Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251	777
<i>s./art. 27</i>	321
Public Service Employment Regulations, C.R.C., c. 1337	476
Public Works Nuisances Regulations, C.R.C., c. 1365	
<i>s./art. 2</i>	367
<i>s./art. 4</i>	367
<i>s./art. 5</i>	367
<i>s./art. 6(2)</i>	367
<i>s./art. 8</i>	367
<i>s./art. 9</i>	367
Trade Marks Regulations, C.R.C., c. 1559	570
<i>s./art. 46(5)</i>	
ONTARIO	ONTARIO
O. Reg. 450/84	666
<i>s./art. 2</i>	
O. Reg. 629/80	666
<i>s./art. 2</i>	
R.R.O. 1980, Reg. 752	666
<i>s./art. 27(13)</i>	
RULES	RÈGLES
Federal Court Immigration Rules, SOR/89-26	562
R. 20.....	
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663	
R. 5.....	74, 84, 115, 609
R. 324.....	3
R. 336(2).....	108
R. 336(1)(g).....	115
R. 337(2)(b).....	3, 425
R. 344(7), <i>Tariff A, s. 3(2)</i>	46
R. 346(2).....	51
R. 355.....	115
R. 401.....	64

Federal Court Rules—Continued

Règles de la Cour fédérale—Suite

R. 406(3)	275
R. 408	237
R. 419(1)(a)	237
R. 419(1)(b)	237
R. 419(1)(c)	237
R. 419(1)(d)	237
R. 464(1)	115
R. 465(1)(a)	275
R. 465(1)(b)	275
R. 465(19)	275
R. 469(1)	115
R. 469(2)	448
R. 470	115
R. 474	425
R. 1203(3)	115
R. 603	64, 248
R. 1002	199
R. 1010	84, 609
R. 1101	84
R. 1203(3)	115
R. 1310	609
R. 1716(2)(b)	609

P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure,
C.R.C., c. 1353
s./art. 87

Règlement et règles de procédure de la C.R.T.F.P.,
C.R.C., chap. 1353

297

Rules of the Supreme Court of Canada,
SOR/83-74
R. 18

Règles de la Cour suprême du Canada,
DORS/83-74

84

BRITISH COLUMBIA

BRITISH COLUMBIA

Rules of Court,
B.C. Reg. 310/76
R. 15(5)(a)

Rules of Court,
B.C. Reg. 310/76

609

Supreme Court Rules,
R. 5(11)

R. 5(12)	275
R. 5(13)	275
R. 27(8)	275

Supreme Court Rules,

275
275
275
275

ONTARIO

ONTARIO

**Ontario Supreme and District Courts Rules of Civil
Procedure,**
R. 31.03(8)

| R. 31.03(9) | 275 |

**Règles de procédure civile de la Cour suprême et de la
Cour de district de l'Ontario,**

275
275

Rules of Civil Procedure,
O. Reg. 560/84
R. 13.01

R. 13.01(1)	74
R. 13.01(2)	84
R. 13.02	84
	74

Rules of Civil Procedure,
O. Reg. 560/84

74
84
84
74

TREATIES	TRAITÉS	PAGE
Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the status of their forces, June 19, 1951, 199 U.N.T.S. 67 s./art. 4.....	Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, 19 juin 1951, 199 R.U.R.T. 67	332
International Convention Relating to the Arrest of Seagoing Ships, May 10, 1952, 439 U.N.T.S. 193 -----	Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer, 10 mai 1952, 439 R.T.N.U. 193	199

AUTHORS CITED

DOCTRINE

	PAGE
Baer, M. G. and Rendall, J. A. <i>Cases on the Canadian Law of Insurance</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 1988	3
Baudouin, Jean-Louis. "Examen Critique de la Réforme sur la Capacité de la Femme Mariée Québécoise" (1965), 43 <i>Can. Bar. Rev.</i> 393	709
Beaupré, Rémi Michael <i>Construing Bilingual Legislation in Canada</i> , Toronto: Butterworths, 1981	395
Beaupré, Rémi Michael <i>Interprétation de la législation bilingue</i> , Montréal: Wilson et Lafleur Ltée, 1986	395
Beauregard, Pierre-Jean. "Interaction du droit civil et de la Loi de l'impôt", <i>Report of Proceedings of the Thirty-seventh Tax Conference</i> . Canadian Tax Foundation, 1985	709
Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, <i>Procès-verbal et témoignages</i> , fascicule n° 25 (23 avril 1985), aux p. 25:17 et 25:18 et fascicule n° 29 (9 mai 1985), aux p. 29:22 et 29:23	425
Canada, Chambre des communes, <i>Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité: Égalité pour tous</i> , Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1985 (président: Patrick Boyer)	321
Canada, House of Commons. <i>Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights: Equality for All</i> . Ottawa, Queen's Printer, 1985 (Chair: Patrick Boyer)	321
Canada, House of Commons, Standing Committee on Justice and Legal Affairs, <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue no. 25 (April 23, 1985), at pp. 25:17-25:18 and Issue no. 29 (May 9, 1985), at pp. 29:22-29:23	425
Caparros, Ernest. <i>Les régimes matrimoniaux au Québec</i> , 3rd ed., Montréal: Wilson & Lafleur, 1985	709
Christie, I. <i>Employment Law in Canada</i> , Toronto: Butterworths, 1980	3
<i>Clerk & Lindsell on Torts</i> , 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 1982	367
Comtois, Roger. <i>Traité théorique et pratique de la communauté de biens</i> , Montréal: Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964	709
Crawford, James "International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions" <i>The British Yearbook of International Law</i> 1983, Oxford: Clarendon Press, 1984	332
de Smith's <i>Judicial Review of Administration Action</i> , 4th ed., by J. M. Evans, London: Stevens & Sons Ltd., 1980	722
Dionne, André and Turcot, Michel. "Aspects fiscaux des diverses étapes de la vie conjugale selon le nouveau droit familial: IV Imposition pendant la durée du régime". [1981] <i>C.P. du N.</i> 401	709
Driedger, E. A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983	141, 168, 652
Emanuelli, C. "L'immunité souveraine et la coutume internationale de l'immunité absolue à l'immunité relative" (1984), 22 <i>Can. Y. B. Int'l L.</i> 26	332
Evans, J. M. "Case Comment" ["Fédéral Jurisdiction — A Lamentable Situation"] (1981), 59 <i>Can. Bar Rev.</i> 124	542

Finkelman, Jacob and Goldenberg, Shirley B. <i>Collective Bargaining in the Public Service — The Federal Experience in Canada</i> , vol. 2, Montréal: Institute for Research on Public Policy, 1983	297
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 6th ed. Sydney: Law Book Co. Ltd., 1983	367
Fox, Harold G. <i>Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition</i> , 3rd ed., Toronto: The Carswell Company Limited, 1972.....	237, 641
Fraser, Ian. "Somme Comments on Subsection 92(10) of the <i>Constitution Act, 1867</i> " (1984), 29 <i>McGill L.J.</i> 557.....	511
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 10, 3rd ed. London: Butterworths & Co. (Publishers) Ltd., 1955.....	108
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 1, 4th ed. London: Butterworths, 1973.....	141
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 4th ed., vol. 16, no. 1515. London: Butterworths, 1975.....	199
Hanssen, Kenneth. "The Federal Declaratory Power Under the British North America Act" (1986), 3 <i>Man. L.J.</i> 87	511
Hogg, P. W. "Case Comment" ["Constitutional Law — Limits of Federal Court Jurisdiction - Is there a Federal Common Law?" (1977), 55 <i>Can. Bar Rev.</i> 550.....	542
Hogg, P. W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985	367, 511
Jackson, D. C. <i>Enforcement of Maritime Claims</i> . London: Lloyd's of London Press Ltd., 1985.....	199
Jones, David P. and de Villars, Anne S. <i>Principles of Administrative Law</i> , Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985....	722
Jones, P. F. M. "Jurisdiction at Sea" (1982), 3 <i>Supreme Court L.R.</i> 445.....	542
Jowitt, E. <i>Dictionary of English Law</i> , London: Sweet & Maxwell Ltd., 1959 "duplicité"	108
Kerr, R. W. "Constitutional Limitations on the Admiralty Jurisdiction of the Federal Court" (1979), 5 <i>Dalhousie L.J.</i> 568	542
Lajoie, Andrée. <i>Le pouvoir déclaratoire du Parlement</i> . Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1969.....	511
Laskin, J. B. and Sharpe, R. J. "Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on <i>Fuller Construction</i> " (1980), 30 <i>U.T. L.J.</i> 283	542
Laskin, Bora. <i>Canadian Constitutional Law</i> , 5th ed. by Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986	511
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.....	367, 666
Linden, Allen M. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 4 ^e éd. Cowansville (Qc): Éditions Yvon Blais Inc., 1988	367, 666
Mayrand, Albert. "Commentaires, Impôt sur le revenu — Revenu du mari commun en biens — Nature du droit de la femme sur les biens de la communauté (1962), 40 <i>Can. Bar Rev.</i> 256	709
McGregor, H. <i>McGregor on Damages</i> , 14th ed. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1980.....	666
McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , 3rd ed. Aurora: Canada Law Book Inc., 1988	777
Mill, John S. <i>On Liberty</i> . London: Walter Scott Publishing Co., 1900-01.....	367
Molot, H. L. and Jewett, M. L. "The State Immunity Act of Canada" (1982), 20 <i>Can. Y. B. Int'l L.</i> 79.....	332
Orkin, Mark M. <i>The Law of Costs</i> 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., 1987	46, 51
Ough, Richard N. <i>The Mareva Injunction and Anton Piller Order</i> , London: Butterworths, 1987.....	448
<i>Oxford English Dictionary</i> , vol. I, compact ed. Oxford: Clarendon Press, 1971, "analogy"	609
<i>Petit Larousse illustré</i> . Montréal: Éditions françaises, 1984, "analogie"	609
Pineau, Jean et Burman, Danielle. <i>Effets du mariage et régimes matrimoniaux</i> , Montréal: Thémis 1984.....	709
Rogers, D. N. "Admiralty Jurisdiction in Canada: Is There a Need for Reform?" (1985), 16 <i>J. Mar. L. & Comm.</i> 467	542
<i>Salmond and Heuston on the Law of Torts</i> , 18th ed. by R. F. V. Heuston and R. S. Chambers. London: Sweet & Maxwell, 1981.....	367

Schwartz, Phineas. "Fiat by Declaration S. 92(1)(c) of the British North America Act (1960)", 2 <i>O.H.L.J.</i> 1..	511
Scott, S. A. "Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of their Jurisdiction" (1982), 27 <i>McGill L.J.</i> 137	542
Sgayias, David et al., <i>Federal Court Practice 1988</i> Toronto: Carswell Company Limited, 1987.....	297
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , vol. II, 3rd rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1975, "navigation"	542
Snell, E. H. T. <i>Principles of Equity</i> , 27th ed. by R. Megarry and P. Baker. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1973	199
Sopinka, John and Lederman, Sidney N. <i>The Law of Evidence in Civil Cases</i> . Toronto: Butterworths, 1974	666
Tetley, W. <i>Maritime Liens and Claims</i> . London: Business Law Communications Ltd., 1985	199
Tetley, William <i>Marine Cargo Claims</i> , 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1988.....	483
United States, House Report No. 94-1487, Congressional Record, Vol. 122	332
Waddams, S.M. <i>The Law of Damages</i> . Toronto: Canada Law Book Ltd., 1983	666
<i>Wigmore on Evidence</i> , vol. 2, rev. by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown and Co., 1979	666
Williams, S. A. and de Mestral, A. L. C. <i>An Introduction to International Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1987	332

ERRATA

At [1990] 1 F.C. p. 46 in the list of Authors Cited for the case *W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Limited* (Preston P.), the correct name of the author is "Orkin, Mark M."

Dans la décision *W.H. Brady Co. c. Letraset Canada Limited* (protonotaire Preston), [1990] 1 C.F., à la rubrique Doctrine (p. 46), le nom de l'auteur est «Orkin, Mark M.».

At [1990] 1 F.C. p. 51, in the headnote to *W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Limited* (Cullen J.), three lines from the bottom of the page, read "Nor were there indirect payments..." rather than "Nor were there no indirect payments..."

Dans la version anglaise du sommaire de la décision *W.H. Brady Co. c. Letraset Canada Limited* (juge Cullen), [1990] 1 C.F., à la 3^e ligne au bas de la page 51, lire «Nor were there indirect payments...» au lieu de «Nor were there no indirect payments...».

ERRATUM

In the digest of the decision *Wardair Canada Inc. v. Dion* which appears at [1990] 1 F.C. D-12 under the subject title "Judicial Review", the words "cannot be obtained by action" (line 26) should read "can be obtained by action only".

Dans la fiche analytique de la décision *Wardair Canada Inc. c. Dion*, publiée à [1990] 1 C.F. F-14 sous le titre «Contrôle judiciaire», lire «ne peut être obtenu que par voie d'action» au lieu de «ne peut être obtenu par voie d'action» (16^e ligne).

T-2670-84

T-2670-84

Harle Benson Long (Plaintiff)

v.

The Queen in Right of Canada as represented by the Treasury Board (Defendant)

INDEXED AS: LONG v. CANADA (TREASURY BOARD) (T.D.)

Trial Division, McNair J.—Ottawa, February 13 and May 29, 1989.

Public service — Plaintiff member of Group Surgical-Medical Insurance Plan — Subsequent to commencing psychotherapy, benefits relating thereto reduced — Plaintiff notified but continuing treatment — Claiming damages for breach of implied term of employment relationship in amount would have received but for change — Employment relationship not dependent on contract of employment, but governed by legislation — No implied contractual term arising out of employment relationship that no reduction of GSMIP or other fringe benefits without employee's express consent, or without affording plaintiff reasonable opportunity to make representations prior to changes to benefits.

Insurance — Plaintiff member of group medical insurance plan — Subsequent to commencing psychotherapy, benefits relating thereto reduced — Deciding to continue treatment — Lives insured, as third party beneficiaries, having no rights except those given to them under contract made by sponsor — Authority to select and alter coverage lying wholly with insurer and employer.

Estoppel — Promissory estoppel — Plaintiff, public servant, member of group medical insurance plan — Subsequent to commencing psychotherapy, benefits relating to same reduced — Deciding to continue therapy — Arguing changed position to detriment by entering long-term psychotherapy in reliance upon GSMIP booklet explaining benefits — No unambiguous representation as to immutability of GSMIP benefit — Policy expressly permitting changes at any time without consent of lives insured — Plaintiff aware of change and financial consequences of continuing treatment — No inducement to continue by defendant.

This was an action for damages for the breach of certain implied terms arising out of the employment relationship. The plaintiff, a public servant, belongs to the Group Surgical-Medi-

Harle Benson Long (demandeur)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le Conseil du Trésor (défenderesse)RÉPERTORIÉ: LONG c. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (1^{re} INST.)

b

Section de première instance, juge McNair—Ottawa, 13 février et 29 mai 1989.

Fonction publique — Le demandeur souscrit au Régime d'assurance collective chirurgicale et médicale — Après qu'il eut commencé un traitement de psychothérapie, le plafond des prestations y relatives a été abaissé — Le demandeur en a été informé mais a poursuivi le traitement — Il réclame pour non-respect d'une condition implicite découlant de sa relation de travail avec la défenderesse des dommages-intérêts pour un montant égal à celui qu'il aurait reçu si ce n'avait été du changement — La relation de travail ne dépendait pas seulement du contrat d'emploi mais était régie par des dispositions législatives — Il n'y avait pas de condition implicite de nature contractuelle découlant de la relation de travail selon laquelle il ne pouvait y avoir de baisse du plafond des prestations versées en vertu du RACCM ou d'autres prestations quelconques sans le consentement exprès de l'employé, ou sans que le demandeur ait une occasion raisonnable de faire valoir son point de vue avant que des modifications soient apportées aux prestations.

Assurance — Le demandeur souscrit à un régime d'assurance collective médicale — Après qu'il eut commencé un traitement de psychothérapie, le plafond des prestations y relatives a été abaissé — Il a décidé de poursuivre le traitement — Les assurés, qui sont des tiers bénéficiaires, n'ont aucun droit, à l'exception de ceux qui sont prévus dans le contrat conclu avec le parrain — Ce sont l'assureur et l'employeur qui ont l'entière responsabilité de choisir et de modifier la garantie.

Fin de non-recevoir — Fin de non-recevoir fondée sur une promesse — Le demandeur, qui est fonctionnaire, souscrit à un régime d'assurance collective médicale — Après qu'il eut commencé un traitement de psychothérapie, le plafond des prestations y relatives a été abaissé — Il a décidé de poursuivre la thérapie — Il a soutenu que cela changeait la situation à son détriment car il s'était engagé dans une psychothérapie à long terme en se fiant à la brochure du RACCM qui donnait des explications sur les prestations — Il n'y a pas eu de déclaration sans équivoque de l'immutabilité des prestations relatives au RACCM — La police permettait expressément que des modifications soient apportées en tout temps sans le consentement des assurés — Le demandeur était au courant des modifications et connaissait les conséquences financières de la poursuite du traitement — La défenderesse n'a aucunement influencé sa décision.

Il s'agit d'une action en dommages-intérêts pour non-respect de certaines conditions implicites découlant de la relation de travail existant entre le demandeur et la défenderesse. Le

cal Insurance Plan (GSMIP). In 1981, he and his children began to undergo psychotherapy. In 1983, the eligible expenses for psychologists' services were reduced. Upon notice of the proposed changes, the plaintiff decided it was necessary to continue the psychotherapy. He now claims the amount he would have received had the changes not been made. The master policy authorized changes to the GSMIP and the insured benefits. The plaintiff argued that it was an implied term arising out of the employment relationship that there would be no reduction of benefits without the plaintiff's consent, or without giving him an opportunity to make representations, or that no alteration of GSMIP benefits would be implemented so as to prejudice employees who had commenced treatment in reliance on existing benefits. He argued that paragraph 5(1)(e) of the *Financial Administration Act* gives Treasury Board the power to determine the terms and conditions of employment of public servants, but once it has done so, the particular employment changes from statutory employment to a contractual one. In other words "terms and conditions of employment" in paragraph 5(1)(e) import an implied contractual term of employment. He also argued that the doctrine of promissory estoppel applied, as in the context of a legal relationship, the GSMIP booklet constituted a representation as to the existence of a particular benefit on which he had relied to his detriment, by entering long-term psychotherapy. The issue was whether there was an implied term arising out of the employment relationship.

Held, the action should be dismissed.

The employment relationship was not dependent on a contract of employment, but was governed by the *Public Service Employment Act* and the *Financial Administration Act*. Section 24 of the former codifies the common law rule that the tenure of office is during the pleasure of Her Majesty, subject only to such protection and redress as are formally and expressly granted by that Act or any other statutory enactment pertaining to public service employment. There was no implied term as argued by the plaintiff. The statutes and case law refute the assertion that the GSMIP benefit relating to psychologists' services as it stood prior to the plan amendments constituted an enforceable contractual obligation.

The general proposition in employment law, that a fringe benefit provided to an employee becomes an obligation of the employer under the contract of employment, does not apply to public servants. In any event, employers usually include a statement in explanatory pamphlets that the fringe benefit plan is of no contractual effect. Such a statement negatives any intention to create legal relations. The GSMIP booklet notifying participants of the proposed changes had a similar effect.

Under the law of insurance, the lives insured, as third party beneficiaries have no rights except those given to them under the contract made by the "sponsor". The authority to select and

demandeur, qui est fonctionnaire, souscrit au Régime d'assurance collective chirurgicale et médicale (RACCM). En 1981, lui et ses enfants ont commencé un traitement psychothérapeutique. En 1983, le plafond des dépenses admissibles a été abaissé pour les services de psychologues. Après avoir été informé des modifications projetées, le demandeur a décidé qu'il était nécessaire de poursuivre le traitement de psychothérapie. Il réclame maintenant le montant qu'il aurait reçu si les modifications n'avaient pas été apportées au régime. La police-cadre permettait que des modifications soient apportées au RACCM et aux prestations assurées. Le demandeur a soutenu qu'il découlait implicitement de la relation de travail qu'il n'y aurait aucune diminution des prestations sans son consentement ou sans qu'on lui ait donné l'occasion de faire valoir son point de vue, ou qu'on ne pouvait modifier les prestations du RACCM au détriment des employés qui avaient commencé un traitement en comptant sur les prestations en vigueur. Il a prétendu que l'alinéa 5(1)e) de la *Loi sur l'administration financière* confère au Conseil du Trésor le pouvoir de fixer les conditions d'emploi des fonctionnaires, mais que, cela fait, chaque emploi cesse d'être régi par des dispositions législatives et prend un caractère contractuel. En d'autres termes, les mots «conditions d'emploi» qui figurent à l'alinéa 5(1)e) désignent des conditions d'emploi implicites de nature contractuelle. Il a également fait valoir que la doctrine de la fin de non-recevoir fondée sur une promesse s'appliquait, car, dans le cadre d'un lien juridique, la brochure décrivant le RACCM constituait une déclaration attestant qu'étaient versées des prestations particulières sur lesquelles il avait compté à son détriment en commençant une psychothérapie à long terme. La question était de savoir si une condition implicite découlait de la relation de travail.

Jugement: l'action doit être rejetée.

La relation de travail entre le demandeur et la défenderesse ne dépendait pas d'un contrat d'emploi mais était régie par les dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et de la *Loi sur l'administration financière*. L'article 24 de la première Loi codifie la règle de la *common law* selon laquelle un employé occupe sa charge durant le bon plaisir de Sa Majesté, sous réserve des mesures de protection et de réparation expressément prévues dans cette Loi et de toute autre disposition législative relative à l'emploi dans la fonction publique. Il n'y avait aucune condition implicite comme le prétendait le demandeur. Toutes les lois et décisions réfutent l'affirmation voulant que les prestations versées par le RACCM relativement aux services de psychologues, telles qu'elles existaient avant les modifications apportées au régime, constituaient une obligation contractuelle qui devait être respectée.

La prétention générale en droit du travail selon laquelle les prestations quelconques accordées à un employé deviennent une obligation pour l'employeur en vertu du contrat d'emploi ne s'applique pas aux fonctionnaires. De toute façon, les employeurs précisent habituellement dans des brochures explicatives que les prestations quelconques versées dans le cadre d'un régime d'assurance n'ont aucune valeur contractuelle. Cette mention nie toute intention de créer des relations juridiques. La brochure du RACCM qui informait les adhérents au régime des modifications projetées avait un effet similaire.

En vertu du droit des assurances, les assurés, qui sont des tiers bénéficiaires, n'ont aucun droit, à l'exception de ceux qui sont prévus dans le contrat conclu par le «parrain». Ce sont

alter the type and the terms of the coverage lies wholly between the insurer and the employer. The plaintiff participated in the GSMIP knowing that the plan and the insured benefits could be changed periodically without his consent.

Nor could the argument based on promissory estoppel avail plaintiff. There had been no unambiguous representation as to the immutability of the GSMIP psychological benefit. It was an express term of the group insurance policy that changes, including the right to make changes to the GSMIP benefits, could be made at any time without the consent of the persons insured. The plaintiff knew of the proposed change when he decided to continue the psychotherapy regimen. He knew of the financial consequences of his decision. The choice was not prompted by any inducement by the defendant.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 337(2)(b).

Financial Administration Act, R.S.C. 1970, c. F-10, s. 5(1)(e).

Petition of Right Act, R.S.C. 1970, c. P-12 (rep. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 64).

Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 24.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Phillips v. The Queen, [1977] 1 F.C. 756 (T.D.); *Hale v. American Home Assur. Co.*, 461 S.W. 2d 384 (1970).

DISTINGUISHED:

Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police (1982), 37 O.R. (2d) 277 (H.C.).

CONSIDERED:

Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce et al. (1978), 20 O.R. (2d) 593 (Div. Ct.).

REFERRED TO:

deMercado v. The Queen, T-2588-83, Cattanach J., judgment dated 19/3/84, F.C.T.D., not reported; *Evans v. Canada (Government of)* (1986), 4 F.T.R. 247 (F.C.T.D.); *Evans v. The Queen*, T-1414-86, Dubé J., order dated 13/4/87, F.C.T.D., not reported; affd (1989), 93 N.R. 252 (F.C.A.); *Malone v. Ontario* (1983), 3 C.C.E.L. 61 (Ont. H.C.).

AUTHORS CITED

Baer, M.G. and Rendall, J.A. *Cases on the Canadian Law of Insurance*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1988.

Christie, I. *Employment Law in Canada*, Toronto: Butterworths, 1980.

l'assureur et l'employeur qui ont l'entière responsabilité de choisir le type de garantie et les conditions dont elle est assortie et de les modifier. Le demandeur a adhéré au RACCM en sachant que ce régime et les prestations qui s'y rattachent pouvaient être modifiées à l'occasion sans son consentement.

^a Le demandeur ne pouvait pas non plus invoquer l'argument relatif à la fin de non-recevoir fondée sur une promesse. Il n'y avait pas eu de déclaration sans équivoque de l'immutabilité des prestations du RACCM relatives aux services des psychologues. Il était spécifiquement prévu dans la police d'assurance collective que le RACCM pouvait être modifié en tout temps sans le consentement des assurés, et cela comprenait le droit de modifier les prestations de ce régime. Le demandeur était au courant du changement projeté quand il a décidé de poursuivre le traitement de psychothérapie. Il connaissait les conséquences financières de sa décision. La défenderesse n'a aucunement incité le demandeur à faire ce choix.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'administration financière, S.R.C. 1970, chap. F-10, art. 5(1)e).

Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 24.

Loi sur les pétitions de droit, S.R.C. 1970, chap. P-12 (abrogé par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 64).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 324, 337(2)b).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Phillips c. La Reine, [1977] 1 C.F. 756 (1^{re} inst.); *Hale v. American Home Assur. Co.*, 461 S.W. 2d 384 (1970).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police (1982), 37 O.R. (2d) 277 (H.C.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce et al. (1978), 20 O.R. (2d) 593 (C. Div.).

DÉCISIONS CITÉES:

deMercado c. La Reine, T-2588-83, juge Cattanach, jugement en date du 19-3-84, C.F. 1^{re} inst., non publié; *Evans c. Canada (Gouvernement du)* (1986), 4 F.T.R. 247 (C.F. 1^{re} inst., *Evans c. La Reine*, T-1414-86, juge Dubé, ordonnance en date du 13-4-87, C.F. 1^{re} inst., non publié; conf. par (1989), 93 N.R. 252 (C.A.F.); *Malone v. Ontario* (1983), 3 C.C.E.L. 61 (H.C. Ont.).

DOCTRINE

Baer, M.G. et Rendall, J.A. *Cases on the Canadian Law of Insurance*, 4^e éd., Toronto: Carswell, 1988.

Christie, I. *Employment Law in Canada*, Toronto: Butterworths, 1980.

COUNSEL:

Steven C. McDonell for plaintiff.
Peter Engelmann for defendant.

SOLICITORS:

Binks, Simpson, Ottawa, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MCNAIR J.:

The Nature of the Case

This is an action for damages by the plaintiff for the alleged breach of certain implied terms arising out of his employment relationship with the defendant. The plaintiff is presently employed by the defendant as a senior manager in the public service. He has been a public servant since 1959 and a member of the Public Service Group Surgical-Medical Insurance Plan (GSMIP) since 1980. The GSMIP is a private health insurance plan sponsored by the Government of Canada to supplement the benefits provided by provincial health insurance programs, which is available to public servants who wish to participate in it. It is an indemnity-type plan, the basic principle of which is that the policy terms will apply as they read at the time an insured person actually incurs a particular expense. The parties to the GSMIP group insurance policy are The Mutual Life Assurance Company of Canada, as insurer, and Her Majesty the Queen in right of Canada as represented by the President of the Treasury Board, as policyholder.

In 1981 the plaintiff and his older son and his older daughter became committed to a regimen of psychotherapy counselling with a professional psychologist, to whom they had been referred by a child psychiatrist. At that time, the GSMIP supplementary coverage for major medical expense benefit provided for reimbursement to members of the plan of eighty percent of "eligible expenses", which term was defined as meaning "reasonable

AVOCATS:

Steven C. McDonell pour le demandeur.
Peter Engelmann pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Binks, Simpson, Ottawa, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE MCNAIR:

Nature de l'affaire

La Cour est saisie d'une action en dommages-intérêts intentée par le demandeur pour le motif que certaines conditions implicites découlant de sa relation de travail avec la défenderesse n'auraient pas été respectées. Le demandeur travaille actuellement pour la défenderesse comme haut fonctionnaire dans la fonction publique. Il est fonctionnaire depuis 1959 et souscrit au Régime d'assurance collective chirurgicale et médicale (RACCM) de la fonction publique depuis 1960. Le RACCM est un régime d'assurance-maladie privé, parrainé par le gouvernement du Canada, dont les prestations sont un complément à la garantie offerte par les régimes provinciaux d'assurance-maladie; tous les fonctionnaires qui le désirent peuvent y participer. Comme c'est un régime indemnitaire, les dispositions du contrat s'appliquent telles qu'elles sont libellées au moment où un adhérent engage une dépense en particulier. Les parties au contrat d'assurance collective du RACCM sont La Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance sur la vie, à titre d'assureur, et Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le président du Conseil du Trésor, à titre de titulaire de la police.

En 1981, le demandeur, ainsi que son fils et sa fille aînés, ont commencé un traitement psychothérapique avec un psychologue professionnel que leur avait recommandé un psychiatre de l'enfance. À cette époque, la garantie complémentaire offerte par le RACCM à l'égard des principales dépenses médicales prévoyait le remboursement aux membres participants de 80 pour cent des «dépenses admissibles», c'est-à-dire les «frais habituels et rai-

and customary charges" for certain prescribed items and services. Among these were:

- (g) psychotherapy services rendered by a registered psychologist, if the patient is referred by a psychiatrist or pediatrician;

The plan imposed a maximum lifetime ceiling or cap of \$30,000 for each person insured thereunder.

On April 1, 1983 a number of benefit changes were made to the GSMIP, one of which was to impose a limit of \$600 per calendar year on eligible expenses for psychologists' services. The plaintiff complains that the changes regarding eligibility for psychologists' services were particularly detrimental to him and, in consequence, could not be changed without his consent. The gist of the plaintiff's case is set out in paragraph 9 of his statement of claim as follows:

9. The plaintiff pleads that it was an implied term arising out of his employment relationship with the Defendant that there would be no reduction of GSMIP or other fringe benefits enjoyed by him, as an employee, without his express consent or, in the alternative, without notice to him and a reasonable opportunity to make representations, and that it was a further implied term arising out of the Plaintiff's employment relationship with the Defendant that no alteration of GSMIP benefits would be implemented so as to prejudice employees who had commenced treatment in reliance on existing benefits, or, in the alternative without notice and a reasonable opportunity to make representations by employees, such as the Defendant, who would be adversely affected by the proposed alterations to the GSMIP. By reason of the facts set out in paragraphs 7 and 8 hereof, the Plaintiff pleads that the Defendant has breached the said implied obligations arising out of his employment relationship with the Defendant. [Underlining omitted.]

The plaintiff claims to have expended \$6,550 or more for psychologists' services since the date of the reduction of the GSMIP benefits, by reason whereof he claims a loss of \$5,676 for the eligible expenses he would have received from GSMIP had the changes not been made. The plaintiff claims this latter amount as damages sustained by him, together with interest at the prime rate to the date of payment and his costs of the action.

Some Factual Background

The plaintiff is a resident of the City of Gloucester in the Regional Municipality of Ottawa-Carleton, and at all material times was employed as a

sonnables» engagés pour obtenir certains articles et services assurables, notamment:

[TRADUCTION]

- (g) des services de psychothérapie fournis par un psychologue agréé, si le patient est envoyé par un psychiatre ou un pédiatre;

Le plafond des frais admissibles était de 30 000 \$ la vie durant de chaque personne assurée.

Le 1^{er} avril 1983, certaines modifications ont été apportées aux prestations du RACCM, notamment l'abaissement à 600 \$ par année civile du plafond des frais admissibles pour les services de psychologues. Le demandeur prétend que la modification relative au remboursement des dépenses engagées pour obtenir ces services lui a été particulièrement préjudiciable et ne pouvait, par conséquent, être apportée sans son consentement. Le principal argument du demandeur est énoncé au paragraphe 9 de sa déclaration:

[TRADUCTION] 9. Le demandeur plaide qu'il découlait implicitement de sa relation de travail avec la défenderesse qu'il n'y aurait aucune diminution des prestations versées par le RACCM ou d'autres prestations dont il bénéficiait à titre d'employé sans son consentement exprès, ou encore sans qu'on l'en ait informé et qu'on lui ait donné l'occasion de faire valoir son point de vue, et qu'il découlait aussi implicitement de sa relation de travail avec la défenderesse qu'aucune modification de ces prestations n'entrerait en vigueur de manière à préjudicier aux employés ayant commencé un traitement en se fondant sur les prestations existantes, ou encore sans que l'on ait avisé et donné à des employés comme le demandeur, que les modifications proposées défavoriseraient, l'occasion de faire valoir leur point de vue. En raison des faits exposés aux paragraphes 7 et 8, le demandeur soutient que la défenderesse n'a pas respecté lesdites obligations implicites découlant de sa relation de travail avec elle. [Soulignement omis.]

Le demandeur affirme avoir dépensé au moins 6 550 \$ pour des services de psychologues après que les prestations versées par le RACCM eurent été réduites, et avoir de ce fait subi une perte de 5 676 \$ au titre des frais admissibles qui lui auraient été remboursés par le RACCM si le plafond n'avait pas été abaissé. Le demandeur réclame donc des dommages-intérêts totalisant 5 676 \$, ainsi que l'intérêt, calculé au taux préférentiel, couru depuis qu'il a déboursé cette somme et les dépens.

Exposé des faits

Le demandeur est un résident de la ville de Gloucester, située dans la municipalité régionale d'Ottawa-Carleton, et il a occupé pendant toute la

senior manager in the public service. He is presently serving in the capacity of Director of Program Evaluation with the Department of National Health and Welfare. The plaintiff embarked on his public service career in or about the year 1959 and his employment with the defendant has been governed at all material times by the provisions of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, and the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10.

In June of 1981, Mr. Long and his older son and daughter were confronted by the realization that they were suffering from psychological problems of such magnitude that they required professional help. The plaintiff consulted a child psychiatrist, Dr. R. G. Mouldley, who recommended that they undergo psychotherapy with Dr. M. H. Wiener, a registered psychologist, who later assumed the name of Dov Vinograd (hereinafter referred to as "Dr. Vinograd"). The problems confronting the plaintiff's son and daughter created certain marital tensions and other attendant difficulties with the result that all members of the family embarked on a regimen of psychotherapy counselling with Dr. Vinograd. The plaintiff's daughter Christina, who was then sixteen years of age, was suffering from anorexia nervosa and accompanying loss of weight which necessitated a fairly long-term course of psychotherapy in her case. At the time the plaintiff engaged the professional services of Dr. Vinograd, there was no question that eighty percent of the latter's fees would be covered by GSMIP because the pre-April 1983 benefit structure still subsisted.

The original group policy No. GD1500 underwriting the GSMIP was issued on July 1, 1960. The parties thereto have made amendments to the underwritten GSMIP from time to time in accordance with the express provisions of the policy. The consistent practice has been that such amendments are only made after the National Joint Council of the Public Service of Canada makes recommendations to the defendant regarding any proposed amendments. The National Joint Council is composed of management representatives of the public service, whose function is to represent the employer's interests, and bargaining agent representatives, who represent the interests of the unionized

période pertinente un poste de haut fonctionnaire dans la fonction publique. Il est actuellement directeur de l'évaluation des programmes au ministère de la Santé nationale et du Bien-être social. Il a commencé sa carrière dans la fonction publique en 1959, et son emploi avec la défenderesse est régi par les dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, et de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10.

En juin 1981, M. Long, de même que son fils et sa fille aînés, se sont rendus compte qu'ils souffraient de troubles psychologiques d'une ampleur telle qu'ils ont dû recourir aux services de professionnels. Le demandeur a consulté un psychiatre de l'enfance, le docteur R. G. Mouldley, qui lui a recommandé d'entreprendre un traitement psychothérapique avec le docteur M. H. Wiener, psychologue agréé qui a par la suite pris le nom de Dov Vinograd (ci-après appelé «Dr Vinograd»). Les difficultés auxquelles se heurtaient le fils et la fille du demandeur ont provoqué des tensions conjugales et d'autres troubles, et c'est pourquoi tous les membres de la famille ont commencé à rencontrer le docteur Vinograd dans le cadre d'une psychothérapie. La fille du demandeur, Christina, qui était alors âgée de seize ans, souffrait d'anorexie nerveuse accompagnée d'une perte de poids et, dans son cas, la psychothérapie s'est poursuivie pendant une assez longue période. À l'époque où le demandeur a retenu les services du docteur Vinograd, il était clair que les honoraires de ce dernier seraient remboursés jusqu'à concurrence de 80 pour cent par le RACCM, car les prestations antérieures à avril 1983 s'appliquaient encore.

La police d'assurance collective n° GD1500 constituant le Régime d'assurance collective chirurgicale et médicale, a été établie le 1^{er} juillet 1960. Elle comporte des dispositions autorisant les parties à modifier le régime; celles-ci s'en sont prévaluées à quelques reprises. La pratique a toujours consisté à apporter de telles modifications seulement après que le Conseil national mixte de la fonction publique du Canada eut fait des recommandations à la défenderesse à ce sujet. Le Conseil national mixte est composé de gestionnaires de la fonction publique, qui représentent la partie patronale, et d'agents négociateurs, qui représentent les employés syndiqués de la fonction publi-

public service employees. The recommendations of the National Joint Council regarding changes to GSMIP benefits are made only after a thorough investigation and discussion, but without any direct input or consent on the part of the plaintiff or his management peers employed in the public service.

A report of the National Joint Council Standing Committee on Health Insurance Programs, dated September, 1982, made a number of recommendations for revisions to the GSMIP. The specific recommendation with respect to psychotherapy services reads as follows:

The Committee recommends that the referral requirements be relaxed to also permit referral by physicians, but that in order to retain a reasonable control on expenditures, a monetary limit be placed on the amount of benefits which may be considered eligible in respect of psychotherapy services. The specific annual monetary limit proposed is \$600, which compares favourably to other employer-sponsored extended health-care plans surveyed.

In March, 1983, the defendant caused a notice to be circularized among GSMIP members advising of the benefit changes, which were to become effective on April 1, 1983. As a result of this, the plaintiff consulted Dr. Vinograd regarding the advisability of engaging the services of a psychiatrist in view of the eligible expense limitation on psychologists' services. Based on the latter's advice, he decided that it would be harmful to effect any change in the psychotherapy regimen at that juncture.

The Issues

The crux of the plaintiff's case, as it seems to me, rests on the proposition that the GSMIP benefit with respect to psychologists' services in effect prior to April 1, 1983 was an implied contractual term of his employment relationship with the defendant which could not be altered to his detriment, save by consent or after having been afforded an opportunity to make representations. The case is also made that it was a further implied term of the employment relationship that there would be no alteration of GSMIP benefit to the prejudice of those subscribers who had commenced treatment in reliance on existing benefits without at least giving notice and affording them an opportunity to make representations.

que. Les recommandations que formule le Conseil national mixte au sujet des prestations du RACCM sont toujours précédées de longues discussions et d'un examen approfondi, mais le demandeur ou ses collègues de la catégorie de la gestion ne sont pas invités à faire valoir leur point de vue ou à donner leur consentement.

Dans un rapport déposé en septembre 1982, le Comité permanent des programmes d'assurance-maladie du Conseil national mixte a fait plusieurs recommandations visant la modification du RACCM. La recommandation qui portait sur les services de psychothérapie était la suivante:

[TRADUCTION] Le Comité recommande d'assouplir les dispositions du régime pour permettre aux médecins d'envoyer un patient chez un psychologue, mais de plafonner le montant des prestations qui peuvent être versées pour des frais jugés admissibles relativement à des services de psychothérapie, afin d'exercer un contrôle raisonnable sur ces dépenses. Le plafond proposé est de 600 \$ par an, ce qui est comparable à d'autres régimes d'assurance-maladie complémentaires parrainés par un employeur que le Comité a étudiés.

En mars 1983, la défenderesse a fait distribuer aux adhérents au RACCM un avis les informant que les modifications en question entreraient en vigueur le 1^{er} avril 1983. Le demandeur a alors demandé au Dr Vinograd s'il ne devrait pas plutôt retenir les services d'un psychiatre vu la limitation des frais admissibles pour des services de psychologues. S'appuyant sur les conseils de ce dernier, il a conclu que toute modification apportée au traitement de psychothérapie serait alors préjudiciable.

g Questions en litige

L'action du demandeur repose essentiellement, me semble-t-il, sur l'argument voulant que les prestations versées par le RACCM pour les services de psychologues avant le 1^{er} avril 1983 étaient une condition implicite de sa relation de travail avec la défenderesse, et qu'on ne pouvait les modifier à son détriment sans avoir obtenu son consentement ou lui avoir donné l'occasion de faire valoir son point de vue. Le demandeur prétend aussi qu'il découlait implicitement de cette relation de travail qu'il n'y aurait aucune modification des prestations qui pourrait être préjudiciable aux adhérents ayant entrepris un traitement en se fondant sur les prestations existantes sans qu'ils en aient été avisés ou qu'on leur ait donné l'occasion de faire valoir leur point de vue.

Relevant Statutory Provisions

The statutory provisions particularly relevant to the disposition of the case are section 24 of the *Public Service Employment Act* and paragraph 5(1)(e) of the *Financial Administration Act* which, for convenience of reference, are reproduced hereunder:

Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32:

24. The tenure of office of an employee is during the pleasure of Her Majesty, subject to this and any other Act and the Regulations thereunder and, unless some other period of employment is specified, for an indeterminate period.

Financial Administration Act, R.S.C. 1970, c. F-10:

5. (1) The Treasury Board may act for the Queen's Privy Council for Canada on all matters relating to

(e) personnel management in the public service, including the determination of terms and conditions of employment of persons employed therein; . . .

The Respective Arguments

Counsel for the plaintiff submits that his client, as a senior management employee of the Crown, had an absolute right by virtue of the employment relationship to the fringe benefit afforded by GSMIP in respect of psychologists' services as matters stood before the changes of April, 1983. He contends that the plaintiff was not represented by either the employer's side or the union's side during the deliberations of the National Joint Council Standing Committee which led to these changes, and that the plaintiff was entirely excluded from the decision-making process. Plaintiff's counsel makes the further point that the abolition of the *Petition of Right Act* [R.S.C. 1970, c. P-12 (rep. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 64)] resulted in the removal of any limitation on the right of every person to sue the Crown in contract. It follows, in his submission, that the plaintiff, like every other citizen of Canada, may sue the Crown in contract.

Having thus laid the groundwork, plaintiff's counsel then points to the existing employment relationship between the plaintiff and the defendant and what he says are terms and conditions engrafted thereon. He submits that paragraph 5(1)(e) of the *Financial Administration Act* con-

Dispositions législatives applicables

Les dispositions législatives qui s'appliquent en l'espèce sont l'article 24 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et l'alinéa 5(1)e) de la *Loi sur l'administration financière*. Elles sont reproduites ci-dessous par souci de commodité:

Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32:

24. Un employé occupe sa charge durant le bon plaisir de Sa Majesté sous réserve de la présente loi et de toute autre loi ainsi que des règlements établis sous leur régime et, à moins qu'une autre période ne soit spécifiée, pendant une période indéterminée.

Loi sur l'administration financière, S.R.C. 1970, chap F-10:

5. (1) Le conseil du Trésor peut agir au nom du Conseil privé de la Reine pour le Canada relativement à toute question concernant

e) la direction du personnel de la fonction publique, notamment la fixation des conditions d'emploi des personnes qui y sont employées; . . .

Arguments des parties

Le procureur du demandeur fait valoir que son client, en sa qualité de haut fonctionnaire de l'État, a le droit absolu de bénéficiaire, du fait de sa relation de travail, des prestations qui étaient en vigueur avant le mois d'avril 1983 pour les services de psychologues. Il prétend que ni la partie patronale ni la partie syndicale n'ont représenté le demandeur durant les délibérations du Comité permanent du Conseil national mixte qui ont abouti à ces modifications, et que le demandeur a été complètement tenu à l'écart du processus décisionnel. Le procureur du demandeur fait également valoir que depuis l'abrogation de la *Loi sur les pétitions de droit* [S.R.C., 1970, chap. P-12 (abrogé par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 64)], le droit d'intenter une poursuite en matière contractuelle contre la Couronne n'est plus frappé d'aucune restriction. Par conséquent, ajoute-t-il, le demandeur peut, à l'instar de tout autre citoyen canadien, intenter une poursuite en matière contractuelle contre la Couronne.

Après ce bref exposé de la situation, le procureur du demandeur fait état de la relation de travail qui existe entre le demandeur et la défenderesse et de ce qu'il considère comme les conditions qui s'y greffent. Il prétend que l'alinéa 5(1)e) de la *Loi sur l'administration financière* confère au

fers on the Treasury Board the statutory power to determine the terms and conditions of employment of persons employed in the public service. It follows, in his submission, that GSMIP is one of the terms and conditions of the employment relationship between the plaintiff and the defendant, and that it is one that exists as a right. This major premise provides the contractual underpinning for the present lawsuit. Essentially, the position is that once the Treasury Board has determined the terms and conditions of employment of a particular category of employee and a person accepts public service employment in reliance thereon, then from that time henceforth those terms and conditions cannot be changed without negotiating any proposed changes with the employee in question. If the Treasury Board chooses to make changes that may breach the established contractual relationship then they must be prepared to suffer the consequences thereof.

He distinguishes the present case from the scenario of an action for wrongful dismissal, conceding that section 24 of the *Public Service Employment Act* precludes any cause of action against the Crown sounding in the wrongful dismissal of a public servant. However, he says that this circumscription does not apply to the implied term arising out of the employment relationship with respect to the fringe benefit of GSMIP. In his submission, this is what created the obligation owed by the government to the plaintiff and the existence of a group insurance plan is irrelevant to the question whether the government has properly discharged that obligation.

Plaintiff's counsel concedes that his client has nothing to do with any amendments to the group insurance policy which the government has chosen as a means of underwriting its obligations to its employees; the right to change that policy rests exclusively with the insurer and the policyholder as provided by clause 17(2) in the general provisions of the group insurance policy relating to the contract. Nonetheless, he contends that it is the employer and not the insurance company who owes the obligation to provide the fringe benefit of GSMIP to the plaintiff or be accountable in damages for its failure to discharge that obligation. In support of this, plaintiff's counsel cites the case of

Conseil du Trésor le pouvoir de fixer les conditions d'emploi des personnes qui travaillent dans la fonction publique. Il s'ensuit, ajoute-t-il, que le RACCM est l'une des conditions de la relation de travail entre le demandeur et la défenderesse, et ce, en tant que droit. Cette importante prémisse constitue l'assise contractuelle de la présente poursuite. En gros, le procureur du demandeur soutient qu'une fois que le Conseil du Trésor a établi les conditions d'emploi d'une catégorie particulière d'employés et qu'une personne a accepté un poste dans la fonction publique en se fondant sur ces conditions, les modifications qui peuvent y être apportées subséquentement doivent d'abord faire l'objet de négociations avec l'employé concerné. Si le Conseil du Trésor décide d'apporter des changements qui peuvent constituer un manquement à la relation contractuelle existante, il doit être prêt à en subir les conséquences.

L'avocat en question fait la distinction entre le cas en l'espèce et l'éventualité d'une poursuite pour congédiement injustifié, mais concède que l'article 24 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne permet pas de fonder une poursuite contre la Couronne sur le congédiement injustifié d'un fonctionnaire. Il déclare toutefois que cette restriction ne s'applique pas à la condition implicite qui résulte de la relation de travail lorsqu'il s'agit des prestations versées par le RACCM. À son avis, c'est de là que découle l'obligation du gouvernement envers le demandeur, et il n'y a pas lieu de tenir compte de l'existence d'un régime d'assurance collective pour déterminer si le gouvernement s'est correctement acquitté de cette obligation.

Le procureur du demandeur admet que son client n'a rien à voir avec les modifications de la police d'assurance collective à laquelle le gouvernement a choisi de souscrire au profit de ses employés; le droit de modifier cette police appartient exclusivement à l'assureur et au titulaire de la police, comme le prévoit la clause 17(2) des dispositions générales de la police d'assurance collective relative au contrat. Quoi qu'il en soit, il prétend que ce n'est pas à la compagnie d'assurance, mais à l'employeur qu'il incombe de fournir les prestations en question au demandeur, à défaut de quoi il est passible de dommages-intérêts. À ce propos, il s'appuie sur l'arrêt *Brown v. Waterloo*

Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police (1982), 37 O.R. (2d) 277 (H.C.). Although the *Brown* case is one relating to damages for breach of a contract of employment of a police chief, plaintiff's counsel contends that it is authority for the proposition that an obligation with respect to the payment of fringe benefits, in the absence of a disclaimer to the contrary, rests ultimately with the employer rather than the insurance company.

Counsel for the plaintiff also relies on the doctrine of promissory estoppel as advancing his client's cause of action, citing *Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 593 (Div. Ct.). He submits that this case stands for the proposition that where there is a legal relationship and a representation as a result of which a person changes his position to his detriment then the doctrine of promissory estoppel applies. I had some doubts initially whether he ought to have been heard on this point because of the well-established rule that a party relying on estoppel must expressly plead it. However, paragraph 5 of the plaintiff's statement of claim can be seen as raising the scintilla of a plea of promissory estoppel by the allegation of what the plaintiff and his daughter did in the way of commencing psychotherapy in reliance upon the GSMIP benefits. Moreover, defendant's counsel took no objection as to any insufficiency of pleading in this regard and indeed argued the point of estoppel.

Plaintiff's counsel argues that a legal relationship existed by virtue of the employment relationship between the plaintiff and the defendant; that the GSMIP booklet constituted a representation as to the existence of the particular psychotherapy benefit; and that, notwithstanding the notification of change in the GSMIP he received in March of 1983, the plaintiff clearly relied on that representation to his detriment. Counsel for the plaintiff puts his case as follows:

As a result of that representation, he entered into a long-term course of therapy with a psychologist on the understanding it would be paid. And in midstream, in the middle of the course of psychotherapy, the representation, as a result of the change made by the government, was no longer true.

Regional Board of Commissioners of Police (1982), 37 O.R. (2d) 277 (H.C.). Bien que l'arrêt *Brown* porte sur la réclamation de dommages-intérêts à la suite de l'inexécution du contrat d'emploi d'un chef de police, le procureur du demandeur soutient qu'il sert de fondement à l'argument voulant qu'il incombe, en définitive, à l'employeur plutôt qu'à la compagnie d'assurance de verser les prestations en question, en l'absence de toute dénegation de responsabilité.

Le procureur du demandeur fait aussi reposer le droit de son client sur la doctrine de la fin de non-recevoir fondée sur une promesse («*promissory estoppel*»), et cite à cet égard l'arrêt *Re Tudale Explorations Ltd. and Bruce et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 593 (C. div.). Selon lui, cet arrêt appuie la prétention selon laquelle la doctrine de la fin de non-recevoir fondée sur une promesse s'applique dès qu'il existe un lien juridique et une déclaration en raison de laquelle une personne modifie sa position à son détriment. J'ai d'abord eu des doutes sur l'opportunité d'entendre le procureur sur ce point, car il y a une règle bien établie selon laquelle celui qui invoque la fin de non-recevoir doit l'alléguer expressément. On peut toutefois considérer que cette allégation est sous-entendue à l'alinéa 5 de la déclaration du demandeur puisque celui-ci et sa fille ont commencé un traitement psychothérapeutique parce qu'ils savaient qu'ils pourraient bénéficier des prestations du RACCM. D'autre part, le procureur de la défenderesse n'a soulevé aucune objection au sujet de l'insuffisance de cette allégation et il a même invoqué la question de la fin de non-recevoir.

Le procureur du demandeur fait valoir qu'il y a un lien juridique à cause de l'existence de la relation de travail entre le demandeur et la défenderesse, que la brochure décrivant le RACCM constitue une déclaration attestant que des prestations sont versées pour des services de psychothérapie, et que nonobstant l'avis qu'il a reçu en mars 1983 au sujet de la modification du RACCM, le demandeur s'est clairement fondé sur cette déclaration à son détriment. Le procureur du demandeur soumet l'argument suivant:

[TRADUCTION] À cause de cette déclaration, il a entrepris une thérapie à long terme avec un psychologue en pensant que les frais engagés lui seraient remboursés. Et en cours de route, au milieu de la psychothérapie, cette déclaration a cessé d'être vraie, à la suite de la modification apportée par le gouvernement.

And accordingly, it's my submission that the doctrine or the elements of the doctrine are satisfied, and that the cause of action can be founded upon the notion of promissory estoppel.

As to the traditional view that promissory estoppel can only be used as a shield and not as a sword, plaintiff's counsel argues that the statement of Grange J. in the *Tudale* case represents the culmination of judicial thinking in rejecting the notion that promissory estoppel was unavailable to the plaintiff "because of its being used as a sword and not a shield".

Finally, plaintiff's counsel touches briefly on the question of mitigation, pointing out that there is an obligation on the person damaged by a breach of contract to take reasonable steps to mitigate the loss.

If I apprehend the matter correctly, the upshot of the plaintiff's case is simply that paragraph 5(1)(e) of the *Financial Administration Act* gives the Treasury Board power to determine the terms and conditions of employment of persons employed in the public service, but, once having done so, the particular employment becomes transposed from a statutory employment into a contractual one. In other words, the words "terms and conditions of employment" in paragraph 5(1)(e) of the Act import an implied contractual term of employment.

Needless to say, counsel for the defendant rejects this ingenious proposition out of hand as having no basis in law. He relies heavily on the aforementioned statutory provisions and cites a number of authorities upholding the position that the rights of redress of a public servant are limited to the specific remedies prescribed by the statutes governing his employment status.

Defendant's counsel also rejects the plaintiff's argument that the changes wrought by the Treasury Board with respect to GSMIP benefits required prior consultation and consent. He also takes exception to the submission that the existence of the group insurance plan is irrelevant. He submits

Par conséquent, je prétends que cette doctrine ou les conditions d'existence de cette doctrine sont remplies et que l'action du demandeur peut s'appuyer sur la notion de fin de non-recevoir fondée sur une promesse.

a Quant au point de vue traditionnel voulant que la fin de non-recevoir fondée sur une promesse puisse servir de moyen de défense seulement, et non de moyen d'attaque, le procureur du demandeur soumet que les remarques du juge Grange dans b l'arrêt *Tudale* représentent le point culminant de la pensée judiciaire pour ce qui est de réfuter l'affirmation voulant que le demandeur ne puisse invoquer cette doctrine [TRADUCTION] «parce qu'il s'en sert non pas comme moyen de défense, c mais comme moyen d'attaque».

En dernier lieu, le procureur du demandeur parle brièvement de la question de la limitation du préjudice, et fait remarquer que la personne victime de l'inexécution d'une obligation contractuelle doit prendre des mesures raisonnables pour limiter sa perte.

Si je saisis bien la situation, le demandeur prétend en fin de compte que l'alinéa 5(1)e) de la *Loi sur l'administration financière* confère au Conseil du Trésor le pouvoir de fixer les conditions d'emploi des personnes qui travaillent dans la fonction publique mais que cela fait, chaque emploi cesse d'être régi par des dispositions législatives et prend un caractère contractuel. En d'autres termes, les mots «conditions d'emploi» qui figurent à l'alinéa 5(1)e) de la Loi désignent des conditions d'emploi implicites de nature contractuelle.

Il va sans dire que le procureur de la défenderesse rejette catégoriquement cette prétention astucieuse parce qu'elle n'a aucun fondement en droit. Il invoque avec force les dispositions législatives précitées et cite plusieurs arrêts dans lesquels on a confirmé que les droits d'un fonctionnaire à un redressement se limitent aux remèdes spécifiquement prévus dans les lois qui régissent son statut.

Le procureur de la défenderesse rejette aussi l'argument du demandeur selon lequel les modifications que le Conseil du Trésor a apportées au RACCM devaient d'abord faire l'objet d'une consultation et être approuvées par les intéressés. Il conteste également l'argument selon lequel l'exis-

that the plaintiff's reliance on *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police, supra*, is unwarranted because in the *Brown* case the court held there was an illegal breach of a contract of employment and proceeded to assess the damages consequent thereon. I agree with counsel's submission that *Brown* is readily distinguishable on that basis from the present case.

With respect to the plaintiff's promissory estoppel submission, counsel for the defendant voices no disagreement with the rationale that the doctrine can be used as a sword as well as a shield, but he rejects its application to the case at bar. In support of this, he points to the following statement from the judgment of Grange J. in *Re Tudale, supra*, at page 596:

The essential features are an unambiguous representation which was intended to be acted upon and indeed was acted upon.

In order for this to apply in the present case, he argues that there would have to be something enshrined and written in stone either in the GSMIP itself or in some contract of employment to the effect that the psychological benefit would not be changed to the plaintiff's detriment. Instead, he submits the situation is the exact converse; the Treasury Board can change the terms and conditions of employment and the parties to the group insurance policy can make changes thereto without the consent of the persons insured thereunder.

The main thrust of the defence is that there never was any contract of employment between the plaintiff and the defendant with the result that his rights and remedies, if any, are only those he has by statute. Defendant's counsel urges strongly that the plaintiff does not have the right to bring this action in contract. Alternatively, he argues that the plaintiff, as third party beneficiary under the group insurance policy, only has the rights given to him under the policy.

tence du régime d'assurance collective n'est pas pertinente. Selon lui, le demandeur n'a pas raison d'invoquer l'arrêt *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police*, précité, parce que le tribunal a conclu dans cet arrêt qu'il s'agissait de l'inexécution illégale d'un contrat d'emploi et a ensuite évalué les dommages subis par la victime. Tout comme le procureur de la défenderesse, je suis d'avis qu'il y a une nette distinction sur ce point entre l'arrêt *Brown* et la présente affaire.

En ce qui concerne la prétention du demandeur au sujet de la fin de non-recevoir fondée sur une promesse, le procureur de la défenderesse ne conteste pas la justesse du raisonnement selon lequel cette doctrine peut servir à la fois comme moyen d'attaque et comme moyen de défense, mais il en rejette l'application dans le cas en litige. Il rappelle à ce propos les paroles suivantes du juge Grange dans l'arrêt *Re Tudale*, précité, à la page 596:

[TRADUCTION] Les caractéristiques essentielles [de cette doctrine] sont une déclaration non équivoque à laquelle on envisageait de donner suite et à laquelle on a effectivement donné suite.

Selon lui, pour que cette doctrine s'applique en l'espèce, il aurait fallu qu'il soit écrit dans le RACCM ou dans un quelconque contrat d'emploi que les prestations versées pour des services de psychologues ne seraient pas modifiées au détriment du demandeur. Il fait plutôt valoir que c'est l'inverse qui se produit: le Conseil du Trésor peut modifier les conditions d'emploi et les parties à la police d'assurance collective peuvent y apporter des modifications sans obtenir le consentement des adhérents.

Le principal argument de la défense est qu'il n'y a jamais eu de contrat d'emploi entre le demandeur et la défenderesse, de sorte que les droits et les remèdes que le demandeur peut avoir se limitent à ceux que lui donne la loi. Le procureur de la défenderesse soumet avec force que le demandeur n'a pas le droit d'intenter la présente action en matière contractuelle. Par ailleurs, ajoute-t-il, le demandeur, qui est un tiers bénéficiaire de la police d'assurance collective, ne jouit que des droits que lui confère cette police.

The Law and Its Application

The law relating to the employment status of a public servant such as the plaintiff is governed primarily by the statutory provisions contained in the *Public Service Employment Act* and the *Financial Administration Act* and any regulations enacted thereunder. In particular, section 24 of the *Public Service Employment Act* codifies the common law rule that the tenure of office of such an employee "is during the pleasure of Her Majesty", subject only to such protection and redress as are formally and expressly granted by that Act or any other statutory enactment pertaining to public service employment: see *Phillips v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 756 (T.D.); *deMercado v. The Queen*, T-2588-83, Cattanach J., judgment dated 19/3/84, F.C.T.D., not reported; *Evans v. Canada (Government of)* (1986), 4 F.T.R. 247 (F.C.T.D.); *Evans v. The Queen*, T-1414-86, Dubé J., order dated 13/4/87, F.C.T.D., not reported; affd [(1989), 93 N.R. 252 (F.C.A.)]; and *Malone v. Ontario* (1983), 3 C.C.E.L. 61 (Ont. H.C.).

Mr. Justice Dubé gave an excellent exposition of the principle in *Phillips v. The Queen*, *supra*, at page 758:

At common law, all public servants held their appointments at the pleasure of the Crown, and all, in general, were subject to dismissal at any time without cause assigned and without any right of action (*Vide* 7 Halsbury's *Laws of England* (3rd ed.) 340, paragraph 732). So their right of redress, if any, is conferred by statute and in accordance with the provisions of that statute. A privilege of any kind created by statute must be enforced in the way that statute provides (*Vide* *Union Bank of Canada v. Boulter Waugh Ltd.* (1919) 58 S.C.R. 385).

Section 24 of the *Public Service Employment Act* defines the tenure of office of an employee as follows:

24. The tenure of office of an employee is during the pleasure of Her Majesty, subject to this and any other Act and the regulations thereunder and, unless some other period of employment is specified, for an indeterminate period.

When a statute prescribes a specific remedy, the general rule is that no remedy can be taken but that particular remedy prescribed by the statute.

In my opinion, the statutes and case law above referred all go to refute the plaintiff's assertion that the GSMIP benefit relating to psychologists' services as it stood prior to the plan amendments

Le droit et son application

Le droit relatif au statut d'un fonctionnaire comme le demandeur est principalement régi par les dispositions qui figurent dans la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et dans la *Loi sur l'administration financière*, ainsi que dans les règlements adoptés sous le régime de ces lois. En particulier, l'article 24 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* codifie la règle de *common law* selon laquelle un employé occupe sa charge «durant le bon plaisir de Sa Majesté», sous réserve des mesures de protection et de réparation expressément prévues dans cette loi et de toute autre disposition législative relative à l'emploi dans la fonction publique: voir *Phillips c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 756 (1^{re} inst.); *deMercado c. La Reine*, T-2588-83, juge Cattanach, jugement en date du 19-3-84, C.F. 1^{re} inst., non publié; *Evans c. Canada* (1986), 4 F.T.R. 247 (C.F. 1^{re} inst.); *Evans c. La Reine*, T-1414-86, juge Dubé, ordonnance en date du 13-4-87, C.F. 1^{re} inst., non publié; confirmé par (1989), 93 N.R. 252 (C.A.F.); et *Malone v. Ontario* (1983), 3 C.C.E.L. 61 (H.C. Ont.).

M. le juge Dubé a fort bien exposé ce principe dans l'arrêt *Phillips c. La Reine*, précité, à la page 758:

En *common law*, les nominations de tous les fonctionnaires étaient soumises au pouvoir discrétionnaire de la Couronne et, en général, ils pouvaient être congédiés à tout moment sans motif et sans recours (Voir 7 Halsbury's *Laws of England* (3^e édition) 340, paragraphe 732). Ainsi leur droit à un redressement, le cas échéant, est conféré par la loi et doit être exercé conformément aux dispositions de cette loi. Tous les privilèges créés par la Loi doivent être appliqués comme le prévoit cette loi (Voir *Union Bank of Canada c. Boulter Waugh Ltd.* (1919) 58 R.C.S. 385).

L'article 24 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* définit de la façon suivante la charge occupée par l'employé:

24. Un employé occupe sa charge durant le bon plaisir de Sa Majesté sous réserve de la présente loi et de toute autre loi ainsi que des règlements établis sous leur régime et, à moins qu'une autre période ne soit spécifiée, pendant une période indéterminée.

Lorsqu'une loi prévoit un recours particulier, la seule voie de recours ouverte est, en règle générale, celle que la loi prévoit.

À mon avis, toutes les lois et décisions précitées viennent réfuter l'affirmation du demandeur voulant que les prestations versées par le RACCM relativement aux services de psychologues, telles

of April 1, 1983 constituted an enforceable contractual obligation on the part of the defendant.

Plaintiff's counsel submitted during the course of argument that where an employer provides a fringe benefit to an employee it becomes an obligation of the employer under the contract of employment and the manner of discharging it by way of insurance is irrelevant. He cites in support of this proposition a statement from Christie, I. *Employment Law in Canada*, Toronto: Butterworths, 1980 at pages 231-232. With respect, I am of the view that the particular passage from *Employment Law in Canada* does not go nearly as far as plaintiff's counsel would have it go. If anything, it seems to me that it indicates just the converse. The learned author was careful to point out that employers providing fringe benefit plans usually circularize explanatory pamphlets among the employees carrying a statement "that it is of no contractual effect and such a statement would appear to effectively negative any presumed intention to create legal relations". Professor Christie also made it abundantly clear that the law relating to public employees was beyond the scope of his text.

The opening paragraphs of the March 1983 notice to the GSMIP members read as follows:

The purpose of this Notice is to advise all members of the GSMIP (Group Surgical-Medical Insurance Plan) of changes to certain of the GSMIP benefits, which will be effective on April 1, 1983. The GSMIP is underwritten by the Mutual Life Assurance Company of Canada.

A new GSMIP employee information booklet is being produced, which will describe the coverage provided under the Plan. However, the booklet is not expected to be available to Departments for distribution to members of the Plan for several months. Therefore, since the changes to the benefits described in this Notice will become effective for all eligible expenses incurred on or after April 1, 1983, this advance notification and description of the benefit changes is being provided to ensure that all members of the GSMIP are made aware of the changes prior to the date they become effective.

These benefit changes result from a review of the GSMIP by management and union representatives in the National Joint Council of the Public Service of Canada, to determine where changes to the GSMIP benefits might be warranted, in order to make the Plan more meaningful to the entire membership by permitting a more equitable and balanced access to the benefits. As a result of this review, the Council recommended, and the Treasury Board of Canada approved, a number of changes and additions to the existing benefits. . . . [My emphasis.]

qu'elles existaient avant les modifications du 1^{er} avril 1983, constituaient une obligation contractuelle que la défenderesse se devait de respecter.

Le procureur du demandeur a prétendu durant sa plaidoirie que lorsque l'employeur accorde des prestations quelconques à un employé, celles-ci deviennent une obligation pour lui en vertu du contrat d'emploi, et que le fait de les verser dans le cadre d'un régime d'assurance n'est pas pertinent. Il cite à l'appui de cette prétention un extrait de Christie, I. *Employment Law in Canada*, Toronto: Butterworths, 1980, aux pages 231 et 232. À mon sens, cet extrait n'a pas tout à fait le sens que le procureur du demandeur voudrait lui donner. En fait, il me semble qu'on y dit plutôt le contraire. L'auteur prend soin de préciser que les employeurs qui accordent de telles prestations distribuent généralement à leurs employés des brochures explicatives dans lesquelles il est mentionné [TRADUCTION] «que celles-ci n'ont aucune valeur contractuelle et que cette mention semblerait nier effectivement toute intention présumée de créer des relations juridiques». Le professeur Christie dit aussi très clairement que le droit relatif aux fonctionnaires déborde le cadre de son ouvrage.

Les premiers paragraphes de l'avis que les adhérents au régime ont reçu en mars 1983 sont ainsi libellés:

[TRADUCTION] Le présent avis a pour but d'informer tous les adhérents au RACCM (régime d'assurance collective chirurgicale et médicale) des modifications apportées à certaines dispositions du régime, qui entreront en vigueur le 1^{er} avril 1983. L'assureur du régime est La Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance sur la vie.

Une nouvelle brochure à l'intention des employés qui souscrivent au régime est en cours de préparation et décrira la garantie qui est offerte dans le cadre du régime. Toutefois, cette brochure ne pourra pas être envoyée aux ministères, pour fins de distribution aux adhérents, avant plusieurs mois. Par conséquent, comme les modifications décrites dans le présent avis deviendront exécutoires pour toutes les dépenses admissibles qui auront été engagées à compter du 1^{er} avril 1983, cette notification et cette description anticipées des modifications visent à informer tous les adhérents au régime des modifications avant qu'elles n'entrent en vigueur.

Ces modifications résultent de l'examen du RACCM que les représentants patronaux et syndicaux du Conseil national mixte de la fonction publique du Canada ont effectué pour déterminer quels changements il conviendrait d'apporter pour que le régime réponde mieux aux besoins de tous les adhérents en leur assurant un accès plus équitable et plus équilibré aux prestations. À l'issue de cet examen, le Conseil a recommandé au Conseil du Trésor du Canada certaines modifications et certains ajouts, que celui-ci a approuvés. . . . [C'est moi qui souligne.]

The GSMIP information booklet referred to in the above notice was eventually distributed to the participants in the plan. The one proffered by plaintiff's counsel at the trial, and marked Exhibit P-1, is dated August 1984. The foreword to this booklet describing the benefits available to participants in the GSMIP reads in part as follows:

As a participant in the GSMIP you are encouraged to read the contents of this booklet carefully. However, you should keep in mind that periodic changes are made to the plan, including changes to the benefits and to the monthly premium rates. . . .

This booklet is intended for information purposes only, and describes the provisions of the plan in general terms. The complete terms and conditions of the plan are set out in a contract of insurance entered into between the Government of Canada and the principal underwriter of the plan, the Mutual Life Assurance Company of Canada, herein referred to as the Insurer.

IN CASE OF CONFLICT BETWEEN THIS BOOKLET AND THE INSURANCE CONTRACT, THE TERMS OF THE CONTRACT SHALL PREVAIL. [My emphasis.]

The contractual authorization for changes to the GSMIP and the insured benefits is contained in clause 17(2) of the master policy between Mutual Life and the defendant, which reads as follows:

17. (2) This policy may be amended, or terminated as herein provided, at any time without the consent of the persons insured under it, but any amendment or termination shall be without prejudice to any claim for an expense incurred prior to the date of the amendment or termination.

Incidentally, this particular wording was changed slightly in subsequent reissued policies, but without changing the essential substance thereof.

As to group insurance policy changes, the following statement from Baer and Rendall, *Cases on the Canadian Law of Insurance*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1988 at page 48 is quite instructive:

An increasing portion of personal insurance (life, health and accident insurance) is in the form of group insurance, which is designed to insure classes of persons rather than specific individuals. The lives insured are not named or otherwise identified as individuals. The controlling or "master" contract is between the insurer and the "sponsor" of the lives insured—usually their employer. The lives insured, as third party beneficiaries, have no rights except those given to them under the contract made by the "sponsor".

La brochure du RACCM dont il était question dans l'avis précité a finalement été distribuée aux adhérents au régime. L'exemplaire que le procureur du demandeur a produit lors de l'instruction (Pièce P-1) est daté du mois d'août 1984. Dans l'avant-propos de cette brochure, les prestations qui sont offertes aux adhérents au régime sont décrites en partie de la façon suivante:

Nous vous prions de lire attentivement tout en vous rappelant que les dispositions du régime, y compris les prestations et les primes mensuelles, font périodiquement l'objet de modifications . . .

Publiée uniquement à titre d'information, celle-ci [la brochure] ne décrit que les dispositions générales du régime. Les dispositions particulières détaillées sont décrites dans le contrat d'assurance passé entre le gouvernement du Canada et l'assureur principal, La Mutuelle du Canada, compagnie d'assurance sur la vie désignée ci-après par le nom d'assureur.

EN CAS DE CONTRADICTION ENTRE CETTE BROCHURE ET LE CONTRAT D'ASSURANCE, CE SONT LES DISPOSITIONS ÉNONCÉES DANS LE CONTRAT QUI PRÉVAUDRONT. [C'est moi qui souligne.]

C'est la clause 17(2) du contrat-cadre entre La Mutuelle et la défenderesse qui autorise la modification du régime et des prestations versées aux adhérents. Elle est ainsi libellée:

[TRADUCTION] 17. (2) La police peut être modifiée ou annulée en tout temps, selon les modalités qui y sont prévues, sans le consentement des personnes assurées, mais une modification ou annulation ne peut empêcher une demande de remboursement au titre des dépenses engagées avant la date à laquelle la modification ou l'annulation prend effet.

Soit dit en passant, ce libellé a été modifié légèrement dans les polices qui ont été établies par la suite, mais il est demeuré inchangé quant au fond.

En ce qui concerne la modification des polices d'assurance collective, l'extrait suivant de l'ouvrage de Baer et Rendall, *Cases on the Canadian Law of Insurance*, 4^e éd. Toronto: Carswell, 1988, qui figure à la page 48, est très instructif:

[TRADUCTION] Une proportion grandissante de l'assurance de personnes (assurance sur la vie, assurance-maladie et assurance-accidents) est souscrite sous forme d'assurance collective, ce qui vise à assurer des catégories de personnes plutôt que des personnes. Les personnes assurées ne sont pas identifiées par leur nom ni autrement. Le contrat-cadre est conclu entre l'assureur et le «parrain» des assurés, généralement l'employeur. Les assurés, qui sont des tiers bénéficiaires, n'ont aucun droit, à l'exception de ceux qui sont prévus dans le contrat conclu par le «parrain».

In *Hale v. American Home Assur. Co.*, 461 S.W. 2d 384 (1970), Creson J., *per curiam*, said, at page 386:

... it is well to note the nature and purpose of group insurance and the status of the parties thereto. The Courts are virtually unanimous in the view as to where the authority to select the type and the terms of the coverage lies. That is, that such authority rests wholly between the insurer and the employer as the primary insured to select its terms and alter same.

Applying these legal principles to the facts of the case, I find that the plaintiff must be taken to have become a participant in the GSMIP with full cognizance that the plan and the insured benefits could be changed from time to time without his consent. In my judgment, any other conclusion would be erroneous and contrary to the evidence.

For the same reasons, I consider that the argument based on promissory estoppel must also fail. Membership in the GSMIP is strictly voluntary. I can find no evidence of anything resembling an unambiguous representation as to the immutability of the GSMIP psychological benefit in the context of something "which was intended to be acted upon and indeed was acted upon" to the plaintiff's detriment. Clearly, it was always an express term of the group insurance policy underwriting the GSMIP that changes could be made to the policy "at any time without the consent of the persons insured under it". In my view, this encompasses as well the right to make changes to the GSMIP benefits insured thereunder. The evidence is also clear that the plaintiff received notice of the change of benefit about which he now complains. The plaintiff was fully aware of the GSMIP benefit change limiting the maximum eligible expenses for psychologists' services to \$600 per year when he made the decision to continue the psychotherapy regimen with Dr. Vinograd. He knew, and must be presumed to have weighed, the financial consequences of his decision. The choice was his alone and was not prompted by any inducement on the part of the defendant.

Conclusion

In my opinion, the evidence establishes conclusively that the employment relationship between

Dans l'arrêt *Hale v. American Home Assur. Co.*, 461 S.W. 2d 384 (1970), le juge Creson, qui a prononcé les motifs au nom de la Cour, a dit, à la page 386:

[TRADUCTION] ... il convient de prendre note de la nature et de l'objet de l'assurance collective et de la qualité des parties au contrat. Les tribunaux sont presque tous du même avis lorsqu'il s'agit de savoir qui détient le pouvoir de choisir le type de garantie et les conditions dont elle est assortie. Ce sont l'assureur et l'employeur, en tant que principal assuré, qui ont l'entière responsabilité d'en choisir les conditions et de les modifier.

Si j'applique ces principes juridiques aux faits en litige, je dois en déduire que le demandeur est devenu un adhérent au régime en sachant parfaitement que ce régime et les prestations qui s'y rattachent pouvaient être modifiés à l'occasion sans son consentement. À mon avis, il serait erroné et contraire à la preuve soumise de tirer une autre conclusion.

Pour les mêmes raisons, j'estime qu'il faut rejeter l'argument relatif à la fin de non-recevoir fondée sur une promesse. Chacun est libre de souscrire au RACCM. Il n'y a rien dans la preuve qui ressemble à une déclaration sans équivoque de l'immutabilité des prestations relatives aux services de psychologues [TRADUCTION] «à laquelle on envisageait de donner suite et à laquelle on a effectivement donné suite», au détriment du demandeur. De toute évidence, il a toujours été spécifiquement prévu dans la police d'assurance collective que le RACCM pouvait être modifié [TRADUCTION] «en tout temps sans le consentement des assurés». À mon avis, cela comprend aussi le droit de modifier les prestations de ce régime. La preuve révèle également que le demandeur a été avisé du changement dont il se plaint maintenant. Lorsqu'il a pris la décision de poursuivre le traitement de psychothérapie qu'il avait entrepris avec le Dr Vinograd, il savait très bien que le régime avait été modifié et que le plafond des dépenses admissibles au titre des services de psychologues avait été abaissé à 600 \$ par an. Il connaissait les conséquences financières de sa décision et on doit présumer qu'il en a tenu compte. Le choix qu'il a fait était le sien, et la défenderesse n'a aucunement influencé ce choix.

Conclusion

À mon avis, la preuve établit clairement que la relation de travail entre le demandeur et la défen-

the plaintiff and the defendant was not dependent on any contract of employment, but rather was governed by the provisions of the *Public Service Employment Act* and the *Financial Administration Act*. Specifically, I find on the evidence that there was no implied contractual term arising out of the subsisting employment relationship to the effect that there would be no reduction of GSMIP or other fringe benefits enjoyed by the plaintiff as an employee without his express consent. Nor can it be implied from such employment relationship that the plaintiff should have been afforded a reasonable opportunity to make representations to the National Joint Council about the changes to GSMIP benefits. Moreover, I am of the opinion that there was nothing arising out of this employment relationship that raised anything in the nature of a promissory estoppel operating in the plaintiff's favour with respect to the limitation on eligible expenses for psychologists' services.

For the foregoing reasons, the plaintiff's action is dismissed but with the costs reserved to the motion for judgment, as requested by counsel. Counsel for the defendant may submit a draft of an appropriate judgment implementing my decision and move for judgment accordingly under Rule 337(2)(b) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. The motion for judgment can be made in writing under Rule 324 unless counsel are insistent that the matter should be addressed orally in which case it will be necessary to fix a date, time and place for an oral hearing. As indicated, the matter of costs will be settled on the motion for judgment.

deresse ne dépendait pas d'un contrat d'emploi, mais était régie par les dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et de la *Loi sur l'administration financière*. Je note en particulier a que la preuve ne permet pas de conclure à l'existence d'une condition implicite découlant de la relation de travail, selon laquelle il ne devait y avoir aucune diminution des prestations versées au demandeur en tant qu'employé sans son consentement exprès. Il n'est également pas possible de b déduire de cette relation de travail qu'il aurait fallu donner au demandeur la possibilité de faire valoir son point de vue auprès du Conseil national mixte au sujet de la modification des prestations. c Qui plus est, je suis d'avis qu'il n'y a rien dans cette relation de travail qui permette de croire à l'existence d'une fin de non-recevoir fondée sur une promesse qui aurait été favorable au demandeur en ce qui concerne la limitation des dépenses d admissibles au titre des services de psychologues.

Pour les motifs précités, l'action du demandeur est rejetée, mais les dépens sont réservés jusqu'à la présentation d'une requête en jugement, comme e l'ont demandé les procureurs. Le procureur de la défenderesse peut préparer un projet de jugement approprié pour donner effet à ma décision et demander que ce jugement soit prononcé conformément à la Règle 337(2)(b) des *Règles de la Cour f fédérale* [C.R.C., chap. 663]. La requête peut être présentée par écrit selon la Règle 324, à moins que les procureurs n'insistent pour qu'elle soit soumise verbalement, auquel cas il sera nécessaire de fixer la date, le temps et le lieu de l'audience. Comme je g l'ai précisé, la question des dépens sera réglée au moment de l'audition de la requête en jugement.

A-390-88

A-390-88

Solvent Petroleum Extraction Inc., Organic Research Inc., Organic Research Limited Partnership, Becker Engineering Limited, Union Fars Equipment, Inc., Seona Wilder, Dara Wilder, Gerald Byerlay, C & C Auto Truck and Equipment Sales Inc., Diversified Machine Tool Inc., and Ronald Johnson (*Appellants*)

v.

Minister of National Revenue (*Respondent*)

INDEXED AS: SOLVENT PETROLEUM EXTRACTION INC. v. M.N.R. (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, Stone and Desjardins J.J.A.—Vancouver, May 9; Ottawa, June 29, 1989.

Income tax — Seizures — Business documents — S. 231.3 Income Tax Act — Validity of warrants — S. 231.3(3)(a),(b),(c) conditions met — Application of “plain view” doctrine.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Constitutional validity of s. 231.3 Income Tax Act in view of s. 8 of Charter of Rights — Search under warrants properly issued reasonable search.

Audits and reviews of the appellants' activities were conducted by the Minister who suspected a scheme to inflate scientific research expenditures. Warrants under section 231.3 of the *Income Tax Act* were issued to enter and search business premises. This was an appeal from the refusal of a Motions Judge to quash the search warrants.

Held, the appeal should be dismissed.

The issue was as to whether a search warrant meeting the requirements of subsection 231.3(3) authorized a reasonable search within the meaning of Charter section 8. The minimum standard requirements found in section 8, as set out in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, were met by subsection 231.3(3) and since the warrants meet the requirements of subsection 231.3(3) for proper issuance, the search is a reasonable search within the meaning of section 8 of the Charter. Furthermore, the seizure of documents not covered by warrants meets the test of reasonableness and therefore validity under the common law “plain view” doctrine under which an officer executing a legal warrant has power to seize anything he locates if he reasonably believes that it constitutes evidence of the commission of a crime.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being, Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act*

Solvent Petroleum Extraction Inc., Organic Research Inc., Organic Research Limited Partnership, Becker Engineering Limited, Union Fars Equipment, Inc., Seona Wilder, Dara Wilder, Gerald Byerlay, C & C Auto Truck and Equipment Sales Inc., Diversified Machine Tool Inc., et Ronald Johnson (*appelants*)

b c.

Ministre du Revenu national (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: SOLVENT PETROLEUM EXTRACTION INC. c. M.R.N. (C.A.)

c

Cour d'appel, juges Pratte, Stone et Desjardins, J.C.A.—Vancouver, 9 mai; Ottawa, 29 juin 1989.

Impôt sur le revenu — Saisies — Documents commerciaux — Art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu — Validité des mandats — Les conditions posées par les art. 231.3(3)(a),(b),(c) sont remplies — Application de la doctrine «plain view».

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Constitutionnalité de l'art. 231.3 de la Loi de l'impôt sur le revenu compte tenu de l'art. 8 de la Charte des droits — La fouille, la perquisition pratiquées en vertu de mandats régulièrement décernés constituent une fouille, une perquisition raisonnables.

Le ministre a procédé à des vérifications et à des examens concernant les activités des appelants, soupçonnant l'existence d'un plan visant à grossir les dépenses en recherche scientifique. Des mandats prévus à l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ont été décernés pour permettre de perquisitionner dans des locaux commerciaux. Il s'agit d'un appel interjeté du refus par un juge des requêtes d'annuler les mandats de perquisition.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté.

La question se pose de savoir si un mandat de perquisition qui remplit les exigences du paragraphe 231.3(3) autorise une fouille, une perquisition raisonnables au sens de l'article 8 de la Charte. Le paragraphe 231.3(3) a satisfait aux exigences ordinaires minimales figurant à l'article 8, telles qu'elles ont été énoncées dans l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*, et puisque les mandats remplissent les exigences du paragraphe 231.3(3) en vue d'un décernement approprié, la fouille, la perquisition constituent une fouille, une perquisition raisonnables au sens de l'article 8 de la Charte. De plus, la saisie de documents non mentionnés dans les mandats remplit le critère du caractère raisonnable et de la validité en vertu de la doctrine «plain view» de *common law*, laquelle permet à l'agent qui exécute un mandat légal de saisir toute chose qu'il repère et qu'il croit constituer des éléments de preuve de la perpétration d'un crime.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B,

1982, 1982, c. 11 (U.K.), s. 8.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 443.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 489.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 231(4),(5)
 (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121), 231.3 (as added
idem).
U.S. Constitution, Amendment IV.

Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.),
 art. 8.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 443.
Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 489.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63,
 art. 231(4),(5) (mod. par S.C. 1986, chap. 6, art. 121),
 231.3 (ajouté *idem*).
U.S. Constitution, Amendment IV.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hunter et al. v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; *Print
 Three Inc. et al. and The Queen, Re* (1985), 20 C.C.C.
 (3d) 392 (Ont. C.A.).

REFERRED TO:

Chic Fashions (West Wales) Ltd. v. Jones, [1968] 2 Q.B.
 299 (C.A.); *Ghani v. Jones*, [1970] 1 Q.B. 693 (C.A.);
Kohli v. Moase et al. (1987), 86 N.B.R. (2d); 219 A.P.R.
 15 (N.B.Q.B.); *Kourteissis and Hellenic Import Export
 Co. Ltd. v. M.N.R. et al.* (1988), 89 DTC 5214
 (B.C.S.C.); *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*,
 [1984] 2 F.C. 535 (C.A.); *R. v. Longtin* (1983), 5 C.C.C.
 (3d) 12 (Ont. C.A.); *Re Regina and Shea* (1982), 1
 C.C.C. (3d) 316 (Ont. H.C.); *Reynolds v. Comr. of
 Police of the Metropolis*, [1984] 3 All E.R. 649 (C.A.);
Texas v. Brown, 75 L.Ed. (2d) 502 (1983 U.S.S.C.);
Vespoli, D. et al. v. The Queen et al. (1984), 84 DTC
 6489 (F.C.A.).

COUNSEL:

Malcolm Maclean for appellants.
Paul William Halprin, Q.C. for respondent.

SOLICITORS:

Davis & Company, Vancouver, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for
 respondent.

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

DESJARDINS J.A.: The issue raised in this
 appeal concerns essentially the constitutional
 validity of section 231.3 of the *Income Tax Act*,
 R.S.C. 1952, c. 148, as added by S.C. 1986, c. 6, s.
 121 ("the Act") in view of section 8 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.), s. 8.] ("the
 Charter").

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145;
Print Three Inc. et al. and The Queen, Re (1985), 20
 C.C.C. (3d) 392 (C.A. Ont.).

DÉCISIONS CITÉES:

Chic Fashions (West Wales) Ltd. v. Jones, [1968] 2 Q.B.
 299 (C.A.); *Ghani v. Jones*, [1970] 1 Q.B. 693 (C.A.);
Kohli v. Moase et al. (1987), 86 N.B.R. (2d); 219 A.P.R.
 15 (C.B.R.N.-B.); *Kourteissis and Hellenic Import
 Export Co. Ltd. v. M.N.R. et al.* (1988), 89 DTC 5214
 (C.S.C.-B.); *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*,
 [1984] 2 C.F. 535 (C.A.); *R. v. Longtin* (1983), 5 C.C.C.
 (3d) 12 (C.A. Ont.); *Re Regina and Shea* (1982), 1
 C.C.C. (3d) 316 (H.C. Ont.); *Reynolds v. Comr. of
 Police of the Metropolis*, [1984] 3 All E.R. 649 (C.A.);
Texas v. Brown, 75 L.Ed. (2d) 502 (1983 U.S.S.C.);
Vespoli, D. et autres c. La Reine et autres (1984), 84
 DTC 6489 (C.A.F.).

AVOCATS:

Malcolm Maclean pour les appelants.
Paul William Halprin, c.r., pour l'intimé.

PROCUREURS:

Davis & Company, Vancouver, pour les
 appelants.
Le sous-procureur général du Canada pour
 l'intimé.

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

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: La question sou-
 levée dans le présent appel porte essentiellement
 sur la validité constitutionnelle de l'article 231.3
 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952,
 chap. 148, ajouté par S.C. 1986, chap. 6, art. 121
 («la Loi») compte tenu de l'article 8 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, chap.
 11 (R.-U), art. 8] («la Charte»).

During the fiscal years 1984, 1985 and 1986, the respondent conducted audits and reviews with respect to the activities of the appellants suspecting that a scheme to inflate scientific research expenditures had been carried on. For some time, the appellants provided voluntarily information and documents at the request of the respondent. Then, on April 30, 1987, an application was made by the respondent pursuant to section 231.3 of the *Income Tax Act* for warrants authorizing a special investigator of the Department of Revenue Canada together with officers of the Department of National Revenue to enter and search specific places where the appellants were carrying on their businesses. The warrants issued indicated the section of the *Income Tax Act* with regard to which the deponent had reasonable grounds to believe that an offence had been committed, the corporations and individuals concerned, the place to be searched and a list describing in general terms the books, records, documents or things pertaining to a specified period of time and belonging to the parties concerned.

The appellants applied on July 3, 1987 to have the warrants quashed but were unsuccessful. Hence the present appeal from the decision of the Motions Judge [*Solvent Petroleum Extraction Inc. v. Canada (M.N.R.)*, [1988] 3 F.C. 465.].

The appellants submit that the information in support of the warrants failed to contain material facts or misstated material facts such that the issuing justice was unable to make a judicial determination as to whether the warrants should have issued. They add that there were alternative sources for the information sought but that the applicant failed to take any reasonable steps to obtain the information from that alternative source and failed to advise the issuing judge of those facts. They submit that the warrants are too general and too vague in relation to the information before the issuing judge. Finally, they say that the authorizing legislation being section 231.3 of the *Income Tax Act* is *ultra vires* on the basis that it contravenes the Charter and cannot support the warrants herein. Their attack is directed both towards a seizure of things referred to in the warrant (subsection 231.3(3)) and a seizure of things not identified in the warrant which the

Au cours des années financières 1984, 1985 et 1986, l'intimé a procédé à des vérifications et à des examens concernant les activités des appelants, soupçonnant qu'un plan visant à grossir les dépenses en recherche scientifique avait été réalisé. Pendant quelque temps, les appelants ont volontairement fourni des renseignements et des documents à la requête de l'intimé. Puis, le 30 avril 1987, l'intimé s'est fondé sur l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour demander des mandats autorisant un enquêteur spécial du ministère du Revenu national accompagné de fonctionnaires du même ministère à perquisitionner dans des endroits précis où les appelants exploitaient leur entreprise. Figuraient sur les mandats décernés l'article de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'égard duquel le déposant avait des motifs raisonnables de croire qu'une infraction avait été commise, les sociétés et les personnes en cause, l'endroit devant faire l'objet d'une perquisition et une liste décrivant en termes généraux les livres, registres, documents ou choses se rapportant à une période précise et appartenant aux parties en cause.

Le 3 juillet 1987, les appelants ont sollicité l'annulation des mandats, mais ils n'ont pas eu gain de cause. D'où le présent appel interjeté de la décision du juge des requêtes [*Solvent Petroleum Extraction Inc. c. Canada (M.R.N.)*, [1988] 3 C.F. 465.].

Les appelants font valoir que les renseignements déposés à l'appui des mandats ne contenaient pas de faits essentiels ou représentaient de façon inexacte les faits essentiels, ce qui fait que le juge qui a décerné les mandats n'a pu déterminer judiciairement s'il y avait lieu de les décerner. Ils ajoutent qu'il existait d'autres sources pour obtenir les renseignements demandés, mais que le requérant n'a pas pris les mesures raisonnables pour en obtenir les renseignements et qu'il n'a pas avisé le juge qui a décerné les mandats de ces faits. Ils soutiennent que les mandats sont d'une portée trop générale et trop vague par rapport aux renseignements dont était saisi le juge qui les a décernés. En dernier lieu, ils prétendent que la disposition autorisant à les décerner qui est l'article 231.3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est *ultra vires* parce qu'elle va à l'encontre de la Charte et ne saurait servir de fondement aux mandats en l'espèce. Leur attaque vise à la fois une saisie de choses dont le

person executing the warrant "believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act" (subsection 231.3(5)).

Section 231.3 of the Act (added by S.C. 1986, c. 6, s. 121) reads thus:

231.3 (1) A judge may, on *ex parte* application by the Minister, issue a warrant in writing authorizing any person named therein to enter and search any building, receptacle or place for any document or thing that may afford evidence as to the commission of an offence under this Act and to seize and, as soon as practicable, bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

(2) An application under subsection (1) shall be supported by information on oath establishing the facts on which the application is based.

(3) A judge shall issue the warrant referred to in subsection (1) where he is satisfied that there are reasonable grounds to believe that

- (a) an offence under this Act has been committed;
- (b) a document or thing that may afford evidence of the commission of the offence is likely to be found; and

(c) the building, receptacle or place specified in the application is likely to contain such a document or thing.

(4) A warrant issued under subsection (1) shall refer to the offence for which it is issued, identify the building, receptacle or place to be searched and the person alleged to have committed the offence and it shall be reasonably specific as to any document or thing to be searched for and seized.

(5) Any person who executes a warrant under subsection (1) may seize, in addition to the document or thing referred to in subsection (1), any other document or thing that he believes on reasonable grounds affords evidence of the commission of an offence under this Act and shall as soon as practicable bring the document or thing before, or make a report in respect thereof to, the judge who issued the warrant or, where the judge is unable to act, another judge of the same court to be dealt with by the judge in accordance with this section.

(6) Subject to subsection (7), where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect thereof is made to a judge, the judge shall, unless the Minister waives retention, order that it be retained by the Minister, who shall take reasonable care to ensure that it is preserved until the conclusion of any investigation into the offence in relation to which the document or thing was seized or until it is required to be produced for the purposes of a criminal proceeding.

(7) Where any document or thing seized under subsection (1) or (5) is brought before a judge or a report in respect

mandat a fait état (paragraphe 231.3(3)) et une saisie de choses non mentionnées dans le mandat que la personne qui exécute le mandat «croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi» (paragraphe 231.3(5)).

L'article 231.3 de la Loi (ajouté par S.C. 1986, chap. 6, art. 121) est ainsi rédigé:

231.3 (1) Sur requête *ex parte* du ministre, un juge peut décerner un mandat écrit qui autorise toute personne qui y est nommée à pénétrer dans tout bâtiment, contenant ou endroit et y perquisitionner pour y chercher des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi, à saisir ces documents ou choses et, dès que matériellement possible, soit à les apporter au juge ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit à lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(2) La requête visée au paragraphe (1) doit être appuyée par une dénonciation sous serment qui expose les faits au soutien de la requête.

(3) Le juge saisi de la requête décerne le mandat mentionné au paragraphe (1) s'il est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire ce qui suit:

- a) une infraction prévue par la présente loi a été commise;
- b) il est vraisemblable de trouver des documents ou choses qui peuvent constituer des éléments de preuve de la perpétration de l'infraction;
- c) le bâtiment, contenant ou endroit précisé dans la requête contient vraisemblablement de tels documents ou choses.

(4) Un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) doit indiquer l'infraction pour laquelle il est décerné, dans quel bâtiment, contenant ou endroit perquisitionner ainsi que la personne accusée d'avoir commis l'infraction. Il doit donner suffisamment de précisions sur les documents ou choses à chercher et à saisir.

(5) Quiconque exécute un mandat décerné en vertu du paragraphe (1) peut saisir, outre les documents ou choses mentionnés à ce paragraphe, tous autres documents ou choses qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction à la présente loi. Il doit, dès que matériellement possible, soit apporter ces documents ou choses au juge qui a décerné le mandat ou, en cas d'incapacité de celui-ci, à un autre juge du même tribunal, soit lui en faire rapport, pour que le juge en dispose conformément au présent article.

(6) Sous réserve du paragraphe (7), lorsque des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés à un juge ou qu'il en est fait rapport à un juge, ce juge ordonne que le ministre les retienne sauf si celui-ci y renonce. Le ministre qui retient des documents ou choses doit en prendre raisonnablement soin pour s'assurer de leur conservation jusqu'à la fin de toute enquête sur l'infraction en rapport avec laquelle les documents ou choses ont été saisis ou jusqu'à ce que leur production soit exigée aux fins d'une procédure criminelle.

(7) Le juge à qui des documents ou choses saisis en vertu du paragraphe (1) ou (5) sont apportés ou à qui il en est fait

thereof is made to a judge, the judge may, of his own motion or on summary application by a person with an interest in the document or thing on three clear days notice of application to the Deputy Attorney General of Canada, order that the document or thing be returned to the person from whom it was seized or the person who is otherwise legally entitled thereto if the judge is satisfied that the document or thing

(a) will not be required for an investigation or a criminal proceeding; or

(b) was not seized in accordance with the warrant or this section.

(8) The person from whom any document or thing is seized pursuant to this section is entitled, at all reasonable times and subject to such reasonable conditions as may be imposed by the Minister, to inspect the document or thing and to obtain one copy of the document at the expense of the Minister.

Subsection 231.3(1) states that "A judge may". Subsection 231.3(3) states that "A judge shall". It would therefore appear from the language of subsection 231.3(3) that if the issuing judge comes to the conclusion that the conditions of paragraphs 231.3(3)(a), (b) and (c) are met, he need not nor is he permitted to consider whether there has been a previous substantive voluntary compliance by the taxpayer, whether further documents might be remitted voluntarily, or whether the applicant for the warrants has taken all reasonable steps to obtain the information from an alternative source before applying for the warrants. In brief, if the conditions are met, he must issue the warrant.

In view of this, the appellants' submissions can be reduced to the one issue as to whether a search warrant which meets the requirements of subsection 231.3(3) of the Act is a reasonable search within the meaning of section 8 of the Charter.

Section 231.3 of the Act came as an amendment resulting from court decisions holding that the predecessors of that section, namely subsections 231(4) and 231(5) [as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121] were in violation of section 8 of the Charter. Subsections 231(4) and 231(5), now amended, read thus:

231. ...

(4) Where the Minister has reasonable and probable grounds to believe that a violation of this Act or a regulation has been committed or is likely to be committed, he may, with the approval of a judge of a superior or county court, which

rapport peut, d'office ou sur requête sommaire d'une personne ayant un droit dans ces documents ou choses avec avis au sous-procureur général du Canada trois jours francs avant qu'il y soit procédé, ordonner que ces documents ou choses soient restitués à la personne à qui ils ont été saisis ou à la personne qui y a légalement droit par ailleurs, s'il est convaincu que ces documents ou choses:

a) soit ne seront pas nécessaires à une enquête ou à une procédure criminelle;

b) soit n'ont pas été saisis conformément au mandat ou au présent article.

(8) La personne à qui des documents ou choses sont saisis conformément au présent article a le droit, en tout temps raisonnable et aux conditions raisonnables que peut imposer le ministre, d'examiner ces documents ou choses et d'obtenir reproduction des documents aux frais du ministre en une seule copie.

Le paragraphe 231.3(1) dit que «un juge peut décerner». Le paragraphe 231.3(3) énonce que «Le juge saisi de la requête décerne». En conséquence, il ressort, semble-t-il, du texte du paragraphe 231.3(3) que si le juge qui décerne le mandat parvient à la conclusion que les conditions posées par les alinéas 231.3(3)a), b) et c) sont remplies, il n'a pas ni n'est autorisé à examiner si, auparavant, le contribuable s'est volontairement conformé à la demande de production de documents, si d'autres documents pourraient être remis volontairement, ou si le demandeur de mandats a pris toutes les mesures raisonnables pour obtenir les renseignements d'une autre source avant de solliciter les mandats. En bref, si les conditions sont remplies, il doit décerner le mandat.

Compte tenu de ce qui précède, l'argumentation des appelants peut se ramener à la seule question de savoir si un mandat de perquisition qui remplit les exigences du paragraphe 231.3(3) de la Loi constitue une fouille, une perquisition raisonnable au sens de l'article 8 de la Charte.

L'article 231.3 de la Loi a été adopté à titre de modification découlant de décisions judiciaires selon lesquelles les prédécesseurs de cet article, savoir les paragraphes 231(4) et 231(5) [mod. par S.C. 1986, chap. 6, art. 121], allaient à l'encontre de l'article 8 de la Charte. Les paragraphes 231(4) et 231(5), maintenant modifiés, étaient ainsi conçus:

231. ...

(4) Lorsque le Ministre a des motifs raisonnables pour croire qu'une infraction à cette loi ou à un règlement a été commise ou sera probablement commise, il peut, avec l'agrément du juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, agrément que le

approval the judge is hereby empowered to give on *ex parte* application, authorize in writing any officer of the Department of National Revenue, together with such members of the Royal Canadian Mounted Police or other peace officers as he calls on to assist him and such other persons as may be named therein, to enter and search, if necessary by force, any building, receptacle or place for documents, books, records, papers or things that may afford evidence as to the violation of any provision of this Act or a regulation and to seize and take away any such documents, books, records, papers or things and retain them until they are produced in any court proceedings.

(5) An application to a judge under subsection (4) shall be supported by evidence on oath establishing the facts upon which the application is based.

In *Minister of National Revenue v. Kruger Inc.*, [1984] 2 F.C. 535 (C.A.), at page 549 decided before the Supreme Court of Canada rendered its decision in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court held that subsection 231(4) contravened section 8 of the Charter in that it gave the minister, when he believed one particular offence has been committed, the power to authorize a general search and seizure relating to the violation of any of the provisions of the Act or regulations made under it. (See also *Vespoli, D. et al. v. The Queen et al.* (1984), 84 DTC 6489 (F.C.A.) rendered the same day.)

In *Print Three Inc. et al. and The Queen, Re* (1985), 20 C.C.C. (3d) 392 (Ont. C.A.), decided after *Hunter et al. v. Southam Inc.*, additional reasons were given by the Ontario Court of Appeal in support of the conclusion that subsection 231(4) was in contravention of section 8 of the Charter. It was said at page 396:

In our view, there are additional reasons to those relied upon by the Federal Court of Appeal for holding the subsection to be in breach of s. 8. It is clear that to meet the standards of reasonableness there must first be an independent arbiter (judge) who is satisfied that there are reasonable grounds for believing that an offence has been committed (see *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*). In s. 231(4) and (5), it is the Minister who has to have the reasonable and probable grounds and there is no standard or conditions precedent set out for the judge on which to base his assessment of whether the Minister's belief is properly founded. Mr. Kelly argued that the only reasonable construction of s.s. (5) is that facts must be laid before the judge so he can be satisfied that the Minister has reasonable and probable grounds. Even if the subsection could be so construed, there are, as we have noted, additional flaws in s. 231(4) and (5). There is no requirement that the Minister have grounds to believe that evidence is likely to be found at the place of the search and there is no requirement that he present

juge est investi par ce paragraphe du pouvoir de donner sur la présentation d'une demande *ex parte*, autoriser par écrit tout fonctionnaire du ministère du Revenu national ainsi que tout membre de la Gendarmerie royale du Canada ou tout autre agent de la paix à l'assistance desquels il fait appel et toute autre personne qui peut y être nommée, à entrer et à chercher, usant de la force s'il le faut, dans tout bâtiment, contenant ou endroit en vue de découvrir les documents, livres, registres, pièces ou choses qui peuvent servir de preuve au sujet de l'infraction de toute disposition de la présente loi ou d'un règlement et à saisir et à emporter ces documents, livres, registres, pièces ou choses et à les retenir jusqu'à ce qu'ils soient produits devant la cour.

(5) Une demande faite à un juge en vertu du paragraphe (4) sera appuyée d'une preuve fournie sous serment et établissant la véracité des faits sur lesquels est fondée la demande.

Dans la décision *Ministre du Revenu national c. Kruger Inc.*, [1984] 2 C.F. 535 (C.A.), à la page 549, rendue avant que la Cour suprême ne rende son arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, cette Cour a statué que le paragraphe 231(4) contrevient à l'article 8 de la Charte parce qu'il conférerait au ministre, lorsqu'il avait des motifs de croire qu'une infraction spécifique avait été commise, le pouvoir d'autoriser des recherches et une saisie sans restriction, relativement à la violation de toute disposition de la Loi ou des règlements pris en vertu de celle-ci. (Voir également *Vespoli, D. et autre c. La Reine et autres* (1984), 84 DTC 6489 (C.A.F.) rendue le même jour.)

Dans la décision *Print Three Inc. et al. and The Queen, Re* (1985), 20 C.C.C. (3d) 392 (C.A. Ont.), rendue après l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*, la Cour d'appel de l'Ontario a invoqué des motifs supplémentaires pour étayer la conclusion que le paragraphe 231(4) contrevient à l'article 8 de la Charte. Il est dit à la page 396:

[TRADUCTION] À notre avis, il existe des motifs qui s'ajoutent à ceux invoqués par la Cour d'appel fédérale pour statuer que le paragraphe contrevient à l'art. 8. Il est clair que pour remplir les normes du caractère raisonnable, il doit y avoir tout d'abord un arbitre indépendant (juge) qui est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables pour croire qu'une infraction a été commise (voir *Hunter et autres c. Southam Inc.*, susmentionné). Dans les paragraphes 231(4) et (5), c'est le ministre qui doit avoir les motifs raisonnables et probables et il n'existe pas de précédent quant aux normes ou conditions sur lequel le juge peut fonder son appréciation de la question de savoir si la croyance du ministre est bien fondée. M. Kelly soutient que la seule interprétation raisonnable du par. 5 réside dans ce que les faits doivent être présentés au juge afin qu'il puisse être convaincu que le ministre a des motifs raisonnables et probables. Même si le paragraphe peut être ainsi interprété, il existe, ainsi que nous l'avons souligné, des vices qui entachent les par. 231(4) et (5). Il n'est pas nécessaire que le ministre ait des

such grounds to the judge. There is, equally, no direction as to what is to be issued by the judge in granting his "approval". It is the Minister who issues what is, in essence, the warrant. Finally the Minister is not required in the authorization to specify the things to be searched for. [Underline added.]

The present subsection 231.3(3) requires that the judge, who issues the warrant, be satisfied that the Minister has reasonable ground to believe that an offence has been committed, that specified things are to be searched for and that the evidence is likely to be found at the place of the search indicated in the application. These conditions meet the deficiencies noted in the above decision with regard to the former subsections 231(4) and 231(5).

Section 8 of the Charter reads thus:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

In *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*, Dickson J. (as he then was) stated at page 168 the minimum standard requirements set by that section:

In cases like the present, reasonable and probable grounds, established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard, consistent with s. 8 of the *Charter*, for authorizing search and seizure. In so far as subs. 10(1) and 10(3) of the *Combines Investigation Act* do not embody such a requirement, I would hold them to be further inconsistent with s. 8.

He also stated at page 162:

For such an authorization (search and seizure) procedure to be meaningful it is necessary for the person authorizing the search to be able to assess the evidence as to whether that standard has been met, in an entirely neutral and impartial manner [. . .] The person performing this function need not be a judge, but he must at a minimum be capable of acting judicially. [Emphasis added.]

There is no doubt that subsection 231.3(3) meets these minimum standards.¹ I add that the possible difference between the words "reasonable and probable grounds" in the former subsection 231(4) and the words "reasonable grounds" in subsection 231.3(3) was not argued as such before

¹ See *Kohli v. Moase et al.* (1987), 86 N.B.R. (2d); 219 A.P.R. 15 (N.B.Q.B.).

motifs de croire qu'un élément de preuve est susceptible d'être découvert au lieu où la perquisition a été effectuée, et il n'est pas nécessaire qu'il présente ces motifs au juge. De même, il n'existe aucune instruction sur ce que le juge doit décerner en accordant son «agrément». C'est le ministre qui décerne ce qui est essentiellement le mandat. En dernier lieu, le ministre n'est pas tenu d'indiquer dans son autorisation les choses qui doivent faire l'objet de la perquisition. [C'est moi qui souligne.]

L'actuel paragraphe 231.3(3) exige que le juge qui décerne le mandat soit convaincu que le ministre a un motif raisonnable de croire qu'une infraction a été commise, que les choses précisées doivent faire l'objet de la perquisition et que des éléments de preuve soient susceptibles d'être découverts au lieu de la perquisition indiqué dans la demande. Ces conditions correspondent aux défauts notés dans la décision ci-dessus en ce qui concerne les anciens paragraphes 231(4) et 231(5).

L'article 8 de la Charte porte:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, *supra*, le juge Dickson (tel était alors son titre), a exposé à la page 168 les conditions typiques minimales posées par cet article:

Dans des cas comme la présente affaire, l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la *Charte*, qui s'applique à l'autorisation d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie. Dans la mesure où les par. 10(1) et 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne comportent pas une telle exigence, j'estime qu'ils sont davantage incompatibles avec l'art. 8.

Il dit également à la page 162:

Pour qu'un tel processus d'autorisation (fouille, perquisition et saisie) ait un sens, il faut que la personne qui autorise la fouille ou la perquisition soit en mesure d'apprécier, d'une manière tout à fait neutre et impartiale la preuve offerte quant à la question de savoir si on a satisfait à ce critère [. . .] Il n'est pas nécessaire que la personne qui exerce cette fonction soit un juge, mais elle doit au moins être en mesure d'agir de façon judiciaire. [C'est moi qui souligne.]

Il ne fait pas de doute que le paragraphe 231.3(3) satisfait à ces normes minimales¹. J'ajoute que la différence possible entre l'expression «motifs raisonnables» figurant au paragraphe 231(4) et l'expression «motifs raisonnables» du paragraphe 231.3(3) n'a pas fait l'objet d'une dis-

¹ Voir *Kohli c. Moase et al.* (1987), 86 R.N.-B. (2d); 219 A.P.R. 15 (B.R.N.-B.).

us as it was before Lysyk J. in *Kourtessis and Hellenic Import Export Co. Ltd. v. M.N.R. et al.* (1988), 89 DTC 5214 (B.C.S.C.). I have no difficulty with the conclusion at which Lysyk J. has arrived. Having noted that the then section 443 of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34]² spoke about "reasonable grounds" and that the Fourth Amendment to the *U.S. Constitution*³ is different from section 8 of the Charter, the learned Judge concluded at page 5218 of the decision:

The sole standard explicitly supplied by s. 8 of the Charter is that of reasonableness. Authority does not establish and, in my view, principle does not commend the proposition contended for by the petitioners to the effect that absence of a statutory requirement for probable as well as reasonable grounds for belief is constitutionally fatal.

With respect to subsection 231.3(5), the appellants submit that a parallel cannot be drawn between section 489 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 and subsection 231.3(5) of the *Income Tax Act* in that the doctrine of "plain view" is inapplicable to a situation such as the present one where complex business documents are involved. Unlike a case where, upon entry, a police officer may see narcotics in open view, documents such as those contemplated by subsection 231.3(5) would require detailed examination by the authorities to determine whether they support a violation of the Act. Therefore the subsection provides for a "wholesale search" of a citizen's home which is a principle repugnant to the provisions of sections 7 and 8 of the Charter.

The common law rule with regard to the "plain view" doctrine is that where, during the course of executing a legal warrant, an officer locates anything which he reasonably believes is evidence of the commission of a crime, he has the power to seize it (*Ghani v. Jones*, [1970] 1 Q.B. 693 (C.A.)),

² Now section 489 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

³ The Fourth Amendment to the *U.S. Constitution* reads thus:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

discussion devant nous comme ce fut le cas devant le juge Lysyk dans l'affaire *Kourtessis and Hellenic Import Export Co. Ltd. v. M.N.R. et al.* (1988), 89 DTC 5214 (C.S.C-B.). La conclusion tirée par le juge Lysyk ne soulève aucune difficulté pour moi. Ayant noté que l'ancien article 443 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34]² parlait de «motif raisonnable» et que le Quatrième Amendement de la *U.S. Constitution*³ est différent de l'article 8 de la Charte, le juge a conclu à la page 5218 de la décision:

[TRADUCTION] La seule norme expressément prévue par l'art. 8 de la Charte est celle du caractère raisonnable. La jurisprudence ne démontre pas et, à mon avis, les principes ne recommandent pas la proposition faite par les requérants, à savoir que l'absence d'une exigence légale de motifs probables ainsi que raisonnables est fatale sur le plan constitutionnel.

Pour ce qui est du paragraphe 231.3(5), les appelants soutiennent qu'on ne saurait établir un parallèle entre l'article 489 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46 et le paragraphe 231.3(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce que la doctrine «plain view» ne s'applique pas à une situation telle que l'espèce présente où des documents commerciaux complexes sont en cause. À la différence du cas où, à l'entrée, un agent de police peut voir des stupéfiants qui s'exposent à la vue, des documents tels que ceux mentionnés au paragraphe 231.3(5) exigeraient que les autorités fassent un examen détaillé pour déterminer s'ils constituent la preuve d'une violation de la Loi. Le paragraphe prévoit donc une «fouille, une perquisition générale» de la maison d'un citoyen, ce qui constitue un principe incompatible avec les articles 7 et 8 de la Charte.

En *common law*, la règle concernant la doctrine «plain view» est que si, au cours de l'exécution d'un mandat légal, un agent repère quelque chose qu'il croit, pour des motifs raisonnables, constituer des éléments de preuve de la perpétration d'un crime, il peut le saisir (*Ghani v. Jones*, [1970] 1 Q.B. 693

² Maintenant l'article 489 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46.

³ Le Quatrième Amendement de la *U.S. Constitution* est ainsi conçu:

[TRADUCTION] Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre des perquisitions et saisies abusives ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est pour un motif plausible, soutenu par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive avec précision le lieu à fouiller et les personnes ou choses à saisir.

Lord Denning M.R., at page 706; *Chic Fashions (West Wales) Ltd. v. Jones*, [1968] 2 Q.B. 299 (C.A.), Diplock L.J., at page 313; *Reynolds v. Comr. of Police of the Metropolis*, [1984] 3 All E.R. 649 (C.A.) pages 653, 659, 662; *Re Regina and Shea* (1982), 1 C.C.C. (3d) 316 (Ont. H.C.)). The principle is known here and in the United States (*Texas v. Brown*, 75 L.Ed. (2d) 502 (1983 U.S.S.C.)).⁴ Seizure done in such a fashion has been held valid by the following Courts: *R. v. Longtin* (1983), 5 C.C.C. (3d) 12 (Ont. C.A.), at page 16; *Re Regina and Shea* (1982), 1 C.C.C. (3d) 316 (Ont. H.C.), at pages 321-322.

In any event, the context in which the search for and seizure of “plain view” documents appears in the Act i.e. in the course of searching for and seizing business documents under a warrant which would obviously involve examination of documents by the searcher in order to determine whether their seizure is authorized by that warrant, suggests that the authority to seize other business documents not covered by the warrant meets the test of reasonableness and therefore of validity. In addition, the provision as drafted meets the constitutional test of reasonableness since it contains two important safeguards: namely, that the executing officer believes on reasonable grounds that the document or thing seized affords evidence of the commission of an offence under the Act and that,

⁴ In *Texas v. Brown*, *supra*, four justices of the United States Supreme Court adopted as a point of reference for further discussion (at page 511) the plurality’s view of *Coolidge v. New Hampshire*, 403 US 443 (1971). At page 510, Rehnquist J. for himself and for the Chief Justice Burger, Justice White and Justice O’Connor said that the “plain view” doctrine permits the warrantless seizure by the police of private possessions where three requirements are satisfied:

First, the police officer must lawfully make an “initial intrusion” or otherwise properly be in a position from which he can view a particular area. *Id.*, at 465-468, 29 L Ed 2d 564, 91 S Ct 2022. Second, the officer must discover incriminating evidence “inadvertently”, which is to say, he may not “know in advance the location of [certain] evidence and intend to seize it,” relying on the plain-view doctrine only as a pretext. *Id.*, at 470, 29 L Ed 2d 564, 91 S Ct 2022. Finally, it must be “immediately apparent” to the police that the items they observe may be evidence of a crime, contraband, or otherwise subject to seizure. *Id.*, at 466, 29 L Ed 2d 564, 91 S Ct 2022.

(C.A.), lord Denning, M.R., à la page 706; *Chic Fashions (West Wales) Ltd. v. Jones*, [1968] 2 Q.B. 299 (C.A.), lord juge Diplock, à la page 313; *Reynolds v. Comr. of Police of the Metropolis*, [1984] 3 All E.R. 649 (C.A.), aux pages 653, 659 et 662; *Re Regina and Shea* (1982), 1 C.C.C. (3d), à la page 316 (H.C. Ont.)). Le principe est connu au Canada et aux États-Unis (*Texas v. Brown*, 75 L.Ed. (2d) 502 (1983 U.S.S.C.))⁴. Les tribunaux suivants ont confirmé la saisie pratiquée de cette façon: *R. v. Longtin* (1983), 5 C.C.C. (3d) 12 (C.A. Ont.), à la page 16; *Re Regina and Shea* (1982), 1 C.C.C. (3d) 316 (H.C. Ont.), aux pages 321 et 322.

En tout état de cause, il ressort du contexte légal de la recherche et la saisie de documents visés par la doctrine «*plain view*», c’est-à-dire au cours de la recherche et de la saisie de documents commerciaux en vertu d’un mandat qui entraîneraient évidemment l’examen de documents par le chercheur pour déterminer si leur saisie est autorisée par le mandat, que l’autorisation de saisir d’autres documents commerciaux non visés par le mandat remplit le critère du caractère raisonnable et donc de la validité. En outre, la disposition telle qu’elle a été rédigée satisfait au critère constitutionnel du caractère raisonnable puisqu’elle contient deux garanties, savoir que le fonctionnaire qui exécute un mandat croit, pour des motifs raisonnables, que le document ou la chose saisie constitue un élé-

⁴ Dans l’affaire *Texas v. Brown* susmentionnée, quatre juges de la Cour suprême des États-Unis ont adopté, comme point de repère pour une nouvelle discussion (à la page 511), le point de vue de la majorité dans *Coolidge v. New Hampshire*, 403 US 443 (1971). À la page 510, le juge Rehnquist en son nom et au nom du juge en chef Burger, le juge White et le juge O’Connor ont dit que la doctrine «*plain view*» permet la saisie sans mandat des biens privés lorsque trois conditions sont remplies:

[TRADUCTION] En premier lieu, l’agent de police doit légalement faire une «intrusion initiale» ou autrement se trouver légalement dans une position d’où il peut inspecter un endroit particulier. *Id.*, aux p. 465-468, 29 L Ed 2d 564, 91 S Ct 2022. En deuxième lieu, l’agent doit découvrir la preuve incriminante par «inadvertence», c’est-à-dire qu’il ne peut «connaître à l’avance l’endroit où se trouvent [certains] éléments de preuve et avoir l’intention de les saisir», s’appuyant sur la doctrine «*plain view*» uniquement comme prétexte. *Id.*, à la p. 470, 29 L Ed 2d 564, 91 S Ct 2022. En dernier lieu, la police doit «se rendre compte immédiatement» que les articles qu’elle observe peuvent constituer la preuve d’un crime, d’une contrabande, ou autrement être susceptibles de saisie. *Id.*, à la p. 466, 29 L Ed 2d 564, 91 S Ct 2022.

as soon as practicable, he brings the seized matter before a judge for judicial control.

The Trial Judge came to the conclusion that the information before him met the requirements of section 231.3 of the Act. I see no reason to disturb his finding in that regard.

I would dismiss the appeal with costs.

PRATTE J.A.: I agree.

STONE J.A.: I agree.

ment de preuve de la perpétration d'une infraction à la Loi et que, dès que matériellement possible, il apporte l'article saisi au juge en vue d'un contrôle judiciaire.

^a Le juge de première instance est arrivé à la conclusion que les renseignements dont il était saisi remplissaient les exigences de l'article 231.3 de la Loi. Rien ne justifie que je modifie sa conclusion à cet égard.

^b Je rejetterais l'appel avec dépens.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs ci-dessus.

^c LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs ci-dessus.

T-1282-89

T-1282-89

Carolyn Khan (*Applicant*)

v.

Minister of Employment and Immigration, Carol Bell, Adjudicator, and Attorney General of Canada (*Respondents*)

INDEXED AS: KHAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)

Trial Division, Muldoon J.—Ottawa, July 18 and 28, 1989.

Immigration — Pratique — Application to quash inquiry into applicant's status in Canada — Applicant arrested pursuant to s. 103 at place of employment based upon information suggesting misrepresentation of home address and place of employment — S. 103 empowering immigration officers to arrest persons illegally employed where of opinion unlikely to appear for inquiry — Detained two hours until immigration officers verifying address by phoning applicant's sister — Released under s. 103(5) — Application allowed — Inquiry resting on illegal base — S. 28, requiring inquiry where person detained pursuant to s. 103, no longer applicable once released — S. 27 requiring report to Deputy Minister detailing information re: illegal employment, unless arrested and held in detention pursuant to s. 103 — Deputy Minister not indicating "considered inquiry warranted" as required by s. 27(3) — Also failure to comply with s. 103(4) by mistakenly not notifying senior immigration officer of reasons for detention.

This was an application for *certiorari* to quash an inquiry into the applicant's status in Canada. Based upon information that the applicant may have misrepresented her home address and place of employment and falsified letters of reference for her annual assessment, immigration officers attended at the home where she worked as a caregiver and arrested her under section 103 of the *Immigration Act*. Subsection 103(2) empowers immigration officers to arrest without warrant persons who engage in employment contrary to the Act or Regulations where the officers are of the opinion that the person poses a danger to the public or would not otherwise appear for the inquiry. There was no question of the applicant, who was eight months pregnant, posing any danger to the public. The officers did not attempt to verify her true address before arresting the applicant. They went to the home in question with the intention of arresting the applicant if they found her working there. The applicant was released two hours later, upon verification of the applicant's true place of employment and residence, apparently by phoning her sister with whom she lived. The arresting officer, who later interviewed the applicant and released her pursuant to subsection 103(5), mistakenly did not particularize his reasons for arresting the applicant on the Notice of Arrest Report contrary to subsection 103(4). Subsection 27(2)

Carolyn Khan (*requérante*)

c.

^a Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, Carol Bell, arbitre, et Procureur général du Canada (*intimés*)^b RÉPERTORIÉ: KHAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Muldoon—Ottawa, 18 et 28 juillet 1989.

Immigration — Pratique — Demande visant à obtenir l'annulation d'une enquête sur le statut de la requérante au Canada — La requérante a été arrêtée conformément à l'art. 103 à son lieu de travail, certains renseignements laissant croire qu'elle avait fait une fausse déclaration relativement à son adresse personnelle et à son lieu d'emploi — L'art. 103 autorise les agents d'immigration à arrêter des personnes qui travaillent illégalement lorsqu'ils croient que celles-ci se déroberont à l'enquête — La requérante a été détenue pendant deux heures jusqu'à ce que les agents d'immigration vérifient son adresse en téléphonant à sa sœur — Elle a été mise en liberté en vertu de l'art. 103(5) — Demande accueillie — L'enquête reposait sur un fondement illégal — L'art. 28, qui exige la tenue d'une enquête lorsqu'une personne est détenue en vertu de l'art. 103 ne s'applique plus lorsque la personne a été mise en liberté — L'art. 27 exige qu'un rapport circonstancié soit soumis au sous-ministre relativement à l'emploi illégal, sauf lorsque la personne a été arrêtée et détenue en vertu de l'art. 103 — Le sous-ministre n'a pas indiqué qu'il «estime qu'une enquête s'impose» comme l'exige l'art. 27(3) — Il y a également eu omission de respecter l'art. 103(4), l'agent principal n'ayant pas été informé des motifs de la détention.

Il s'agissait en l'espèce d'une demande visant à obtenir un *certiorari* annulant l'enquête sur le statut de la requérante au Canada. Se fondant sur des renseignements indiquant que la requérante pouvait avoir fait une fausse déclaration au sujet de son adresse personnelle et de son lieu de travail et avoir falsifié ses références aux fins de son évaluation annuelle, les agents d'immigration se sont présentés au domicile où elle travaillait comme gardienne et ils l'ont arrêtée en vertu de l'article 103 de la *Loi sur l'immigration*. Le paragraphe 103(2) habilite les agents d'immigration à arrêter sans mandat toute personne qui occupe un emploi en violation de la Loi ou de ses règlements lorsqu'ils sont d'avis que cette personne constitue une menace pour la sécurité publique ou se dérobera à l'enquête. Il ne faisait aucun doute que la requérante, qui était alors enceinte de huit mois, ne constituait pas une menace pour la sécurité publique. Les agents n'ont pas essayé de vérifier la véritable adresse de la requérante avant de l'arrêter. Ils se sont rendus à l'adresse donnée avec l'intention d'arrêter la requérante s'ils constataient qu'elle travaillait effectivement à cet endroit. La requérante a été libérée deux heures plus tard, une fois vérifiés ses véritables lieux de résidence et de travail grâce apparemment à un appel téléphonique à sa sœur avec laquelle elle demeurait. L'agent ayant procédé à l'arrestation, qui a plus

requires an immigration officer to provide a written report to the Deputy Minister detailing suspected illegal employment, unless that person has been arrested and held in detention pursuant to section 103. Subsection 27(3) provides that the Deputy Minister shall direct an inquiry to be held when he considers that it is warranted. Section 28 requires that an inquiry be held forthwith where a person is held in detention pursuant to section 103. The issue was whether the immigration officers were justified in arresting the applicant rather than forwarding a report to the Deputy Minister under section 27.

Held, the application should be allowed.

The applicant's release removed her from the application of section 28. There could not be any automatic institution of an inquiry because the applicant was no longer held in detention pursuant to section 103. She was a person released from detention pursuant to subsection 103(5). The obvious implication of the statutory scheme is that the arresting officer must comply with subsection 27(2) and forward a written report to the Deputy Minister. There is no time limit, apart from unreasonable delays, for forwarding the written report. The inquiry must be quashed because it rested on an illegal base. The Deputy Minister had not indicated that he "consider[ed] that an inquiry [was] warranted" in compliance with subsection 27(3) "subject to any order or direction of the Minister". The applicant may make representations to the Deputy Minister that an inquiry is not warranted.

The immigration officers were overly zealous and officious in arresting the applicant pursuant to section 103. The telephone call which ultimately satisfied them of the applicant's true address could have been made from the house where the applicant was arrested, or the applicant could have been invited to voluntarily accompany the officers. The immigration officers wielded their power of arrest too callously, but not strictly illegally. Legality must be observed throughout the entire process. The arresting officer failed to comply with the mandatory provision of subsection 103(4) which requires the notification of a senior immigration officer of the reasons for detention.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 1(b).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 10(b), 15, 24.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27, 28, 30, 103.
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 83.1 (as enacted by S.C. 1988, c. 35, s. 19), 104.

tard interrogé la requérante et l'a libérée en vertu du paragraphe 103(5), a omis par erreur de fournir les motifs de l'arrestation dans son rapport sur l'avis d'arrestation, en violation du paragraphe 103(4). Le paragraphe 27(2) oblige un agent d'immigration à faire un rapport circonstancié au sous-ministre indiquant qu'il soupçonne que la personne travaille illégalement, sauf si la personne a été arrêtée et est détenue en vertu de l'article 103. Le paragraphe 27(3) prévoit que le sous-ministre doit ordonner la tenue d'une enquête s'il estime qu'une enquête s'impose. L'article 28 exige qu'une enquête soit tenue sans délai lorsqu'une personne est retenue ou détenue en vertu de l'article 103. Le principal point litigieux consistait à déterminer si les agents d'immigration ont eu raison d'arrêter la requérante plutôt que de rédiger un rapport et de le transmettre au sous-ministre conformément à l'article 27.

Jugement: la demande devrait être accueillie.

La mise en liberté de la requérante l'a soustraite à l'application de l'article 28. Il ne pouvait pas y avoir d'enquête parce que la requérante n'était plus détenue en vertu de l'article 103. Elle avait été mise en liberté conformément au paragraphe 103(5). L'objectif manifeste de la Loi est que l'agent procédant à une arrestation doit se conformer aux dispositions du paragraphe 27(2) et faire un rapport circonstancié au sous-ministre. Sauf dans le cas de retards déraisonnables, il n'y a pas de délai limite à la remise d'un rapport circonstancié. L'enquête doit être annulée parce que son fondement est illégal. Le sous-ministre n'a pas indiqué qu'il «estim[ait] qu'une enquête s'impos[ait]» conformément au paragraphe 27(3) «sous réserve des arrêtés ou instructions du ministre». La requérante peut s'adresser au sous-ministre afin de le convaincre de l'inutilité d'une enquête.

Les agents d'immigration ont fait preuve de trop de zèle et d'empressement en arrêtant la requérante sur le fondement de l'article 103. Ils auraient pu effectuer à la résidence où ils ont arrêté la requérante l'appel téléphonique qui aura finalement permis de vérifier sa véritable adresse, ou ils auraient pu prier la requérante de les accompagner volontairement. Les agents d'immigration ont exercé leur pouvoir d'arrestation trop durement, mais pas tout à fait illégalement. La légalité doit être respectée tout au long du processus. L'agent d'immigration a omis de se conformer à la disposition obligatoire du paragraphe 103(4) qui exige qu'un avis de la détention soit donné à un agent principal, avec motifs à l'appui.

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, chap. 11 (R.-U.), art. 10b), 15, 24.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), Appendice III, art. 1b).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 27, 28, 30, 103.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 83.1 (édicte par L.C. 1988, chap. 35, art. 19), 104.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Kindler v. MacDonald, [1987] 3 F.C. 34; 41 D.L.R. (4th) 78 (C.A.).

COUNSEL:

Michael W. Swinwood for applicant.
Barbara A. McIsaac for respondents.

SOLICITORS:

Honeywell, Wotherspoon, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

MULDOON J.: This is an urgent application pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 and section 24 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.). It is instituted pursuant to leave accorded by Mr. Justice Teitelbaum on June 12, 1989, in accordance with section 83.1 of the amendments to the *Immigration Act, 1976*, being c. 35 of the Statutes of Canada 1988, which are not consolidated with the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, proclaimed to come into force on December 12, 1988.

The applicant, whose full name appears to be Carolyn Naziffa Khan, moves for the following orders:

1. An order in the nature of *certiorari*, quashing the inquiry into the applicant's status in Canada convoked pursuant to section 28 of the *Immigration Act* on the basis that:

a. the immigration officer exceeded his jurisdiction under 104(2) [*sic*, actually subsection 103(2) of the law now in force] in the arrest of the applicant in that there was no basis to believe that the applicant posed a danger to the public or would not otherwise appear for an inquiry or for removal from Canada;

b. that proceeding by section 104(2) [*sic*] of the *Immigration Act* violated the applicant's right guaranteed under section 15 of the *Charter of Rights and Freedoms* and section 1(b) of the

JURISPRUDENCE

DÉCISION CITÉE:

Kindler c. MacDonald, [1987] 3 C.F. 34; 41 D.L.R. (4th) 78 (C.A.).

AVOCATS:

Michael W. Swinwood pour la requérante.
Barbara A. McIsaac pour les intimés.

PROCUREURS:

Honeywell, Wotherspoon, Ottawa, pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE MULDOON: Il s'agit en l'espèce d'une requête urgente présentée sur le fondement de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, et de l'article 24 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, chap. 11 (R.-U.). Le dépôt de cette requête a été autorisé par le juge Teitelbaum le 12 juin 1989, conformément à l'article 83.1 des modifications à la *Loi sur l'immigration de 1976*, qui constituent le chapitre 35 des Lois du Canada de 1988 et qui n'ont pas été refondues dans la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, entrée en vigueur le 12 décembre 1988.

La requérante, dont le nom complet est Carolyn Naziffa Khan, cherche à obtenir les ordonnances suivantes:

1. Une ordonnance de *certiorari* annulant l'enquête sur le statut de la requérante au Canada, effectuée conformément à l'article 28 de la *Loi sur l'immigration*, pour les motifs suivants:

[TRADUCTION] a. l'agent d'immigration a excédé le pouvoir que lui confère le paragraphe 104(2) [*sic*, c'est-à-dire le paragraphe 103(2) de la loi actuellement en vigueur] en arrêtant la requérante parce qu'il n'y avait aucun motif de croire que celle-ci constituait une menace pour la sécurité publique ou, qu'à défaut de cette mesure, elle se déroberait à l'enquête ou n'obtempérerait pas à la mesure de renvoi;

b. l'application du paragraphe 104(2) [*sic*] de la *Loi sur l'immigration* a entraîné la violation du droit garanti à la requérante par l'article 15 de la *Charte des droits et libertés* et

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix 3; [sic, now R.S.C., 1985, Appendix III]

c. that the immigration officer failed to direct his mind to the question of whether the applicant posed a danger to the public or would not otherwise appear for the inquiry and in fact had no evidence to that effect; and

d. that the procedure by virtue of section 104 [sic] deprived the applicant of a discretionary review provided for in section 27(3) of the *Immigration Act, 1976* and amendments thereto c. 35. [sic]

and thereby should vitiate the inquiry and all the above grounds combine to allow this Court to quash the inquiry.

2. An order excluding all evidence obtained after the arrest of the applicant on March 6, 1989, by virtue of subsection 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that the applicant's rights were denied as guaranteed by paragraph 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, such evidence to include:

- a. the notice of arrest;
- b. the statement of allegations;
- c. the applicant's declaration; and
- d. any documentary evidence obtained after the arrest and to be used in evidence in the inquiry.

The applicant had entered Canada in 1987 with a Trinidad and Tobago passport as a participant in the Foreign Domestic Movement (FDM) Program. Under the terms of that program, and her particular authorization, the applicant was restricted to working as a domestic "live-in" helper at a stated place of employment and location. At the material times she was authorized to work in Ottawa at 121 Curtis Crescent for a Mrs. Godden who, in fact is the applicant's sister, although that fact seems not to have been appreciated by the immigration examining officers until after they arrested the applicant on March 6, 1989.

On December 14, 1988, the Minister's officials had authorized the applicant, at her request, to change her place of employment from a previous place to that of Mrs. Godden's residence, effective until December 14, 1989. The relevant form of such authorization, signed by the applicant, is copied as exhibit A to the affidavit of Lyne Deschamps, one of the senior immigration examining officers who attended upon the applicant's arrest.

l'alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice 3 [sic, désormais L.R.C. (1985), Appendice III];

c. l'agent d'immigration ne s'est pas demandé si la requérante constituait une menace pour la sécurité publique ou si, à défaut de cette mesure, elle se déroberait à l'enquête et il ne possédait en fait aucune preuve à cet effet;

d. l'application de l'article 104 [sic] a empêché la requérante de bénéficier de l'examen discrétionnaire prévu au paragraphe 27(3) de la *Loi sur l'immigration de 1976* et de ses modifications prévues au chapitre 35 [sic].

L'enquête est de ce fait entachée de nullité et les motifs qui précèdent permettent à la Cour de l'annuler.

2. Une ordonnance écartant, en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, tous les éléments de preuve obtenus après l'arrestation de la requérante le 6 mars 1989 parce que les droits garantis à cette dernière par l'alinéa 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés; ces éléments de preuve incluent:

- [TRADUCTION] a. l'avis d'arrestation;
- b. les allégations;
- c. la déclaration de la requérante;
- d. toute preuve documentaire obtenue après l'arrestation et devant être utilisée à l'enquête.

La requérante est venue au Canada en 1987, munie d'un passeport de Trinidad et Tobago, dans le cadre du Programme concernant les employés de maison étrangers (FDM). Les conditions de ce programme et du permis de séjour de la requérante prévoyaient que celle-ci devait travailler à un endroit déterminé comme aide domestique résidente. À l'époque en cause, elle était autorisée à travailler pour M^{me} Godden résidant au 121, Curtis Crescent, Ottawa; cette dernière était en fait la sœur de la requérante, ce dont les agents examineurs ne semblent s'être rendu compte qu'après avoir arrêté la requérante le 6 mars 1989.

Le 14 décembre 1988, les fonctionnaires du Ministère avaient permis à la requérante, qui en avait fait la demande, de changer d'emploi et de commencer à travailler pour M^{me} Godden, l'autorisation étant valide jusqu'au 14 décembre 1989. Une copie de la formule, signée par la requérante et autorisant un tel changement, est jointe sous la cote A à l'affidavit de Lyne Deschamps, l'un des agents principaux qui ont assisté à l'arrestation de la requérante.

On February 23, 1989, the applicant had attended at the immigration offices in Ottawa for her first annual assessment under the FDM program. At that time she brought to the assessor a letter apparently from Mrs. Godden certifying that the applicant "has been in my employ since the 14th December 1988" and praising her in glowing terms. A copy of that letter is exhibit B to Ms. Deschamps' affidavit.

In her affidavit, upon which she was subsequently cross-examined by the applicant's counsel, Ms. Deschamps records in paragraph 6, that on March 2, 1989:

... I received a telephone call from [Allen Thompson] the husband of a Dr. Gould, who informed me that the applicant had in fact been in his and his wife's employ since January 17, 1989. I met with him the following day and he informed me that the applicant had presented herself to him as having landed immigrant status and had provided him and his wife with an address inconsistent with that given to [the assessment interviewer] on February 23, 1989. He advised me that he was concerned because the applicant was unable to provide him with a social insurance number or other documentation authorizing her to work.

Ms. Deschamps further explained her part in the investigation and subsequent arrest of the applicant in the following paragraphs of her affidavit, thus:

7. Acting upon this information, I reviewed the applicant's file. It appeared to me that:

- (i) the applicant was a person described in paragraphs 27(2)(b) and (e) of the *Act* in that she may have falsely represented her place of employment contrary to subsection 18(2) of the Regulations and had reconfirmed this misrepresentation at her annual assessment only a week earlier;
- (ii) the applicant may have falsified letters of reference in order to pass her annual assessment. These possibly fabricated items included a letter dated February 23, 1989, from Mrs. Godden as an alleged employer and a letter dated October 26, 1988 from Ms. Zinora Ferreira [also a sister of the applicant] to Mrs. Godden again as an alleged employer. Copies of these two letters are attached hereto and marked respectively as Exhibits "B" and "C" to this my affidavit;
- (iii) the applicant had provided the Goulds with a different address than the one she had given to Employment and Immigration, putting doubts in my mind as to where her true place of residence was. Mr. Gould had informed me that she had told him she lived at 1545 Alta Vista

Le 23 février 1989, la requérante s'est présentée aux bureaux de l'immigration à Ottawa afin de subir, conformément au programme FDM, sa première évaluation annuelle. Elle a alors remis à l'évaluateur une lettre provenant apparemment de M^{me} Godden; cette dernière y utilise des termes chaleureux pour faire l'éloge de la requérante et y affirme que celle-ci [TRADUCTION] «travaille pour moi depuis le 14 décembre 1988». Une copie de cette lettre est jointe sous la cote B à l'affidavit de M^{me} Deschamps.

M^{me} Deschamps déclare au paragraphe 6 de son affidavit, au sujet duquel elle a été plus tard contre-interrogée par l'avocat de la requérante, que le 2 mars 1989:

[TRADUCTION] ... j'ai reçu un appel du mari [Allen Thompson] du D^r Gould qui m'a informée que la requérante travaillait en réalité pour lui-même et son épouse depuis le 17 janvier 1989. Je l'ai rencontré le lendemain. Il m'a alors indiqué que la requérante lui avait déclaré être une immigrante ayant le droit d'établissement et qu'elle lui avait fourni, ainsi qu'à son épouse, une adresse autre que celle donnée à [l'évaluateur] le 23 février 1989. Il a ajouté être inquiet parce que la requérante était incapable de lui fournir un numéro d'assurance sociale ou tout autre document l'autorisant à travailler.

M^{me} Deschamps explique dans les paragraphes suivants de son affidavit le rôle qu'elle a joué à l'enquête et au moment de l'arrestation ultérieure de la requérante:

[TRADUCTION] 7. Ayant été mise au courant de ces faits, j'ai réexaminé le dossier de la requérante. Il m'a semblé que:

- (i) la requérante faisait partie de l'une des catégories visées par les alinéas 27(2)(b) et (e) de la *Loi* parce qu'il était possible qu'elle ait fait une fausse déclaration au sujet de son lieu de travail en violation du paragraphe 18(2) du Règlement et qu'elle avait repris cette fausse déclaration au moment de son évaluation annuelle, il y avait seulement une semaine;
- (ii) la requérante pourrait avoir falsifié ses références aux fins de son évaluation annuelle. Ces documents probablement forgés comportaient une lettre datée du 23 février 1989 dans laquelle M^{me} Godden se déclare l'employeur de la requérante ainsi qu'une lettre datée du 26 octobre 1988 et adressée par M^{me} Zinora Ferreira [qui est également une sœur de la requérante] à M^{me} Godden qui y est encore une fois désignée comme l'employeur de la requérante. Des copies de ces deux lettres sont jointes à mon affidavit sous les cotes B et C respectivement;
- (iii) la requérante a fourni aux Gould une adresse différente de celle qu'elle avait donnée à Emploi et Immigration, ce qui a éveillé des doutes dans mon esprit quant à son véritable lieu de résidence. M. Gould m'a informée qu'elle lui avait déclaré habiter au 1545, promenade

Drive, Ottawa, Ontario, but that he had checked the address board in the lobby and had reason to believe she did not live there. The address given to Employment and Immigration was alleged to be Mrs. Godden's residence at 121 Curtis Crescent, Ottawa, Ontario.

Based on these apparent misrepresentations, it was my opinion that there were reasonable grounds to believe that the applicant would not appear for inquiry or for removal from Canada.

Now, there is an omission in the sequence of events recounted in Ms. Deschamps' affidavit. On March 3, 1989, Mr. Thompson tendered to her a typed document called herein an "information sheet" which is exhibit 1 (joint motion record, tab 3) on the cross-examination of Albert Pace who accompanied Ms. Deschamps to arrest the applicant on March 6, 1989. The information sheet clearly discloses an address for the applicant as being 121 Curtiss [*sic*] Crescent, Ottawa. That omission does nothing, however, in the circumstances to displace the doubts Ms. Deschamps asserts about where the applicant's true place of residence was, before she and Mr. Pace attended at the Thompson/Gould residence on the following March 6. They were later satisfied that 121 Curtis, Mrs. Godden's address was in fact the applicant's residence.

Ms. Deschamps continues:

8. Mr. Albert Pace and I thus proceeded under s. 104 [*sic*: really section 103] of the *Act* and arrested the applicant at the Gould household on March 6, 1989. We arrived at approximately 9:30 a.m. At the time of her arrest, the applicant was caring for the Gould's two children.

It may be noted that on her cross-examination Ms. Deschamps acknowledged in answers to questions 194 through 208 that, if she found the applicant in effect working at the Thompson/Gould residence she, Deschamps, intended to arrest the applicant. According to subsection 103(2) of the *Act* the immigration officers are empowered to arrest without warrant a "person who on reasonable grounds is suspected of being a person referred to in paragraph 27(2)(b) [or] (e) ... where, in the opinion of the officer, the person poses a danger to the public or would not otherwise appear for the inquiry ...". The officers were certainly not of the opinion that the applicant, then eight months pregnant, posed any danger whatsoever to the public.

Alta Vista, Ottawa (Ontario), mais qu'il avait vérifié les noms inscrits dans le hall et qu'il avait des motifs de croire qu'elle ne résidait pas à cet endroit. L'adresse fournie à Emploi et Immigration était censée être celle du domicile de M^{me} Godden, soit le 121, Curtis Crescent, Ottawa (Ontario).

Ces déclarations qui semblaient fausses m'ont amenée à penser qu'il existait des motifs raisonnables de croire que la requérante se déroberait à l'enquête ou qu'elle n'obtempérerait pas à une mesure de renvoi.

On constate une omission dans le déroulement des faits exposés par M^{me} Deschamps dans son affidavit. Le 3 mars 1989, M. Thompson lui a remis un document dactylographié, appelé en l'espèce une «fiche de renseignements», et joint comme pièce 1 (dossier conjoint des requêtes, onglet 3) au contre-interrogatoire d'Albert Pace qui accompagnait M^{me} Deschamps au moment de l'arrestation de la requérante le 6 mars 1989. Cette fiche indique clairement que l'adresse de la requérante est le 121, Curtiss [*sic*] Crescent, Ottawa. Cette omission n'a toutefois pas dissipé les doutes de M^{me} Deschamps au sujet du véritable lieu de résidence de la requérante avant qu'elle-même et M. Pace se présentent à la résidence des Thompson-Gould le 6 mars suivant. Ils ont plus tard constaté que la requérante habitait en fait au 121, Curtis, c'est-à-dire au domicile de M^{me} Godden.

M^{me} Deschamps ajoute:

[TRADUCTION] 8. M. Albert Pace et moi-même avons agi sur le fondement de l'article 104 [*sic*: en réalité l'article 103] de la *Loi* et nous avons arrêté la requérante à la demeure des Gould le 6 mars 1989. Nous y sommes arrivés aux environs de 9 h 30; au moment de son arrestation, la requérante gardait les deux enfants des Gould.

On peut souligner que M^{me} Deschamps a admis dans ses réponses aux questions 194 à 208 de son contre-interrogatoire qu'elle avait l'intention d'arrêter la requérante si elle constatait que cette dernière travaillait effectivement à la résidence des Thompson-Gould. Le paragraphe 103(2) de la *Loi* prévoit que les agents d'immigration sont habilités à arrêter sans mandat une «personne soupçonnée, pour des motifs raisonnables, de faire partie de l'une des catégories visées aux alinéas 27(2)(b) [ou] (e) ... qui, à leur avis, constitue une menace pour la sécurité publique ou n'obtempérera pas à la mesure». Les agents n'estimaient certainement pas que la requérante, qui était alors enceinte de huit mois, constituait une menace quelconque pour la sécurité publique.

Ms. Deschamps' affidavit continues:

9. Immediately upon our arrival at the Gould household, the applicant was informed of her rights to retain counsel and to contact her Consulate. Attached hereto and marked as Exhibit "D" to this my affidavit is a copy of my notes made at the time of the applicant's arrest. The applicant requested to make a telephone call but did not end up doing so even though she was in no way prohibited from making the call. The applicant left the Gould household with us. Her manner was co-operative.

Immediately upon their arrival, or virtually immediately thereafter, the applicant was arrested, in accordance with Ms. Deschamps' intention to have the applicant arrested, as stated in her cross-examination. As the applicant's counsel stated in oral argument, it seems that the officers were intent upon verifying the applicant's employment at and in the Thompson/Gould residence, but they did not then and there attempt to verify her true address before arresting her. Furthermore, the consulate above referred to, as shown in exhibit B to Albert Pace's affidavit, is located in Toronto. The officers seemed to have given no thought to the possibility of contacting the High Commission's office in Ottawa. It surely employs representatives of the applicant's home government. The applicant declined the offer to get in touch with the Toronto consulate. That document, exhibit B, "Notice Concerning the Right to be Represented by Counsel at an Immigration Inquiry", a form established by the Minister, refers to representation by "a barrister or solicitor or other counsel . . . at his inquiry" as provided in subsection 30(1) of the Act, but makes no reference to retaining and instructing counsel without delay upon arrest or detention, as provided in paragraph 10(b) of the Charter.

The last two paragraphs of Ms. Deschamps' affidavit run as follows:

10. At 10:00 A.M. we returned to the immigration office and at 10:05 the applicant placed a call to her sister Mrs. Godden. They spoke for up to ten minutes and, at the applicant's request, I spoke personally with Mrs. Godden explaining the situation to her.

11. I accompanied the applicant to the office of Mr. Albert Pace and left him to conduct an interview. I am informed by Mr. Pace, and do verily believe that the applicant was released within two hours, after signing an Acknowledgement of Terms and Conditions form, agreeing to appear for an inquiry when directed to do so by an immigration officer.

M^{me} Deschamps déclare encore dans son affidavit:

[TRADUCTION] 9. Dès notre arrivée à la demeure des Gould, nous avons informé la requérante de ses droits de retenir les services d'un avocat et de communiquer avec son consulat. Une copie des notes que j'ai prises au moment de l'arrestation de la requérante est jointe au présent affidavit sous la cote D. La requérante a demandé l'autorisation de faire un appel téléphonique, ce qu'elle n'a finalement pas fait, même si elle n'en a nullement été empêchée. La requérante a quitté la demeure des Gould en notre compagnie. Elle s'est montrée coopérative.

La requérante a été arrêtée dès l'arrivée des agents ou presque immédiatement après celle-ci, comme M^{me} Deschamps avait déclaré dans son contre-interrogatoire avoir l'intention de le faire. Comme l'a déclaré l'avocat de la requérante au cours de la plaidoirie, il semble que les agents voulaient vérifier si la requérante travaillait à la demeure des Thompson-Gould, mais qu'ils n'ont pas tenté sur-le-champ de vérifier sa véritable adresse avant de l'arrêter. En outre, le consulat dont il est fait mention plus haut dans le document joint à l'affidavit d'Albert Pace sous la cote B, est situé à Toronto. Les agents ne semblent pas avoir envisagé la possibilité de communiquer avec le bureau du Haut-Commissariat à Ottawa. Des représentants du gouvernement du pays d'origine de la requérante y travaillent très certainement. La requérante a rejeté l'offre de communiquer avec le consulat de Toronto. Il est question dans le document versé sous la cote B qui est une formule prescrite par le ministre et intitulée «Avis relatif au droit de se faire représenter par un conseiller lors d'une enquête de l'immigration», de la représentation par «un avocat ou un autre conseiller» comme le prévoit le paragraphe 30(1) de la Loi, mais non du recours sans délai à l'assistance d'un avocat en cas d'arrestation ou de détention comme le prévoit l'alinéa 10b) de la Charte.

Voici le texte des deux derniers paragraphes de l'affidavit de M^{me} Deschamps:

[TRADUCTION] 10. À 10 h, nous sommes retournés au bureau de l'immigration et, à 10 h 05, la requérante a téléphoné à sa sœur, M^{me} Godden. Elles ont conversé pendant environ dix minutes et, à la demande de la requérante, j'ai parlé à M^{me} Godden pour lui expliquer la situation.

11. J'ai accompagné la requérante au bureau de M. Albert Pace et j'ai laissé celui-ci l'interroger. M. Pace m'a informée, et je le crois, que la requérante a été libérée dans les deux heures qui ont suivi, après avoir signé une formule d'acceptation des conditions par laquelle elle s'engageait à se présenter à une enquête lorsqu'un agent d'immigration le lui ordonnerait.

Albert Pace also provided his own affidavit on behalf of the respondents. In it he adopts paragraphs 3 through 11 of Ms. Deschamps' affidavit as if they formed a part of his. It was Mr. Pace who interviewed the applicant following her arrest. He swears that she was again given notice, but this time in writing of her right to have counsel at the inquiry and of her right to notify her government's representative pursuant to the Vienna Convention. He attaches copies of the applicant's signed acknowledgements of receipt. Mr. Pace believes that the applicant made yet a second telephone call from his office, in order to arrange for a ride home.

In regard to use of the telephone, Mr. Pace swears that if the applicant had wished to call anyone, including a lawyer, she would have been allowed to do so and that a telephone directory would have been provided. On his cross-examination by the applicant's counsel, he swore that the applicant was offered the opportunity to contact a lawyer either at the Thompson/Gould residence or at the officers' office "downtown". (Joint motion record, tab 2, page 26, answers to questions 167 to 171). Mr. Pace said that after the interview stated the applicant appeared no longer to be nervous. He does not, and did not know the applicant at all. The applicant herself, on her oral re-examination stated that she felt very "much intimidated", "very scared", "broke down in tears" apprehensive that what was happening to her "would really be bad" and that her state of agitation persisted until she was released. (Joint motion record, tab 1, page 16 answers to questions 97 and 98.) This testimony probably describes the applicant's true condition and state of mind at the material time. The Court accepts it for its truth and accuracy.

Attached to Mr. Pace's affidavit as exhibit "C" is a copy of a declaration written by the applicant during the interview. The applicant stated that he told her to write a "confession" and directed her to write what in other proceedings would be termed inculpatory statements. Given Mr. Pace's direct contradiction of that assertion, and the applicant's acknowledged state of agitation, the Court accepts

Albert Pace a également fourni son affidavit au nom des intimés. Il y fait siens les paragraphes 3 à 11 de l'affidavit de M^{me} Deschamps. C'est M. Pace qui a interrogé la requérante après son arrestation.

a Il jure que celle-ci a de nouveau été informée, mais cette fois par écrit, de son droit aux services d'un avocat à l'enquête ainsi que de son droit d'avertir un représentant de son gouvernement en application de la Convention de Vienne. Il joint des copies b des accusés de réception signés par la requérante. M. Pace croit que la requérante a fait un deuxième appel téléphonique de son bureau afin de prendre des dispositions pour assurer son transport à son domicile.

c En ce qui concerne l'usage du téléphone, M. Pace jure que si la requérante avait voulu téléphoner à qui que ce soit, notamment à un avocat, on le lui aurait permis et on lui aurait fourni un d annuaire. Contre-interrogé par l'avocat de la requérante, il a assuré qu'on avait donné à la requérante la possibilité de communiquer avec un avocat soit lorsqu'elle se trouvait au domicile des Thompson-Gould soit lorsqu'elle est arrivée au e bureau des agents au centre-ville. (Dossier conjoint des requêtes, onglet 2, page 26, réponses aux questions 167 à 171.) M. Pace a déclaré qu'une fois f l'interrogatoire commencé, la requérante ne semblait plus nerveuse. Il ne connaît pas et ne connaissait pas du tout la requérante. Cette dernière a déclaré, au cours de son réinterrogatoire, qu'elle se sentait [TRADUCTION] «très intimidée», [TRADUCTION] «très effrayée», [TRADUCTION] «qu'elle a fondu en larmes» craignant que ce qui se passait g [TRADUCTION] «lui causerait beaucoup de tort» et que sa nervosité a persisté jusqu'au moment de sa mise en liberté. (Dossier conjoint des requêtes, onglet 1, page 16, réponses aux questions 97 et h 98.) Ce témoignage décrit probablement le véritable état d'esprit de la requérante à l'époque en cause. La Cour retient ce témoignage en raison de sa sincérité et de son exactitude.

i Une copie de la déclaration rédigée par la requérante au cours de son interrogatoire est jointe sous la cote C à l'affidavit de M. Pace. La requérante a déclaré que ce dernier lui avait dit de rédiger une «confession» et lui avait ordonné d'écrire ce qui, au cours d'autres procédures, serait qualifié de déclarations inculpatives. Étant donné que M. Pace contredit cette affirmation et vu la nervosité

Mr. Pace's version of the events. Needless to emphasize, had he so misbehaved, especially prior to the arrival of, or conference with, the counsel whom the applicant in fact declined or was not sufficiently informed to contact there would have been a serious infringement of the applicant's rights under paragraph 10(b) of the Charter. However, when asked to complete that written declaration, the applicant and Ms. Deschamps had both already spoken with the applicant's sister Mrs. Golden; and, although offered the opportunity to telephone a lawyer, the applicant had seemingly declined, whether out of confusion, anxiety, not knowing a lawyer, failure of the officers to inform her properly of her paragraph 10(b) right, or because of her sister's advice is not precisely known to the Court, but could raise an inferential finding of fact.

In any event, there is a pragmatic resolution of this matter. While not admitting that the applicant's Charter right was infringed, the respondent's counsel stated that the declaration will not be admitted—nor will the respondents seek to have it admitted—at the inquiry. Therefore, the Court will, with the respondents' consent and noting that no admission of infringement is expressed, grant the remedy claimed by the applicant and order, pursuant to subsection 24(2) of the Charter that the declaration written by the applicant on March 6, 1989 be excluded from evidence and that knowledge of its contents be denied to the official who conducts the inquiry. If already known to such official, a new adjudicator will have to conduct the inquiry.

The other three items which the applicant seeks to have excluded from evidence at any continued or newly instituted inquiry are: (a) the notice of arrest; (b) the statement of allegations; and . . . (d) any documentary evidence obtained after the arrest and to be used in evidence at the inquiry. Items (a) and (b) are not evidence and can never be evidence. Item (a) is a document which seems to be a hybrid cross between a subpoena and an appearance undertaking. Item (b) is akin to a statement of claim which serves to alert the oppo-

avouée de la requérante, la Cour accepte la version des faits de M. Pace. Nul besoin n'est de souligner que s'il s'était aussi mal comporté, en particulier avant l'arrivée ou la consultation de l'avocat avec lequel la requérante a refusé de communiquer ou dont elle n'était pas suffisamment informée pour être en mesure de le faire, il y aurait eu une atteinte grave aux droits garantis à la requérante par l'alinéa 10b) de la Charte. Toutefois, lorsque l'on a demandé à la requérante de faire cette déclaration écrite, elle et M^{me} Deschamps avaient déjà parlé avec sa sœur, M^{me} Godden; et même si on lui a donné l'occasion de téléphoner à un avocat, la requérante a, semble-t-il, refusé de le faire; la Cour ignore exactement si la requérante a agi ainsi en raison de sa nervosité ou de son anxiété, ou parce qu'elle ne connaissait aucun avocat, que les agents ne l'avaient pas informée adéquatement du droit qui lui est garanti par l'alinéa 10b) ou encore, parce que sa sœur le lui avait conseillé, mais cela pourrait permettre d'en arriver à une conclusion de fait par inférence.

De toute manière, il existe une solution pragmatique à cette affaire. Même si elle n'a pas reconnu que le droit garanti à la requérante par la Charte avait été violé, l'avocate des intimés a fait savoir que la déclaration ne serait pas admise à l'enquête et que les intimés n'essaieraient pas de la faire admettre. Par conséquent, après avoir obtenu le consentement des intimés et souligné qu'aucune violation d'un droit n'a été admise, la Cour accordera le redressement réclamé par la requérante et ordonnera, conformément au paragraphe 24(2) de la Charte, que la déclaration rédigée par la requérante le 6 mars 1989 soit écartée de la preuve et que son contenu ne soit pas dévoilé à l'agent qui préside l'enquête. Si cet agent en connaît déjà la teneur, un nouvel arbitre devra présider l'enquête.

Les trois autres éléments que la requérante cherche à faire écarter de la preuve produite à toute enquête complémentaire ou à toute nouvelle enquête sont les suivants: a) l'avis d'arrestation; b) les allégations et . . . d) toute preuve documentaire obtenue après l'arrestation et devant être utilisée à l'enquête. Les documents a) et b) ne sont pas et ne pourront jamais constituer des éléments de preuve. L'élément a) est un document hybride qui ressemble et à un *subpoena* et à un engagement à comparaître. Le document b) est semblable à une déclai-

site party of the claim, but is evidence of nothing. Item (d) is too broadly cast to be accorded here. These require no affirmative order of the Court and will be dismissed on the basis that they do not constitute evidence of anything before any adjudicator, but such adjudicator is, as always, restricted to the admission of proper evidence only.

The last three paragraphs of Mr. Pace's affidavit are all significant and run thus:

8. I asked the applicant to sign an Acknowledgement of Terms and Conditions form agreeing to appear for an inquiry when directed to do so by an immigration officer. Having ascertained her true place of employment and residence, I decided that it would not be necessary to detain her until the inquiry. [Emphasis not in original text.]

9. The applicant was released within two hours of arriving at the Employment and Immigration offices, at approximately 12:00 p.m.

10. I was later informed by my supervisor that I had omitted to particularize my reasons for proceeding with the arrest on the Notice of Arrest Report. Attached hereto and marked as Exhibit "D" to this my Affidavit is the Notice of Arrest Report. However, for the reasons set out in paragraph 7 of the affidavit of Lyne Deschamps, I did verily believe that the applicant might not have appeared for an inquiry.

Although the last avowal expressed in paragraph 10 above, could seem to be lame afterthought, it is not necessarily so, as will be discussed.

The principal issue in contention at the hearing of this case was whether the immigration officers Deschamps and Pace were justified in arresting the applicant instead of writing and forwarding a report of the matter to the Deputy Minister. The reason for the applicant's counsel stout disparagement of the exercise of the officers' power of arrest he explained thus: upon arrest pursuant to subsection 103(2) an inquiry must automatically follow; but upon proceeding pursuant to subsection 27(2) the officer, without arresting the person pursuant to section 103, merely forwards a written report to the Deputy Minister, the latter, (subject to any direction of the Minister) shall, only if he "considers that an inquiry is warranted", direct that an inquiry be conducted. The applicant's counsel stated that once the applicant is arrested, there is

ration qui sert à informer la partie adverse de la réclamation elle-même, mais qui ne constitue pas une preuve de quoi que ce soit. Le document d) est décrit beaucoup trop généralement pour que son exclusion soit accordée en l'espèce. La Cour n'a pas, en l'espèce, à prononcer une ordonnance favorable relativement à l'exclusion de ces documents parce qu'ils ne peuvent servir à prouver quoi que ce soit devant un arbitre, ce dernier étant comme toujours tenu de n'admettre que la preuve régulière.

Les trois derniers paragraphes de l'affidavit de M. Pace sont révélateurs; en voici le texte:

[TRADUCTION] 8. J'ai demandé à la requérante de signer une formule d'acceptation des conditions par laquelle elle s'engageait à se présenter à une enquête lorsqu'un agent d'immigration le lui ordonnerait. Ayant vérifié ses véritables lieux de travail et de résidence, j'ai décidé qu'il ne serait pas nécessaire de la détenir jusqu'au moment de l'enquête. [Non souligné dans le texte original.]

9. La requérante a été libérée dans les deux heures qui ont suivi son arrivée au bureau d'Emploi et Immigration, aux environs de midi.

10. Mon supérieur m'a plus tard informé que j'avais omis de préciser les motifs de l'arrestation de la requérante dans le rapport concernant l'avis d'arrestation. Ce rapport est joint à mon affidavit sous la cote D. Toutefois, pour les motifs exposés au paragraphe 7 de l'affidavit de Lyne Deschamps, je croyais que la requérante aurait pu se dérober à l'enquête.

Même si l'aveu figurant au paragraphe 10 pourrait avoir l'air d'une réflexion après coup peu convaincante, ce n'est pas nécessairement le cas, comme nous le verrons.

Le principal point litigieux à l'audition de la présente affaire consistait à déterminer si les agents d'immigration Deschamps et Pace avaient eu raison d'arrêter la requérante plutôt que de rédiger un rapport et de le transmettre au sous-ministre. L'avocat de la requérante a expliqué de la manière suivante sa critique énergique de l'exercice par les agents de leur pouvoir d'arrestation: une enquête doit suivre automatiquement toute arrestation effectuée sur le fondement du paragraphe 103(2); mais lorsqu'il agit sur le fondement du paragraphe 27(2) sans arrêter la personne en cause conformément à l'article 103, l'agent doit tout simplement faire un rapport au sous-ministre, et ce dernier (sous réserve des instructions du ministre) doit, s'il "estime qu'une enquête s'impose", ordonner la tenue d'une enquête. L'avocat de la requé-

no provision to “dis-arrest” her, and, since the inquiry follows automatically, she thereby loses the benefit or advantage of the Deputy Minister’s consideration of whether it be warranted, or not.

In the circumstances of this case, viewed as they are with lucid hindsight, the Court holds that the immigration officers Deschamps and Pace were overly zealous and officious in effecting the applicant’s arrest pursuant to section 103. Having so readily become satisfied that the applicant would indeed appear for an inquiry—no doubt as a result of the telephone call to her sister from the office, which could as effectively have been performed from the Thompson/Gould residence—the ground for arrest evaporated readily like a wisp of fog before a refreshing zephyr. Indeed if they believed that the residence was not an appropriate place in which to conduct an interview with the applicant nothing whatever prevented them from requesting or inviting her to accompany them voluntarily to their office, without even exerting their power of arrest, but leaving it in reserve, if their slim ground for it appeared to be more substantial than expected. One wishes that they had exercised better, more moderate judgment, rather than bringing the State’s heavy artillery to bear at the outset.

Of course, such a circumstance does not indicate that the ground was illusory or never existed. Alerted to the possibility of two addresses where there ought to have been only one, and the concomitant realization that one of them was possibly a phantom address, the officers could with a little bit of reason form the opinion that the applicant would not appear for an inquiry because they would not know where to contact her. The reasonable basis for such opinion is very slim indeed and soon proved to be non-existent. But hindsight, no matter how keen, does not eradicate the circumstance in which the immigration officers formed their opinion. Even if this Judge, in their place, would have performed differently—of which there can be no doubt—their performance of their duty cannot be gainsaid on that account. Suffice it to say that this Court awards officers Deschamps and

rante a fait valoir qu’une fois que cette dernière a été arrêtée, il n’existait aucune disposition permettant d’annuler cette arrestation («dis-arrest») et que la requérante n’a pu bénéficier de l’examen par le sous-ministre du bien-fondé de l’enquête étant donné que la tenue de celle-ci est automatique.

Après avoir effectué un examen rétrospectif lucide des faits de l’espèce, la Cour statue que les agents d’immigration Deschamps et Pace ont fait preuve de trop de zèle et d’empressement en arrêtant la requérante sur le fondement de l’article 103. Les agents ayant pu rapidement constater que la requérante ne se déroberait pas à l’enquête (il ne subsistait plus aucun doute à la suite de l’appel téléphonique qu’elle a effectué à sa sœur dans leur bureau, appel qui aurait pu tout aussi bien être effectué à la résidence des Thompson-Gould), leur motif d’arrestation s’est évaporé comme la brume sous l’effet d’un frais zéphyr. En fait, s’ils croyaient que cette résidence n’était pas le lieu approprié pour interroger la requérante, rien ne les empêchait de prier cette dernière de les accompagner volontairement à leur bureau et cela, sans même exercer leur pouvoir d’arrestation, mais en le gardant en réserve au cas où leur faible motif d’arrestation se révélerait plus concluant que prévu. Il aurait été souhaitable qu’ils aient fait preuve d’un meilleur jugement et de plus de modération au lieu d’utiliser dès le départ l’artillerie lourde dont dispose le gouvernement.

Évidemment, cela ne signifie pas que leur motif était illusoire ou n’a jamais existé. Mis au courant de la possibilité que la requérante possède deux adresses alors qu’elle n’aurait dû en avoir qu’une seule et constatant en même temps que l’une de celles-ci n’existait probablement pas, les agents avaient un peu raison de croire que la requérante se déroberait à l’enquête étant donné qu’ils ne sauraient pas où la rejoindre. Cette opinion se fondait sur un motif qui était en réalité plutôt faible et qui s’est rapidement révélé inexistant. Mais la sagesse après coup, aussi pénétrante soit-elle, ne fait pas disparaître les circonstances dans lesquelles les agents d’immigration se sont formé une opinion. Même si, à leur place, le juge de la présente affaire aurait agi différemment, et il ne fait aucun doute que tel aurait été le cas, on ne peut s’opposer pour cette raison à la manière dont

Pace no accolade for good judgment or humane concern in the performance of their duty as they saw it on what were barely reasonable and probable grounds for arresting an agitated, scared woman who was eight months through an evident pregnancy.

The applicant's counsel also castigated the officers for not ascertaining the applicant's address by simply telephoning Mrs. Godden on March 3, 1989, in order to inquire if the applicant truly lived there. That would be no way to conduct an investigation. After all, there were indeed reasonable grounds to believe that Mrs. Godden had some complicity in misrepresenting the state and place of the applicant's employment. Her letter of February 23, 1989 as compared with Mr. Thompson's information, provided such grounds. Naturally the investigators would not telephone her then, before verifying where in fact the applicant was working, without compromising their own competence as investigators worthy of the name.

The power of arrest even in a free and democratic society, is a formidable instrument of coercion, not to emphasize intimidation. That power is to be wielded cautiously and, of course, strictly legally. The Court here has concluded that the immigration officers wielded their formidable state power too callously, but not strictly illegally. Legality, however, is not an ephemeral requirement, it must be observed throughout the entire process. The two senior immigration examining officers' conduct of the case after arrest must be viewed through the optic of such legality.

The provisions of the *Immigration Act* are the primary source of such legality. The pertinent provisions run so:

27. ...

(2) Where an immigration officer or a peace officer is in possession of information indicating that a person in Canada, other than a Canadian citizen or permanent resident, is a person who

ils se sont acquittés de leurs fonctions. Il suffit de dire que la Cour ne félicite pas les agents Deschamps et Pace pour avoir fait montre d'un bon jugement ou de compassion pour s'acquitter de leur devoir, tel qu'ils le comprenaient, en se fondant sur des motifs à peine raisonnables et vraisemblables d'arrêter une femme émue et effrayée qui en était à huit mois d'une grossesse évidente.

L'avocat de la requérante a également blâmé les agents d'immigration parce qu'ils n'avaient pas vérifié l'adresse de sa cliente en téléphonant tout simplement à M^{me} Godden, le 3 mars 1989, afin de lui demander si la requérante habitait réellement à cet endroit. On ne mène pas une enquête de cette manière. Après tout, il existait des motifs raisonnables de croire que M^{me} Godden était la complice de la requérante en ce qui concerne les fausses déclarations de cette dernière au sujet de ses lieux et conditions de travail. Sa lettre du 23 février 1989, confrontée aux renseignements fournis par M. Thompson, permettait d'en arriver à une telle conclusion. Les enquêteurs ne pouvaient évidemment pas lui téléphoner avant d'avoir d'abord vérifié où travaillait réellement la requérante, sans remettre en question leur propre compétence d'enquêteurs dignes de ce nom.

Même dans une société libre et démocratique, le pouvoir d'arrestation constitue un redoutable instrument de coercition pour ne pas dire d'intimidation. Il faut exercer ce pouvoir avec prudence et, évidemment, en respectant rigoureusement la loi. La Cour conclut en l'espèce que les agents d'immigration ont exercé leur redoutable pouvoir trop durement, mais pas tout à fait illégalement. La légalité n'est toutefois pas une exigence provisoire; elle doit être respectée tout au long du processus. C'est la légalité du comportement des deux agents examineurs principaux après l'arrestation de la requérante qu'il faut examiner.

Ce sont les dispositions de la *Loi sur l'immigration* qui constituent la principale source d'une telle légalité. En voici les dispositions pertinentes:

27. ...

(2) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit, sauf si la personne en cause, arrêtée sans mandat, est détenue en vertu de l'article 103, faire un rapport circonstancié au sous-ministre de renseignements concernant une personne se trouvant au Canada autrement qu'à titre de citoyen canadien ou de résident permanent et indiquant que celle-ci, selon le cas:

(b) has engaged or continued in employment in Canada contrary to this Act or the regulations,

b) a occupé un emploi au Canada en violation de la présente loi ou de ses règlements;

the immigration officer or peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of such information unless that person has been arrested without warrant and held in detention pursuant to section 103.

(3) Subject to any order or direction of the Minister, the Deputy Minister shall, on receiving a report pursuant to subsection (1) or (2), and where the Deputy Minister considers that an inquiry is warranted, forward a copy of that report and a direction that an inquiry be held to a senior immigration officer.

(3) Sous réserve des arrêtés ou instructions du ministre, le sous-ministre, s'il estime qu'une enquête s'impose, transmet à un agent principal un exemplaire du rapport visé au paragraphe (1) ou (2) et ordonne la tenue d'une enquête.

28. Where a person is held in detention pursuant to section 103 for an inquiry, a senior immigration officer shall forthwith cause the inquiry to be held concerning that person.

28. L'agent principal fait procéder sans délai à une enquête sur toute personne retenue ou détenue, en vertu [...] de l'article 103.

103. ...

103. ...

(2) Every peace officer in Canada, whether appointed under the laws of Canada or of any province or municipality thereof, and every immigration officer may, without the issue of a warrant, an order or a direction for arrest or detention, arrest and detain or arrest and make an order to detain

(2) L'agent de la paix, qu'il soit nommé en vertu d'une loi fédérale ou provinciale ou d'un règlement municipal, et l'agent d'immigration peuvent, sans mandat, ordre ou instruction à cet effet, arrêter et garder ou arrêter et faire garder:

(a) for an inquiry, any person, who on reasonable grounds is suspected of being a person referred to in paragraph 27(2)(b), ...

a) aux fins d'enquête, toute personne soupçonnée, pour des motifs raisonnables, de faire partie de l'une des catégories visées aux alinéas 27(2)b) ... et qui, à leur avis, constitue une menace pour la sécurité publique ou se dérobera à l'enquête;

where, in the opinion of the officer, the person poses a danger to the public or would not otherwise appear for the inquiry or for removal from Canada.

(4) Where any person is detained for an ... inquiry pursuant to this section, the person who detains or orders the detention of that person shall forthwith notify a senior immigration officer of the detention and the reasons therefor.

(4) Le gardien ou celui qui, en application du présent article, ordonne la garde aux fins d'interrogatoire ou d'enquête doit immédiatement en aviser un agent principal, avec motifs à l'appui.

(5) A senior immigration officer may, within forty-eight hours from the time when a person is placed in detention pursuant to this Act, order that the person be released from detention subject to such terms and conditions as the officer deems appropriate in the circumstances, including the payment of a security deposit or the posting of a performance bond. [Emphasis not in original text.]

(5) Dans les quarante-huit heures suivant le moment où une personne est placée sous garde en application de la présente loi, l'agent principal peut ordonner sa mise en liberté, aux conditions qu'il juge indiquées en l'espèce, notamment la fourniture d'un cautionnement ou d'une garantie de bonne exécution. [Non souligné dans le texte original.]

If the applicant was indeed held in detention pursuant to section 103 for an inquiry it is clear that such detention endured for only about two hours. Her relatively prompt release, pursuant to the statutory provision of subsection 103(5), removed her—at least in the circumstances here revealed—from the operation of section 28 and made compliance with its mandatory direction impossible, or at least, not in fact achieved. In effect, there is a “dis-arrest” provision, which resides in subsection 103(5), and it is entirely practical and

S'il est vrai que la requérante a été retenue ou détenue en vertu de l'article 103, il est toutefois évident que sa détention n'a duré qu'environ deux heures. Sa mise en liberté relativement rapide, sur le fondement du paragraphe 103(5), l'a soustraite, du moins dans les circonstances dévoilées en l'espèce, à l'application de l'article 28 et a rendu impossible ou, du moins, a empêché l'exécution concrète de la disposition obligatoire qui s'y trouve. En effet, il existe une disposition de mise en liberté au paragraphe 103(5), et il s'agit d'une

humane. Mr. Pace is certainly not to be criticized for invoking it. He did, however, fail to comply (on the evidence presented) with the mandatory direction of subsection 103(4) for, if he did forthwith notify a senior immigration officer of the applicant's then discontinued detention, he appears to have failed to notify such officer forthwith of the reasons for such detention. (Para. 10 and exhibit D to his affidavit; and joint motion record, tab 2, page 34, answer to Q. 224.) He mistakenly failed to record any reasons and only later adopted the reasons set out in Ms. Deschamps' paragraph 7 of her affidavit. The principal ground for arrest had been allayed, and the applicant was no longer held in detention for an inquiry.

Since there could be, and in fact there was, no compliance with section 28, there obviously could not be any automatic institution of an inquiry. Whatever the effect of section 103, it is clear that the applicant was no longer held in detention pursuant to section 103, a circumstance predicated in subsection 27(2). Rather she is a person who was released from detention pursuant to section 103—subsection (5). The obvious implication of the statutory scheme enacted by Parliament, in circumstances such as are here revealed, is that either Ms. Deschamps or, more likely Mr. Pace, since both agree that he actually effected the arrest, must comply with the provisions of subsection 27(2) and “forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of [the] information”. After all, the applicant had not been held in detention pursuant to section 103 (read with the mandatory provisions of section 28 and subsection 103(4) as necessary conditions thereof) but in fact, at the material times for such conditions, had been released from detention, if the interview was such, pursuant to section 103 — subsection (5). This appears to be the statute's effect without straining any interpretation of it, and bearing in mind that where the individual's right to liberty is involved the statute ought to be strictly interpreted in order to avoid infringement of such a right and of the (very) liberty itself. Counsel both agreed that, apart from unreasonable delays, there is no time limit within which the forwarding of the written report to the Deputy Minister must be accomplished.

mesure tout à fait pratique et humanitaire. On ne peut certainement pas reprocher à M. Pace de l'avoir utilisée. Il a toutefois omis de se conformer (selon la preuve fournie) à la disposition obligatoire du paragraphe 103(4) car, s'il a immédiatement avisé un agent principal de la détention alors terminée de la requérante, il semble qu'il n'ait pas fourni immédiatement à cet agent les motifs de ladite détention. (Paragraphe 10 et pièce D jointe à l'affidavit; dossier conjoint des requêtes, onglet 2, page 34, réponse à la question 224.) Il a, par erreur, omis de fournir des motifs et, par la suite, il a adopté ceux exposés par M^{me} Deschamps au paragraphe 7 de son affidavit. Le principal motif d'arrestation avait été éliminé, et la requérante n'était plus détenue aux fins d'enquête.

Étant donné qu'il était impossible d'appliquer l'article 28, ce qui d'ailleurs n'a pas été fait, il ne pouvait manifestement pas y avoir d'enquête. Peu importe l'effet de l'article 103, il est clair que la requérante n'était plus détenue en vertu de l'article 103, condition prévue au paragraphe 27(2). La requérante a plutôt été mise en liberté conformément à l'article 103 paragraphe (5). Il est manifeste que l'objectif de la loi adoptée par le Parlement est, dans les circonstances révélées en l'espèce, que M^{me} Deschamps ou, plus vraisemblablement, M. Pace, étant donné que tous les deux reconnaissent que c'est ce dernier qui a en réalité effectué l'arrestation, doivent se conformer aux dispositions du paragraphe 27(2) et «faire un rapport circonstancié au sous-ministre». Après tout, la requérante n'a pas été détenue conformément à l'article 103 (qui constitue une condition aux dispositions obligatoires de l'article 28 et du paragraphe 103(4)) mais en réalité, à l'époque en cause, elle a été mise en liberté, sur le fondement de l'article 103 paragraphe (5), si on pouvait considérer que l'interrogatoire constituait une détention. Tel semble être l'effet du texte de loi sans qu'on ait à en forcer le sens et si on n'oublie pas que, lorsque le droit à la liberté d'un individu est en cause, la loi doit être interprétée strictement afin d'éviter la violation de ce droit et de la liberté elle-même. Les avocats ont tous les deux reconnu que, sauf dans le cas de retards déraisonnables, il n'y a pas de délai limite à la remise du rapport circonstancié au sous-ministre.

In the result the inquiry already instituted and now adjourned until August 28, 1989, must be quashed for it rests on an illegal base. That is, the Deputy Minister has not indicated that he “considers that an inquiry is warranted” in compliance with subsection 27(3), “subject to any order or direction of the Minister”. This Court considers that the foregoing must be the result of any invocation of the outstandingly reasonable and practical provisions of subsection 103(5) and, at least, it must be the result in the circumstances of this case at bar.

In view of the foregoing findings and disposition, it is unnecessary to consider the applicant’s claims expressed to be pursuant to subsections 15(1) and (2) of the Charter and pursuant to paragraph 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III]. No order will be promulgated in regard to those particular claims for relief.

If “the Deputy Minister considers that an inquiry is warranted” a new inquiry must be instituted, with a new adjudicator. The applicant’s declaration of March 6, 1989, is and remains quite inadmissible in evidence at any such inquiry.

There is, of course, no provision of law to prevent or prohibit the applicant’s counsel from making written representations to the Deputy Minister in order to attempt to persuade the latter that an inquiry is not warranted. The Deputy Minister is not obliged to wait for such representations for he is not obliged even to receive written representations, but it is assumed that the Deputy Minister, being an honourable person, will not unduly rush consideration of the matter in order to frustrate counsel’s efforts. Undoubtedly the Deputy Minister approaches the task in accordance with the determinations of this Court’s Appeal Division in *Kindler v. MacDonald*, [1987] 3 F.C. 34; 41 D.L.R. (4th) 78 and, if so, the applicant can have no complaint about it. It may be thought that this disposition amounts to very little, if not an illusory gain for the applicant. Even so, the Court, in its discretion, grants it because she is, in strict law, entitled to this disposition.

The applicant has been successful herein on the principal contentious issue calling for adjudication,

Par conséquent, l’enquête déjà commencée et maintenant reportée au 28 août 1989 doit être annulée parce que son fondement est illégal. C’est-à-dire que le sous-ministre n’a pas indiqué, conformément au paragraphe 27(3), qu’il «estime qu’une enquête s’impose», «sous réserve des arrêtés ou instructions du ministre». La Cour estime que tel doit être le résultat lorsqu’on applique les dispositions remarquablement raisonnables et pratiques du paragraphe 103(5), et que tel doit être le résultat compte tenu des faits de l’espèce.

Étant donné la décision et les conclusions qui précèdent, il est inutile d’examiner les demandes fondées sur les paragraphes 15(1) et (2) de la Charte et sur l’alinéa 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), Appendice III]. La Cour ne rendra aucune ordonnance relativement à ces demandes particulières de réparation.

Si «le sous-ministre estime qu’une enquête s’impose», une nouvelle enquête devra être tenue devant un nouvel arbitre. La déclaration faite par la requérante le 6 mars 1989 est et demeure tout à fait inadmissible en preuve à toute enquête de ce genre.

Il n’existe évidemment aucune disposition législative empêchant l’avocat de la requérante ou lui interdisant de s’adresser par écrit au sous-ministre afin d’essayer de le convaincre de l’inutilité d’une enquête. Le sous-ministre n’est pas obligé d’attendre qu’une telle argumentation lui soit soumise, car il n’est même pas tenu de recevoir une argumentation écrite; mais le sous-ministre étant une personne respectable, on présume qu’il ne précipitera pas l’examen de l’affaire afin de faire échouer les efforts de l’avocat. Il ne fait aucun doute que le sous-ministre s’acquitte de sa tâche en se conformant aux décisions rendues par la Section d’appel de cette Cour dans l’arrêt *Kindler c. MacDonald*, [1987] 3 C.F. 34; 41 D.L.R. (4th) 78, et dans un tel cas, la requérante ne peut se plaindre. On pourrait croire que la présente décision constitue pour la requérante un faible gain, sinon un gain illusoire. Exerçant son pouvoir discrétionnaire, la Cour rend quand même cette décision, car la requérante y a légalement droit.

La requérante a eu gain de cause en l’espèce sur le principal point litigieux devant être tranché et, à

and at the same stage of the litigation, her counsel persuaded the respondents to consent to the inadmissibility of the applicant's written and signed declaration dated March 6, 1989. The foregoing provides reason enough to award the applicant her party-and-party costs of and incidental to these proceedings, after taxation thereof. Such award in no manner reflects anything but high respect for the demeanour and professionalism of the respondents' counsel. It reflects only the principle that ordinarily the loser pays the victor's costs.

la même étape du litige, son avocat a convaincu les intimés de reconnaître l'inadmissibilité de la déclaration écrite et signée par la requérante le 6 mars 1989. Cela constitue un motif suffisant pour accorder à la requérante les frais entre parties ainsi que les autres frais afférents aux présentes procédures, dès qu'ils auront été taxés. Une telle décision ne traduit rien d'autre qu'un profond respect pour le comportement et le professionnalisme de l'avocate des intimés. Elle n'exprime que le principe selon lequel c'est le perdant qui paie ordinairement les frais du vainqueur.

T-4853-77

T-4853-77

W.H. Brady Co. (Plaintiff)

v.

Letraset Canada Limited (Defendant)**INDEXED AS: W.H. BRADY CO. v. LETRASET CANADA LTD. (T.D.)**

Trial Division, Preston P.—Toronto, June 6, 7 and August 1, 1989.

Practice — Costs — Taxation — Judgment in patent infringement action awarding costs to defendant — Costs of litigation in fact paid by Letraset U.K. — Plaintiff raising preliminary objection to taxation, arguing defendant did not incur any costs — Plaintiff alleging solicitors for defendant instructed by Letraset U.K. and at no time received retainer from Letraset Canada — Latter having reimbursed Letraset U.K. to put itself in position to collect costs — Objection dismissed — Certificate to issue for \$64,051.94 with interest — In absence of proof to contrary, where solicitor acting for company with its knowledge, company liable to solicitor for costs.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344(7), Tariff A, s. 3(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED**DISTINGUISHED:**

Simpson v. Local Board of Health of Belleville (1917-18), 41 O.L.R. 320 (H.C.).

AUTHORS CITED

Orkin Markin M. *The Law of Costs* 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., 1987.

COUNSEL:

A. David Morrow for plaintiff.
Neil R. Belmore for defendant.

SOLICITORS:

Smart & Biggar, Ottawa, for plaintiff.

Gowling & Henderson, Toronto, for defendant.

W.H. Brady Co. (demanderesse)

c.

Letraset Canada Limited (défenderesse)**RÉPERTORIÉ: W.H. BRADY CO. c. LETRASET CANADA LTD. (1^{re} INST.)**

b Section de première instance, protonotaire Preston—Toronto, 6 et 7 juin et 1^{er} août 1989.

Pratique — Frais et dépens — Taxation — Jugement relatif à une action en contrefaçon de brevet adjugeant les dépens à la défenderesse — Les dépens du litige ont, en fait, été payés par Letraset R.-U. — La demanderesse soulève une exception préliminaire relative à la taxation en faisant valoir que la défenderesse n'a engagé aucun frais — Elle soutient que les procureurs de la défenderesse ont reçu des instructions de Letraset R.-U. et qu'en aucun temps ils n'ont touché une provision de Letraset Canada — Cette dernière a remboursé Letraset R.-U. pour permettre à la société canadienne de percevoir les dépens — Objection rejetée — Certificat établi au montant de 64 051,94 \$ avec intérêts — En l'absence d'une preuve contraire, lorsqu'un procureur représente une société qui en a connaissance, celle-ci est responsable des dépens envers le procureur en question.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 344(7), tarif A, art. 3(2).

JURISPRUDENCE**DISTINCTION FAITE AVEC:**

Simpson v. Local Board of Health of Belleville (1917-18), 41 O.L.R. 320 (H.C.).

DOCTRINE

Orkin Markin M. *The Law of Costs* 2^e éd. Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., 1987.

AVOCATS:

A. David Morrow pour la demanderesse.
Neil R. Belmore pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Smart & Biggar, Ottawa, pour la demanderesse.

Gowling & Henderson, Toronto, pour la défenderesse.

The following are the reasons for taxation rendered in English by

PRESTON P.: This taxation of the defendant's costs on a party and party basis came on before me in Toronto on June 6 and 7, 1989. Counsel for the plaintiff raised a preliminary objection to the taxation proceeding. The main thrust of the argument being that, in the judgment rendered Letraset Canada Limited was entitled to its costs, whereas in fact it did not incur any costs as Letraset U.K. paid all costs of the litigation. After hearing argument on the preliminary point I directed that the taxation should proceed and that if an appeal from my ruling was decided upon then reasons for my decision would be given.

The taxation then proceeded on the defendant's bill of costs.

When the bill was originally submitted, attached to an affidavit of R. Scott Jolliffe, cross-examination was held. Following the cross-examination Mr. Jolliffe filed another affidavit containing a revised bill of costs, which covered fees and disbursements totalling \$122,624.81. This bill formed the basis of the taxation. During the deliberations on the taxation, which lasted one and a half days, many items were either agreed to by counsel for the plaintiff or withdrawn by counsel for the defendant. The remaining items I either allowed, disallowed or reduced from the amount shown on the bill.

I reserved my decision and a conference call was scheduled for June 20, 1989. At that time I indicated to counsel that a certificate of taxation in the amount of \$64,051.94 plus interest at 5% per annum from the date of the judgment in this action [(1985), 7 C.P.R. (3d) 82; 7 C.I.P.R. 1 (F.C.T.D.)], the 20th day of November 1985, until the date of payment of the taxed costs would issue if no appeal was taken.

I was informed by the plaintiff's counsel that he had been instructed to appeal my ruling on the preliminary objection, however he would not be

Ce qui suit est la version française des motifs de la taxation rendus par

LE PROTONOTAIRE PRESTON: La taxation des dépens entre parties de la défenderesse a eu lieu devant moi à Toronto les 6 et 7 juin 1989. L'avocat de la demanderesse a soulevé une objection préliminaire relative à la procédure de taxation. L'argument portait principalement sur le fait que dans le jugement rendu, Letraset Canada Limited avait droit à ses dépens, mais en réalité celle-ci n'avait subi aucun frais puisque Letraset R.-U. avait payé tous les frais afférents au litige. Après avoir entendu l'argument portant sur le point préliminaire, j'ai ordonné que la taxation suive son cours et que si un appel formé à l'encontre de ma décision était prononcé, je motiverais alors ma décision.

On a donc procédé à la taxation du mémoire de frais de la défenderesse.

Lorsque le mémoire de frais joint à l'affidavit de M. R. Scott Jolliffe a été présenté à l'origine, il a été procédé à un contre-interrogatoire. À la suite de celui-ci, M. Jolliffe a déposé un autre affidavit contenant un mémoire de frais révisé qui comprenait les honoraires et les débours totalisant la somme de 122 624.81 \$. C'est ce mémoire qui constitue le fondement de la taxation. Au cours des discussions portant sur la taxation qui ont duré une journée et demie, plusieurs éléments du tarif ont fait l'objet, soit d'un consentement de la part de l'avocat de la demanderesse, soit d'un retrait de la part de l'avocat de la défenderesse. Les autres éléments qui restaient, je les ai soit accordés, soit rejetés ou réduits du montant figurant sur le mémoire de frais.

J'ai remis le prononcé de ma décision et une téléconférence a été prévue pour le 20 juin 1989. À ce moment, j'ai informé les avocats qu'un certificat de taxation au montant de 64 051.94 \$, augmenté d'un intérêt annuel de 5 pour cent à compter de la date du jugement dans la présente cause [(1985), 7 C.P.R. (3d) 82; 7 C.I.P.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.)], soit le 20 novembre 1985, jusqu'à la date du paiement des frais taxés, serait délivré si aucun appel n'était interjeté.

L'avocat de la demanderesse m'a informé qu'il avait reçu instructions d'interjeter appel de ma décision sur l'objection préliminaire, toutefois, il

appealing the final amount taxed. Counsel for the defendant also indicated that he would not be appealing from the amount fixed, and that it was his opinion that my reasons could be restricted to the legal arguments submitted on the preliminary objection.

Mr. Morrow, counsel for the plaintiff stated that, he now understands, during the course of the litigation no fees or disbursements were paid by the defendant, Letraset Canada Limited, but that instead all accounts were forwarded to and paid by Letraset U.K. This in his submission is a bar to Letraset Canada Limited now recovering any costs. He further stated that, following *Simpson v. Local Board of Health of Belleville* (1917-18), 41 O.L.R. 320 (H.C.), costs can only be recovered if the party was liable to pay them to his solicitor. A party cannot, by a voluntary payment, create a liability that did not otherwise exist.

In the *Simpson* case Middleton J. at page 321 stated as follows:

There is a fundamental principle, which has been recognised in many cases in our Courts, that costs are an indemnity and an indemnity only, and cannot be made a source of profit to the party, nor can a party by any voluntary payment he may make increase the burden cast upon his adversary who has been ordered to pay his costs.

As put by Draper, C.J., in *Jarvis v. Great Western R.W. Co.* (1859), 8 U.C.C.P. 280, 285: "If the client be not liable to pay costs to his attorney he cannot have judgment to recover those costs against the opposite party."

In that case the action was dismissed with costs, the defence was in substance the defence of the corporation, the actual defendants being public officers representing the ratepayers of the city.

Plaintiff's counsel also stated that Gowling & Henderson, solicitors for the defendant, were instructed by Mr. Gallafent and Letraset U.K. and at no time did they receive a retainer from Letraset Canada Limited. Evidence also shows that Letraset Canada Limited reimbursed Letraset U.K. to put the Canadian Company in a position to collect costs, and this he submits is contrary to

ne contestait pas le montant taxé en définitive. L'avocat de la défenderesse a indiqué également qu'il n'interjetterait pas appel du montant taxé et, à son avis, mes motifs pouvaient porter uniquement sur les arguments juridiques invoqués lors de l'objection préliminaire.

L'avocat de la demanderesse, M. Morrow, a dit que, pour autant qu'il le sache, au cours du litige aucun honoraire ou débours n'a été versé par la défenderesse, Letraset Canada Limited, mais qu'en revanche, tous les comptes ont été envoyés à Letraset R.-U. et payés par celle-ci. Ce fait, d'après lui, empêche Letraset Canada Limited de recouvrer maintenant les frais. Il a ajouté que suivant l'arrêt *Simpson v. Local Board of Health of Belleville* (1917-18), 41 O.L.R. 320 (H.C.), les dépens ne peuvent être recouverts que si la partie était tenue de les payer à son procureur. Une partie ne saurait par un versement volontaire créer une obligation qui, par ailleurs, n'existait pas.

Dans l'affaire *Simpson*, le juge Middleton a déclaré ce qui suit à la page 321:

[TRADUCTION] Il existe un principe fondamental qui a été reconnu dans de nombreuses causes devant nos tribunaux, principe selon lequel les frais constituent une indemnité et seulement une indemnité et ils ne sauraient devenir une source de profit pour la partie en cause; en outre, une partie ne peut non plus au moyen d'un paiement volontaire qu'elle peut faire, alourdir le fardeau qui incombe à son adversaire qui a reçu l'ordre de payer les dépens.

Voici les propos du juge en chef Draper dans l'affaire *Jarvis v. Great Western R.W. Co.* (1859), 8 U.C.C.P. 280, page 285: «Si le client n'est pas tenu de payer les dépens à son avocat, il ne peut obtenir un jugement lui permettant de les recouvrer contre la partie adverse.»

Dans cette cause, l'action a été rejetée avec dépens. La défense était essentiellement celle de la société, les défendeurs étant en fait des fonctionnaires représentant les contribuables de la ville.

L'avocat de la demanderesse a également déclaré que les procureurs de la défenderesse, soit Gowling & Henderson, avaient reçu des instructions de la part de M. Gallafent et Letraset R.-U., et qu'en aucun temps ils avaient touché une provision de Letraset Canada Limited. La preuve démontre aussi que Letraset Canada Limited a remboursé Letraset R.-U. pour permettre à la société canadienne de percevoir les dépens et, l'avocat de la demanderesse prétend que cela va à l'encontre de principe fondamental énoncé par le

the fundamental principle stated by Middleton J. in *Simpson v. Local Board of Health*, supra.

Mr. Belmore counsel for the defendant submitted that the affidavit of Mr. McClenahan filed, was also intended to be used to comply with Tariff A [Federal Court Rules, C.R.C., c. 663] subsection 3(2) as a statement of payment. He also stated that Letraset Canada Limited was liable to pay lawyers' fees and other disbursements even if it did not pay them. The plaintiff examined the president of Letraset Canada Limited for discovery prior to the trial so it cannot be said that the Canadian Company took no part in the litigation.

Mr. Belmore also referred to Orkin on costs [*The Law of Costs*] where in section 209.14 of his second edition he states:

The burden of proving that a party is not answerable to his own solicitor for costs lies on the party who raises the contention. In the absence of evidence establishing the existence of an express agreement that the party would not be liable for his solicitor's costs, he is liable unless it be established by affirmative evidence that he did not in fact retain the solicitors either personally or by an agent, or in any other way.

In my view when it is established that solicitors are acting for a company with its knowledge, it becomes liable to the solicitor for costs. In this case the plaintiff named Letraset Canada Limited as the only defendant in the action. It has been shown that the accounts of the defendant's lawyers and of the witnesses called by the defendant have all been paid. The trial judgment awarded costs to the defendant.

I note with interest that on the plaintiff's motion under Rule 344(7), dealing with costs, returnable before the Trial Judge on December 6, 1985 no mention was made of the issue raised in this preliminary objection.

In my opinion this case, involving private companies, can be distinguished from the case of *Simpson v. Local Board of Health of Belleville* referred to by counsel for the plaintiff.

juge Middleton dans l'affaire précitée, *Simpson v. Local Board of Health*.

L'avocat de la défenderesse, M. Belmore, a fait valoir que l'affidavit de M. McClenahan, a été déposé en vue d'être utilisé à titre d'état de versement pour se conformer aux exigences du paragraphe 3(2) du tarif A [Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663]. Il a déclaré également que Letraset Canada Limited était tenue de payer, à la fois, les honoraires d'avocats et autres débours même si elle ne l'avait pas fait. Avant le déroulement du procès, la demanderesse a interrogé au préalable le président de Letraset Canada Limited, et il s'ensuit qu'on ne saurait dire que la société canadienne en question n'a eu aucune participation au présent litige.

M. Belmore a également cité l'ouvrage d'Orkin portant sur les dépens [*The Law of Costs*], dont l'article 209.14 de la deuxième édition dit ce qui suit:

[TRADUCTION] L'obligation de prouver qu'une partie n'est pas responsable des frais envers son propre procureur incombe à celui qui soulève cette prétention. En l'absence de preuve établissant l'existence d'une entente explicite selon laquelle une partie ne sera pas tenue des frais de son procureur, celle-ci en sera responsable, sauf s'il est établi au moyen d'une preuve affirmative qu'elle n'a pas, de fait, retenu les services d'un avocat, soit personnellement, soit par l'entremise d'un mandataire ou de toute autre façon.

À mon avis, lorsqu'il est établi que des procureurs représentent une société qui en a connaissance, celle-ci est responsable des dépens envers les procureurs en question. La demanderesse en l'espèce a poursuivi Letraset Canada Limited à titre de défenderesse unique au litige. Il a été démontré que les comptes des avocats de la défenderesse et des témoins qu'elle a cités ont tous été acquittés. Le jugement de première instance accordait les dépens à la défenderesse.

Je tiens à souligner que dans la requête au sujet des dépens, présentée par la demanderesse en vertu de la Règle 344(7) et qui devait être présentée au juge de première instance le 6 décembre 1985, on n'a nullement mentionné la question litigieuse soulevée lors de l'objection préliminaire en cause.

À mon avis, la présente affaire, qui met en cause des sociétés privées, peut se distinguer de l'affaire *Simpson v. Local Board of Health of Belleville* citée par l'avocat de la demanderesse.

In that case a Local Board of Health was named as defendant, the defence was undertaken by the city council and conducted by the regular solicitor for the Corporation. In the case before me Letraset U.K. may be the parent company of Letraset Canada Limited although that was not mentioned. The judgment at trial gave the defendant its costs.

I am also required to tax the costs of the defendant pursuant to the order of the Trial Judge dated December 11, 1985. This I have done.

My decision, following argument on the preliminary issue, to refuse the preliminary objection and proceed with the taxation, made on June 6, 1989, is now supported by these reasons.

The defendant's costs are therefore taxed, as previously mentioned, at \$64,051.94 with interest at 5% per annum. A certificate will be issued for that amount.

a Dans cette cause, un comité local de la santé a été désigné comme défendeur. Le conseil de ville a assumé la défense qui a été confiée à l'avocat de la société. Dans l'affaire dont je suis saisi, il se peut que Letraset R.-U. soit la société mère de Letraset Canada Limited, mais cela n'a pas été mentionné. Le jugement prononcé lors du procès a adjugé les dépens à la défenderesse.

b Je dois également taxer les frais de la défenderesse conformément à l'ordonnance du juge du procès rendue le 11 décembre 1985. C'est ce que j'ai fait.

c Par suite de l'argumentation sur la question préalable, ma décision en date du 6 juin 1989 de rejeter l'objection préliminaire et de procéder à la taxation se trouve maintenant étayée par les présents motifs.

d Les dépens de la défenderesse sont par conséquent taxés ainsi qu'il a été mentionné ci-dessus, au montant de 64 051,94 \$ avec intérêt annuel de 5 pour cent. Un certificat établi conformément à cette somme sera délivré.

T-4853-77

T-4853-77

W.H. Brady Co. (Plaintiff)

v.

Letraset Canada Limited (Defendant)**INDEXED AS: W.H. BRADY CO. v. LETRASET CANADA LTD. (T.D.)****Trial Division, Cullen J.—Ottawa, October 11 and 17, 1989.**

Practice — Costs — Taxation — Successful party not entitled to taxation of costs awarded to it at trial where solicitor's costs had in fact been paid by successful party's parent company.

The defendant in a patent infringement action was successful in its counterclaim that the patent was invalid and was awarded costs. Before the Prothonotary, the plaintiff objected to the taxation of costs on the grounds that the defendant was not liable to its solicitors, Gowling & Henderson, and had not itself paid any of the costs of this litigation. It was alleged that the costs had in fact been paid by the defendant's parent company, and accordingly argued that the defendant was not entitled to recover any costs from the plaintiff. The Prothonotary overruled the objection and proceeded with the taxation. This is a motion under Rule 346(2) for an order setting aside the Prothonotary's certificate and declaring that the costs recoverable by the defendant from the plaintiff be taxed and allowed at nil.

Held, the motion should be allowed.

The Prothonotary's decision was discretionary and could be overruled only if it was clearly wrong on the facts or was based on an erroneous principle of law or if it resulted in some injustice to the appellant.

The only issue to be determined was whether or not the defendant was liable to pay Gowling & Henderson's costs. In actual fact, the defendant did not pay these costs, until after the issue of liability for them was raised by the plaintiff. It appeared that the purpose of the payment was to undermine the plaintiff's application.

The Prothonotary was mistaken as to the facts in that there was no evidence that Gowling & Henderson acted for the defendant. Indeed, this law firm acted for the parent company from which it was getting instructions and payment. Gowling & Henderson had no written retainer from the defendant and submitted no accounts for payment to it. The evidence failed to establish that the parent company's patent agent, who was its representative in connection with all matters that were going on in the case, was also the defendant's agent.

To allow the decision to stand would result in an injustice to the appellant. The direct payment to the parent company was most suspect, coming as it did after the issue was raised and in an unusual form. Nor were there no indirect payments pursuant to some agreement to that effect since no such agreement was proven to exist. Nor was the defendant anything more than

W.H. Brady Co. (demanderesse)

c.

a Letraset Canada Limited (défenderesse)**RÉPERTORIÉ: W.H. BRADY CO. c. LETRASET CANADA LTD. (1^{re} INST.)****b Section de première instance, juge Cullen—Ottawa, 11 et 17 octobre 1989.**

Pratique — Frais et dépens — Taxation — La partie qui a eu gain de cause n'a pas droit à la taxation des frais qui lui ont été adjugés en première instance lorsque c'est sa société mère qui avait en fait payé les frais de procureur.

Dans une action en contrefaçon de brevet, la demande reconventionnelle de la défenderesse selon laquelle le brevet était invalide a été accueillie, et celle-ci s'est vu adjuger les dépens. Devant le protonotaire, la demanderesse s'est opposée à la taxation des frais pour le motif que la défenderesse n'était pas responsable envers ses procureurs, Gowling & Henderson, et n'avait pas elle-même payé les frais du présent litige. Il est allégué que les frais ont en fait été payés par la société mère de la défenderesse et que, en conséquence, celle-ci n'était pas en droit de les recouvrer de la demanderesse. Le protonotaire a rejeté l'objection et il a procédé à la taxation. Il s'agit d'une requête fondée sur la Règle 346(2) et visant à obtenir une ordonnance portant annulation du certificat du protonotaire et déclarant que les frais que la défenderesse peut recouvrer de la demanderesse sont taxés à un montant nul.

Jugement: la requête devrait être accueillie.

f La décision du protonotaire est discrétionnaire et ne saurait être cassée que si elle est clairement erronée quant aux faits ou repose sur un principe erroné de droit ou a causé une injustice à l'appelante.

g La seule question à trancher est de savoir si la défenderesse était tenue de payer les frais du cabinet Gowling & Henderson. En fait, la défenderesse n'a payé ces frais qu'après que la question de la responsabilité de ceux-ci eut été soulevée par la demanderesse. Il appert que ce paiement visait à saper la demande de la demanderesse.

h Le protonotaire a eu tort quant aux faits parce que rien ne prouve que le cabinet Gowling & Henderson occupait pour la défenderesse. En fait, ce cabinet agissait pour le compte de la société mère, recevant les instructions de celle-ci et se faisant payer par elle. Le cabinet Gowling & Henderson n'avait aucun mandat écrit de la défenderesse, et il n'a présenté aucun compte à payer à celle-ci. La preuve n'établit pas que l'agent de brevet de la société mère, qui était son représentant pour toutes les questions relatives à cette affaire, était également l'agent de la défenderesse.

i Confirmer la décision causerait une injustice à l'appelante. Le paiement direct destiné à la société mère était très suspect, étant donné qu'il a été effectué après que la question eut été soulevée et qu'il a été présenté sous une forme inhabituelle. Il n'y a pas non plus eu de paiements indirects en vertu d'une entente à cet égard puisque l'existence d'une telle entente n'a

a passive defendant. So there was no obligation by the defendant company to compensate Gowling & Henderson.

It may be that once established that a solicitor has acted for a party with its knowledge and assent, that party becomes liable to the solicitor for costs. Unfortunately, in this case, the defendant has been unable to establish that Gowling & Henderson was acting for the defendant with its knowledge and consent.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 346(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Simpson v. Local Board of Health of Belleville (1917-18), 41 O.L.R. 320 (H.C.).

REVERSED:

W.H. Brady Co. v. Letraset Canada Ltd., [1990] 1 F.C. 46 (T.D.).

AUTHORS CITED

Orkin M. M. *The Law of Costs* 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., 1987.

COUNSEL:

A. David Morrow for plaintiff.
Neil R. Belmore for defendant.

SOLICITORS:

Smart & Biggar, Ottawa, for plaintiff.

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

CULLEN J.: This is a motion made pursuant to Rule 346(2) [*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663*] as it read before Amending Order No. 11 [SOR/87-221], for an order setting aside the certificate of J. A. Preston, Esquire, Prothonotary, dated August 1, 1989 [[1990] 1 F.C. 46] and declaring that the costs recoverable by the defendant from the plaintiff be taxed and allowed at nil.

pas été établie. D'ailleurs la défenderesse était une partie parfaitement passive. Ainsi donc, la société défenderesse n'était nullement tenue d'indemniser le cabinet Gowling & Henderson.

Il se peut que, lorsqu'il est établi qu'un procureur a représenté une partie qui en avait connaissance et qui y consentait, cette partie soit responsable des dépens envers le procureur en question. Malheureusement, la défenderesse n'a pas réussi à établir en l'espèce que le cabinet Gowling & Henderson occupait pour elle avec sa connaissance et son consentement.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 346(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Simpson v. Local Board of Health of Belleville (1917-18), 41 O.L.R. 320 (H.C.).

DÉCISION INFIRMÉE:

W.H. Brady Co. c. Letraset Canada Ltd., [1990] 1 C.F. 46 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

Orkin M. M. *The Law of Costs* 2^e éd. Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., 1987.

AVOCATS:

A. David Morrow pour la demanderesse.
Neil R. Belmore pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Smart & Biggar, Ottawa, pour la demanderesse.

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, pour la défenderesse.

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

LE JUGE CULLEN: Il s'agit d'une requête introduite en vertu de la Règle 346(2) [*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663*], dans sa version antérieure à l'ordonnance modificatrice n° 11 [DORS/87-221], afin d'obtenir une ordonnance portant annulation du certificat délivré par le prothonotaire J. A. Preston le 1^{er} août 1989 [[1990] 1 C.F. 46] et déclarant que les dépens que la défenderesse peut recouvrer de la demanderesse sont taxés à un montant nul.

The grounds for the motion are that the defendant was not liable to its solicitors, Messrs. Gowling & Henderson, for costs in this action and did not in fact pay any of such costs and is therefore not entitled to recover any costs from the plaintiff.

At trial the defendant was awarded costs in a patent infringement action after it succeeded on its counterclaim that the patent was invalid.

On the evidence there is no question that Letraset Canada Limited is a wholly owned subsidiary of its parent company Letraset U.K. At the time of this litigation the firm was known as Gowling & Henderson and it billed its fees and disbursements in the litigation to a company called Stentap Limited which is the company of Letraset organization's, patent attorney, Mr. Gallafent.

On cross-examination of Mr. R. Scott Joliffe on April 15, 1988 at page 15, Question 79:

Q. You don't treat Stentap Limited any differently from Gallafent's actual patent agency firm for the purposes of this billing practice?

A. No.

On the evidence there is also no question that Stentap Limited/Gallafent was the patent agent for Letraset U.K. It was alleged by counsel for the defendant that Stentap Limited/Gallafent should also be considered as an agent to the defendant. I cannot accept that proposition nor is there any evidence to corroborate it.

This is an appeal from the decision of a prothonotary and not, after all, (as I was reminded) a hearing *de novo*. His decision is a discretionary decision and I can overrule it only if the prothonotary was clearly wrong on the facts, or proceeded on an erroneous principle of law or if the decision resulted in some injustice to the appellant. In my view there is a fourth factor here, namely that the prothonotary seemed to feel bound by the judgment awarding costs to the defendant. Normally that would be acceptable, but the grounds for the plaintiff's appeal did not become evident until after the judgment and during the cross-examination of R. Scott Joliffe's affidavit in support of Gowling & Henderson's prepared bill of costs.

Il est invoqué dans la requête le motif que la défenderesse n'était pas responsable envers ses procureurs, soit Gowling & Henderson, des dépens dans la présente action et, dans les faits, n'a versé aucuns frais, ce qui fait qu'elle n'est pas en droit de recouvrer des dépens de la demanderesse.

Au procès, la défenderesse s'est vu adjuger les dépens dans une action en contrefaçon de brevet après que sa demande reconventionnelle selon laquelle le brevet était invalide eut été accueillie.

D'après la preuve, il ne fait pas de doute que Letraset Canada Limited est une filiale en propriété exclusive de sa société mère Letraset R.-U. Au moment du présent litige, le cabinet connu était le cabinet Gowling & Henderson, et, pour ce qui est des honoraires et des débours afférents au litige, il a envoyé ses factures à une société appelée Stentap Limited qui est la société de l'avocat de brevet de l'organisation Letraset, M. Gallafent.

À la page 15 du contre-interrogatoire de M. R. Scott Joliffe qui a eu lieu le 15 avril 1988, question 79:

[TRADUCTION] Q. Vous ne traitez pas Stentap Limited différemment du cabinet d'agence de brevet même de Gallafent aux fins de cette facturation?

R. Non.

D'après la preuve, il ne fait pas de doute que Stentap Limited/Gallafent était l'agent de brevet de Letraset R.-U. L'avocat de la défenderesse soutient que Stentap Limited/Gallafent devrait également être considérée comme agent de la défenderesse. Je ne saurais souscrire à cet argument, car rien dans la preuve ne le corrobore.

Il s'agit d'un appel de la décision d'un protonotaire et non, après tout (on me l'a rappelé), d'une audition *de novo*. Sa décision est une décision discrétionnaire et je ne peux la casser que si le protonotaire a eu tort quant aux faits, ou si l'est fondé sur un principe de droit erroné, ou si la décision a causé une injustice à l'appelante. À mon avis, il existe un quatrième facteur en l'espèce, savoir que le protonotaire semblait se sentir lié par le jugement qui a adjugé les dépens à la défenderesse. Normalement, cela serait acceptable, mais les motifs de l'appel de la demanderesse ne se sont révélés qu'après le jugement et au cours du contre-interrogatoire de R. Scott Joliffe sur son affidavit déposé à l'appui du mémoire de frais préparé par

Had this information, i.e. all the defendant's costs were paid by Letraset U.K., been known earlier, I accept counsel for the plaintiff's comment that he would have asked permission to make a "special argument" on the question of costs.

The only issue to be determined is whether or not the defendant was "liable" to pay Gowling & Henderson's costs. In actual fact they did not pay these costs until after the issue of liability for these costs was raised by the plaintiff. It was suggested that this late payment was made out of an abundance of caution. More correctly, I believe, it was paid to undermine the plaintiff's application. The payment itself was unusual, namely, not a solicitor and client bill of the kind sent by Gowling & Henderson to Stentap, but rather a proposed bill of costs that had been submitted by the defendants for taxation. There was no document introduced by the defendant to show an agreement between Letraset U.K. and the defendant whereby the defendant would assume responsibility for party and party costs, and Letraset assume the balance of the solicitor's invoice. Certainly Gowling & Henderson had no doubt about who was to pay all of its bills, namely, Letraset U.K. Transcript of cross-examination of R. Joliffe, November 16, 1988:

MR. MORROW: But these expenses flowed through Letraset U.K. initially did they not?

THE DEPONENT: Yes.

Thus no payments were ever made by or went through the defendant company.

The defendant, throughout the course of this action, endeavoured to distance itself from Letraset U.K. and now, somewhat late in the day, its argument that Letraset U.K.'s patent agent is also the defendant's agent is a somewhat startling turn-about. Another telling comment appears during the November 16, 1988 cross-examination at page 171 (when commenting about whether Mr. Gallafent had to be in the U.S. during a particular motion):

Q. Do you say that Mr. Gallafent had to be there for that motion, for that ex parte motion in the U.S.A.?

le cabinet Gowling & Henderson. Si ce renseignement, c.-à-d. que tous les frais de la défenderesse ont été payés par Letraset R.-U., avait été connu plus tôt, j'ajoute foi à la remarque de l'avocat de la demanderesse selon laquelle il aurait demandé la permission de présenter une [TRADUCTION] «conclusion spéciale» pour ce qui est des dépens.

La seule question à trancher est de savoir si la défenderesse était «tenue» de payer les frais du cabinet Gowling & Henderson. En fait, elle n'a payé ces frais qu'après que la question de la responsabilité de ces frais eut été soulevée par la demanderesse. On a laissé entendre que ce paiement tardif a été effectué par excès de prudence. J'estime que ce paiement visait plutôt à saper la demande de la demanderesse. Le paiement en soi était inusité, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'un mémoire de frais entre procureur et client du genre envoyé par le cabinet Gowling & Henderson à Stentap, mais d'un projet de mémoire de frais que la défenderesse avait soumis à la taxation. La défenderesse n'a produit aucun document indiquant l'existence d'une entente entre Letraset R.-U. et la défenderesse en vertu de laquelle celle-ci assumerait la responsabilité des frais entre parties et Letraset, le solde de la facture du procureur. Le cabinet Gowling & Henderson savait certainement qui devait payer toutes ses factures, savoir Letraset R.-U. Transcription du contre-interrogatoire de R. Joliffe qui a eu lieu le 16 novembre 1988:

[TRADUCTION] M. MORROW: Mais ces dépenses ont initialement passé par Letraset R.-U., n'est-ce pas?

LE DÉPOSANT: Oui.

Ainsi donc, aucun paiement n'a été effectué par la défenderesse ni n'a passé par celle-ci.

Au cours de la présente action, la défenderesse s'est efforcée de se démarquer de Letraset R.-U. et maintenant, quelque peu tardif, son argument selon lequel l'agent de brevets de Letraset R.-U. est également son agent constitue un volte-face surprenant. Un autre commentaire révélateur figure à la page 171 du contre-interrogatoire du 16 novembre 1988 (lors de la remarque faite au sujet de la question de savoir si M. Gallafent devait être aux É.-U. à l'occasion d'une requête particulière):

[TRADUCTION] Est-ce que vous dites que M. Gallafent devait y être pour cette requête, pour cette requête ex parte aux É.-U.?

A. Well, I am not saying he had to be there. He wasn't a witness or anything like that.

Q. Right.

A. I can't say he had to be there. I mean, he was essentially the client's representative in connection with all matters that were going on in this case. [Emphasis added.]

Mr. Gallafent was Letraset U.K.'s agent and Mr. Joliffe calls him "the client's representative in connection with all matters that were going on in this case".

Counsel for the plaintiff has characterized the defendant's position as having "2 lines of defence": 1) indirectly—due to agreement between Letraset U.K. and the defendant; 2) directly—the direct payment by the defendant to Letraset U.K. after this issue arose. He feels to hang one's defence on the direct payment is just not sufficient. I agree.

Who instructed Gowling & Henderson to submit bills to Stentap? Although Mr. Joliffe states these instructions came from the defendant through a Mr. Miles, it was hearsay in that he was still in attendance at the bar admission course.

The transcript of November 16, 1988 beginning at page 195 reads in part as follows:

THE DEPONENT: It's almost impossible to answer the question with the detail you want now, but our file indicates that on January 4, 1978, this matter arose for the first time as far as our firm is concerned. And on that day we spoke with Mr. Miles, Wayne Miles, and Mr. Gallafent.

BY MR. MORROW:

Q. When you say spoke, you mean on the telephone?

A. On the telephone.

Q. Yes.

A. On that day. I can't tell you who—

Q. That wouldn't have been you, though?

A. It was both Mr. McClenahan and Roma Colbert.

A. And it appears that the initial instructions came from Mr. Miles, and that he suggested that we contact their U.S. lawyers, Darby & Darby, and Stentap, Mr. Gallafent in England, for assistance.

Q. Okay. Is there anything in there that tells you that Miles told Gowling & Henderson at that time to bill Stentap?

A. No.

R. Eh bien, je ne dis pas qu'il devait y être. Il n'était pas un témoin ou quelque chose du genre.

Q. D'accord.

R. Je ne peux dire qu'il devait y être. Je veux dire, il était essentiellement le représentant du client en ce qui concerne les questions relatives à cette affaire. [C'est moi qui souligne.]

M. Gallafent était l'agent de Letraset R.-U. et M. Joliffe l'appelle «le représentant du client en ce qui concerne toutes les questions relatives à cette affaire».

L'avocat de la demanderesse a qualifié la position de la défenderesse de position à [TRADUCTION] «2 lignes de défense»: 1) indirectement—en raison de l'entente entre Letraset R.-U. et la défenderesse; 2) directement—le paiement direct versé par la défenderesse à Letraset R.-U. après que cette question a été soulevée. Il estime que s'en tenir au moyen de défense qu'est le paiement direct ne suffit simplement pas. Je suis d'accord.

Qui a donné au cabinet Gowling & Henserson l'instruction de soumettre des factures à Stentap? Bien que M. Joliffe dise que ces instructions provenaient de la défenderesse par l'entremise d'un certain monsieur Miles, c'était du oui-dire en ce sens qu'il suivait encore le cours d'admission au barreau.

La transcription du 16 novembre, qui commence à la page 195, porte notamment:

[TRADUCTION] LE DÉPOSANT: Il est presque impossible de répondre à la question avec le détail que vous désirez maintenant, mais d'après notre dossier, le 4 janvier 1978, cette question s'est posée pour la première fois en ce qui concerne notre entreprise. Et ce jour, nous avons parlé à M. Miles, Wayne Miles, et à M. Gallafent.

QUESTIONS POSÉES PAR M. MORROW:

Q. Par le mot «parlé», vous voulez dire au téléphone?

R. Au téléphone.

Q. Oui.

R. Ce jour. Je ne peux dire qui—

Q. Est-ce que ça n'aurait pas été vous?

R. C'était à la fois M. McClenahan et Roma Colbert.

R. Et il semble que les premières instructions viennent de M. Miles et qu'il ait proposé que nous nous mettions en rapport avec leurs avocats américains, Darby & Darby, et Stentap, M. Gallafent en Angleterre, pour avoir de l'aide.

Q. D'accord. Y a-t-il quelque chose qui vous dise que Miles avait demandé à Gowling & Henderson à cette époque d'envoyer la facture à Stentap?

R. Non.

Q. No. And you weren't a party to those discussions, so you can't tell me that he gave those instructions at that time?

A. That's correct.

Q. Right.

A. All I can tell you is that the first instructions came from him.

Q. Sure, because he got served with—it was his company that was served with the Statement of Claim.

A. Yes.

Q. Right?

A. Yes. And he instructed us to deal with Gallafent.

Q. And there is nothing in your file to tell you, I gather, where the actual billing instructions came from, where and when, and from whom?

A. That is correct.

Q. And you have no specific recollection as to that?

A. We were told to receive our instructions from Mr. Gallafent.

Q. Okay.

A. And to keep Mr. Miles informed throughout.

Q. Okay.

And later, at page 198:

Q. So I suggest that you really don't know who gave you the instructions to bill Stentap?

A. I think they probably came from either, jointly from Miles and Gallafent, or from Gallafent himself.

I am of the view that counsel for the plaintiff's summary at page 1984 of the November 16, 1988 cross-examination is more likely accurate:

Q. And my question to you is simply this: given that the first debit note is addressed to Stentap; given that you evidently had a meeting with Mr. Gallafent; isn't it likely that your instructions to bill Stentap came from Gallafent?

Also, the bills submitted to Stentap indicate that Gowling & Henderson reported to Gallafent with copies to Miles. Words such as "to generally acting on your behalf" (i.e. Gallafent, Letraset U.K.'s agent) and "receiving your instructions" seem to indicate who the real client was. The U.K. company's employee and their patent agent cost a very substantial sum of money.

On this evidence, all advanced by the plaintiff, there seems to be little and only technical involvement in the proceedings by the defendant com-

Q. Non. Et vous n'avez pas participé à ces discussions, vous ne pouvez donc me dire qu'il a donné ces instructions à l'époque?

R. C'est exact.

a Q. D'accord.

R. Tout ce que je peux vous dire est que les premières instructions venaient de lui.

Q. Certainement, parce qu'il a reçu la signification—c'est sa société qui a reçu la signification de la déclaration.

b R. Oui.

Q. Exact?

R. Oui. Et il nous a donné l'ordre de traiter avec Gallafent.

Q. Et rien dans votre dossier qui vous dise, à ce que je vois, d'où provenaient les instructions de facturation mêmes, quand et de qui?

c R. C'est exact.

Q. Et vous ne vous rappelez pas particulièrement cela?

R. On nous a dits de recevoir nos instructions de M. Gallafent.

d Q. D'accord.

R. Et de toujours en tenir M. Miles au courant.

Q. D'accord.

Et plus loin, à la page 198:

e Q. Ainsi, je suppose que vous ne savez réellement pas qui vous a donné l'instruction d'envoyer la facture à Stentap?

R. Je pense qu'elle provenait à la fois de Miles et de Gallafent, ou de Gallafent lui-même.

f J'estime que le résumé fait par l'avocat de la demanderesse à la page 1984 du contre-interrogatoire du 16 novembre 1988 est probablement plus exact:

g [TRADUCTION] Q. Et la question que je vous pose est simplement la suivante: étant donné que la première note de débit a été adressée à Stentap, que vous avez manifestement eu un entretien avec M. Gallafent, n'est-il pas possible que vos instructions d'envoyer la facture à Stentap viennent de Gallafent?

h De même, les factures soumises à Stentap indiquent que le cabinet Gowling & Henderson faisait des rapports à Gallafent, avec des copies à Miles. Les mots tels que [TRADUCTION] «pour, de façon générale, agir pour votre compte» (c.-à-d. Gallafent, agent de Letraset R.-U.), et [TRADUCTION] «recevant vos instructions» semblent indiquer qui était le vrai client. L'employé de la société R.-U. et son agent de brevet lui causent une dépense importante.

i Compte tenu des éléments de preuve, qui sont tous produits par la demanderesse, il semble que la mise en cause de la défenderesse dans les présentes

pany, other than their receipt of the statement of claim and instructions to Gowling & Henderson to keep Miles notified. This evidence seems to point clearly to Letraset U.K. calling the shots and paying the bills. There is no evidence that Gowling & Henderson had a written retainer from the defendant company, and certainly submitted no accounts for payment to Letraset Canada Limited. In all likelihood all instructions to Gowling & Henderson were given by Gallafent, and although his presence was not required in New York for a motion earlier referred to, he was present. Similarly, Mr. Scrutton, Letraset U.K. employee, was very much a part of the case. The "late in the day" payment by the defendant company to Letraset U.K. is most suspect coming as it did after the cross-examination of Mr. Joliffe.

The question, however, still remains—notwithstanding the payments made by Letraset U.K., was the defendant ultimately liable to Gowling & Henderson for their costs? Certainly Gowling & Henderson considered the defendant ultimately liable for their costs. Counsel for the defendant sums up in his undertaking at page 22 of cross-examination of R. Scott Joliffe, April 15, 1988:

I guess Mr. Joliffe's answer is that right now, indirectly—his information is that, indirectly, Letraset Canada has paid for the costs of this proceeding. We'll endeavour to find some of the evidence which would support that belief. [Emphasis added.]

And then, in answer to the undertaking, a letter from Gowling & Henderson dated July 7, 1988 reads in part:

Letraset Canada is paying for the costs of this proceeding. In cases where Gowling & Henderson incurred expenses or bills, these were either passed on or charged to Stentap. These amounts, together with expenses and bills incurred by Stentap were paid for by Letraset U.K. Letraset U.K. is now billing Letraset Canada. It ultimately is responsible for the costs of this proceeding. [Emphasis added.]

Again, at page 148 of the November 16, 1988 cross-examination of R. Scott Joliffe:

THE DEPONENT: They were all eventually dealt with in the same way. In other words, whether we had paid the amount,

procédures soit de peu d'importance ou intervienne seulement sur le plan technique, sauf qu'elle a reçu la déclaration et donné l'instruction au cabinet Gowling & Henderson d'envoyer des avis à Miles.
 a La preuve semble indiquer clairement que c'est Letraset R.-U. qui donnait les ordres et payait les factures. Rien ne prouve que le cabinet Gowling & Henderson avait un mandat écrit de la société défenderesse, et ce qui est certain est qu'il n'a
 b présenté aucun compte à payer à Letraset Canada Limited. Selon toute probabilité, toutes les instructions à l'intention du cabinet Gowling & Henderson ont été données par Gallafent, et bien que sa présence à New York ne fût pas requise à l'occasion d'une requête antérieure mentionnée, il y
 c était. De même, M. Scrutton, employé de Letraset R.-U. a joué un rôle important dans l'affaire. Le paiement «tardif» fait par la société défenderesse à Letraset R.-U. est très suspect, puisqu'il a été
 d effectué après le contre-interrogatoire de M. Joliffe.

Toutefois, la question se pose toujours de savoir si—malgré les paiements versés par Letraset R.-U.—la défenderesse était en fin de compte responsable des frais du cabinet Gowling & Henderson? Certainement ce cabinet considérait la défenderesse comme définitivement responsable de ses frais. Voici le résumé fait par l'avocat de la défenderesse dans son engagement figurant à la page 22 du contre-interrogatoire de R. Scott Joliffe qui a eu lieu le 15 avril 1988:

[TRADUCTION] Je suppose que la réponse de M. Joliffe est que, indirectement—selon ses renseignements, Letraset Canada a, indirectement, payé les frais de la présente action. Nous tentons de trouver des éléments de preuve qui étayeraient cette croyance. [C'est moi qui souligne.]

Et puis, en réponse à l'engagement, le cabinet Gowling & Henderson a envoyé une lettre en date du 7 juillet 1988 qui porte notamment:

[TRADUCTION] Letraset Canada paye les frais de la présente action. Dans les cas où le cabinet Gowling & Henderson a engagé des dépenses ou reçu des factures, on les a transmises à Stentap ou on les lui a fait payer. Ces sommes, ainsi que les dépenses et les factures que Stentap a réglées, ont été payées par Letraset R.-U. Letraset R.-U. envoie maintenant des factures à Letraset Canada. Elle est, en dernière analyse, responsable des frais de la présente action. [C'est moi qui souligne.]

De nouveau, à la page 148 du contre-interrogatoire de R. Scott Joliffe qui a eu lieu le 16 novembre 1988:

[TRADUCTION] LE DÉPONENT: Ces dépenses ont été toutes définitivement réglées de la même façon. Autrement dit, que

Gallafent or Stentap paid the amount, or Letraset U.K. paid the amount, it all flowed back eventually to Letraset Canada in the sense that they are paying either directly or indirectly for the costs of any litigation in Canada.

This strong view was weakened a bit when the witness referred to Gallafent as "the client's representative".

Although damaged somewhat on cross-examination, Mr. Joliffe seemed convinced in his mind that Miles or Gallafent gave instructions to bill Stentap (I have already stated that I find counsel for the plaintiff's comments were more likely).

According to counsel for the defendant, upon receipt of the statement of claim, it was Gowling & Henderson that the defendant's representative called on to represent them, and if Letraset U.K. refused any billing, Gowling & Henderson would have looked to the defendant company to meet its costs. He alleged all evidence pointed to the fact that the defendant was liable to their solicitors.

Counsel for the defendant suggests that the defendant was not a passive defendant and points to the cross-examination of Joliffe, April 18, 1988, at page 17:

Q. I didn't see any reference to Letraset Canada Limited in any of the exhibits in the action but let me just ask you this question and maybe you can answer it in the terms I'm putting. Apart from Mr. Miles' participation in the discovery proceedings, was Letraset Canada Limited involved actively in the trial preparation?

A. They were involved actively in different parts of the case.

Q. Can you tell me what parts those were and when?

A. The initial part.

Q. Initial meaning pre Miles discovery?

A. Yes. The Miles discovery, various points along the way in terms of endeavouring to obtain evidence for trial. And just regularly keeping them informed as to the progress.

Q. I didn't see anything in the Bill of Costs that you're seeking any disbursements regarding anything that Letraset Canada did for the trial preparation. Is there anything in there that I've overlooked?

nous ayons payé la somme, que Gallafent ou Stentap aient payé la somme, ou que Letraset R.-U. ait payé la somme, c'est en fin de compte à Letraset Canada qu'incombe l'obligation de payer en ce sens qu'elle règle soit directement soit indirectement les frais de tout litige au Canada.

a Ce point de vue ferme a été quelque peu affaibli par le fait que le témoin a mentionné Gallafent comme le «représentant du client».

b Bien qu'il y ait eu atteinte à sa crédibilité en contre-interrogatoire, M. Joliffe semblait convaincu dans son for intérieur que Miles et Gallafent avaient donné l'instruction d'envoyer les factures à Stentap (ainsi que je l'ai dit, j'ai trouvé les *c* remarques de la demanderesse plus vraisemblables).

Selon l'avocat de la défenderesse, dès réception de la déclaration, c'est au cabinet Gowling & *d* Henderson que le représentant de la défenderesse a demandé d'occuper pour celle-ci, et si Letraset R.-U. refusait une facture, le cabinet Gowling & Henderson serait tenu de s'adresser à la société défenderesse pour se faire rembourser. Selon l'avocat, tout dans la preuve indiquait que la défende- *e* resse était responsable envers ses procureurs.

L'avocat de la défenderesse laisse entendre que celle-ci n'était pas une défenderesse passive et, à cet égard, fait état du contre-interrogatoire du 18 avril 1988 de Joliffe, à la page 17:

[TRADUCTION] Q. Dans les pièces produites dans l'action, je n'ai trouvé rien qui fasse état de Letraset Canada Limited, mais laissez-moi vous poser une question et vous pouvez y répondre dans les termes que j'emploie. À part la participation *g* de M. Miles aux procédures d'interrogatoire préalable, est-ce que Letraset Canada Limited a activement participé à la préparation du procès?

R. Ils ont activement participé aux différentes parties de l'affaire.

h Q. Pouvez-vous me dire de quelles parties il s'agissait et du moment de leur participation?

R. La partie initiale.

Q. Par le mot «initiale», vous voulez dire avant l'interrogatoire préalable de Miles?

i R. Oui. L'interrogatoire préalable de Miles, divers points portent sur l'effort déployé pour obtenir des éléments de preuve pour l'instruction. Et les tenir régulièrement informés du progrès.

j Q. Rien dans le mémoire de frais ne permet de dire que vous demandez des débours concernant quelque chose que Letraset Canada a fait pour la préparation du procès. Y a-t-il quelque chose qui m'ait échappé?

A. No, there was nothing for them to do because of the issues that were involved in the action.

There is no evidence of any agreement between Gowling & Henderson and the defendant whereby they agreed that the defendant would not be responsible for costs of litigation and I would agree that no evidence of such an agreement surfaced. However, Gowling & Henderson had been directed to invoice Stentap, and did so on numerous occasions. I expect both Gowling & Henderson and the defendant company both felt no such agreement was necessary.

The counsel for the defendant quotes the prothonotary: "In my view when it is established that solicitors are acting for a company with its knowledge, it becomes liable to the solicitor for its costs". I agree, but has it been established here that Gowling & Henderson are acting for the defendant company?

CONCLUSIONS:

I feel on the evidence that this appeal of the Prothonotary's certificate must be allowed. First, the Prothonotary was wrong on the facts because there was no evidence that Gowling & Henderson acted for the defendant. Indeed, every indication points to Gowling & Henderson acting for Letraset U.K. getting instructions from Letraset U.K., getting paid by Letraset U.K., and only informing the defendant through Miles (this too a direction from Gallafent). Gowling & Henderson had no written retainer from the defendant, an unusual state of affairs for a court case that could result in costs alone approaching one-half million dollars. Mr. Joliffe was unable to say of his own knowledge that Miles directed the bills be sent to Stentap. He did not couch his affidavit in these terms, "I have been advised by Mr. McClanahan and Ms. Colbert and verily believe". As earlier indicated, I feel it is more likely that Gallafent gave this direction naming his own company. It is likely that had Miles given direction he would have suggested Letraset U.K., not the patent agent.

R. Non, il n'y avait rien qu'ils pouvaient faire à cause des questions soulevées dans l'action.

Rien ne prouve qu'il y a eu entre le cabinet Gowling & Henderson et la défenderesse une entente en vertu de laquelle celle-ci ne serait pas responsable des frais du procès, et je conviendrais de l'inexistence de la preuve d'une telle entente. Toutefois, le cabinet Gowling & Henderson avait reçu l'instruction d'envoyer des factures à Stentap, et l'avait fait à maintes reprises. J'estime que tant le cabinet Gowling & Henderson que la société défenderesse ont trouvé qu'une telle entente n'était pas nécessaire.

L'avocat de la défenderesse cite le protonotaire: «À mon avis, lorsqu'il est établi que des procureurs représentent une société qui en a connaissance, celle-ci est responsable des dépens envers les procureurs en question». J'en conviens, mais, en l'espèce, a-t-il été établi que le cabinet Gowling & Henderson occupe pour la société défenderesse?

CONCLUSIONS:

Compte tenu des éléments de preuve, j'estime que le présent appel formé contre la délivrance par le protonotaire du certificat devrait être accueilli. Tout d'abord, le protonotaire a eu tort quant aux faits, parce que rien ne prouve que le cabinet Gowling & Henderson occupait pour la défenderesse. En fait, tout tend à indiquer qu'il agissait pour le compte de Letraset R.-U., recevant les instructions de celle-ci, se faisant payer par elle, et ne tenant la défenderesse au courant des affaires que par l'entremise de Miles (à cet égard, il s'agit également d'une directive de Gallafent). Le cabinet Gowling & Henderson n'avait aucun mandat écrit de la défenderesse, chose curieuse pour une affaire judiciaire qui pourrait faire que les dépens seulement s'élèveraient à environ un demi-million de dollars. M. Joliffe n'a pas pu dire, à sa connaissance, que Miles avait ordonné que les factures soient envoyées à Stentap. Il n'a pas formulé son affidavit dans les termes suivants [TRADUCTION] «J'ai été avisé par M. McClanahan et M^{me} Colbert, et je le crois vraiment». Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, j'estime qu'il est plus probable que Gallafent a donné cette directive nommant sa propre société. Il est probable que si Miles avait donné la directive, il aurait suggéré Letraset R.-U, et non l'agent de brevet.

Second, I feel the prothonotary's decision cannot be allowed to stand because to do so would result in an injustice to the appellant.

The direct payment is most suspect, coming as it did after the issue was raised, and the amount billed was a "proposed" bill of costs the defendant was to tax. Also, it is on a party-and-party basis, not the normal solicitor and client invoice.

The plaintiff would be hard pressed to find an agreement between Gowling & Henderson and the defendant company, that Gowling & Henderson would not look to the defendant company for its costs—because I'm satisfied that none exists. What the plaintiff has established, however, is the fact that no such an agreement was necessary because invoices (solicitor and client amounts) were submitted to their real client and paid by Letraset U.K.

The defendant suggests it was an active, not a passive defendant. On the evidence, it is just not so. Other than a minor technical role at the beginning, the defendant company was not "active". In *The Law of Costs* 2nd ed., Orkin, 1987, paragraphs 204, 209.14, under the heading, "COSTS AS INDEMNITY":

The fundamental principle of costs as between party and party is that they are given by the court as an indemnity to the person entitled to them; they are not imposed as punishment on the person who must pay them. Party-and-party costs are in effect damages awarded to the successful litigant as compensation for the expense to which he has been put by reason of the litigation.

Since costs are an indemnity only, it follows that they cannot be made a source of profit to a successful party. Thus, if costs have not been incurred or the party is not liable for any particular item or fee, he cannot recover them as part of the costs of the litigation; nor can he by a voluntary payment increase the burden cast on his opponent. The reason is simple: where the successful party incurs no pecuniary loss, there is nothing in respect of which he should be indemnified. [Emphasis added.]

In my view there was no obligation by the defendant company to compensate Gowling & Henderson and the late payment can charitably be

En deuxième lieu, j'estime que la décision du protonotaire ne saurait être confirmée, parce que le faire causerait une injustice à l'appelante.

Le paiement direct était très suspect, étant donné qu'il a été effectué après que la question eut été soulevée, et la somme facturée figurait dans un «projet» de mémoire de frais que la défenderesse devait faire taxer. De même, il s'agit d'une base entre parties, mais non de la facture normale entre procureur et client.

La demanderesse éprouverait les plus grandes difficultés à trouver entre le cabinet Gowling & Henderson et la défenderesse une entente en vertu de laquelle ce cabinet ne compterait pas sur la société défenderesse pour ses frais—parce que je suis convaincu qu'il n'en existe aucune. Toutefois, ce que la demanderesse a établi est qu'aucune entente de ce genre n'était nécessaire parce que les factures (sommes établies sur la base procureur et client) ont été soumises à leur véritable client et payées par Letraset R.-U.

La défenderesse laisse entendre qu'elle était une partie active et non passive. La preuve indique le contraire. À l'exception d'un petit rôle technique qu'elle a joué au début, la société défenderesse n'était pas «active». Dans *The Law of Costs*, 2^e éd., Orkin, 1987, paragraphes 204 et 209.14, sous la rubrique «COSTS AS INDEMNITY» (Frais au titre d'indemnité):

[TRADUCTION] Le principe fondamental des frais entre parties repose sur l'idée que c'est le tribunal qui les accorde au titre d'indemnité à la personne qui y a droit; ils ne sont pas imposés comme sanction à la personne qui est tenue de les verser. Les frais entre parties sont en fait des dommages-intérêts qui sont accordés à la partie qui a gain de cause pour la dédommager des dépenses qu'elle a engagées en raison du litige.

Puisque les frais constituent uniquement une indemnité, il s'ensuit qu'ils ne sauraient devenir une source de profit pour la partie qui a gain de cause. Ainsi donc, si des frais n'ont pas été engagés ou si la partie n'est pas tenue à un article de dépense ou à des honoraires en particulier, elle ne saurait les recouvrer en tant que partie des frais du litige; elle ne peut pas non plus, au moyen d'un paiement volontaire, alourdir le fardeau qui incombe à son adversaire. La raison en est simple: lorsque la partie qui a gain de cause ne subit aucune perte pécuniaire, il n'y a rien qui puisse faire l'objet d'une indemnisation pour son compte. [C'est moi qui souligne.]

À mon avis, la société défenderesse n'était nullement tenue d'indemniser le cabinet Gowling & Henderson, et on peut charitablement qualifier le

described as a "voluntary payment". Had this most suspect voluntary payment not been made, the payment to the defendant company of the taxed bill of costs would have been a profit or a bonus, because the defendant was not liable to *Gowling & Henderson*, never paid *Gowling & Henderson* and only a last ditch effort to derail this appeal found them ready and willing to make a voluntary payment.

In *Simpson v. Local Board of Health of Belleville* (1917-18), 41 O.L.R. 320 (H.C.), at pages 321-322, Middleton J. states:

There is a fundamental principle, which has been recognised in many cases in our Courts, that costs are an indemnity and an indemnity only, and cannot be made a source of profit to the party, nor can a party by any voluntary payment he may make increase the burden cast upon his adversary who has been ordered to pay his costs.

As put by Draper, C.J., in *Jarvis v. Great Western R.W. Co.* (1859), 8 U.C.C.P. 280, 285: "If the client be not liable to pay costs to his attorney he cannot have judgment to recover those costs against the opposite party".

This principle has been applied in various ways. For example, when a solicitor agreed to conduct litigation for his client looking to another for payment, no costs could be recovered: *Meriden Britannia Co. v. Braden* (1896), 17 P.R. 77; *Gundry v. Sainsbury*, [1910] 1 K.B. 645 (C.A.) A similar result followed when the defendant was insured against loss from accident to workmen and the insurance company undertook the defence of the action, retaining its own solicitors, who agreed to look to it, and not to the defendant, for their remuneration: *Walker v. Gurney-Tilden Co.* (1899), 19 P.R. 12. This principle has been invoked to prevent recovery of costs where a solicitor has been paid by an annual salary: *Jarvis v. Great Western R.W.* (supra); *Stevenson v. City of Kingston* (1980), 31 U.C.C.P. 333; *Ottawa Gas Co. v. City of Ottawa* (1902), 4 O.L.R. 656, 5 O.L.R. 246; *Ponton v. City of Winnipeg* (1909), 41 S.C.R. 366.

Evidence in support of the alleged indirect payment, because of an ongoing agreement between Letraset U.K. and Letraset Canada Limited, is not credible. If such an agreement existed surely it would be in writing and available. We heard no real evidence about the terms of the alleged agreement. Consider the transcript of Joliffe cross-examination, April 15, 1988, at page 20:

Q. Are you telling me that all the costs that are in your Bill of Costs were ultimately paid for by Letraset Canada Limited?

paiement tardif de «paiement volontaire». Si ce paiement très suspect n'avait pas été effectué, le paiement à la société défenderesse du montant du mémoire de frais taxé aurait été un profit ou une prime, parce que la défenderesse n'était pas responsable envers le cabinet *Gowling & Henderson*, n'a jamais payé celui-ci, et qu'un paiement volontaire a été effectué uniquement pour tenter désespérément de faire échec au présent appel.

Dans l'affaire *Simpson v. Local Board of Health of Belleville* (1917-18), 41 O.L.R. 320 (H.C.), aux pages 321 et 322, le juge Middleton s'est prononcé en ces termes:

[TRADUCTION] Il existe un principe fondamental qui a été reconnu dans de nombreuses causes devant nos tribunaux, principe selon lequel les frais constituent une indemnité et seulement une indemnité et ils ne sauraient devenir une source de profit pour la partie en cause; en outre, une partie ne peut non plus au moyen d'un paiement volontaire qu'elle peut faire, alourdir le fardeau qui incombe à son adversaire qui a reçu l'ordre de payer les dépens.

Voici les propos du juge en chef Draper dans l'affaire *Jarvis v. Great Western R.W. Co.* (1859), 8 U.C.C.P. 280, page 285: «Si le client n'est pas tenu de payer les dépens à son avocat, il ne peut obtenir un jugement lui permettant de les recouvrer contre la partie adverse».

Ce principe s'applique de diverses façons. Par exemple, lorsqu'un avocat a accepté de s'occuper d'un litige pour son client et s'est adressé à un autre pour être payé, aucuns frais ne sauraient être recouverts: *Meriden Britannia Co. v. Braden* (1896), 17 P.R. 77; *Gundry v. Sainsbury*, [1910] 1 K.B. 645 (C.A.) Il en est de même lorsque le défendeur a été assuré contre la perte due à un accident causé aux travailleurs et que la compagnie d'assurances a assumé la défense de l'action en constituant ses propres procureurs, qui ont accepté de s'adresser à cette compagnie et non au défendeur pour sa rémunération: *Walker v. Gurney-Tilden Co.* (1899), 19 P.R. 12. On a invoqué ce principe pour empêcher le recouvrement de frais lorsqu'un procureur a reçu un salaire annuel: *Jarvis v. Great Western R.W.* (supra); *Stevenson v. City of Kingston* (1980), 31 U.C.C.P. 333; *Ottawa Gas Co. v. City of Ottawa* (1902), 4 O.L.R. 656, 5 O.L.R. 246; *Ponton v. City of Winnipeg* (1909), 41 R.C.S. 366.

L'élément de preuve produit à l'appui du prétendu paiement indirect, en raison d'une entente en cours entre Letraset R.-U. et Letraset Canada Limited, n'est pas crédible. Si une telle entente existait vraiment, elle serait consignée dans un écrit et on pourrait se la procurer. Nous n'avons entendu aucun véritable témoignage sur les conditions de la prétendue entente. Examinons la transcription du contre-interrogatoire du 15 avril 1988 de Joliffe, à la page 20:

[TRADUCTION] Q. Vous me dites que tous les frais qui figurent dans votre mémoire de frais ont en fin de compte été payés par Letraset Canada Limited?

A. Indirectly.

Q. Indirectly. And how do you know that?

A. In the sense that the way the organization works is that the subsidiary companies like Letraset Canada pay a yearly percentage of sales to the Letraset U.K. organization to compensate them in part for all legal patent trademark expenses in connection with—that the U.K. organization incurs on their behalf.

Q. Is that under some kind of a licence or other written agreement?

A. I don't recall whether it's a written agreement. It's an arrangement. It may well be in writing, I don't know.

Later, at page 21, counsel for the plaintiff expresses what he understands to be the case, namely:

Since I'm not persuaded through my efforts so far that it paid in any real sense, the litigation costs, apart from what appears to have been an annual licence fee which I don't know whether it's related to the litigation costs or not. It may be related to something else entirely. It may be related to gross sales or something like that. That information is going to have to be before this court at some point to determine the basic issue of liability or non liability. [Emphasis added.]

Then, at page 22 follows counsel for the defendant's undertaking already quoted, but here again:

I guess Mr. Jolliffe's answer is that right now, indirectly—his information is that, indirectly, Letraset Canada has paid for the costs of this proceeding. We'll endeavour to find some of the evidence which would support that belief. [Emphasis added.]

What was the response? On July 7, 1988, in a letter referred to earlier there is no reference to the issues raised on page 20, nor to the underlined portion on page 21, but rather it totally ignores the alleged agreement between Letraset U.K. and Letraset Canada Limited about "to look after expenses in connection with intellectual property" (see pages 19-20, Q. 102).

There is no evidence any such agreement in fact existed, and actually the non-answer suggests it did not. There is only a somewhat self-serving phrase, "Letraset U.K. is now billing Letraset Canada. It ultimately is responsible for costs of this proceeding".

R. Indirectement.

Q. Indirectement. Comment le savez-vous?

R. D'après le fonctionnement de l'organisme, les filiales comme Letraset Canada versent un pourcentage annuel du produit des ventes à l'organisme Letraset R.-U. pour l'indemniser en partie des frais juridiques en matière de marque de commerce et de brevet—c'est-à-dire que l'organisme R.-U. a payé les frais pour leur compte.

Q. Est-ce que cela se fait en vertu d'un type de licence ou d'une autre entente écrite?

R. Je ne me rappelle pas s'il s'agit d'une entente écrite. Il s'agit d'un arrangement. Il se peut qu'il soit consigné sur écrit, je ne sais pas.

Plus loin, à la page 21, l'avocat de la demanderesse exprime, selon lui, ce qui semble être le cas:

[TRADUCTION] Puisque, malgré les efforts que j'ai déployés jusqu'ici, je ne suis pas convaincu qu'elle a payé véritablement les frais du litige, à part ce qui semblait être des frais de licence annuels dont je ne sais pas s'ils se rapportaient aux frais du litige. Il se peut qu'ils aient trait à quelque chose d'entièrement différent. Ils peuvent être reliés aux ventes globales ou à quelque chose du genre. Ce renseignement doit être porté à la connaissance de la cour à un stade donné pour qu'elle tranche la question fondamentale de responsabilité ou de non-responsabilité. [C'est moi qui souligne.]

Puis, à la page 22, il y a l'engagement de la défenderesse déjà cité, mais il est reproduit encore une fois:

[TRADUCTION] Je suppose que la réponse de M. Jolliffe est que, indirectement—selon ses renseignements, Letraset Canada a, indirectement, payé les frais de la présente action. Nous tenterons de trouver des éléments de preuve qui étayeraient cette croyance. [C'est moi qui souligne.]

Quelle a été la réponse? Le 7 juillet 1988, dans une lettre mentionnée ci-dessus, il n'est nullement fait état des questions soulevées à la page 20, ni de la partie soulignée à la page 21, mais elle passe complètement sous silence la prétendue entente entre Letraset R.-U. et Letraset Canada Limited concernant l'engagement [TRADUCTION] «de s'occuper des dépenses en matière de propriété intellectuelle» (voir pages 19-20, Q. 102).

Rien dans la preuve n'indique qu'une telle entente a existé dans les faits et, réellement, l'absence de réponse laisse entendre qu'elle ne l'a pas été. Il existe seulement une déclaration qui est favorable à son auteur «Letraset R.-U. envoi maintenant des factures à Letraset Canada. Elle est, en dernière analyse, responsable des frais de la présente action».

Thus, the voluntary payment fails to sustain the defendant's opposition to this application and no weight can be given to the alleged indirect payment.

The defendant makes the point that when it moved unsuccessfully to increase its costs, the plaintiff did not at that time raise the issue of the defendant's non-entitlement to any costs whatsoever. Its reason has already been dealt with.

"Once it is established that the solicitors were acting for a party with its knowledge and assent, that party became liable to the solicitors for costs": paragraph 16 of the written argument of the defendant. Unfortunately, the defendant has been unable to establish that Gowling & Henderson were acting for the defendant with its knowledge and consent.

The plaintiff's application is allowed, and the certificate of J. A. Preston, Esq., Prothonotary, dated August 1, 1989 is set aside; costs recoverable by the defendant from the plaintiff to be taxed and allowed at nil.

The plaintiff is entitled to its costs for this appeal and the earlier application before the said Prothonotary.

Ainsi donc, le paiement volontaire ne réussit pas à appuyer l'opposition de la défenderesse à la présente demande, et on ne peut tenir compte du prétendu paiement indirect.

^a La défenderesse fait valoir que lorsqu'elle a demandé sans succès une augmentation de ses frais, la demanderesse n'a pas à ce moment prétendu qu'elle n'avait droit à aucuns frais quels qu'ils soient. Son moyen a déjà été tranché.

^b [TRADUCTION] «Lorsqu'il est établi que les procureurs représentaient une partie qui en avait connaissance et qui y consentait, celle-ci était responsable des dépens envers les procureurs en question»: paragraphe 16 de l'argumentation écrite de la défenderesse. Malheureusement, il n'a pas été établi que le cabinet Gowling & Henderson occupait pour la défenderesse qui en avait connaissance et qui y consentait.

^c La demande de la demanderesse est accueillie, et le certificat délivré par le protonotaire J. A. Preston le 1^{er} août 1989 est annulé; les dépens que la défenderesse peut recouvrer de la demanderesse sont taxés et arrêtés à un montant nul.

^d La demanderesse a droit à ses dépens du présent appel et de la demande antérieure devant ledit protonotaire.

T-1138-89

T-1138-89

Ray B. Love, Safecool Incorporated and Numor Systems Company (Applicants)

v.

Marcel Claveau, Numor Coolant Technologies Ltd., and Commissioner of Patents (Respondents)

INDEXED AS: *LOVE v. CLAVEAU (T.D.)*

Trial Division, Dubé J.—Montréal, October 10; Ottawa, October 18, 1989.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Patent Act, s. 52 empowering Court to expunge “any entry in the records of the Patent Office relating to the title to a patent” — Broad enough to include any entry relating to title to patent, whether patent issued or pending — Includes assignments of right to obtain patent.

Patents — Practice — Originating motion proper procedure for application to expunge assignee of patent application from records of patent office under Patent Act, s. 52 — Also appropriate where application under Federal Court Act, s. 18 other than for declaratory relief pursuant to R. 603.

The respondents filed a conditional appearance to object to the jurisdiction of the Court and the improper commencement of the proceedings. The applicants brought an originating motion to expunge from the records of the Canadian Patent Office Numor Coolant Technologies Ltd. as assignee of patent application no. 552,339 under the *Patent Act*, section 52. Alternatively, *certiorari* was sought to quash the Commissioner's decision whereby the assignment of the application was recorded. The applicants alleged that the purported assignment was a forgery and that the respondents were therefore not assignees. Section 52 provides that the Federal Court has jurisdiction to expunge “any entry in the records of the Patent Office relating to the title to a patent”. The issue was whether section 52 limits the Court's jurisdiction to a patent which has been issued or whether it is broad enough to include any entry relating to a pending application for a patent.

Held, the Court has jurisdiction to order Numor Coolant Technologies Ltd. expunged as assignee of the patent application.

Section 52 is the last section under the title “Assignments and Devolutions”. Section 52, properly read within the scheme of the Assignments and Devolutions chapter of the *Patent Act*, means that the Court may order that any entry in the records be varied or expunged as long as the entry relates to the title to a patent. That necessarily includes assignments of a right to

Ray B. Love, Safecool Incorporated et Numor Systems Company (requérants)

a c.

Marcel Claveau, Numor Coolant Technologies Ltd., et le commissaire des brevets (intimés)

RÉPERTORIÉ: *LOVE c. CLAVEAU (1^{re} INST.)*

b

Section de première instance, juge Dubé—Montréal, 10 octobre; Ottawa, 18 octobre 1989.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — L'art. 52 de la Loi sur les brevets permet à la Cour d'ordonner la radiation de «toute inscription dans les registres du Bureau des brevets concernant le titre à un brevet» — Ces mots sont suffisamment larges pour comprendre une inscription visant le titre à un brevet, que le brevet soit délivré ou non — Ils comprennent la cession du droit à l'obtention d'un brevet.

d

Brevets — Pratique — La requête introductive d'instance constitue la démarche appropriée pour obtenir, en vertu de l'art. 52 de la Loi sur les brevets, la radiation de l'inscription, dans les registres du Bureau des brevets, désignant l'intimée en qualité de cessionnaire de la demande de brevet — Selon la Règle 603, les procédures prévues par l'art. 18, à l'exception des procédures visant à obtenir un jugement déclaratoire, peuvent aussi être engagées par voie de requête introductive d'instance.

e

Les intimés ont déposé un acte de comparution conditionnelle en vue de soulever une objection relativement à la compétence de la Cour et à une irrégularité commise dans l'introduction de la procédure. Dans leur requête introductive d'instance, les requérants demandaient, en vertu de l'article 52 de la *Loi sur les brevets*, la radiation de l'inscription dans les registres du Bureau des brevets désignant l'intimée Numor Coolant Technologies Ltd. en qualité de cessionnaire de la demande de brevet canadien n° 552,339. Subsidiairement, les requérants demandaient un bref de *certiorari* visant l'annulation de la décision du commissaire des brevets qui enregistrait la cession de la demande de brevet. Les requérants allèguent que la cession est un faux et que par conséquent les intimés ne sont pas cessionnaires de la demande de brevet. L'article 52 prévoit que la Cour fédérale est compétente pour ordonner que «toute inscription dans les registres du Bureau des brevets concernant le titre à un brevet» soit radiée. La question consiste à savoir si l'article 52 limite la compétence de la Cour à un brevet qui a été délivré ou s'il est suffisamment large pour comprendre une inscription visant une demande de brevet en cours.

f

g

h

i

Jugement: la Cour a compétence pour ordonner la radiation de Numor Coolant Technologies Ltd. en qualité de cessionnaire de la demande de brevet.

L'article 52 est le dernier article sous la rubrique «Cessions et dévolutions». L'article 52, interprété correctement compte tenu du contexte du chapitre sur les cessions et dévolutions de la *Loi sur les brevets*, signifie que la Cour peut ordonner que toute inscription dans les registres soit modifiée ou radiée pourvu qu'elle concerne le titre à un brevet. Cela comprend nécessaire-

j

obtain a patent. All assignments, although dealt with separately in sections 49 and 50, are grouped together in section 51, and remain so grouped in the culminating section 52.

Alternatively, the Court has jurisdiction to order the expungement of the entry under section 18 of the *Federal Court Act*.

Under Rule 603, proceedings under section 18, other than proceedings for declaratory relief may be brought by an originating motion. As the plaintiff is seeking expungement, an originating motion is also the proper vehicle under section 52.

This was not a matter for a provincial superior court, which could not order a federal board to deal with the matter.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 401, 603.
Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 53, 54.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 49, 50, 51, 52.
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 58.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Clopay Corp. & Canadian General Tower Ltd. v. Metallix Ltd. (1960), 34 C.P.R. 232; 20 Fox Pat. C. 110; affd [1962] S.C.R. viii; (1961), 39 C.P.R. 23; 22 Fox Pat. C. 2; *Cellcor Corp. of Canada Ltd. v. Kotacka*, [1977] 1 F.C. 227; (1976), 14 N.R. 204; 27 C.P.R. (2d) 68 (C.A.); *Pitney Bowes Inc. v. Yale Security (Canada) Inc. et al.* (1987), 15 C.P.R. (3d) 3; 11 C.I.P.R. 171; (1987), 9 F.T.R. 58 (F.C.T.D.); revd in part (1987), 80 N.R. 267; (1987), 13 F.T.R. 233 (note) (F.C.A.).

COUNSEL:

Anthony George Creber for applicants.
David L. Cameron for respondents.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for applicants.
Clark Woods Rochefort Fortier, Montréal, for respondents.

ment la cession du droit à l'obtention d'un brevet. Toutes les cessions, bien que les articles 49 et 50 en traitent de façon distincte, sont groupées ensemble à l'article 51, et elles le restent à l'article 52, qui marque le point culminant du sujet.

a Subsidièrement, la Cour a compétence pour ordonner la radiation de l'inscription en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Selon la Règle 603, les procédures prévues par l'article 18, à l'exception des procédures visant à obtenir un jugement déclaratoire, peuvent être engagées par voie de requête introductive d'instance. Comme c'est la radiation que recherche le requérant, une requête introductive d'instance constitue aussi la démarche appropriée en vertu de l'article 52.

b La question ne relève pas d'une cour supérieure d'une province, qui ne pourrait ordonner à un office fédéral de prendre une mesure en la matière.

LOIS ET RÈGLEMENTS

d *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 49, 50, 51, 52.
Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 53, 54.
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 58.
e *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 401, 603.

JURISPRUDENCE

f DÉCISIONS EXAMINÉES:

Clopay Corp. & Canadian General Tower Ltd. v. Metallix Ltd. (1960), 34 C.P.R. 232; 20 Fox Pat. C. 110; confirmée par [1962] R.C.S. viii; (1961), 39 C.P.R. 23; 22 Fox Pat. C. 2; *Cellcor Corp. of Canada Ltd. c. Kotacka*, [1977] 1 C.F. 227; (1976), 14 N.R. 204; 27 C.P.R. (2d) 68 (C.A.); *Pitney Bowes Inc. v. Yale Security (Canada) Inc. et autre* (1987), 15 C.P.R. (3d) 3; 11 C.I.P.R. 171; (1987), 9 F.T.R. 58 (C.F. 1^{re} inst.); infirmée en partie par (1987), 80 N.R. 267; (1987), 13 F.T.R. 233 (note) (C.A.F.).

h

AVOCATS:

Anthony George Creber pour les requérants.
David L. Cameron pour les intimés.

i

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour les requérants.
Clark Woods Rochefort Fortier, Montréal, pour les intimés.

j

The following are the reasons for order rendered in English by

DUBÉ J.: By leave of the Court under Rule 401 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] the respondents filed a conditional appearance for the purpose of objecting to the jurisdiction of the Court and the improper commencement of the proceedings.

The applicants' originating motion sought an order pursuant to section 52 of the *Patent Act* (R.S.C., 1985, c. P-4) directing that the entry in the records of the Canadian Patent Office of respondent Numor Coolant Technologies Ltd., as assignee of Canadian Patent Application no. 552,339, be expunged and struck out. In the alternative, the applicants' motion sought a writ of *certiorari* pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] to review and quash the decision of the Commissioner of Patents, dated April 18, 1989, by which the Commissioner recorded the respondent, Numor Coolant Technologies Ltd., as assignee of the said application. The applicants claim that a document was registered by the Canadian Patent Office on April 18, 1989, recording respondent Numor Coolant Technologies Ltd. as the registered owner of the patent in question, and that the document was supported by an affidavit of the respondent Marcel Claveau in which the latter alleged that the applicant and inventor Ray B. Love had assigned the patent application to the respondents.

The inventor Ray B. Love asserts by way of affidavit that he never signed such a document. The applicants, therefore, allege that the respondents are not assignees of the patent application, and that the entry to that effect in the records of the Patent Office should be expunged under section 52 of the *Patent Act*, which reads as follows:

52. The Federal Court has jurisdiction, on the application of the Commissioner or of any person interested, to order that any entry in the records of the Patent Office relating to the title to a patent be varied or expunged.

In the instant application under conditional appearance the respondents argue that this Court has no jurisdiction to expunge the assignment of a right to obtain a patent, its jurisdiction being

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

LE JUGE DUBÉ: Avec la permission de la Cour conformément à la Règle 401 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap 663], les intimés ont déposé un acte de comparution conditionnelle en vue de soulever une objection relativement à la compétence de la Cour et à une irrégularité commise dans l'introduction de la procédure.

Dans leur requête, les requérants demandaient une ordonnance fondée sur l'article 52 de la *Loi sur les brevets* (L.R.C. (1985), chap. P-4) ordonnant la radiation et l'annulation de l'inscription dans les registres du Bureau des brevets désignant l'intimée Numor Coolant Technologies Ltd. en qualité de cessionnaire de la demande de brevet canadien n° 552,339. Subsidiairement, les requérants demandaient un bref de *certiorari* conformément à l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] visant la révision et l'annulation de la décision du commissaire des brevets, en date du 18 avril 1989, par laquelle ce dernier inscrivait l'intimée, Numor Coolant Technologies Ltd., en qualité de cessionnaire de ladite demande. Les requérants soutiennent que le Bureau des brevets a enregistré, le 18 avril 1989, un document qui désignait l'intimée Numor Coolant Technologies Ltd. comme titulaire enregistrée du brevet en question, et que le document était appuyé d'un affidavit de l'intimé Marcel Claveau dans lequel ce dernier alléguait que le requérant et inventeur Ray B. Love avait cédé la demande de brevet aux intimés.

L'inventeur Ray B. Love affirme par voie d'affidavit qu'il n'a jamais signé un tel document. Les requérants allèguent par conséquent que les intimés ne sont pas cessionnaires de la demande de brevet, et que l'inscription à cet effet dans les registres du Bureau des brevets devrait être radiée en vertu de l'article 52 de la *Loi sur les brevets*, qui est libellé comme suit:

52. La Cour fédérale est compétente, sur la demande du commissaire ou de toute personne intéressée, pour ordonner que toute inscription dans les registres du Bureau des brevets concernant le titre à un brevet soit modifiée ou radiée.

Dans le cadre de la présente demande les requérants soutiennent, par voie de comparution conditionnelle, que cette Cour n'a pas compétence pour radier la cession du droit d'obtenir un brevet, sa

limited under section 52 to the expungement of any entry relating to a patent which has been granted.

This is a novel issue. There does not appear to be any jurisprudence exactly on point.

There are four sections under the title "ASSIGNMENTS AND DEVOLUTIONS" in the *Patent Act*, of which section 52 is the last. To comprehend the scheme of this particular chapter it is essential to reproduce the three preceding sections:

49. (1) A patent may be granted to any person to whom an inventor, entitled under this Act to obtain a patent, has assigned in writing or bequeathed by his last will his right to obtain it, and, in the absence of an assignment or bequest, the patent may be granted to the personal representatives of the estate of the deceased inventor.

(2) Where the applicant for a patent has, after filing his application, assigned his right to obtain the patent, or where he has either before or after filing his application assigned in writing the whole or part of his property or interest in the invention, the assignee may register the assignment in the Patent Office in the manner prescribed by the Commissioner, and no application for a patent shall be withdrawn without the consent in writing of every registered assignee.

(3) No assignment shall be registered in the Patent Office unless it is accompanied by the affidavit of a subscribing witness or established by other proof to the satisfaction of the Commissioner that the assignment has been signed and executed by the assignor.

50. (1) Every patent issued for an invention is assignable in law, either as to the whole interest or as to any part thereof, by an instrument in writing.

(2) An assignment, and every grant and conveyance of any exclusive right to make and use and to grant to others the right to make and use the invention patented in Canada or any part thereof, shall be registered in the Patent Office in the manner prescribed by the Commissioner.

(3) No assignment, grant or conveyance shall be registered in the Patent Office unless it is accompanied by the affidavit of a subscribing witness or established by other proof to the satisfaction of the Commissioner that the assignment, grant or conveyance has been signed and executed by the assignor and by every other party thereto.

51. Every assignment affecting a patent for invention, whether it is one referred to in section 49 or 50, is void against any subsequent assignee, unless the assignment is registered as prescribed by those sections, before the registration of the instrument under which the subsequent assignee claims.

A reading of these sections shows that section 49 deals with the assignment of a right to a patent before the patent has been granted. Section 50 provides for the assignment of an issued patent.

compétence se limitant en vertu de l'article 52 à la radiation d'une inscription relative à un brevet déjà accordé.

Il s'agit là d'une nouvelle question litigieuse. Il ne semble y avoir aucune jurisprudence visant précisément ce point.

Sous la rubrique «CESSIONS ET DÉVOLUTIONS» de la *Loi sur les brevets*, on trouve quatre articles dont l'article 52 est le dernier. Pour bien comprendre l'intention de ce chapitre, il est essentiel de reproduire les trois articles précédents:

49. (1) Un brevet peut être concédé à toute personne à qui un inventeur, ayant aux termes de la présente loi droit d'obtenir un brevet, a cédé par écrit ou légué par son dernier testament son droit de l'obtenir. En l'absence d'une telle cession ou d'un tel legs, le brevet peut être concédé aux représentants personnels de la succession d'un inventeur décédé.

(2) Si le demandeur d'un brevet a, après le dépôt de sa demande, cédé son droit d'obtenir le brevet, ou s'il a, soit avant, soit après le dépôt de sa demande, cédé par écrit la totalité ou une partie de sa propriété de l'invention ou de son intérêt dans l'invention, le cessionnaire peut faire enregistrer cette cession au Bureau des brevets, de la manière prescrite par le commissaire, et aucune demande de brevet ne peut être retirée sans le consentement par écrit de ce cessionnaire enregistré.

(3) La cession ne peut être enregistrée au Bureau des brevets à moins d'être accompagnée de l'affidavit d'un témoin attestant, ou à moins qu'il ne soit établi par une autre preuve à la satisfaction du commissaire, que cette cession a été signée et souscrite par le cédant.

50. (1) Tout brevet délivré pour une invention est cessible en droit, soit pour la totalité, soit pour une partie de l'intérêt, au moyen d'un acte par écrit.

(2) L'acte de cession, ainsi que tout acte de concession et tout acte translatif du droit exclusif d'exécuter et d'exploiter, et de concéder à des tiers le droit d'exécuter et d'exploiter, l'invention brevetée au Canada est enregistré au Bureau des brevets, de la manière prescrite par le commissaire.

(3) L'acte de cession, de concession ou de transport ne peut être enregistré au Bureau des brevets à moins d'être accompagné de l'affidavit d'un témoin attestant, ou à moins qu'il ne soit établi par une autre preuve à la satisfaction du commissaire, qu'un tel acte de cession, de concession ou de transport a été signé et souscrit par le cédant et aussi par chacune des autres parties à l'acte.

51. Toute cession en vertu des articles 49 ou 50 est nulle et de nul effet à l'égard d'un cessionnaire subséquent, à moins que l'acte de cession n'ait été enregistré, aux termes de ces articles, avant l'enregistrement de l'acte sur lequel ce cessionnaire subséquent fonde sa réclamation.

La lecture de ces articles montre que l'article 49 traite de la cession du droit d'obtenir un brevet avant que ce brevet n'ait été concédé. L'article 50 porte sur la cession d'un brevet qui a été délivré.

Section 51 refers to every assignment "affecting a patent for invention, whether it is one referred to in section 49 or 50". The aforementioned section 52 establishes the jurisdiction of the Federal Court to expunge "any entry in the records of the Patent Office relating to the title to a patent".

The central issue to be resolved is whether those words limit the jurisdiction to a patent which has been issued or are broad enough to include any entry relating to a pending application for a patent. A trilogy of cases is of considerable assistance in determining the matter.

First, a 1960 decision of the Exchequer Court of Canada, *Clopay Corp. & Canadian General Tower Ltd. v. Metalix Ltd.*¹ These were proceedings for the infringement of a patent in which the defendant put in issue the title of the plaintiffs by an amendment to its statement of defence. The plaintiffs then launched a motion for an order varying the entry in the records of the Patent Office. Cameron J. held that the powers conferred on the Court by section 54 (the present section 52) of the *Patent Act* were "very wide, although they should be used with great discretion".

These two paragraphs (at page 235) were relied upon by both counsel before me to show that this Court has or has no jurisdiction in the instant case:

Counsel for the defendant raised a preliminary objection, namely, that this Court is without jurisdiction to hear the motion. His main submission is that the motion is ill-conceived and cannot be made in an infringement action but should be brought as an entirely separate proceeding by a petition or by originating notice of motion addressed to the Court. Now I have no doubt that an application under s. 54 could be launched in that way. In fact, I am advised that the only order heretofore made under s. 54 (*B.F. Goodrich Co. v. Com'r of Patents*, Court File # 158,034 [(1960) 32 C.P.R. 122 (Sec. 1)]) was initiated by a petition, but in that case no infringement proceedings were pending and the only party notified was the Commissioner of Patents.

In my view, the powers conferred on the Court by s. 54 are very wide, although they should be used with great discretion. Section 54 is the last of a group of three sections entitled

¹ (1960), 34 C.P.R. 232; 20 Fox Pat. C. 110; aff'd [1962] S.C.R. viii; (1961), 39 C.P.R. 23; 22 Fox Pat. C. 2.

L'article 51 vise toute cession «en vertu des articles 49 ou 50». L'article 52 précité établit la compétence de la Cour fédérale pour ordonner la radiation de «toute inscription dans les registres du Bureau des brevets concernant le titre à un brevet».

La principale question consiste à savoir si ces mots limitent la compétence de la Cour à un brevet qui a été délivré ou s'ils sont suffisamment larges pour comprendre une inscription visant une demande de brevet en cours. Trois décisions nous aident particulièrement à résoudre le problème.

Tout d'abord, la décision rendue en 1960 par la Cour de l'Échiquier du Canada, dans l'affaire *Clopay Corp. & Canadian General Tower Ltd. v. Metalix Ltd.*¹. Il s'agissait d'une action en contrefaçon de brevet dans laquelle la défenderesse a contesté le titre des demanderesse par voie de modification de sa défense. Les demanderesse ont alors présenté une requête pour obtenir une ordonnance portant modification de l'inscription dans les registres du Bureau des brevets. Le juge Cameron a statué que les pouvoirs conférés à la Cour par l'article 54 (l'article 52 actuel) de la *Loi sur les brevets* étaient [TRADUCTION] «très étendus, bien qu'ils devraient être exercés avec un grand discernement».

Les avocats des deux parties se sont appuyés sur les deux paragraphes suivants (à la page 235) pour montrer que cette Cour a, ou n'a pas, compétence en l'espèce:

[TRADUCTION] L'avocat de la défenderesse a soulevé une objection préliminaire, à savoir que cette Cour n'a pas la compétence nécessaire pour être saisie de la requête. Il soutient principalement que la requête est mal conçue et ne peut être présentée dans le cadre d'une action en contrefaçon, mais qu'elle devrait être présentée en qualité d'acte de procédure totalement distinct par voie de pétition ou d'avis introductif de requête adressé à la Cour. Je n'ai aucun doute qu'une demande fondée sur l'art. 54 pourrait être présentée de la sorte. De fait, on m'a avisé que la seule ordonnance rendue jusqu'à maintenant en vertu de l'art. 54 (*B.F. Goodrich Co. v. Com'r of Patents*, Dossier n° 158,034 [(1960) 32 C.P.R. 122 (Sec. 1)]) trouve sa source dans une pétition, mais dans cette affaire aucune instance en contrefaçon n'était pendante et la seule partie qui avait été avisée était le commissaire des brevets.

À mon sens, les pouvoirs conférés à la Cour par l'art. 54 sont très étendus, bien qu'ils devraient être exercés avec un grand discernement. L'art. 54 est le dernier d'un groupe de trois

¹ (1960), 34 C.P.R. 232; 20 Fox Pat. C. 110; confirmée par [1962] R.C.S. viii; (1961), 39 C.P.R. 23; 22 Fox Pat. C. 2.

“Assignments and Devolutions”. Sections 52 and 53 deal respectively with assignments and devolutions prior to and after the grant. I think, therefore, that s. 54 was enacted so as to enable the rectification by the Court of the records in the Patent Office relating to title in order that the party or parties actually entitled to the grant, or to be registered as to the assignees of the patent, might have their rights properly recorded. [My emphasis.]

The second case is a 1977 Federal Court of Appeal decision *Cellcor Corp. of Canada Ltd. v. Kotacka*.² This appeal concerned an action to have the plaintiff declared inventor rather than the defendants. No patent had been issued and no application for patent filed. The Court found that in the circumstances it had no power to grant such relief, and that section 54 could not be relied upon. The following two paragraphs of Pratte J.’s judgment (at page 232) were relied upon by both parties to bolster their respective points of view:

The respondent’s main argument was that section 20 of the *Federal Court Act* gives jurisdiction to the Court in this matter. The main relief sought, said he, is a declaration that the plaintiff, being the owner of the invention, is entitled, under the Patent Act, to apply for letters patent. That relief, he added, is clearly a relief “respecting a patent of invention” within the meaning of section 20 and is also a relief provided for by law since the Court is authorized to pronounce declaratory judgments (see Rule 1723).

The respondent’s contention is, in my view, ill-founded. Assuming that the declaration sought in this action is a remedy respecting a patent of invention, within the meaning of section 20, I am nevertheless of opinion that, in the circumstances of this case, it is not a relief that the Federal Court has power to grant because I agree with the appellants’ view that there is no legal basis for it. Under the Patent Act, the official who must first decide whether a patent may issue to an applicant is the Commissioner. The Act does not empower the Courts to give him directions on the decision he should reach; it is only if he is alleged to have made a wrong decision that, under the statute, the Courts may be seized of the matter. In my view, it would be contrary to the scheme of the *Patent Act* for the Courts to assume the power, in a case like the present one, to make the declaration sought. In my opinion, the power of the Court, under Rule 1723, to make “binding declarations of right” cannot be exercised in respect of letters patent of invention when its exercise is not expressly or impliedly contemplated by the *Patent Act* or another statute within the legislative jurisdiction of Parliament. [My emphasis.]

² [1977] 1 F.C. 227; (1976), 14 N.R. 204; 27 C.P.R. (2d) 68 (C.A.).

articles intitulés «Cessions et Dévolutions». Les art. 52 et 53 traitent respectivement des cessions et dévolutions antérieures et postérieures à la délivrance. Je crois, par conséquent, que l’art. 54 a été édicté dans le but de permettre à la Cour de rectifier les registres du Bureau des brevets ayant trait au titre de façon à ce que les droits de la ou des parties ayant droit à la délivrance du brevet ou le droit d’être enregistrées en qualité de cessionnaires du brevet, puissent être régulièrement inscrits. [Je souligne.]

La seconde décision qui nous est utile dans la solution du litige est la décision que la Cour d’appel fédérale a rendue en 1977 dans l’affaire *Cellcor Corp. of Canada Ltd. c. Kotacka*.² Cet appel concernait une action visant à faire déclarer inventeur le demandeur plutôt que les défendeurs. Aucun brevet n’avait été délivré et aucune demande de brevet n’avait été déposée. La Cour a conclu que dans les circonstances, elle n’avait pas compétence pour accorder une telle réparation, et que l’on ne pouvait pas invoquer l’article 54. Les deux parties se sont appuyées sur les deux paragraphes suivants de la décision du juge Pratte (à la page 232) pour étayer leurs points de vue respectifs:

Le principal argument de l’intimé fut que l’article 20 de la *Loi sur la Cour fédérale* accorde à la Cour juridiction en cette affaire. Le principal redressement demandé, a-t-il dit, est une déclaration que le demandeur, étant le propriétaire de l’invention, est la personne autorisée par la Loi sur les brevets à faire une demande de brevet. Ce redressement, a-t-il ajouté, est clairement un redressement «relativement à un brevet d’invention» au sens de l’article 20 et c’est également un redressement autorisé par la loi puisque la Cour a le pouvoir de prononcer des jugements déclaratoires (voir Règle 1723).

À mon avis, la prétention de l’intimé n’est pas fondée. Prenant pour acquis que la déclaration recherchée par les défendeurs soit un redressement relatif à un brevet d’invention au sens de l’article 20, je suis néanmoins d’opinion que, dans les circonstances de cette affaire, ce n’est pas un redressement que la Cour fédérale a le pouvoir d’accorder, car, à mon avis, les appelants ont eu raison de soutenir que l’octroi de ce redressement n’est pas autorisé par la loi. Suivant la Loi sur les brevets, c’est le commissaire qui doit d’abord décider si un requérant a droit à un brevet. La loi n’autorise pas les tribunaux à lui donner des directives sur la décision qu’il doit prendre; c’est seulement si on prétend qu’il a rendu une mauvaise décision que, suivant la loi, la question peut être soumise aux tribunaux. A mon avis, il serait contraire à l’esprit de la *Loi sur les brevets* que les tribunaux s’arrogent le pouvoir, dans un cas comme celui-ci, de prononcer un jugement déclaratoire comme celui qu’on demande. Je pense que le pouvoir de la Cour de prononcer des jugements déclaratoires en vertu de la Règle 1723 ne peut pas être exercé en matière de brevet d’invention quand cet exercice n’est pas autorisé au moins implicitement par la *Loi*

² [1977] 1 C.F. 227; (1976), 14 N.R. 204; 27 C.P.R. (2d) 68 (C.A.).

The third case is a 1987 decision³ of this Court (varied by the Federal Court of Appeal in other respects but maintained as to the relevant principles). This was an action for infringement of two patent rights. The defendant applied to strike out the statement of claim. The Court discussed variations of patents pursuant to sections 53 and 54 of the *Patent Act* [R.S.C. 1970, c. P-4]. The Court stated that pursuant to the Act it had no jurisdiction to order variations of patents until an application had been made to be acted upon by the Commissioner of Patents. The following abstracts from Strayer J.'s judgment (at pages 353-354 C.P.R.; 62 F.T.R.) were canvassed favourably by both parties:

The defendants also contend that the court lacks jurisdiction to make an order under s. 54 of the *Patent Act*, as requested by the plaintiff in its prayer for relief, to require that the Patent Office records be varied to record the plaintiff's licence under patent No. 1,167,131. The plaintiff here relied on s. 54 of the *Patent Act* which provides as follows:

The plaintiff claims to be a person interested and seeks that the entry for patent No. 1,167,131 be varied. I am satisfied that, assuming the allegations in the statement of claim to be true, the plaintiff is a person interested. But the defendants have raised two other objections. One is essentially based on the *Cellcor* case where, in the passage quoted above, Pratte J. states that it is the Commissioner of Patents who must first decide whether a patent may issue and the court cannot give him directions on the decision which he should reach. While the matter is not free from doubt I do not believe that statement applies to the present situation. Here the patent is already registered and s. 54 contemplates the possibility of the Court directing the Commissioner to vary the record of a title already registered. I believe that the other point raised by the defendants is of more substance, however. The defendants rely on ss. 53(3) which provides as follows:

It may also be noted that ss. 86 to 90 of the *Patent Rules* provide procedures for obtaining the registration of an assignment. There is nothing in the record to allege that a proper application has been made to the commissioner with the necessary affidavit and any other materials required by the rules. I

³ *Pitney Bowes Inc. v. Yale Security (Canada) Inc. et al.* (1987), 15 C.P.R. (3d) 3; 11 C.I.P.R. 171; (1987), 9 F.T.R. 58 (F.C.T.D.); reversed in part (1987), 80 N.R. 267; (1987), 13 F.T.R. 233 (note) (F.C.A.).

sur les brevets ou une autre loi valablement adoptée par le Parlement. [Je souligne.]

La troisième décision³ pertinente a été rendue par cette Cour en 1987 (modifiée par la Cour d'appel fédérale quant à d'autres aspects mais maintenue en ce qui concerne les principes pertinents). Il s'agissait d'une action en violation de deux droits conférés par un brevet. La défenderesse avait demandé la radiation de la déclaration. La Cour a discuté de la modification des brevets en vertu des articles 53 et 54 de la *Loi sur les brevets* [S.R.C. 1970, chap. P-4]. La Cour a statué que selon la Loi, elle n'était pas compétente à ordonner d'apporter des modifications aux brevets tant qu'une demande n'avait pas été faite, à laquelle le commissaire des brevets devait donner suite. Les extraits suivants de la décision du juge Strayer (aux pages 353 et 354 C.P.R.; 62 F.T.R.) ont été examinés favorablement par les deux parties:

Les défenderesses soutiennent également que la cour n'a pas compétence pour rendre une ordonnance sous le régime de l'art. 54 de la *Loi sur les brevets*, ainsi que l'a demandé la demanderesse dans ses conclusions, pour exiger que les registres du Bureau des brevets soient modifiés pour enregistrer la licence que la demanderesse tient du brevet n° 1167131. En l'espèce, la demanderesse s'appuie sur l'art. 54 de la *Loi sur les brevets*, lequel porte:

La demanderesse prétend être la personne intéressée, et elle demande que l'inscription du brevet n° 1167131 soit modifiée. À supposer que les allégations faites dans la déclaration soient véridiques, je suis persuadé que la demanderesse est la personne intéressée. Mais les défenderesses ont soulevé deux autres objections. L'une repose essentiellement sur l'affaire *Cellcor* où, dans le passage précité, le juge Pratte déclare que c'est le commissaire des brevets qui doit d'abord décider si un requérant a droit à un brevet, et que la cour ne saurait lui donner des directives sur la décision qu'il doit prendre. Bien qu'il existe des doutes à cet égard, je ne crois pas que cette déclaration s'applique à la présente situation. En l'espèce, le brevet est déjà enregistré, et l'art. 54 prévoit la possibilité que la Cour ordonne au commissaire de modifier l'inscription d'un titre déjà enregistré. J'estime que l'autre argument soulevé par les défenderesses est toutefois plus solide. Elles invoquent le paragraphe 53(3) qui porte:

Il convient de souligner également que les articles 86 à 90 des *Règles sur les brevets* prévoient des procédures visant à obtenir l'enregistrement d'une cession. Rien dans le dossier ne permet de dire qu'une demande appropriée a été faite au commissaire avec l'affidavit requis et tout autre document exigé par les

³ *Pitney Bowes Inc. c. Yale Security (Canada) Inc. et al.* (1987), 15 C.P.R. (3d) 3; 11 C.I.P.R. 171; (1987), 9 F.T.R. 58 (C.F. 1^{re} inst.); infirmée en partie par (1987), 80 N.R. 267; (1987), 13 F.T.R. 233 (note) (C.A.F.).

believe that the same rationale as was stated by Pratte J. in the *Cellcor* case should apply: that is, where the Patent Act provides a specific procedure for the commissioner to receive applications and make decisions, and specifies certain evidentiary requirements, it was not the intention of Parliament to empower the court to assume the power to determine that a particular assignment should be registered. If an application is made to the commissioner and he rejects it, it may be then open to the plaintiff to seek an order in this court. For parallel decisions in relation to amendment of the trade mark register see *Friendly Ice Cream Corp. v. Friendly Ice Cream Shops Ltd.* (1972), 7 C.P.R. (2d) 35 at p. 40, [1972] F.C. 712; *Royal Doulton Tableware Ltd. et al. v. Cassidy's Ltd.—Cassidy's Ltée* (1984), 1 C.P.R. (3d) 214 at p. 227, [1986] 1 F.C. 357; 5 C.I.P.R. 10. [My emphasis.]

It should be noted that as a result of the assignment of the right to the application having been registered by the Commissioner of Patents, the applicants are now deprived of their former right to prosecute their application. Should the alleged assignees of the application, the respondents, be negligent in their prosecution of the application, the patent may not be granted. Should they withdraw the application, the patent will not be granted. In my view, if the purported assignment is a forgery, as claimed by the applicants, they are entitled to a remedy for the wrong inflicted upon them.

The respondents argue that this is a matter for a provincial superior court, presumably an Ontario court since the document in question is purported to have been signed in Toronto. However, I fail to see how an Ontario court could order a federal board, which the Patent Office clearly is, to vary or to expunge or to otherwise deal with the matter. Clearly, this problem calls for a more appropriate solution.

In my view, the solution is to be found in the wide powers granted to the Court by section 52 of the *Patent Act*. That section, properly read within the scheme of the Assignments and Devolutions chapter of the *Patent Act*, means that the Court may order that any entry in the records be varied or expunged as long as the entry relates to the title to a patent. That language necessarily includes assignments of a right to obtain a patent. All assignments, although dealt with separately in sections 49 and 50, are grouped together in section

Règles. J'estime que le même raisonnement, tel qu'il a été exposé par le juge Pratte dans l'affaire *Cellcor*, devrait s'appliquer: savoir que lorsque la *Loi sur les brevets* prévoit une procédure particulière que le commissaire doit suivre pour recevoir des demandes et rendre des décisions, et précise certaines exigences relatives à la preuve, le Parlement n'a pas voulu habiliter la Cour à assumer le pouvoir de décider qu'une cession donnée devrait être enregistrée. Si une demande est faite au commissaire et qu'il la rejette, il est alors loisible au demandeur d'obtenir de cette Cour une ordonnance. Pour des décisions analogues portant sur la modification du registre de la marque de commerce, voir *Friendly Ice Cream Corp. c. Friendly Ice Cream Shops Ltd.* (1972), 7 C.P.R. (2d) 35, à la p. 40, [1972] C.F. 712; *Royal Doulton Tableware Ltd. et autre c. Cassidy's Ltd.—Cassidy's Ltée* (1984), 1 C.P.R. (3d) 214, à la p. 227, [1986] 1 C.F. 357; 5 C.I.P.R. 10. [Je souligne.]

Il convient de noter que parce que le commissaire des brevets a enregistré la cession du droit à la demande, les requérants sont désormais privés du droit qu'ils avaient de pousser plus avant leur demande. Dans l'éventualité où ceux qui seraient cessionnaires de la demande, soit les intimés, négligeraient de voir à ce qu'il lui soit donné suite, le brevet pourrait ne pas être délivré. S'ils retiraient la demande, le brevet ne sera pas concédé. À mon avis, si la prétendue cession est un faux, comme le soutiennent les requérants, ils ont droit à réparation pour le préjudice qui leur a été causé.

Les intimés affirment qu'il s'agit là d'une question qui relève d'une cour supérieure provinciale, probablement une cour de l'Ontario puisque le document en cause aurait été signé à Toronto. Cependant, je ne vois pas comment un tribunal de l'Ontario pourrait ordonner à un office fédéral, ce qu'est clairement le Bureau des brevets, de modifier ou de radier une inscription ou de prendre une autre mesure à cet égard. Il est évident que ce problème demande une solution beaucoup plus appropriée.

À mon sens, la solution se trouve dans les pouvoirs étendus conférés à la Cour par l'article 52 de la *Loi sur les brevets*. Cet article, interprété correctement compte tenu du contexte du chapitre sur les cessions et dévolutions de la *Loi sur les brevets*, signifie que la Cour peut ordonner que toute inscription dans les registres soit modifiée ou radiée pourvu que l'inscription concerne le titre à un brevet. Ce libellé comprend nécessairement la cession du droit à l'obtention d'un brevet. Toutes les cessions, bien que les articles 49 et 50 en traitent

51, and remain so grouped in the culminating section 52.

In *Clopay*, Cameron J. of the Exchequer Court found that section to be "very wide". He said that it was enacted "so as to enable the rectification by the Court of the records in the Patent Office relating to title". In *Cellcor*, Pratte J., after pointing out that the Court cannot give directions on the decision the Commissioner should reach, added "it is only if he is alleged to have made a wrong decision that, under the statute, the Courts may be seized of the matter". In *Pitney Bowes Inc.*, Strayer J. pointed out that "If an application is made to the commissioner and he rejects it, it may be then open to the plaintiff to seek an order in this court."

The obvious corollary is that, if the Commissioner accepts a document which he ought to have rejected, then it is open to the party adversely affected to seek an order of this Court (the Federal Court, Trial Division).

If I am mistaken in this matter, and section 52 does not empower this Court to order the Commissioner to expunge the entry in question, then I am of the view that such power emanates from section 18 of the *Federal Court Act*, and that a writ of *certiorari* would lie with respect to an administrative decision made by the Commissioner of Patents, a federal board. Clearly, that remedy can only be prescribed by this Court.

Under Rule 603, proceedings under section 18, other than proceedings for declaratory relief, may be brought by an originating motion. As the plaintiff is not seeking a declaration, but expungement, an originating motion is also the proper vehicle under section 52 of the *Patent Act*, in which the "application" is akin to an application made under section 58 of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13]. In *Clopay*, Cameron J. said that "I have no doubt that an application under s. 54 could be launched in that way" (by a petition or by originating notice of motion addressed to the Court).

de façon distincte, sont groupées ensemble à l'article 51, et elles le restent à l'article 52, qui marque le point culminant du sujet.

Dans l'arrêt *Clopay*, le juge Cameron, de la Cour de l'Échiquier, a trouvé à cet article une portée «très étendue». Il a dit qu'il avait été édicté [TRADUCTION] «dans le but de permettre à la Cour de rectifier les registres du Bureau des brevets ayant trait au titre». Dans l'arrêt *Cellcor* le juge Pratte, après avoir souligné que la Cour ne peut donner des directives au commissaire sur la décision qu'il doit prendre, a ajouté «c'est seulement si on prétend qu'il a rendu une mauvaise décision que, suivant la loi, la question peut être soumise aux tribunaux». Dans l'arrêt *Pitney Bowes Inc.*, le juge Strayer a souligné que «si une demande est faite au commissaire et qu'il la rejette, il est alors loisible au demandeur d'obtenir de cette cour une ordonnance».

Le corollaire évident est que si le commissaire accepte un document qu'il aurait dû rejeter, il est alors loisible à la partie lésée de demander une ordonnance à cette Cour (la Cour fédérale, Section de première instance).

Si j'avais tort sur ce point, et que l'article 52 ne permettait pas à cette Cour d'ordonner au commissaire de radier l'inscription litigieuse, j'estime alors que ce pouvoir découle de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et qu'il y a ouverture à un bref de *certiorari* à l'encontre d'une décision administrative rendue par le commissaire des brevets, qui est un office fédéral. Il est clair que seule la Cour peut accorder cette réparation.

Selon la Règle 603, les procédures prévues par l'article 18, à l'exception des procédures visant à obtenir un jugement déclaratoire, peuvent être engagées par voie de requête introductive d'instance. Comme le requérant ne recherche pas un jugement déclaratoire, mais la radiation, une requête introductive d'instance constitue aussi la démarche appropriée en vertu de l'article 52 de la *Loi sur les brevets*, dans lequel la «demande» est assimilable à une demande faite en vertu de l'article 58 de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), chap. T-13]. Dans l'arrêt *Clopay*, le juge Cameron a dit «je n'ai aucun doute qu'une demande fondée sur l'article 54 pourrait être présentée de la sorte» (par pétition ou par avis de requête adressé introductive d'instance à la Cour).

Consequently, I do find that this Court has the jurisdiction, pursuant to section 52 of the *Patent Act*, to order that the entry in the records of the Canadian Patent Office of the respondent Numor Coolant Technologies Ltd., as assignee of Canadian Patent Application No. 552,339, be expunged.

Conséquemment, je conclus que cette Cour a compétence, en vertu de l'article 52 de la *Loi sur les brevets*, pour ordonner la radiation, dans les registres du Bureau des brevets, de l'inscription qui désigne l'intimée Numor Coolant Technologies Ltd. en qualité de cessionnaire de la demande de brevet canadien n° 552,339.

T-1416-88

T-1416-88

Rothmans, Benson & Hedges Inc. (Plaintiff)**Rothmans, Benson & Hedges Inc. (demanderesse)**

v.

a c.

Attorney General of Canada (Defendant)**Procureur général du Canada (défendeur)****INDEXED AS: ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Rouleau J.—Toronto, April 7; Ottawa, May 19, 1989.

Section de première instance, juge Rouleau—Toronto, 7 avril; Ottawa, 19 mai 1989.

Practice — Parties — Intervention — Canadian Cancer Society seeking to intervene in action attacking constitutionality of legislation prohibiting advertising of tobacco products — As no express provision in Federal Court Rules for intervention, necessary to look to practice in provincial courts — Ontario Rules permitting intervention of nonparty claiming interest in subject-matter of proceeding, provided no delay or prejudice — "Interest" broadly interpreted in constitutional matters — Criteria justifying intervention — Objection that addition of party lengthening proceeding rejected — Intervention of party with special knowledge and expertise permitted to give courts different perspective on issue, particularly where first-time Charter arguments involved — Nature of issue and likelihood of useful contribution by applicant to resolution of action without prejudice to parties key considerations — Application allowed.

Pratique — Parties — Intervention — La Société canadienne du cancer demande d'intervenir dans une action contestant la constitutionnalité de la loi qui interdit la publicité des produits du tabac — Comme les Règles de la Cour fédérale ne contiennent aucune disposition réglant spécifiquement l'intervention, il est nécessaire d'examiner la pratique suivie à cet égard par les tribunaux provinciaux — Les Règles de l'Ontario autorisent l'intervention d'une personne qui n'est pas partie à une instance et qui prétend avoir un intérêt dans ce qui fait l'objet de l'instance, pourvu que cette intervention n'entraîne pas de retard ou de préjudice — Interprétation libérale du terme «intérêt» en matière constitutionnelle — Énoncé des critères autorisant l'intervention — L'objection suivant laquelle l'adjonction d'une partie prolongerait l'instance est rejetée — L'intervention de parties possédant des connaissances et une compétence particulières a été autorisée pour fournir à la Cour une optique différente au sujet des questions soulevées, spécialement lorsque des arguments fondés sur la Charte se trouvaient invoqués pour la première fois — La nature de la question en jeu et la possibilité que la requérante contribue utilement au règlement de l'action sans que les parties ne subissent de préjudice constituent des considérations clés — Demande accueillie.

This was an application by the Canadian Cancer Society to intervene in an action attacking the constitutionality of the *Tobacco Products Control Act*, which prohibits the advertising of tobacco products in Canada. The Society's primary object is cancer research and education of the public. It contended that it had special knowledge and expertise relating cancer to the consumption of tobacco products and that it had sources of information which may not have been available to the other parties. It also argued that it had a special interest with respect to the issues, and that its overall capacity to collect, comment upon and analyze all the data related to cancer, tobacco products and the advertising of those products would be helpful to the Court. The plaintiff opposed the application on the grounds that extensive hearings had been held prior to passage of the legislation, and that any information which the Society may have is in the public domain. Finally, it was argued that the applicant would be putting forward the same evidence and arguments as the Attorney General, thus unnecessarily protracting the proceedings.

La Cour est saisie d'une demande présentée par la Société canadienne du cancer pour être autorisée à intervenir dans une action contestant la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac*, qui interdit la publicité en faveur des produits du tabac au Canada. La Société s'intéresse d'abord à la recherche sur le cancer et à l'instruction du public. Elle prétend posséder des connaissances et une expertise spéciales au sujet du lien entre le cancer et la consommation de produits du tabac, et elle fait valoir qu'elle a des sources d'information auxquelles les autres parties risquent de ne pas avoir accès. Elle soutient également qu'elle a un intérêt spécial dans les questions en litige, et que sa capacité de recueillir, de commenter et d'analyser toutes les données relatives au cancer, à la consommation des produits du tabac et à la publicité relative à ces produits serait utile à la Cour. La demanderesse s'oppose à la demande aux motifs que des audiences tenues avant l'adoption de la Loi ont permis d'en examiner tous les aspects et que tous les renseignements pouvant être détenus par la Société font partie du domaine public. Finalement, il a été soutenu que la requérante ferait valoir les mêmes éléments de preuve et les mêmes arguments que le procureur général, ce qui aurait pour effet de prolonger inutilement l'instance.

Held, the application should be allowed.

Jugement: la demande devrait être accueillie.

As there is no Federal Court Rule expressly permitting intervention, Rule 5 allows the Court to determine its practice and procedure by analogy to other provisions of the *Federal Court Rules* or to the practice and procedure for similar proceedings in provincial courts. The *Ontario Rules of Civil Procedure* permit the intervention of a nonparty who claims an interest in the subject-matter of the proceeding, provided this will not delay or prejudice the proceedings. The "interest" required has been widely interpreted, particularly where Charter and other constitutional issues have been raised. Recent cases have outlined several criteria to be considered in an application for intervention, but generally the interest required to intervene in public interest litigation has been recognized in an organization which is genuinely interested in, and possesses special knowledge and expertise related to, the issues. The objection that the addition of a party would lengthen the proceedings was rejected in that courts are familiar with lengthy and complex litigation including a multiplicity of parties. Also, even though one of the parties may be able to adequately defend a certain public interest, the intervention of parties with special knowledge and expertise has been permitted to place the issue in a slightly different perspective which would assist the court, particularly when first-time Charter arguments are involved. Interventions by persons or groups having no direct interest in the outcome, but who possess an interest in the public law issues have also been allowed. The key considerations are the nature of the issue, and the likelihood of the applicant being able to make a useful contribution to the resolution of the action without causing injustice to the immediate parties.

Applying the above principles, the applicant should be allowed to intervene as it has a genuine interest in the issues and could assist the Court by putting the issues in a different perspective as it has special knowledge and expertise relating to the public interest questions. The application should also be allowed to offset any public perception that the interests of justice are not being served because of possible political influence being asserted by the tobacco industry.

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.).
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 246.6 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19), 246.7 (as enacted *idem*).
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 5.
- Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, R.R. 13.01,

Aucune règle de la Cour fédérale ne permettant spécifiquement l'intervention, la Règle 5 autorise la Cour à déterminer la pratique et la procédure à suivre à cet égard par analogie avec les autres dispositions des *Règles de la Cour fédérale* ou avec la pratique et la procédure en vigueur pour des procédures semblables devant des tribunaux provinciaux. Les *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario permettent l'intervention d'une personne qui n'est pas partie à l'instance et qui prétend avoir un intérêt dans ce qui fait l'objet de l'instance, pourvu que cette intervention ne risque pas de retarder le déroulement des procédures ou de nuire à celui-ci. L'«intérêt» requis à cet égard a été interprété de façon libérale, particulièrement lorsque les questions soulevées avaient trait à la Charte ou concernaient autrement la Constitution. Des décisions récentes ont décrit plusieurs critères dont l'examen est nécessaire dans le cadre d'une demande d'intervention, mais, en règle générale, les tribunaux considèrent que possède l'intérêt requis pour intervenir dans une poursuite où l'intérêt public est en jeu l'organisme qui est véritablement intéressé par les questions soulevées dans le cadre du litige et qui possède des connaissances et une compétence pertinentes. L'objection suivant laquelle l'adjonction d'une partie prolongerait l'instance est rejetée au motif que les tribunaux ont appris à faire face à des situations complexes comportant une multitude de parties. De plus, même dans les cas où l'une des parties pouvait être apte à défendre adéquatement un certain intérêt public, l'intervention d'un requérant possédant des connaissances et une compétence particulières au sujet des questions en litige a été autorisée afin que celles-ci puissent être abordées dans une optique légèrement différente de celle de cette partie, ce qui pouvait aider la Cour, particulièrement lorsque des arguments relatifs à la Charte étaient invoqués pour la première fois. Ont également été accueillies des interventions demandées par des personnes ou des groupes qui n'avaient aucun intérêt direct dans l'issue du litige mais qui avaient un intérêt dans les aspects de l'affaire qui concernaient le droit public. Les considérations clés sont la nature de la question en jeu et la possibilité que la requérante contribue utilement au règlement sans que les parties immédiates soient victimes d'injustice.

Appliquant les principes qui précèdent, la Cour décide que la requérante devrait avoir le droit d'intervenir puisqu'elle possède un intérêt véritable dans les questions en litige et qu'elle pourrait aider la Cour à aborder les questions soulevées dans une perspective différente grâce aux connaissances et à la compétence particulières qu'elle détient relativement aux aspects de l'intérêt public qui sont en jeu. La demande devrait également être accueillie pour que le public ne pense pas que les pressions politiques exercées par l'industrie du tabac entravent les intérêts de la justice.

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, chap. 11 (R.-U.).
- Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 246.6 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19), 246.7 (édicte, *idem*).
- Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, chap. 20.

13.02 (as am. by O. Reg. 221/86, s. 1).
Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 5.
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, Règles 13.01,
 13.02 (mod. par O. Reg. 221/86, art. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Seaboyer (1986), 50 C.R. (3d) 395 (Ont. C.A.); *Re Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations* (1980), 112 D.L.R. (3d) 132; 28 O.R. (2d) 764; 19 C.P.C. 245 (C.A.); *G.T.V. Limousine Inc. v. Service de Limousine Murray Hill Ltée*, [1988] R.J.Q. 1615 (C.A.).

COUNSEL:

Edward P. Belobaba and *P. Lukasiewicz* for plaintiff.

Karl Delwaide and *Andre T. Mecs* for proposed intervenor.

Paul J. Evraire, Q.C. for defendant.

SOLICITORS:

Gowling & Henderson, Toronto, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROULEAU J.: This is an application brought by the Canadian Cancer Society ("Society") seeking an order allowing it to intervene and participate in the action. The issue relates to an attack by the plaintiff on the constitutional validity of the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20 which prohibits the advertising of tobacco products in Canada.

The plaintiff, Rothmans, Benson & Hedges Inc., initiated this action by way of statement of claim filed on July 20, 1988 and amended on October 24, 1988.

The Canadian Cancer Society is described as the largest charitable organization dedicated to public health in Canada. As recently as 1987 it was made up of approximately 350,000 active volunteer members who were responsible for the raising of some \$50,000,000 annually, which money was primarily directed to health and related fields. The Society's primary object is cancer research; it is also involved in the distribution of

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. v. Seaboyer (1986), 50 C.R. (3d) 395 (C.A. Ont.); *Re Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations* (1980), 112 D.L.R. (3d) 132; 28 O.R. (2d) 764; 19 C.P.C. 245 (C.A.); *G.T.V. Limousine Inc. c. Service de Limousine Murray Hill Ltée*, [1988] R.J.Q. 1615 (C.A.).

AVOCATS:

Edward P. Belobaba et *P. Lukasiewicz* pour la demanderesse.

Karl Delwaide et *Andre T. Mecs* pour l'intervenante éventuelle.

Paul J. Evraire, c.r. pour le défendeur.

PROCUREURS:

Gowling & Henderson, Toronto, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE ROULEAU: La Cour est saisie d'une demande présentée par la Société canadienne du cancer (la Société) en vue d'obtenir une ordonnance l'autorisant à intervenir dans l'action. La demanderesse conteste la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, chap. 20, qui interdit la publicité en faveur des produits du tabac au Canada.

La demanderesse, Rothmans, Benson & Hedges Inc., a engagé la présente action en produisant une déclaration le 20 juillet 1988, qu'elle a modifiée le 24 octobre 1988.

La Société canadienne du cancer est considérée comme le plus important organisme de charité voué à la protection de la santé publique au Canada. En 1987, elle était constituée de quelque 350 000 bénévoles actifs qui ont recueilli environ 50 000 000 \$ durant l'année; cet argent a permis de financer des activités, principalement dans le domaine de la santé et dans des domaines connexes. La Société s'intéresse d'abord et avant tout

scientific papers as well as pamphlets for the purpose of enlightening the general public of the dangers of the disease. For more than 50 years this organization has been the driving force investigating causes as well as cures. In the pursuit of its objectives, and, with the endorsement of the medical scientific community, it has been instrumental in establishing a correlation between the use of tobacco products and the incidence of cancer; its persistence has been the vehicle that generated public awareness of the danger of tobacco products. As a result of the Society's leadership and inspiration, the research results and the assembling of scientific data gathered from throughout the world, it has provided the authorities and its public health officials with the necessary or required evidence to press the government into adopting the legislation which is complained of in this action.

The applicant maintains that the constitutional facts underlying the plaintiff's amended statement of claim that will be adduced in evidence, analyzed and discussed before the Court are essentially related to health issues. It has special knowledge and expertise relating cancer to the consumption of tobacco products. It further contends that it has sources of information in this matter to which the other parties in the litigation may not have access.

The Canadian Cancer Society urges upon this Court that it has a "special interest" with respect to the issues raised in the litigation. That knowledge and expertise and the overall capacity of the applicant to collect, comment upon and analyze all the data related to cancer, tobacco products and the advertising of those products, would be helpful to this Court in the resolution of the litigation now before it. It is their opinion that it meets all the criteria set out in the jurisprudence which apply in cases where parties seek to be allowed to intervene.

The plaintiff, Rothmans, Benson & Hedges Inc., opposes the application for standing. It argues that prior to the promulgation of the *Tobacco Products Control Act*, the Legislative Committee of the

à la recherche sur le cancer; elle distribue aussi des documents scientifiques ainsi que des dépliants destinés à renseigner le grand public sur les dangers de cette maladie. Depuis plus de 50 ans, cet organisme poursuit sans relâche ses travaux de recherche sur les causes du cancer, ainsi que sur les remèdes. Dans le cadre de ses travaux et avec l'appui de la communauté scientifique médicale, elle a contribué à établir un lien entre la consommation des produits du tabac et la survenance du cancer. À force de persévérance, elle est arrivée à sensibiliser l'opinion publique aux dangers liés à la consommation de produits du tabac. Grâce à son esprit d'initiative et à son enthousiasme, de même qu'aux résultats de ses travaux de recherche et aux données scientifiques provenant du monde entier qu'elle a recueillies, elle a pu mettre à la disposition des autorités et des responsables de la santé publique les moyens nécessaires pour persuader le gouvernement d'adopter la loi dont la demanderesse conteste la validité.

La requérante soutient que les questions d'ordre constitutionnel qui sous-tendent la déclaration modifiée de la demanderesse et qui seront présentées comme preuve, analysées et débattues devant la Cour ont principalement trait à la santé. La requérante possède des connaissances et une expertise spéciales au sujet du lien entre le cancer et la consommation de produits du tabac. Elle fait de plus valoir qu'elle a des sources d'information sur cette question auxquelles les autres parties au litige pourraient ne pas avoir accès.

La Société canadienne du cancer insiste auprès de cette Cour pour dire qu'elle a un «intérêt spécial» dans les questions que soulève le litige. À son avis, ses connaissances et sa compétence, de même que sa capacité de recueillir, de commenter et d'analyser des données relatives au cancer, à la consommation de produits du tabac et à la publicité relative à ces produits aideront cette Cour à régler le litige dont elle est saisie. La requérante estime répondre à tous les critères énoncés dans la jurisprudence, qui s'appliquent aux instances dans lesquelles des parties souhaitent obtenir la permission d'intervenir.

La demanderesse prétend que la requérante n'a pas qualité pour agir. Elle rappelle qu'avant l'adoption de la *Loi réglementant les produits du tabac*, le Comité législatif de la Chambre des

House of Commons and the Standing Senate Committee on Social Affairs and Technology held extensive hearings into all aspects of the proposed legislation. In the course of those hearings, the committees received written representations and heard evidence from numerous groups both in favour of and opposed to the legislation, including the applicant; that studies commissioned by the Cancer Society relevant to the advertising of tobacco products are all in the public domain; that no new studies relating directly to tobacco consumption and advertising have been initiated nor is it in possession of any document, report or study relating to the alleged relationship between the consumption of tobacco products and advertising that is not either in the public domain or accessible to anyone who might require it.

Finally, the plaintiff argues that the applicant's motion should be denied on the grounds that it is seeking to uphold the constitutionality of the *Tobacco Products Control Act* by means of the same evidence and arguments as those which will be put forward by the defendant, the Attorney General of Canada. Their intervention would unnecessarily lengthen the proceeding and it is open to the applicant to cooperate fully with the defendant by providing *viva voce* as well as documentary evidence in order to assist in providing the courts with full disclosure of all facts which may be necessary to decide the ultimate issue.

There is no Federal Court Rule explicitly permitting intervention in proceedings in the Trial Division. In the absence of a rule or provision providing for a particular matter, Rule 5 allows the Court to determine its practice and procedure by analogy to other provisions of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] or to the practice and procedure for similar proceedings in the courts of "that province to which the subject matter of the proceedings most particularly relates".

Rule 13.01 of the Ontario *Rules of Civil Procedure* [O. Reg. 560/84] permits a person not a party to the proceedings who claims "an interest in

communes et le Comité sénatorial permanent des affaires sociales et de la technologie ont tenu des audiences au cours desquelles tous les aspects de la loi ont été examinés. Dans le cadre de ces audiences, les deux comités ont reçu des mémoires et ont entendu les témoignages de nombreux groupements, y compris la requérante, qui appuyaient la Loi ou s'y opposaient. Elle ajoute que les études commandées par la Société canadienne du cancer sur la publicité relative aux produits du tabac font toutes partie du domaine public; que la requérante n'a entrepris aucune étude inédite ayant directement trait à la consommation des produits du tabac et à la publicité, et qu'elle n'est en possession d'aucun document, rapport ou étude portant sur le lien qui existerait entre la consommation de produits du tabac et la publicité, qui ne ferait pas partie du domaine public ou dont on ne pourrait obtenir copie.

En dernier lieu, la demanderesse prétend qu'il faut rejeter la requête parce que la Société utilisera les mêmes éléments de preuve et les mêmes arguments que le défendeur, c'est-à-dire le procureur général du Canada, pour convaincre la Cour de la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac*. Son intervention prolongera inutilement l'instance et la requérante pourrait tout aussi bien collaborer avec le défendeur en lui soumettant des éléments de preuve tant verbale qu'écrite, de façon à ce que la Cour puisse prendre connaissance de tous les faits dont elle pourrait avoir besoin pour rendre sa décision.

Il n'y a aucune règle de la Cour fédérale qui autorise spécifiquement une personne à intervenir dans une poursuite intentée devant la Section de première instance. Lorsque se pose une question qui n'est pas visée par une disposition d'une loi ni par une règle de la Cour, la Règle 5 autorise la Cour à déterminer la pratique et la procédure à suivre pour cette question par analogie avec les autres dispositions des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] ou avec la pratique et la procédure en vigueur pour des procédures semblables devant les tribunaux «de la province à laquelle se rapporte plus particulièrement l'objet des procédures».

Aux termes de la Règle 13.01 des *Rules of Civil Procedure* [O. Reg. 560/84] de l'Ontario, une personne qui n'est pas partie à l'instance et qui

the subject matter of the proceeding” to move for leave to intervene as an added party. The rule requires of the Court to consider “whether the intervention will unduly delay or prejudice the determination of the rights of the parties to the proceeding”. Rule 13.02 [as am. by O. Reg. 221/86, s. 1] permits the Court to grant leave to a person to intervene as a friend of the Court without becoming a party to the proceeding. Such intervention is only permitted “for the purpose of rendering assistance to the court by way of argument”.

In addition to the gap rule, one must be cognizant of the principles of law which have been established by the jurisprudence in applications of this nature. In constitutional matters, and more particularly, in Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] issues, the “interest” required of a third party in order to be granted intervenor status has been widely interpreted in order to permit interventions on public interest issues. Generally speaking, the interest required to intervene in public interest litigation has been recognized by the courts in an organization which is genuinely interested in the issues raised by the action and which possesses special knowledge and expertise related to the issues raised.

There can be no doubt as to the evolution of the jurisprudence in “public interest litigation” in this country since the advent of the Charter. The Supreme Court appears to be requiring somewhat less by way of connection to consider “public interest” intervention once they have been persuaded as to the seriousness of the question.

In order for the Court to grant standing and to justify the full participation of an intervenor in a “public interest” debate, certain criteria must be met and gathering from the more recent decisions the following is contemplated:

(1) Is the proposed intervenor directly affected by the outcome?

prétend «avoir un intérêt dans ce qui fait l'objet de l'instance» peut demander, par voie de motion, l'autorisation d'intervenir en qualité de partie jointe. La règle oblige le tribunal à étudier si l'intervention «risque de retarder indûment la décision sur les droits des parties à l'instance ou de lui nuire». Aux termes de la Règle 13.02 [mod. par O. Reg. 221/86, art. 1], le tribunal peut autoriser une personne à intervenir à titre d'intervenant bénévole, sans devenir partie à l'instance. Cette intervention est permise uniquement «aux fins d'aider le tribunal en présentant une argumentation».

Il faut savoir qu'il existe, outre la règle des lacunes, des principes de droit établis par la jurisprudence qui s'appliquent aux demandes de cette nature. Pour ce qui est des questions d'ordre constitutionnel, et plus particulièrement des questions relatives à la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)], les tribunaux ont donné une interprétation libérale de l'«intérêt» que doit avoir un tiers pour obtenir le statut d'intervenant, afin de permettre les interventions portant sur des questions relatives à l'intérêt public. En règle générale, les tribunaux considèrent que possède l'intérêt requis pour intervenir dans une poursuite où l'intérêt public est en jeu l'organisme qui est véritablement intéressé par les questions soulevées dans le cadre du litige et qui possède des connaissances et une compétence pertinentes.

Depuis l'entrée en vigueur de la Charte, l'évolution de la jurisprudence à propos des «litiges concernant l'intérêt public» au Canada ne fait pas de doute. Dès qu'elle est convaincue de la gravité d'une question, la Cour suprême semble faire moins de difficultés pour examiner une intervention fondée sur l'«intérêt public».

Pour reconnaître à une personne la qualité pour agir et le droit de participer pleinement à titre d'intervenant à un débat touchant l'«intérêt public», la Cour doit s'assurer que certains critères sont respectés. D'après les plus récentes décisions, ces critères seraient les suivants:

(1) La personne qui se propose d'intervenir est-elle directement touchée par l'issue du litige?

(2) Does there exist a justiciable issue and a veritable public interest?

(3) Is there an apparent lack of any other reasonable or efficient means to submit the question to the Court? ^a

(4) Is the position of the proposed intervenor adequately defended by one of the parties to the case?

(5) Are the interests of justice better served by the intervention of the proposed third party? ^b

(6) Can the Court hear and decide the cause on its merits without the proposed intervenor?

The plaintiff has argued that adding a party would lengthen the proceedings and burden the courts unnecessarily, perhaps in some instances leading to chaos. In *G.T.V. Limousine Inc. v. Service de Limousine Murray Hill Ltée*, [1988] R.J.Q. 1615 (C.A.), the Court noted that it was quite familiar with lengthy and complex litigation including a multiplicity of parties. This did not lead to injustice and would certainly provide the presiding judge with additional points of view which may assist in enlightening it to determine the ultimate issue. Such an objection is really of very little merit.

I do not choose at this time to discuss in detail each of the criteria that I have outlined since they have all been thoroughly analyzed either individually or collectively in recent jurisprudence. ^f

The courts have been satisfied that though a certain "public interest" may be adequately defended by one of the parties, because of special knowledge and expertise, they nevertheless allowed the intervention. ^g

As an example, in *R. v. Seaboyer* (1986), 50 C.R. (3d) 395 (Ont. C.A.), the Legal Education and Action Fund ("LEAF") applied to intervene in the appeal from a decision quashing the committal for trial on a charge of sexual assault on the grounds that sections 246.6 and 246.7 of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19)] were inoperative because they infringed section 7 and paragraph 11(d) of the Charter. LEAF is a federally ^j

(2) Y a-t-il une question qui est de la compétence des tribunaux ainsi qu'un véritable intérêt public?

(3) S'agit-il d'un cas où il semble n'y avoir aucun autre moyen raisonnable ou efficace de soumettre la question à la Cour?

(4) La position de la personne qui se propose d'intervenir est-elle défendue adéquatement par l'une des parties au litige?

(5) L'intérêt de la justice sera-t-il mieux servi si l'intervention demandée est autorisée?

(6) La Cour peut-elle entendre l'affaire et statuer sur le fond sans autoriser l'intervention?

^c La demanderesse prétend que l'adjonction d'une partie prolongerait l'instance, surchargerait indûment les tribunaux et risquerait même de provoquer le chaos dans certains cas. Dans l'arrêt *G.T.V. Limousine Inc. c. Service de Limousine Murray Hill Ltée*, [1988] R.J.Q. 1615 (C.A.), la Cour d'appel a fait remarquer que les tribunaux ont appris à faire face à des situations complexes comportant une multitude de parties. Elle a ajouté que cela ne causait pas d'injustice et donnait au juge l'occasion de prendre connaissance d'autres points de vue qui pouvaient l'aider à rendre une décision. L'argument de la demanderesse a vraiment peu de poids. ^d

^e Je n'ai pas jugé bon à ce stade d'examiner en détail chacun des critères précités car ils ont tous fait l'objet d'une analyse approfondie, soit individuellement, soit collectivement, dans de récents jugements. ^f

^g Les tribunaux se sont dits convaincus qu'il fallait autoriser les interventions même si l'une des parties en cause était en mesure de défendre adéquatement un certain «intérêt public» vu les connaissances et la compétence spéciales qu'elle possédait. ^h

À titre d'exemple, dans l'affaire *R. v. Seaboyer* (1986), 50 C.R. (3d) 395 (C.A. Ont.), le Legal Education and Action Fund (LEAF) a demandé l'autorisation d'intervenir dans l'appel qui a été interjeté d'une décision annulant le renvoi aux fins de procès d'une personne accusée d'avoir commis une agression sexuelle pour le motif que les articles 246.6 et 246.7 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34 (édités par S.C. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19)] étaient inopérants parce qu'ils con-

incorporated body with an objective to secure women's rights to equal protection and equal benefit of the law as guaranteed in the Charter through litigation, education and research. The respondents opposed the application on the grounds that the interests represented by LEAF were the same as those represented by the Attorney General for Ontario, namely, the rights of victims of sexual assault, and that the intervention of LEAF would place a further and unnecessary burden on the respondents. The Court concluded that it should exercise its discretion and grant LEAF the right of intervention. In giving the Court's reasons for that decision, Howland C.J.O. stated as follows, at pages 397-398:

Counsel for LEAF contended that women were most frequently the victims of sexual assault and that LEAF had a special knowledge and perspective of their rights and of the adverse effect women would suffer if the sections were held to be unconstitutional.

The right to intervene in criminal proceedings where the liberty of the subject is involved is one which should be granted sparingly. Here no new issue will be raised if intervention is permitted. It is a question of granting the applicant a right to intervene to illuminate a pending issue before the court. While counsel for LEAF may be supporting the same position as counsel for the Attorney General for Ontario, counsel for LEAF, by reason of its special knowledge and expertise, may be able to place the issue in a slightly different perspective which will be of assistance to the court.

Other courts have been even more emphatic in pointing out that when it comes to first-time Charter arguments, the Court should be willing to allow intervenors in order to avail itself of their assistance. This is especially true where those proposed intervenors are in a position to put certain aspects of an action into a new perspective which might not otherwise be considered by the Court or which might not receive the attention they deserve. In *Re Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations* (1980), 112 D.L.R. (3d) 132; 28 O.R. (2d) 764; 19 C.P.C. 245 (C.A.), Thorson J.A. made the following comments in this regard, at pages 141 D.L.R.; 773 O.R.; 255-256 C.P.C.:

trevenaient à l'article 7 et à l'alinéa 11d) de la Charte. Le LEAF est un organisme constitué sous le régime de la loi fédérale et a pour mandat de garantir les droits des femmes à la même protection et au même bénéfice de la loi, comme le prévoit la Charte. À cette fin, il prend des moyens comme les poursuites en justice, la formation et la recherche. Les intimés se sont opposés à cette demande en prétendant que les intérêts que voulait défendre le LEAF étaient les mêmes que ceux que défendait le procureur général de l'Ontario, à savoir les droits des victimes d'agressions sexuelles, et que l'intervention du LEAF leur imposerait un fardeau supplémentaire et inutile. La Cour a conclu qu'elle devait exercer son pouvoir discrétionnaire et elle a accordé au LEAF la permission d'intervenir. Dans les motifs qu'il a prononcés au nom de la Cour, le juge en chef Howland de l'Ontario a déclaré aux pages 397 et 398:

[TRADUCTION] Le procureur du LEAF a fait valoir que les victimes d'agressions sexuelles étaient le plus souvent des femmes et que le LEAF avait une connaissance et une compréhension spéciales de leurs droits et des conséquences néfastes qu'elles subiraient si ces dispositions étaient déclarées inconstitutionnelles.

Le droit d'intervenir dans une poursuite pénale lorsque la liberté de l'inculpé est en jeu doit être accordé avec parcimonie. En l'espèce, aucun point nouveau ne sera soulevé si la permission d'intervenir est accordée. Il s'agit plutôt d'accorder au requérant le droit d'intervenir afin d'apporter des éclaircissements à une question dont est saisie la Cour. Peut-être que le procureur du LEAF défendra la même position que celle du procureur général de l'Ontario, mais vu ses connaissances et sa compétence particulières, il pourrait donner à la question un éclairage légèrement différent dont saura profiter le tribunal.

D'autres tribunaux ont fait remarquer de façon encore plus catégorique que dès qu'il s'agit d'arguments invoqués pour la première fois dans le contexte de la Charte, le juge devrait accorder la permission d'intervenir à ceux qui en font la demande afin de profiter de leur aide. C'est particulièrement vrai lorsque les personnes désireuses d'intervenir dans une instance sont en mesure de jeter un éclairage nouveau sur certains aspects d'une poursuite dont le tribunal ne tiendrait autrement pas compte ou qui pourraient ne pas recevoir l'attention qu'ils méritent. Dans l'arrêt *Re Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations* (1980), 112 D.L.R. (3d) 132; 28 O.R. (2d) 764; 19 C.P.C. 245 (C.A.), le juge d'appel Thorson a fait les remarques suivantes à ce propos aux pages 141 D.L.R.; 773 O.R.; 255-256 C.P.C.:

It seems to me that there are circumstances in which an applicant can properly be granted leave to intervene in an appeal between other parties, without his necessarily having any interest in that appeal which may be prejudicially affected in any "direct sense", within the meaning of that expression as used by LeDain, J., in *Rothmans of Pall Mall et al. v. Minister of National Revenue et al.* (1976), 67 D.L.R. (3d) 505, [1976] 2 F.C. 500, [1976] C.T.C. 339, and repeated with approval by Heald, J., in the passage in the *Solosky* case [infra] quoted by my colleague. As an example of one such situation, one can envisage an applicant with no interest in the outcome of an appeal in any such direct sense but with an interest, because of the particular concerns which the applicant has or represents, such that the applicant is in an especially advantageous and perhaps even unique position to illuminate some aspect or facet of the appeal which ought to be considered by the Court in reaching its decision but which, but for the applicant's intervention, might not receive any attention or prominence, given the quite different interests of the immediate parties to the appeal.

The fact that such situations may not arise with any great frequency or that, when they do, the Court's discretion may have to be exercised on terms and conditions such as to confine the intervenor to certain defined issues so as to avoid getting into the merits of the *lis inter partes*, does not persuade me that the door should be closed on them by a test which insists on the demonstration of an interest which is affected in the "direct sense" earlier discussed, to the exclusion of any interest which is not affected in that sense.

Certainly, not every application for intervenor status by a private or public interest group which can bring different perspective to the issue before the Court should be allowed. However, other courts, and notably the Supreme Court of Canada, have permitted interventions by persons or groups having no direct interest in the outcome, but who possess an interest in the public law issues. In some cases, the ability of a proposed intervenor to assist the court in a unique way in making its decision will overcome the absence of a direct interest in the outcome. What the Court must consider in applications such as the one now before it is the nature of the issue involved and the likelihood of the applicant being able to make a useful contribution to the resolution of the action, with no injustice being imposed on the immediate parties.

Applying these principles to the case now before me, I am of the opinion that the applicant should be granted intervenor status. Certainly, the Canadian Cancer Society has a genuine interest in the issues before the Court. Furthermore, the applicant has the capacity to assist the Court in its decision making in that it possesses special knowl-

[TRADUCTION] Il me semble qu'il y a des circonstances dans lesquelles on peut accorder à juste titre à un requérant la permission d'intervenir dans un appel entre d'autres parties même s'il n'a dans cet appel aucun intérêt «direct»; ce qualificatif a été utilisé par le juge LeDain dans l'arrêt *Rothmans of Pall Mall et autre c. Ministre du Revenu national et autres* (1976), 67 D.L.R. (3d) 505, [1976] 2 C.F. 500, [1976] C.T.C. 339 et a été repris avec approbation par le juge Heald dans l'extrait de l'arrêt *Solosky* [infra] cité par mon collègue. À titre d'exemple d'une telle situation, on pourrait envisager un requérant n'ayant aucun intérêt direct dans l'issue de l'appel mais qui, en raison des questions particulières qu'il soulève, a un intérêt tel qu'il se trouve dans une situation particulièrement avantageuse et peut-être même unique en son genre pour éclaircir un élément donné de l'appel que la Cour devrait examiner mais qui, n'était-ce l'intervention du requérant, ne ressortirait peut-être pas, vu les intérêts tout à fait divergents des parties immédiates à l'appel.

Même si de telles situations sont peu fréquentes ou que, le cas échéant, la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire quant aux conditions de l'intervention, afin de la limiter à certaines questions précises pour ne pas empiéter sur le fond du litige, je ne pense pas qu'il faille dresser un obstacle insurmontable en obligeant le requérant à prouver l'existence d'un intérêt direct, comme on l'a mentionné précédemment, à l'exclusion de tout autre intérêt qui ne serait pas direct.

Il est évident que la Cour ne peut accueillir les demandes d'intervention de tous les groupes d'intérêt à caractère public ou privé qui peuvent apporter des éclaircissements à une question dont elle est saisie. Toutefois, d'autres tribunaux, notamment la Cour suprême du Canada, ont donné la permission d'intervenir à des personnes ou à des groupes qui n'avaient aucun intérêt direct dans l'issue de l'appel mais qui avaient un intérêt dans les aspects relatifs au droit public. Dans certains cas, la capacité de la requérante d'aider de sa propre façon le tribunal à rendre une décision compensera l'absence d'intérêt direct dans l'issue de l'appel. Lorsqu'il s'agit d'une demande semblable à celle dont elle est actuellement saisie, la Cour doit tenir compte de la nature de la question en jeu et de la possibilité que la requérante contribue utilement au règlement sans que les parties immédiates soient victimes d'injustice.

Si j'applique ces principes aux circonstances de l'espèce, j'en conclus qu'il faut accorder à la requérante le statut d'intervenant. Il ne fait aucun doute que la Société canadienne du cancer a un intérêt véritable dans les questions dont la Cour est saisie. D'autre part, elle est en mesure d'aider la Cour à rendre une décision car elle possède des connais-

edge and expertise relating to the public interest questions raised, and in my view it is in an excellent position to put some of these issues in a different perspective from that taken by the Attorney General. The applicant has, after all, invested significant time and money researching the issue of advertising and its effects on tobacco consumption and I am of the opinion that it will be a most useful intervenor from the Court's point of view.

The jurisprudence has clearly established that in public interest litigation, the Attorney General does not have a monopoly to represent all aspects of public interest. In this particular case, I think it is important that the applicant be allowed to intervene in order to offset any perception held by the public that the interests of justice are not being served because of possible political influence being asserted on the Government by those involved in the tobacco industry.

Finally, allowing the application by the Canadian Cancer Society will not unduly lengthen or delay the action nor will it impose an injustice or excessive burden on the parties involved. The participation by the applicant may well expand the evidence before the Court which could be of invaluable assistance.

Referring back to my criteria, I am convinced that the Canadian Cancer Society possesses special knowledge and expertise and has general interest in the issues before the Court. It represents a certain aspect of various interests in society which will be of assistance. It is a question of extreme importance to certain segments of the population which can be best represented in this debate.

For the foregoing reasons, the application by the Canadian Cancer Society for leave to be joined in the action by way of intervention as a defendant is granted. Costs to the applicant.

sances et une compétence particulières au sujet des questions relatives à l'intérêt public qui sont soulevées. À mon avis, elle est fort bien placée pour aborder dans une optique différente de celle du procureur général quelques-unes de ces questions. Après tout, la requérante a consacré passablement de temps et d'argent à des travaux de recherche sur la publicité et ses effets sur la consommation de produits du tabac, et je suis d'avis que son intervention sera très utile à la Cour.

Il est clairement établi dans la jurisprudence que dans les litiges relatifs à l'intérêt public, le procureur général n'est pas le seul à pouvoir défendre tous les aspects de cet intérêt public. En l'espèce, j'estime qu'il est important d'autoriser la requérante à intervenir pour ne pas que le public pense que les intérêts de la justice ne sont pas servis étant donné les pressions politiques que pourraient exercer sur le gouvernement des représentants de l'industrie du tabac.

Enfin, l'intervention de la Société canadienne du cancer ne prolongera ni ne retardera indûment l'instance, ne sera pas injuste pour les parties concernées et ne leur imposera pas un fardeau excessif. En fait, il se pourrait fort bien que la requérante fournisse une aide inestimable à la Cour en apportant des précisions à la preuve qui sera produite.

Pour en revenir aux critères précités, je suis persuadé que la Société canadienne du cancer possède des connaissances et une compétence particulières ainsi qu'un intérêt général à l'égard des questions qu'examinera la Cour. Elle saura utilement faire valoir certaines facettes de divers intérêts dans la société. Il s'agit d'une question extrêmement importante pour certains segments de la population, et seule la requérante peut les représenter valablement dans ce débat.

Pour les motifs précités, j'accueille la demande présentée par la Société canadienne du cancer en vue d'obtenir l'autorisation d'intervenir dans l'action en qualité de partie défenderesse. Les dépens sont adjugés à la requérante.

T-1416-88

T-1416-88

Rothmans, Benson & Hedges Inc. (Plaintiff)**Rothmans, Benson & Hedges Inc. (demanderesse)**

v.

c.

Attorney General of Canada (Defendant)**a Procureur général du Canada (défendeur)****INDEXED AS: ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Rouleau J.—Toronto, April 7; Ottawa, May 19, 1989.

b Section de première instance, juge Rouleau—Toronto, 7 avril; Ottawa, 19 mai 1989.

Practice — Parties — Intervention — Institute of Canadian Advertising (ICA) seeking to intervene in action attacking constitutionality of legislation prohibiting advertising of tobacco products in Canada — ICA speaking for Canadian advertising industry in response to legislative and regulatory measures appearing to threaten industry's independence and freedom to advertise — Necessary to look to provincial practice and procedure as no Federal Court Rule expressly permitting intervention — Ontario Rule permitting nonparty to intervene where interest in subject-matter or outcome — Application dismissed — ICA not meeting criteria established by case law — Direct financial interest in outcome of main action insufficient alone to justify intervention — Plaintiff's allegation legislation contravening freedom of expression basically same as ICA's argument — Applicant's views adequately represented by plaintiff — Interests of justice not better served by allowing intervention as no evidence ICA privy to information not accessible to parties.

Pratique — Parties — Intervention — Demande d'intervention de l'Institut de la publicité canadienne (IPC) dans une action attaquant la constitutionnalité de la loi interdisant la publicité des produits du tabac au Canada — L'IPC représente l'industrie de la publicité au Canada en réponse aux mesures législatives et réglementaires qui menacent l'indépendance et la liberté de publicité de l'industrie — Nécessité d'examiner la procédure et la pratique provinciales puisqu'il n'existe aucune règle de la Cour fédérale permettant expressément l'intervention — Règle ontarienne permettant à une personne qui n'est pas partie à l'instance d'intervenir lorsqu'elle a un intérêt dans l'objet ou l'issue du litige — Demande rejetée — L'IPC ne répond pas aux critères établis par la jurisprudence — L'existence d'un intérêt financier direct dans l'issue de l'action principale ne suffit pas en soi pour justifier l'intervention — La prétention de la demanderesse que la Loi contrevient à la liberté d'expression est essentiellement la même que l'argument de l'IPC — Les opinions de la requérante sont correctement défendues par la demanderesse — Les intérêts de la justice ne seront pas mieux servis si on permet l'intervention puisqu'il n'existe aucune preuve que l'IPC détient des renseignements qui ne sont pas accessibles aux parties.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED**LOIS ET RÈGLEMENTS**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 2(b), 15(1).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 1010, 1101.
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, R. 13.01(1),(2) (as am. by O. Reg. 221/86, s. 1).
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, R. 18.
Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20.*

*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, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 2b), 15(1).
Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, chap. 20.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 5, 1010, 1101.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, Règle 18.
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, Règle 13.01(1),(2) (mod. par O. Reg. 221/86, art. 1).*

COUNSEL:**i AVOCATS:**

*Edward P. Belobaba for plaintiff.
Claude R. Thomson, Q.C. and Robert W. Staley for proposed intervenor.*

*Edward P. Belobaba pour la demanderesse.
Claude R. Thomson, c.r. et Robert W. Staley pour l'intervenant proposé.
Robert W. Staley pour l'Institut de la publicité canadienne.
Paul J. Evraire, c.r. pour le défendeur.*

Paul J. Evraire, Q.C. for defendant.

j

Duncan McDuff agent for Canadian Cancer Society.

Duncan McDuff représentant pour la Société canadienne du cancer.

SOLICITORS:

Gowling & Henderson, Toronto, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

ROULEAU J.: This is an application brought by the Institute of Canadian Advertising ("ICA") seeking an order allowing it to participate or intervene in the action. The issue relates to an attack by the plaintiff on the constitutional validity of the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20 which prohibits the advertising of tobacco products in Canada.

The plaintiff Rothmans, Benson & Hedges Inc. ("Rothmans") has challenged the constitutional validity of the Act on the basis that it is *ultra vires* and offends paragraph 2(b) and subsection 15(1) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)]. Rothmans also asserts that the legislation cannot be upheld under section 1 of the Charter. It seeks to establish the right to advertise its product based principally upon the theory that its advertising does not promote more tobacco consumption, but rather encourages existing tobacco consumers to choose between competing tobacco manufacturers.

The ICA, the applicant in this motion, is Canada's national association representing full-service advertising agencies. The institute is made up of sixty-two member agencies who contribute annually for its maintenance. As part of its activities, it has been an active spokesperson on behalf of the Canadian advertising industry in response to various legislative and regulatory measures which appear to threaten the industry's independence and freedom to advertise. The ICA has been involved in the public debate concerning advertising restrictions on such products as beer, alcohol, lotteries, feminine hygiene products, toys and tobacco, and

PROCUREURS:

Gowling & Henderson, Toronto, pour l'appelante.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE ROULEAU: La Cour est saisie d'une demande présentée par l'Institut de la publicité canadienne (IPC) en vue d'obtenir une ordonnance l'autorisant à intervenir dans l'action. La demanderesse conteste la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, chap. 20, qui interdit la publicité en faveur des produits du tabac au Canada.

La demanderesse est la firme Rothmans, Benson & Hedges Inc. (Rothmans). Elle conteste la constitutionnalité de la Loi, qu'elle considère *ultra vires* et contraire à l'alinéa 2b) et au paragraphe 15(1) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)]. Elle prétend aussi que la Loi n'est pas sauvée par l'article premier de la Charte. Elle cherche à établir que le droit d'annoncer les produits qu'elle fabrique repose principalement sur la théorie voulant que cette publicité ne favorise pas la consommation accrue de produits du tabac, mais encourage plutôt ceux qui en font usage à faire un choix entre des fabricants de tabac en situation de concurrence.

L'IPC, qui est le requérant en l'espèce, est une association nationale qui représente des agences de publicité offrant toute une gamme de services. Il est composé de 62 membres dont les cotisations annuelles en assurent le fonctionnement. Dans le cadre de ses activités, il défend activement l'industrie canadienne de la publicité contre les mesures législatives et réglementaires qui semblent menacer l'indépendance et la liberté d'action de ce secteur d'activité. L'IPC est intervenu dans les débats publics auxquels ont donné lieu les restrictions publicitaires qui ont frappé des produits comme la bière, l'alcool, les loteries, les produits

has made representations to governments and government agencies in support of its mandate.

It is the applicant's contention that the Court should allow it to intervene in order to voice its concerns about the constitutional validity of the *Tobacco Products Control Act* and the effect of this legislation on commercial free speech and the right to advertise lawful products. The ICA maintains that it is important and useful for it to participate as an intervenor in support of the legitimate role of advertising in society. According to the applicant the Rothmans' statement of claim suggests that its arguments based upon paragraph 2(b) and subsection 15(1) of the Charter are relatively narrow in focus and may not take into account the broader concerns raised by the Act regarding the regulation of commercial advertising. The institute maintains that the Act has a direct financial impact on ICA members retained by the tobacco industry and this indirectly affects the ICA's finances by reducing membership revenue received from these agencies.

The applicant contends that it has satisfied the criteria applied by the courts in intervention applications. The institute and its members are directly affected by the outcome of the actions; the ICA's position is different in some respects from that of Rothmans and permitting it to argue its position would enable the Court to more fully consider the constitutionality of the *Tobacco Products Control Act*; that the important matters in issue in this action and their broad ramifications suggest that a party with an interest in commercial free speech should be permitted to intervene.

Finally, the applicant argues that the courts have recognized in Charter cases that the principles normally applied in intervention motions need not be strictly adhered to and other considerations may apply. The ICA argues that it is well placed to assist the Court in considering the full range of arguments applicable to the constitutionality of the *Tobacco Products Control Act* and since the

d'hygiène féminine, les jouets et les produits du tabac, et il a fait des démarches auprès de gouvernements et d'organismes gouvernementaux dans le cadre de l'exécution de son mandat.

^a Le requérant fait valoir que la Cour doit l'autoriser à intervenir dans l'action pour qu'il puisse se faire entendre au sujet de la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac* et des répercussions de cette Loi sur la liberté d'expression commerciale et le droit d'annoncer des produits licites. L'IPC soutient qu'il est important et utile de lui permettre d'intervenir dans l'action pour défendre le rôle légitime que joue la publicité dans la société. Selon lui, les arguments fondés sur l'alinéa 2b) et le paragraphe 15(1) de la Charte que Rothmans invoque dans sa déclaration auraient une portée assez resreinte et pourraient ne pas tenir compte des questions plus générales que soulève la Loi au sujet de la réglementation de la publicité commerciale. L'IPC soutient que la Loi a des conséquences financières directes sur ceux de ses membres dont les services sont retenus par les fabricants de produits du tabac et a, par ricochet, des conséquences sur sa propre situation financière car elle provoque une baisse du revenu provenant des cotisations que ces membres lui versent.

^f Le requérant plaide qu'il satisfait aux critères appliqués par les tribunaux lorsqu'ils sont saisis d'une demande d'intervention: l'Institut et ses membres sont directement touchés par l'issue du litige; la position de l'IPC est différente, à certains égards, de celle de la demanderesse, et si la Cour lui permettait d'exposer son point de vue, celle-ci serait mieux placée pour examiner la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac*; et compte tenu des questions importantes qui sont en jeu dans cette affaire et de leurs nombreuses ramifications, il conviendrait d'autoriser une partie désireuse de défendre la liberté d'expression commerciale à intervenir.

ⁱ En dernier lieu, le requérant prétend que les tribunaux ont reconnu dans des causes portant sur la Charte qu'il n'était pas obligatoire de respecter à la lettre les principes qui s'appliquent normalement aux requêtes en intervention, et que d'autres facteurs pourraient entrer en ligne de compte. L'IPC soutient qu'il est bien placé pour aider la Cour à prendre en considération l'ensemble des

Court's ultimate decision in this regard will impact more than the immediate parties to the proceedings, the Court should allow intervention by the ICA.

The defendant argues against the ICA being allowed to intervene in the action on the ground that the ICA's application for intervention is premature for three reasons. First, the cross-examination of Mr. Keith McKerracher, President and Chief Executive Officer of the ICA, revealed that it proposes to wait and see if Rothmans' attack will be sufficiently broad or whether the ICA itself would need to expand on it. Second, while the ICA has "information" presently available to it, there is no clearly identifiable evidence that the ICA wishes to adduce any which may be different. Third, the defendant maintains that the ICA wishes to determine on an *ad hoc* basis what role it will play in the litigation.

It is the defendant's position that the ICA cannot satisfy the test set out in the jurisprudence which would justify allowing it to intervene nor has it demonstrated that the parties are unable to adequately address the issues before the Court.

Federal Court Rule [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] 1101 provides for interventions by various Attorneys General when constitutional questions are involved; Admiralty Rule 1010 allows intervention of persons interested in the *rem* or in the monies paid into Court where a ship is involved. There is, however, no specific provision in the *Federal Court Rules* providing for intervenors generally, such as Rule 18 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* [SOR/83-74].

However, Rule 5 of the *Federal Court Rules*, which is often referred to as the "gap" rule, provides that where any matter arising is not otherwise provided for by any provision in any Act of the Rules and Orders of the Court, the practice and procedure shall be determined by analogy either to other provisions of the Rules or to the practice and procedure in force for similar proceedings in the court of the province to which the subject matter most particularly relates. In this regard Rule 13.01(1) of the *Ontario Rules of Civil*

arguments relatifs à la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac* et que la Cour devrait l'autoriser à intervenir car la décision qu'elle rendra à ce sujet ne touchera pas uniquement les parties immédiates.

Le défendeur s'oppose à la demande d'intervention de l'IPC car il la considère prématurée pour trois raisons. Premièrement, le contre-interrogatoire du président et directeur général de l'IPC, M. Keith McKerracher, indique que celui-ci se propose d'attendre pour voir si les arguments de la demanderesse auront un caractère assez général ou s'il faudra qu'il élargisse le débat. Deuxièmement, même si l'IPC possède actuellement certains «renseignements», rien ne permet véritablement de croire qu'il compte soumettre des éléments de preuve différents. Troisièmement, le défendeur prétend que l'IPC souhaite définir de façon ponctuelle le rôle qu'il jouera dans le litige.

Selon le défendeur, l'IPC ne répond pas aux critères énoncés dans la jurisprudence et qui justifieraient qu'on l'autorise à intervenir, et il n'a pas établi que les parties sont incapables de débattre adéquatement les questions dont la Cour est saisie.

La Règle 1101 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] autorise les procureurs généraux à intervenir dans une action lorsqu'il s'agit de questions d'ordre constitutionnel. La Règle 1010 (Amirauté) permet l'intervention des personnes qui prétendent avoir un droit afférent à des biens ou à l'argent consigné à la Cour lorsqu'il s'agit d'un navire. Toutefois, les *Règles de la Cour fédérale* ne contiennent aucune disposition spécifique sur les interventions en général, qui s'apparenterait à la Règle 18 des *Règles de la Cour suprême du Canada* [DORS/83-74].

Quoi qu'il en soit, la Règle 5 des *Règles de la Cour fédérale*, souvent appelée règle des «lacunes» prévoit que lorsque se pose une question non autrement visée par une disposition d'une loi du Parlement du Canada ni par une règle ou ordonnance générale de la Cour, celle-ci détermine la pratique et la procédure à suivre pour cette question par analogie avec les autres dispositions des Règles ou avec la pratique et la procédure en vigueur pour des procédures semblables devant les tribunaux de la province à laquelle se rapporte plus particulière-

Procedure, O. Reg. 560/84 as amended [by O. Reg. 221/86, s. 1], permits the Court to grant leave to a nonparty to intervene in a proceeding on the ground that it has an interest in the subject-matter of the proceeding or its outcome. That rule provides as follows:

13.01 (1) Where a person who is not a party to a proceeding claims,

- (a) an interest in the subject matter of the proceeding;
- (b) that he or she may be adversely affected by a judgment in the proceedings; or
- (c) that there exists between him or her and one or more of the parties to the proceeding a question of law or fact in common with one or more of the questions in issue in the proceeding,

the person may move for leave to intervene as an added party.

(2) On the motion, the court shall consider whether the intervention will unduly delay or prejudice the determination of the rights of the parties to the proceeding and the court may add the person as a party to the proceeding and may make such order as is just.

In addition to the gap rule, a number of criteria established by the jurisprudence must be taken into account in considering such a motion.

- (1) Is the proposed intervenor directly affected by the outcome of the trial?
- (2) Is the position of the proposed intervenor adequately defended by one of the parties to the case?
- (3) Are the interests of justice better served by the intervention of the proposed intervenor?
- (4) Can the Court hear and decide the cause on its merits without the intervention of the proposed intervenor?

In my view, the applicant in this case has not satisfied these criteria. The only criteria which it has satisfied is the first one; there seems little question that the ICA has a direct financial interest in the outcome of the main action. However, that is not sufficient in and of itself to justify permitting the ICA to intervene. I cannot see any position taken by the applicant which will not ultimately be argued by the plaintiff; the plaintiff is alleging the constitutional invalidity of the legislation because it interferes with the plaintiff's freedom of expression. In my opinion, this is basically the same argument being submitted by the ICA and I am satisfied that the applicant's views will be adequately represented by the plaintiff in the main action.

ment l'objet des procédures. À cet égard, la Règle 13.01(1) des *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario, O. Reg. 560/84, dans sa forme modifiée [O. Reg. 221/86, art. 1], habilite les tribunaux à autoriser une personne qui n'est pas partie à l'instance à intervenir dans une action si elle a un intérêt dans ce qui fait l'objet de l'instance ou dans son issue. Cette règle est libellée ainsi:

13.01 (1) Une personne qui n'est pas partie à l'instance et qui prétend, selon le cas:

- a) avoir un intérêt dans ce qui fait l'objet de l'instance;
- b) qu'elle risque d'être lésée par le jugement;
- c) qu'il existe entre elle et une ou plusieurs des parties à l'instance une question de droit ou de fait commune avec une ou plusieurs des questions en litige dans l'instance,

peut demander, par voie de motion, l'autorisation d'intervenir en qualité de partie jointe.

(2) Après avoir étudié si l'intervention risque de retarder indûment la décision sur les droits des parties à l'instance ou de lui nuire, le tribunal peut joindre l'auteur de la motion comme partie à l'instance et rendre une ordonnance juste en ce qui concerne les actes de procédure et l'enquête préalable.

Outre la règle des lacunes, il y a d'autres critères établis par la jurisprudence dont il faut tenir compte dans l'examen d'une telle requête.

- (1) La personne qui se propose d'intervenir est-elle directement touchée par l'issue du litige?
- (2) La position de cette personne est-elle défendue adéquatement par l'une des parties au litige?
- (3) L'intérêt de la justice serait-il mieux servi si l'intervention demandée est autorisée?
- (4) La Cour peut-elle entendre l'affaire et statuer sur le fond sans autoriser l'intervention?

À mon avis, le requérant ne répond à aucun de ces critères, sauf le premier; en effet, il semble ne pas faire de doute que l'IPC est directement intéressé sur le plan financier par l'issue du litige. Toutefois, cet intérêt n'est pas suffisant en soi pour que la Cour accède à sa demande. À mon avis, tout argument que le requérant pourrait faire valoir sera invoqué, en fin de compte, par la demanderesse; cette dernière prétend que la loi est inconstitutionnelle parce qu'elle brime sa liberté d'expression. Selon moi, c'est aussi ce que plaide l'IPC, et je suis convaincu que la demanderesse saura défendre adéquatement le point de vue du requérant dans l'action principale.

Furthermore, I am not convinced that the interests of justice will be better served by allowing the applicant to intervene. No evidence was presented at the hearing demonstrating that the ICA was privy to information which the plaintiff or the defendant could not access. It is my opinion that the Court will be able to hear and decide the case on its merits without the intervention of the ICA.

For the above reasons the applicant's motion is dismissed. Costs to the defendant.

D'autre part, je ne pense pas que l'intérêt de la justice sera mieux servi si le requérant est autorisé à intervenir. Rien de ce qui a été dit à l'audience n'établit que l'IPC possède des renseignements que ni la demanderesse ni le défendeur ne peuvent obtenir. J'estime que la Cour pourra entendre l'affaire et statuer sur le fond sans l'intervention de l'IPC.

Pour des raisons précitées, la requête en intervention du requérant est rejetée. Les dépens sont adjugés au défendeur.

A-277-89

A-277-89

Rothmans, Benson & Hedges Inc. (Plaintiff)
(Appellant)

Rothmans, Benson & Hedges Inc. (demanderesse)
(appelante)

v.

^a c.

Attorney General of Canada (Defendant)
(Respondent)

Procureur général du Canada (défendeur)
(intimé)

and

^b et

Canadian Cancer Society (Intervenor)

Société canadienne du cancer (intervenante)

A-301-89

A-301-89

Rothmans, Benson & Hedges Inc. (Plaintiff)

Rothmans, Benson & Hedges Inc. (demanderesse)

v.

^c

Attorney General of Canada (Defendant)

Procureur général du Canada (défendeur)

INDEXED AS: *ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. v. CANADA*
(ATTORNEY GENERAL) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: *ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. c. CANADA*
d (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)

Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Desjardins JJ.A.—Ottawa, August 17, 1989.

Cour d'appel, juges Hugessen, MacGuigan et Desjardins, J.C.A.—Ottawa, 17 août 1989.

Practice — Parties — Intervention — Appeals from orders granting Canadian Cancer Society (CCS), and denying Institute of Canadian Advertising (ICA), leave to intervene in action attacking constitutionality of Tobacco Products Control Act — Interventions at trial not to be unduly restricted where Charter s. 1 defence to attack on public statute only serious issue — Interest required to intervene in public interest litigation recognized by courts in organization genuinely interested in, and possessing special knowledge and expertise related to, issues — No error in finding CCS meeting test, but intervention should be restricted to s. 1 issues — ICA's application granted — Position extending beyond question of advertising of tobacco products to more general questions relating to commercial free speech — May contribute to balancing process in s. 1 assessment of justification of limits imposed upon Charter-guaranteed freedom.

Pratique — Parties — Intervention — Appels formés contre des ordonnances accordant à la Société canadienne du cancer (SCC) et refusant à l'Institut de la publicité canadienne (IPC), l'autorisation d'intervenir dans une action intentée en vue de contester la constitutionnalité de la Loi réglementant les produits du tabac — Il n'y a pas de raison de limiter indûment les interventions au niveau du procès lorsque la seule question sérieuse concerne un moyen de défense fondé sur l'art. 1 de la Charte, contre la contestation d'une loi d'intérêt public — Les tribunaux considèrent que possède l'intérêt requis pour intervenir dans une poursuite où l'intérêt public est en jeu, l'organisme qui est véritablement intéressé et qui possède des connaissances et une compétence pertinentes quant aux questions soulevées en l'espèce — Le juge n'a commis aucune erreur en statuant que la SCC a satisfait au critère mais l'intervention devrait se limiter aux questions relatives à l'art. 1 — La demande présentée par l'IPC est accueillie — La position de l'IPC s'étend au-delà de la question de la publicité en faveur des produits du tabac aux questions plus générales relatives à la liberté d'expression dans le domaine commercial — Pour déterminer selon l'art. 1 si les limites imposées à l'encontre d'une liberté garantie par la Charte sont raisonnables, cette intervention pourra contribuer à une juste appréciation des divers facteurs en cause.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Appeals from orders granting one organization and denying another leave to intervene in action attacking constitutionality of Tobacco Products Control Act — Interventions at trial not subject to traditional restrictions where Charter s. 1 defence to attack on public statute only serious issue — Interest required to intervene recognized in organization genu-

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Appels formés contre des ordonnances accordant à un organisme et refusant à un autre l'autorisation d'intervenir dans une action intentée en vue de contester la constitutionnalité de la Loi réglementant les produits du tabac — Les interventions au niveau du procès ne sont pas soumises aux restrictions habituelles lorsque la seule question sérieuse concerne un moyen de défense fondé sur l'art. 1 de la Charte contre la constitutionnalité d'une loi d'intérêt public — Les tribunaux considèrent que possède l'intérêt requis pour inter-

inely interested in, and possessing special knowledge and expertise related to, issues.

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.), ss. 1, 2(b).
Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Re Canadian Labour Congress and Bhindi et al. (1985), 17 D.L.R. (4th) 193 (B.C.C.A.). *c*

COUNSEL:

Edward P. Belobaba and *Barbara L. Rutherford* for appellant. *d*

Gerry N. Sparrow for respondent.

Karl Delwaide and *Andre T. Mecs* for intervenor.

Claude R. Thomson, Q.C. for Institute of Canadian Advertising. *e*

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, for appellant. *f*

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Martineau, Walker, Montréal, for intervenor.

Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto, for Institute of Canadian Advertising. *g*

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

HUGESSEN J.A.: These two appeals, which were heard together, are from orders made by Rouleau J. granting, in the case of the Canadian Cancer Society (CCS) [[1990] 1 F.C. 74], and denying, in the case of the Institute of Canadian Advertising (ICA) [[1990] 1 F.C. 84], leave to intervene in an action brought by Rothmans, Benson & Hedges Inc. (Rothmans) against the Attorney General of Canada attacking the constitutionality of the *Tobacco Products Control Act* (TPCA) (S.C. 1988, c. 20). *j*

venir, l'organisme qui est véritablement intéressé et qui possède des connaissances et une compétence pertinentes quant aux questions soulevées en l'espèce.

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, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 2b).

Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, chap. 20. *b*

JURISPRUDENCE

DÉCISION CITÉE:

Re Canadian Labour Congress and Bhindi et al. (1985), 17 D.L.R. (4th) 193 (C.A.C.-B.).

AVOCATS:

Edward P. Belobaba et *Barbara L. Rutherford* pour l'appelante. *d*

Gerry N. Sparrow pour l'intimé.

Karl Delwaide et *Andre T. Mecs* pour l'intervenante.

Claude R. Thomson, c.r., pour l'Institut de la publicité canadienne. *e*

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, pour l'appelante. *f*

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

Martineau, Walker, Montréal, pour l'intervenante.

Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto, pour l'Institut de la publicité canadienne. *g*

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par *h*

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Il s'agit de deux appels entendus ensemble et formés contre des ordonnances par lesquelles le juge Rouleau a accordé, dans le cas de la Société canadienne du cancer (SCC) [[1990] 1 C.F. 74], et a refusé, dans le cas de l'Institut de la publicité canadienne (IPC) [[1990] 1 C.F. 84], l'autorisation d'intervenir dans une action intentée par Rothmans, Benson & Hedges Inc. (Rothmans) contre le procureur général du Canada en vue de contester la constitutionnalité de la *Loi réglementant les produits du tabac* (LRPT) (L.C. 1988, chap. 20). *i*

It is common ground that the plaintiff's attack is primarily Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] based, invoking the guarantee of freedom of expression in paragraph 2(b). There can also be no doubt, given the prohibitions contained in the TPCA, that such attack is best met by a section 1 defence and that it is on the success or failure of the latter that the outcome of the action will depend.

We are all of the view that Rouleau J. correctly enunciated the criteria which should be applicable in determining whether or not to allow the requested interventions. This is an area in which the law is rapidly developing and in a case such as this, where the principal and perhaps the only serious issue is a section 1 defence to an attack on a public statute, there are no good reasons to unduly restrict interventions at the trial level in the way that courts have traditionally and properly done for other sorts of litigation. A section 1 question normally requires evidence for the Court to make a proper determination and such evidence should be adduced at trial (see *Re Canadian Labour Congress and Bhindi et al.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 193 (B.C.C.A.)). Accordingly we think that, in any event for the purpose of this case, Rouleau J. was right when he said [at page 79] "the interest required to intervene in public interest litigation has been recognized by the courts in an organization which is genuinely interested in the issues raised by the action and which possesses special knowledge and expertise related to the issues raised".

As far as the intervention by the CCS is concerned we have not been persuaded that Rouleau J. committed any reviewable error in finding that it met the test thus enunciated. It is our view, however, that the intervention by the CCS should be restricted to section 1 issues, that it be required to deliver a pleading or statement of intervention within ten days and permitted to call evidence and

Il est admis de part et d'autre que la demanderesse fonde sa contestation principalement sur la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)] en invoquant la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b). Il n'y a pas de doute non plus, étant donné les interdictions prévues dans la LRPT, que la meilleure façon de s'opposer à cette contestation est de présenter une défense fondée sur l'article premier et que le sort de l'action dépend du succès ou de l'insuccès de ce moyen de défense.

Nous sommes tous d'avis que le juge Rouleau a formulé correctement les critères à appliquer pour déterminer s'il y avait lieu d'autoriser les demandes d'intervention. Il s'agit d'un domaine dans lequel le droit évolue rapidement et, dans une affaire comme en l'espèce, où la principale et peut-être même la seule question sérieuse concerne un moyen de défense, fondé sur l'article premier, contre la contestation d'une loi d'intérêt public, il n'y a pas de raison de limiter indûment les interventions au niveau du procès de la façon que les tribunaux l'ont toujours fait à juste titre pour d'autres genres de litige. Une question fondée sur l'article premier exige habituellement la présentation d'éléments de preuve qui permettent à la Cour de rendre une décision appropriée, et c'est au moment du procès que ces éléments de preuve devraient être produits (voir *Re Canadian Labour Congress and Bhindi et al.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 193 (C.A.C.-B.)). Par conséquent, nous estimons que, de toute façon aux fins de la présente affaire, le juge Rouleau a eu raison de dire [à la page 79] que «les tribunaux considèrent que possède l'intérêt requis pour intervenir dans une poursuite où l'intérêt public est en jeu l'organisme qui est véritablement intéressé par les questions soulevées dans le cadre du litige et qui possède des connaissances et une compétence pertinentes».

En ce qui concerne l'intervention de la SCC, on ne nous a pas convaincus que le juge Rouleau a commis une erreur révisable en statuant que ladite société satisfaisait au critère ainsi formulé. Nous sommes toutefois d'avis que l'intervention de la SCC devrait se limiter aux questions relatives à l'article premier, que cette société devrait être tenue de présenter une plaidoirie ou déclaration

to present argument in support thereof at trial. Any questions relating to discovery or otherwise to matters of procedure prior to trial should be determined either by agreement between the parties or on application to the Motions Judge in the Trial Division. The appeal by Rothmans will therefore be allowed for the limited purpose only of varying the order as aforesaid.

As far as concerns the requested intervention by ICA we are of the view that justice requires that this application be granted as well. The Motions Judge recognized that ICA has an interest in the litigation but seemed to feel that its position and expertise were no different from that of the plaintiff Rothmans. With respect we disagree. The ICA's position in this litigation extends beyond the narrow question of advertising of tobacco products to more general questions relating to commercial free speech. In a section 1 assessment of the justification and reasonableness of limits imposed upon a Charter-guaranteed freedom that position may contribute importantly to the weighing and balancing process. Its appeal will therefore be allowed and leave to intervene granted on the same terms as those indicated above for the CCS.

In our view this is not a case for costs in either Division.

dans un délai de 10 jours et être autorisée à produire une preuve et à présenter une plaidoirie à l'appui de celle-ci au procès. Toute question relative à la communication de documents ou à la procédure antérieure au procès devrait être tranchée soit par consentement des parties soit au moyen d'une demande adressée au juge des requêtes de la Section de première instance. L'appel interjeté par Rothmans sera donc accueilli à seule fin de modifier l'ordonnance ainsi qu'il a déjà été mentionné.

Pour ce qui concerne l'intervention demandée par l'IPC, nous sommes d'avis que la justice exige que cette demande soit également accueillie. Le juge des requêtes a reconnu que l'IPC a un intérêt dans le litige, mais il semblait croire que sa position et sa compétence ne différaient pas de celles de la demanderesse Rothmans. En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. La position de l'IPC dans le présent litige s'étend au-delà de la stricte question de la publicité en faveur des produits du tabac aux questions plus générales relatives à la liberté d'expression dans le domaine commercial. Lorsqu'il s'agit de déterminer selon l'article premier si les limites imposées à l'encontre d'une liberté garantie par la Charte sont raisonnables et justifiées, cette position peut contribuer de façon importante à une juste appréciation des divers facteurs en cause. La Cour accueillera donc l'appel interjeté par l'IPC et lui permettra d'intervenir selon les mêmes modalités que celles qui sont indiquées ci-dessus dans le cas de la SCC.

À notre avis, il n'y a pas lieu d'adjuger des dépens dans l'une ou l'autre section de la Cour.

T-1780-89

T-1780-89

Robert Austin Doyle (Plaintiff)

v.

Minister of National Revenue (Defendant)*INDEXED AS: DOYLE v. M.N.R. (T.D.)*

Trial Division, Reed J.—Vancouver, September 14; Ottawa, September 21, 1989.

Income tax — Practice — Act s. 225.1(5) not requiring abeyance letter be signed personally by taxpayer — Letter can be signed by taxpayer's duly authorized agent — M.N.R. can delegate s. 225.1(5) powers to Department official pursuant to principles of implied delegation.

Agency — Practice in income tax matter — Abeyance letter signed for taxpayer by agent — Sufficient authority granted — Letter not excluded from agency agreement as not binding settlement of dispute — Signing letter not acting as legal counsel — Unnecessary to discuss cases cited as to apparent or ostensible authority.

In February 1987, a Revenue Canada appeals officer wrote the taxpayer's agent, H.N. Thill & Associates (Thill), seeking the taxpayer's consent to have proceedings with respect to his 1984 tax return held in abeyance pending the outcome of similar cases already before the Court. Consent was given in a letter signed by an officer of Thill. Judgment in the other cases, dismissing the taxpayers' actions, was rendered in January 1989. The Minister thereupon became entitled, pursuant to subsection 225.1(5), to collect the taxes claimed to be owing. The situation would have been otherwise had there been no letter of abeyance.

In an effort to prevent the immediate collection of the amounts assessed, the taxpayer argued that his agent did not have authority to sign the abeyance agreement and that even if authority had been granted, it was ineffective because the statute provides that the abeyance agreement is between the taxpayer and the Minister, neither of whom signed the relevant documents.

Held, order to issue in accordance with reasons.

Upon examination of the circumstances of the case and of the agency agreement between Thill and the taxpayer, there was no doubt that Thill was the taxpayer's agent and had been granted sufficient authority to sign the abeyance letter in question. The letter did not constitute a binding settlement of a dispute excluded from the authorization agreement. Nor can it be said that the signing of a letter of abeyance by Thill was an unauthorized act reserved to legal counsel.

Robert Austin Doyle (demandeur)

c.

a

Ministre du Revenu national (défendeur)*RÉPERTORIÉ : DOYLE c. M.R.N. (1^{re} inst.)*

b

Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 14 septembre; Ottawa, 21 septembre 1989.

Impôt sur le revenu — Pratique — L'art. 225.1(5) de la Loi n'exige pas qu'une lettre de suspension soit signée personnellement par le contribuable — Cette lettre peut être signée par le mandataire dûment autorisé du contribuable — Le M.R.N. peut déléguer les pouvoirs prévus à l'art. 225.1(5) à un fonctionnaire du Ministère conformément aux principes de la délégation implicite.

c

Mandat — Pratique en matière fiscale — Lettre de suspension signée pour le contribuable par le mandataire — Le pouvoir conféré est suffisant — La lettre visée n'est pas exclue de l'entente sur le mandat puisqu'elle n'a pas pour effet de lier le contribuable en concluant un règlement — La signature de la lettre ne fait pas partie des actes réservés aux avocats — Il n'est pas nécessaire de discuter des différents arrêts sur le mandat apparent ou prétendu qui ont été cités.

d

En février 1987, un agent de la Division des appels de Revenu Canada a écrit au mandataire du contribuable, H.N. Thill & Associates (Thill), pour lui demander que le contribuable consente à ce que les procédures relatives à sa déclaration d'impôt de l'année 1984 soient suspendues jusqu'au prononcé du jugement dans d'autres affaires déjà soumises à la Cour. Un consentement a été donné à cet égard dans une lettre signée par un des administrateurs de Thill. En janvier 1989, un jugement rejetant les actions des contribuables a été rendu dans les autres affaires. Le ministre a alors acquis le droit, en vertu du paragraphe 225.1(5), de recouvrer l'impôt qu'il prétendait être dû. La situation eût été différente si aucune lettre de suspension n'avait été signée.

e

Tenant d'empêcher le recouvrement immédiat des montants cotisés, le contribuable a soutenu que son mandataire n'était pas habilité à signer la lettre de suspension et que, même dans l'hypothèse où un tel pouvoir aurait été conféré, ce mandat serait sans effet puisque la Loi exige que l'entente prévoyant la suspension des procédures soit conclue entre le ministre et le contribuable, qui, ni l'un ni l'autre, n'avaient signé les documents pertinents.

f

Jugement: une ordonnance sera prononcée conformément aux présents motifs.

g

À l'examen des circonstances de l'affaire et de l'entente conclue au sujet du mandat entre Thill et le contribuable, il ne fait aucun doute que Thill a été le mandataire du contribuable et a reçu des pouvoirs suffisants pour lui permettre de signer la lettre de suspension en cause. Cette lettre ne réglait pas un litige de façon à lier le contribuable et n'était donc pas exclue de l'entente relative au mandat. Il ne peut non plus être dit que la signature de la lettre de suspension par Thill constituait un acte non autorisé qui aurait été réservé à un avocat.

h

i

j

The taxpayer was not personally required to sign. Subsection 225.1(5), invoked by the plaintiff, does not expressly or impliedly exclude the possibility of agents signing on behalf of taxpayers. And while the Department's practice was to require that letters of abeyance be personally signed by the taxpayer, this could not constitute *estoppel* nor could it dictate what the interpretation of the applicable statutory provisions should be.

Neither the Minister nor an assistant deputy minister is personally required to sign. It is clear that the Minister's authority to enter into abeyance agreements pursuant to subsection 225.1(5) is such as to be subject to an implied delegation rule. It is not a case requiring the personal attention of the Minister. Indeed it would be unreasonable to require the Minister to personally agree in writing with, on this issue alone, some 1,700 taxpayers. The agreements are not ones of sensitive public policy.

Subsection 225.1(5) is not referred to in the "legislative code" of delegation of section 900 of the *Income Tax Regulations*. This does not mean, however, that an assistant deputy minister can be the only delegate of the Minister with respect to that subsection: the common law principle of implied delegation still applies. The general authority conferred on assistant deputy ministers does not detract from the ability to delegate the Minister's powers under subsection 225.1(5) to officials of the department of lower rank than A.D.M. The principles allowing implied delegation to operate apply and that authority has not been exceeded by allowing an appeals officer to sign the letters seeking consent to abeyance.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 150(1)(d) (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 85; 1986, c. 44, s. 2), 221(1)(f), 225.1(5) (as enacted by S.C. 1985, c. 45, s. 116), 225.2 (as enacted *idem*).

Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 900(1),(2)(a) (as am. by SOR/83-797, s. 1(1)), (b) (as am. by SOR/88-219, s. 1(1)), (3) (as am. by SOR/87-470, s. 1(4)), (a),(b), (4) (as am. by SOR/82-711, s. 1), (a),(b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

PS & E Contractors Ltd. v. R. (1989), 89 DTC 5067 (Sask. C.A.); *Pica (F) et al v The Queen*, [1985] 1 CTC 73 (Ont. S.C.); *Woon, Bert W. v. Minister of National Revenue*, [1951] Ex.C.R. 18; (1950), 50 DTC 871.

DISTINGUISHED:

Fortier v. Minister of National Revenue, [1969] 2 Ex.C.R. 400; 69 DTC 5354; *Moloney v. R.* (1989), 89 DTC 5099 (F.C.T.D.).

Le contribuable n'était pas tenu de signer personnellement. Le paragraphe 225.1(5), qui a été invoqué par le demandeur, n'exclut pas expressément ou implicitement la possibilité que des mandataires signent pour des contribuables. Et, bien que la pratique du Ministère consistât à exiger que les lettres de suspension des procédures soient signées personnellement par le contribuable, cette façon d'agir ne peut donner lieu à une préclusion et ne saurait dicter l'interprétation qui doit être donnée aux dispositions applicables de la Loi.

Ni le ministre, ni un sous-ministre adjoint n'est tenu de signer personnellement. Il est clair que le pouvoir du ministre de conclure des ententes relatives à la suspension des procédures sur le fondement du paragraphe 225.1(5) est de nature à être assujéti à une règle de délégation implicite. Ce pouvoir n'est pas de ceux qui exigent une attention personnelle du ministre. Il serait certes déraisonnable d'exiger du ministre qu'il conclue personnellement une entente écrite avec quelque 1 700 contribuables concernant cette seule question. Les ententes envisagées ne concernent pas des questions délicates d'intérêt public.

Le paragraphe 225.1(5) n'est pas mentionné dans le «code législatif» de la délégation de l'article 900 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*. Cela ne signifie toutefois pas que seul un sous-ministre adjoint peut agir comme délégué du ministre à l'égard de ce paragraphe: le principe de la délégation implicite édicté par la *common law* continue de s'appliquer. Le pouvoir général conféré aux sous-ministres adjoints n'amointrit pas l'autorité de déléguer les pouvoirs détenus par le ministre sous le régime du paragraphe 225.1(5) à des fonctionnaires du ministère qui occupent un rang inférieur à celui de sous-ministre adjoint. Les principes permettant une délégation implicite s'appliquent, et ce pouvoir n'a pas été excédé par l'autorisation faite à un fonctionnaire chargé des appels de signer les lettres demandant qu'il soit consenti à la suspension des procédures.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 150(1)d) (mod. par S.C. 1985, chap. 45, art. 85; 1986, chap. 44, art. 2), 221(1)f), 225.1(5) (édicte par S.C. 1985, chap. 45, art. 116), 225.2 (édicte, *idem*).

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., chap. 945, art. 900(1),(2)a) (mod. par DORS/83-797, art. 1(1)), b) (mod. par DORS/88-219, art. 1(1)), (3) (mod. par DORS/87-470, art. 1(4)), a),b), (4) (mod. par DORS/82-711, art. 1), a),b).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

PS & E Contractors Ltd. v. R. (1989), 89 DTC 5067 (C.A. Sask.); *Pica (F) et al v The Queen*, [1985] 1 CTC 73 (C.S. Ont.); *Woon, Bert W. v. Minister of National Revenue*, [1951] R.C.É. 18; (1950), 50 DTC 871.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Fortier v. Minister of National Revenue, [1969] 2 R.C.É. 400; 69 DTC 5354; *Moloney c. R.* (1989), 89 DTC 5099 (C.F. 1^{re} inst.).

REFERRED TO:

Freeman and Lockyer (a firm) v. Buckhurst Park Properties (Mangal), Ltd., [1964] 1 All E.R. 630 (C.A.); *European Asian Bank A.G. v. Punjab & Sind Bank (No. 2)*, [1983] 1 W.L.R. 642 (C.A.); *Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd SA v Nigerian Produce Marketing Co Ltd*, [1972] 2 All ER 271 (H.L.); *Jensen v. South Trail Mobile Ltd.*, [1972] 5 W.W.R. 7 (Alta. C.A.); *Cypress Disposal Ltd. v. Inland Kenworth Sales (Nanaimo) Ltd.*, [1975] 3 W.W.R. 289 (B.C.C.A.); *Cumberland Properties Ltd. v. Canada*, [1989] 3 F.C. 390; 89 DTC 5333 (C.A.); *Hawitt v. Campbell* (1983), 46 B.C.L.R. 260 (C.A.).

COUNSEL:

S. K. Hansen for plaintiff.
J. Van Iperen, Q.C. for defendant.

SOLICITORS:

Thorsteinson, Mitchell, Little, O'Keefe & Davidson, Vancouver, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: There are two main issues in this case. The first is whether subsection 225.1(5) [as enacted by S.C. 1985, c. 45, s. 116] of the *Income Tax Act*, (R.S.C. 1952, c. 148 as amended [by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1] to February 25, 1987) requires that a taxpayer personally sign a letter of abeyance or whether such can be signed by an agent on the taxpayer's behalf. The second is whether the Minister of National Revenue can delegate his powers under that subsection to an official of his Department. The decision in this case is potentially applicable to a large number of taxpayers.

Subsection 225.1(5) provides:

225.1 . . .

(5) Notwithstanding any other provision in this section, where a taxpayer has served a notice of objection under this Act to an assessment or has appealed to the Tax Court of Canada or the Federal Court — Trial Division from the assessment and agrees in writing with the Minister to delay proceedings on the objection or appeal, as the case may be,

DÉCISIONS CITÉES:

Freeman and Lockyer (a firm) v. Buckhurst Park Properties (Mangal), Ltd., [1964] 1 All E.R. 630 (C.A.); *European Asian Bank A.G. v. Punjab & Sind Bank (No. 2)*, [1983] 1 W.L.R. 642 (C.A.); *Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd SA v Nigerian Produce Marketing Co Ltd*, [1972] 2 All ER 271 (H.L.); *Jensen v. South Trail Mobile Ltd.*, [1972] 5 W.W.R. 7 (C.A. Alb.); *Cypress Disposal Ltd. v. Inland Kenworth Sales (Nanaimo) Ltd.*, [1975] 3 W.W.R. 289 (C.A.C.-B.); *Cumberland Properties Ltd. c. Canada*, [1989] 3 C.F. 390; 89 DTC 5333 (C.A.); *Hawitt v. Campbell* (1983), 46 B.C.L.R. 260 (C.A.).

AVOCATS:

S. K. Hansen pour le demandeur.
J. Van Iperen, c.r. pour le défendeur.

PROCUREURS:

Thorsteinson, Mitchell, Little, O'Keefe & Davidson, Vancouver, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE REED: La présente espèce soulève deux questions principales. La première est celle de savoir si le paragraphe 225.1(5) [édicte par S.C. 1985, chap. 45, art. 116] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (S.R.C. 1952, chap. 148 modifié [par S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1] ainsi que les modifications qui y ont été apportées jusqu'au 25 février 1987) exige que le contribuable ait signé personnellement une lettre de suspension ou si une telle lettre peut être signée par le mandataire du contribuable pour le compte de celui-ci. La deuxième question soulevée est celle de savoir si le ministre du Revenu national est habilité à déléguer les pouvoirs qu'il détient en vertu de ce paragraphe à un fonctionnaire de son Ministère. La décision en l'espèce est susceptible de s'appliquer à un grand nombre de contribuables.

Le paragraphe 225.1(5) est ainsi libellé:

225.1 . . .

(5) Par dérogation aux autres dispositions du présent article, lorsqu'un contribuable signifie, conformément à la présente loi, un avis d'opposition à une cotisation ou en appelle d'une cotisation devant la Cour canadienne de l'impôt ou la Division de première instance de la Cour fédérale et qu'il convient par écrit avec le ministre de retarder la procédure d'opposition ou la

until judgment has been given in another action before the Tax Court of Canada, the Federal Court of Canada or the Supreme Court of Canada in which the issue is the same or substantially the same as that raised in the objection or appeal of the taxpayer, the Minister may take any of the actions described in paragraphs (1)(a) to (g) for the purpose of collecting the amount assessed, or a part thereof, determined in a manner consistent with the decision or judgment of the Court in the other action at any time after the Minister notifies the taxpayer in writing that

- (a) the decision of the Tax Court of Canada in that action has been mailed to the Minister,
 - (b) judgment has been pronounced by the Federal Court of Canada in that action, or
 - (c) judgment has been delivered by the Supreme Court of Canada in that action,
- as the case may be. [Underlining added.]

The relevant facts are as follows. A letter (an "abeyance letter") was sent, by Revenue Canada on February 25, 1987, to H.N. Thill & Associates ("Thill"), Re: Robert A. Doyle. The letter sought the taxpayer Doyle's consent to have proceedings with respect to his 1984 tax return delayed. It was proposed that proceedings be held in abeyance pending the outcome of other cases which were already before the Court. These other cases raised the same issue as that which was the subject of the dispute between the taxpayer and Revenue Canada, i.e., deductions on account of advance royalty payments for licences to use certain speed reading materials. The letter seeking the taxpayer Doyle's consent was returned to Revenue Canada signifying consent that the proceedings with respect to his return be held in abeyance. The letter was signed on behalf of Mr. Doyle by Mr. Sinclair, a director of Thill.

On January 20, 1989 a judgment in the other cases was rendered by Mr. Justice Joyal: *Moloney v. R.* (1989), 89 DTC 5099 (F.C.T.D.). The judgment was not in the taxpayers' favour. An appeal has been filed.

The Minister is now entitled, pursuant to subsection 225.1(5), to collect the taxes which it is claimed are owing by Mr. Doyle for his 1984 taxation year. Had there been no letter of abeyance signed and had Mr. Doyle himself pursued litigation, as a plaintiff, through the courts the

procédure d'appel, selon le cas, jusqu'à ce que la Cour canadienne de l'impôt, la Cour fédérale du Canada ou la Cour suprême du Canada rende jugement dans une autre action qui soulève la même question, ou essentiellement la même, que celle soulevée dans l'opposition ou appel par le contribuable, le ministre peut prendre des mesures visées aux alinéas (1)a) à g) pour recouvrer tout ou partie du montant de la cotisation établi de la façon envisagée par le jugement rendu dans cette autre action, à tout moment après que le ministre a avisé le contribuable par écrit que, selon le cas,

- a) le jugement de la Cour canadienne de l'impôt dans l'action a été posté au ministre;
- b) la Cour fédérale du Canada a rendu jugement dans l'action;
- c) la Cour suprême du Canada a rendu jugement dans l'action. [Non souligné dans le texte original.]

Les faits pertinents sont les suivants. Une lettre (une [TRADUCTION] «lettre de suspension des procédures») a été adressée par Revenu Canada le 25 février 1987 à H.N. Thill & Associates («Thill») au sujet de Robert A. Doyle. Cette lettre demandait que le contribuable Doyle consente à ce que les procédures relatives à sa déclaration d'impôt de l'année 1984 soit retardées. L'on y proposait la suspension de ces procédures jusqu'au prononcé d'un jugement dans d'autres affaires déjà soumises à la Cour. Ces autres affaires soulevaient la même question que le litige entre le présent contribuable et Revenu Canada; le demandeur en l'espèce réclamait des déductions à l'égard des paiements anticipés de redevances qu'il avait reçues pour des licences autorisant l'utilisation de certains documents relatifs à la lecture rapide. L'on a renvoyé la lettre qui recherchait le consentement du contribuable Doyle à Revenu Canada en signifiant à ce Ministère que Doyle acquiesçait à la suspension des procédures relatives à sa cotisation. Cette lettre a été signée pour le compte de M. Doyle par M. Sinclair, un des administrateurs de Thill.

Le 20 janvier 1989, un jugement a été rendu dans les autres affaires par M. le juge Joyal: l'arrêt *Moloney c. R.* (1989), 89 DTC 5099 (C.F. 1^{re} inst.). Ce jugement n'était point favorable aux contribuables. Un appel a été interjeté à son égard.

Le ministre a maintenant le droit, en vertu du paragraphe 225.1(5), de recouvrer l'impôt qu'il prétend être dû par M. Doyle pour l'année d'imposition 1984. Dans l'hypothèse où aucune lettre de suspension n'aurait été signée et où M. Doyle aurait lui-même agi comme demandeur devant les

Minister would have been precluded from taking collection action until the litigation was finally disposed of at the appeal level.

Counsel for Mr. Doyle argues, with respect to his client's situation, that: (1) there was never any authority granted to Thill by the taxpayer to sign an abeyance agreement on his behalf; (2) even if such authority was granted it is ineffective because the statute (subsection 225.1(5)) requires that an abeyance agreement be with the taxpayer; (3) in addition, subsection 225.1(5) requires that an abeyance agreement be with the Minister and in this case the relevant letter was not signed by the Minister; it was signed by an officer of the Appeals Division of Revenue Canada (Mr. Gunn).

Scope of Agency Agreement

With respect to counsel's first argument, I have no doubt that Thill was the taxpayer's agent and had been granted sufficient authority by Doyle to sign the abeyance letter in question. The reason for that conclusion will appear clear from the following facts, which facts set out the framework for all three of counsel's arguments.

Thill prepared the taxpayer's 1983 tax return. While Doyle signed that return personally the address listed thereon as his own was Thill's. Thill prepared Doyle's 1984 tax return and again the address given as Doyle's was Thill's. These are not crucial facts. They merely set the background and demonstrate that Doyle was looking to Thill for considerable guidance in the preparation and filing of his tax returns.

On February 15, 1985, when Doyle signed his 1984 tax return, he also signed the following authorization:

TO: H. N. Thill & Associates Inc.
22—1818 Cornwall Avenue
Vancouver, B. C.

tribunaux dans le cadre du présent litige, le ministre aurait été empêché de prendre des mesures de recouvrement des impôts avant que le litige ne soit tranché en appel de façon définitive.

^a L'avocat de M. Doyle fait valoir les prétentions suivantes concernant la situation de son client: (1) le contribuable n'a jamais autorisé Thill à signer pour son compte une entente prévoyant la suspension des procédures; (2) dans l'hypothèse où un tel pouvoir aurait été conféré, ce mandat serait sans effet puisque la Loi (le paragraphe 225.1(5)) exige que l'entente prévoyant la suspension des procédures soit conclue avec le contribuable; (3) de plus, le paragraphe 225.1(5) exige que l'entente sur la suspension des procédures soit conclue avec le ministre, alors que, en l'espèce, la lettre pertinente n'a pas été signée par le ministre; cette lettre a été signée par un agent de la Division des appels de Revenu Canada (M. Gunn).

Portée du mandat

En ce qui concerne le premier argument de l'avocat du demandeur, je ne doute aucunement que Thill ait été le mandataire du contribuable et ait reçu de Doyle des pouvoirs suffisants pour lui permettre de signer la lettre de suspension en cause. Les motifs de cette conclusion ressortiront clairement des faits suivants, qui établissent le cadre dans lequel s'inscrivent chacun des trois arguments de cet avocat.

Thill a préparé la déclaration d'impôt du contribuable pour l'année 1983. Bien que Doyle ait signé cette déclaration lui-même, l'adresse personnelle qui est donnée en ce qui le concerne est celle de Thill. Thill a préparé la déclaration d'impôt de Doyle pour l'année 1984, et, encore une fois, l'adresse y figurant au nom de Doyle est celle de Thill. Ces faits n'ont pas une importance déterminante. Ils ne font qu'établir le contexte de la présente affaire et démontrer que Doyle se fiait beaucoup à l'expertise de Thill en ce qui concernait la préparation et la présentation de ses déclarations d'impôt.

Le 15 février 1985, lorsque Doyle a signé sa déclaration d'impôt de l'année 1984, il a également signé l'autorisation suivante:

^j [TRADUCTION] À: H. N. Thill & Associates Inc.
22—1818 avenue Cornwall
Vancouver (C.-B.)

The undersigned, in consideration of your acting herein, hereby empowers you and your authorized representatives to represent me as agent (any not by way of legal counsel or in any other professional capacity) with Revenue Canada in respect of any and all disputes arising from the filing of any income tax returns on my behalf and any assessments or reassessments resulting therefrom, and in each case including the power to conclude a binding settlement of such disputes or appeals based on oral or written instructions.

Revenue Canada wrote to Doyle personally sometime prior to the end of April 1985 notifying him that the Minister was disallowing the deductions he had claimed in his 1984 tax return with respect to the advance royalty payments for the licensing of the speed reading materials. That letter also stated that the Minister would be assessing accordingly. Mr. Doyle responded, by letter dated April 30, 1985:

Dear Sir,

I suggest, that you submit all further correspondence regarding my 1984/83 Tax Return to H. N. Till [sic] & Assoc. who have assured me that they are filing a formal objection, but were mystified [sic] by your thirty day requirement.

Yours
Robert A. Doyle

Thill wrote to Revenue Canada on May 3, 1985 sending a copy of the agency authorization which Mr. Doyle had signed on February 15, 1985 and informing the Department that no further representations or submissions would be made at that time, on behalf of Mr. Doyle. The letter also asked that the Department please proceed with assessment of Mr. Doyle's return "at the earliest possible instant". An assessment was subsequently made and a notice of objection with respect thereto was filed on May 31, 1985. The notice of objection was signed by the taxpayer personally. The address given on that notice as the taxpayer's was that of Thill. Thill was also described as the taxpayer's "authorized agent".

The issue in dispute respecting the taxpayer's 1984 tax return was also a matter of dispute in 1 736 other tax returns. Negotiations took place between Thill and Revenue Canada and it was agreed that four test cases would be proceeded

Aux fins de vous permettre de remplir les fonctions qu'il vous confie à l'égard du présent dossier, le soussigné, par les présentes, autorise votre société ainsi que ses fondés de pouvoir à le représenter à titre de mandataires (pour les actes qui ne sont pas réservés aux avocats ou aux membres de corporations professionnelles) auprès de Revenu Canada en ce qui concerne tout litige pouvant découler du dépôt de quelque déclaration d'impôt pour son compte ainsi que de toute cotisation ou nouvelle cotisation y faisant suite, ce mandat comprenant, dans chaque cas, le pouvoir de le lier en concluant des règlements à l'égard de tels litiges ou appels sur le fondement de directives orales ou écrites.

Vers la fin d'avril 1985, Revenu Canada a adressé une lettre à Doyle personnellement pour l'aviser que le ministre refusait les déductions qu'il avait réclamées dans sa déclaration d'impôt de l'année 1984 à l'égard des paiements anticipés de redevances relatives à des licences qui visaient des documents enseignant la lecture rapide. Cette lettre déclarait également que le ministre imposerait le contribuable Doyle en conséquence. M. Doyle a répondu, dans une lettre en date du 30 avril 1985:

[TRADUCTION] Cher monsieur,

Je suggère que vous adressiez toutes les autres lettres visant ma déclaration d'impôt de 1984/83 à la société H. N. Till [sic] & Assoc., qui m'a assuré qu'elle présenterait une opposition formelle à l'encontre de votre décision, en me faisant savoir qu'elle était mystifiée [sic] par votre exigence des trente jours. Avec mes salutations respectueuses,

Robert A. Doyle

Thill a écrit à Revenu Canada le 3 mai 1985. En plus de lui faire parvenir une copie du mandat que M. Doyle avait signé le 15 février 1985, elle informait le Ministère qu'aucune observation et aucun argument ne seraient, pour lors, présentés de la part de M. Doyle. Cette lettre demandait également au Ministère de fixer la cotisation relative à la déclaration de M. Doyle [TRADUCTION] «dès l'instant où cela sera possible». Une cotisation a ensuite été établie, qui a fait l'objet d'un avis d'opposition déposé le 31 mai 1985. L'avis d'opposition a été signé par le contribuable personnellement. L'adresse de Thill se trouvait inscrite au titre de l'adresse du contribuable sur cet avis. Thill y était également décrite comme la [TRADUCTION] «mandataire autorisée» du contribuable.

La question sur laquelle portait le litige relatif à la déclaration d'impôt du contribuable pour l'année 1984 se posait également à l'égard de 1 736 autres déclarations d'impôt. Des négociations se sont déroulées entre Thill et Revenu Canada, qui

with through the Federal Court. The fact that some assessments were confirmed and others were held in abeyance at the notice of objection stage is not important for the purposes of this case.

A dispute then arose between Revenue Canada and Thill concerning the appropriate signatory to the abeyance letters. Revenue Canada took the position that the letters of abeyance had to be signed by the taxpayer personally. Thill took the position that the agency authorizations which it held from its clients were sufficient to allow Thill to sign on the client's behalf. Mr. Gunn of Revenue Canada, attests as follows:

4. At all relevant times Thill took the position that Revenue Canada was wrong in its position that the "abeyance letters" had to be signed by the taxpayers and acted on the basis that the abeyance letters were properly executed.

5. In the course of the next month I prepared abeyance letters with respect to all the Notices of Objection held in abeyance and send them to Thill. I had indicated to Thill and Mr. Bruce Benzel in particular that the letter should be signed by the taxpayers and not the representatives.

6. At no time did Thill or its employees agree with my position. All abeyance letters were returned to me, including the letter relating to Robert A. Doyle, a copy of which is attached to this my Affidavit as Exhibit "A", signed by Thill.

7. At no time did I question the authority of Thill to act as agent for Robert A. Doyle.

Mr. Doyle states that he was never informed about the letter of abeyance, was never consulted about it and did not know of its existence until a few months ago. The evidence from Thill is that they did not consult their clients before signing the letters.

Counsel for the taxpayer argues that the authorization of February 15, 1985 did not authorize Thill to sign the letter of abeyance because the abeyance letter constitutes a binding settlement of a dispute which type of agreement is expressly exempted from the authorization agreement. Alternately, it is argued that the signing of the letter of abeyance is acting "by way of legal counsel" and as such is outside the scope of Thill's authority as being expressly exempted from the authorization agreement. Thirdly, it is argued that

ont convenu que quatre causes-types seraient plaidées devant la Cour fédérale. Le fait que certaines cotisations ont été confirmées tandis que d'autres ont été maintenues en suspens au stade de l'avis d'opposition n'est pas important pour les fins de la présente espèce.

Revenu Canada et Thill n'ont alors pu s'entendre sur la question de savoir qui devait signer les lettres de suspension des procédures. Revenu Canada a prétendu que les lettres de suspension devaient être signées personnellement par le contribuable. Thill a soutenu que les mandats qu'elle détenait de ses clients lui permettaient de signer de tels documents pour leur compte. M. Gunn, de Revenu Canada, atteste les faits suivants:

[TRADUCTION] 4. À tous les moments pertinents, Thill a soutenu que Revenu Canada commettait une erreur en considérant que les «lettres de suspension des procédures» devaient être signées par les contribuables. Elle a donc agi en tenant pour acquis que ces lettres avaient été signées régulièrement.

5. Au cours du mois qui a suivi, j'ai préparé des lettres de suspension des procédures pour tous les avis d'opposition visés par une suspension, et je les ai adressées à Thill. J'avais indiqué à Thill, plus particulièrement à M. Bruce Benzel, que ces lettres devaient être signées par les contribuables et non par leurs mandataires.

6. Thill et ses employés n'ont à aucun moment souscrit à mon point de vue. Toutes les lettres de suspension des procédures m'ont été retournées, y compris celle qui concernait Robert A. Doyle, dont une copie, signée par Thill, est attachée au présent affidavit à titre de pièce «A».

7. À aucun moment n'ai-je contesté que Thill détienne le pouvoir d'agir comme mandataire de Robert A. Doyle.

M. Doyle déclare qu'il n'a jamais été avisé de l'existence de la lettre de suspension des procédures; il affirme n'avoir jamais été consulté au sujet de cette lettre et n'être au courant de son existence que depuis quelques mois. Le témoignage de Thill veut que cette société n'ait pas consulté ses clients avant de signer les lettres.

L'avocat du contribuable soutient que l'autorisation du 15 février 1985 n'avait pas permis à Thill de signer la lettre de suspension des procédures. Cette lettre réglerait un litige de façon à lier le contribuable et appartiendrait à une catégorie d'ententes expressément exclues du mandat. Subsidièrement, il est soutenu que la signature de la lettre de suspension des procédures fait partie des actes [TRADUCTION] «réservés aux avocats» et excède le mandat confié à Thill en étant expressément exclue de l'entente qui autorise cette société

even if the action taken by Thill does not fall within the specific exemption clauses of the authorization the signing of the letter can not be held to have been authorized because that action does not fall within the principal grant of authority given by the agreement.

None of these arguments is convincing. A letter of abeyance is not a "binding settlement of the dispute". It merely holds matters in abeyance pending the outcome of other litigation which outcome may lead to the settlement of the taxpayer's claim. But neither the letter of abeyance nor the outcome of the other litigation determines the specific rights or liabilities of the taxpayer who has agreed to have the resolution of his or her dispute delayed pending outcome of the other litigation. Nor do I think that the signing a letter of abeyance by Thill was acting "by way of legal counsel". It was acting on Doyle's behalf but not in a capacity which required that only legal counsel could act. With respect to counsel's third argument, reference was made to *Information Circular IC 86-2R2, Guidelines for T1 Tax Return Preparers*, paragraphs 29 and 31. That guideline states that Revenue Canada requires the filing of an authorization before it will discuss a taxpayer's return with anyone other than the taxpayer. That requirement however is not a governing factor with respect to the proper interpretation of the authorization agreement of February 15, 1985. The words of the authorization govern. The authority granted by those words is very broad: "to represent me as agent . . . with Revenue Canada in respect of any and all disputes arising from the filing of any income tax returns on my behalf and any assessments or reassessments resulting therefrom". [Underlining added.] In my view there is no doubt that these words encompassed the signing of a letter of abeyance on Doyle's behalf.

Having come to the conclusion set out above it is not necessary for me to discuss the various cases on apparent or ostensible authority which were cited to me: *Freeman and Lockyer (a firm) v.*

à représenter le contribuable. Troisièmement, même si la mesure prise par Thill ne tombait pas sous le coup des clauses d'exclusion du mandat, la signature de la lettre ne pourrait être considérée comme ayant été autorisée puisque cette action n'est pas autorisée par la stipulation établissant le mandat principal de cette entente.

Aucun de ces arguments n'est convaincant. Une lettre de suspension n'a pas pour effet de «lier [le contribuable] en concluant [un règlement]». Elle ne fait qu'arrêter le déroulement des procédures jusqu'à ce que soient tranchés d'autres litiges dont l'issue peut entraîner le règlement de la demande du contribuable. Cependant, ni la lettre de suspension des procédures ni l'issue des autres litiges ne détermine précisément les droits ou les responsabilités du contribuable ayant accepté que le litige auquel il est partie ne soit tranché qu'une fois une autre affaire résolue. Je ne crois pas non plus que la signature d'une lettre de suspension des procédures par Thill faisait partie des actes [TRADUCTION] «réservés aux avocats». Cette société agissait pour le compte de Doyle mais n'exerçait pas des pouvoirs qui n'appartiennent qu'aux avocats. Concernant le troisième argument de cet avocat, il a été fait référence aux paragraphes 29 et 31 de la *Circulaire d'information CI 86-2R2, Directives à l'usage des spécialistes en déclarations T1*. Ces directives veulent que Revenu Canada exige le dépôt d'un mandat avant de discuter d'une déclaration avec une autre personne que le contribuable concerné. Cette exigence n'influence toutefois pas l'interprétation du mandat du 15 février 1985. Cette interprétation doit se fonder sur le libellé de ce mandat. Le pouvoir conféré par les termes utilisés est très large: [TRADUCTION] «le représenter à titre de mandataires . . . auprès de Revenu Canada en ce qui concerne tout litige pouvant découler du dépôt de quelque déclaration d'impôt pour son compte ainsi que de toute cotisation ou nouvelle cotisation y faisant suite». [Soulignement ajouté.] À mon sens, il ne fait aucun doute que ces termes englobaient la signature d'une lettre de suspension des procédures pour le compte de Doyle.

Étant parvenue à la conclusion qui précède, il ne m'est pas nécessaire de discuter des différents arrêts sur le mandat apparent ou prétendu qui ont été cités par les parties: *Freeman and Lockyer (a*

Buckhurst Park Properties (Mangal), Ltd., [1964] 1 All E.R. 630 (C.A.); *European Asian Bank A.G. v. Punjab & Sind Bank (No. 2)*, [1983] 1 W.L.R. 642 (C.A.); *Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd SA v Nigerian Produce Marketing Co Ltd*, [1972] 2 All ER 271 (H.L.); *Jensen v. South Trail Mobile Ltd.*, [1972] 5 W.W.R. 7 (Alta. C.A.); *Cypress Disposal Ltd. v. Inland Kenworth Sales (Nanaimo) Ltd.*, [1975] 3 W.W.R. 289 (B.C.C.A.); *Cumberland Properties Ltd. v. Canada*, [1989] 3 F.C. 390; 89 DTC 5333 (C.A.); *Hawitt v. Campbell* (1983), 46 B.C.L.R. 260 (C.A.).

Taxpayer Personally Required to Sign?

More difficult is the issue as to whether subsection 225.1(5) requires the taxpayer to personally sign the letter of abeyance. The argument is that subsection 225.1(5) states that it must be the "taxpayer" which agrees in writing with the Minister to delay proceedings and that that does not authorize agreement being given by an agent on the taxpayer's behalf. Counsel for the defendant referred me to *Fortier v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex.C.R. 400; 69 DTC 5354; a decision not in his favour. In that case the Court seemed to hold that a provision which required that a copy of a Tax Appeal Board decision be sent to the taxpayer was not satisfied when the decision was sent to an agent of the taxpayer. In addition, reference was made to the fact that the Department's position had always been that taxpayers must personally sign such letters and that notices of objection are always signed, as they were in this case, by taxpayers personally.

Firstly, I note that subsection 225.1(5) does not expressly state that agreements in writing to delay proceedings cannot be signed by an agent of the taxpayer. That subsection is not framed, for example, in a manner analogous to paragraph 150(1)(d) [as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 85; 1986, c. 44, s. 2] where it is made clear that when the taxpayer is an individual, tax returns must be signed by that individual. Nor is it similar to a provision such as 225.2(1) [as enacted by S.C. 1985, c. 45, s. 116]

firm) v. Buckhurst Park Properties (Mangal), Ltd., [1964] 1 All E.R. 630 (C.A.); *European Asian Bank A.G. v. Punjab & Sind Bank (No. 2)*, [1983] 1 W.L.R. 642 (C.A.); *Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd SA v Nigerian Produce Marketing Co Ltd*, [1972] 2 All ER 271 (H.L.); *Jensen v. South Trail Mobile Ltd.*, [1972] 5 W.W.R. 7 (C.A. Alb.); *Cypress Disposal Ltd. v. Inland Kenworth Sales (Nanaimo) Ltd.*, [1975] 3 W.W.R. 289 (C.A.C.-B.); *Cumberland Properties Ltd. c. Canada*, [1989] 3 C.F. 390; 89 DTC 5333 (C.A.); *Hawitt v. Campbell* (1983), 46 B.C.L.R. 260 (C.A.).

c Est-il nécessaire que le contribuable signe personnellement?

Plus difficile est la question de savoir si le paragraphe 225.1(5) exige que le contribuable signe personnellement la lettre de suspension des procédures. Selon l'argument qui est mis de l'avant par le demandeur, le paragraphe 225.1(5) porte que le «contribuable» est celui qui doit convenir par écrit de retarder les procédures avec le ministre, de sorte qu'un mandataire ne peut être autorisé à consentir à la suspension pour le compte du contribuable. L'avocat du défendeur a cité l'arrêt *Fortier v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C.É. 400; 69 DTC 5354, une décision qui lui est défavorable. Dans cette affaire, la Cour a semblé conclure qu'une disposition exigeant qu'une copie de la décision rendue par la Commission d'appel de l'impôt soit expédiée au contribuable n'était point satisfaite par l'expédition de cette décision au mandataire de ce contribuable. L'on a également fait valoir les faits suivants: le Ministère avait toujours considéré que les contribuables devaient signer de telles lettres personnellement, et les avis d'opposition sont toujours, comme c'est le cas en l'espèce, signés par les contribuables personnellement.

Premièrement, j'observe que le paragraphe 225.1(5) ne déclare pas expressément que les ententes écrites visant à retarder les procédures ne peuvent être signées par un mandataire du contribuable. Le libellé de ce paragraphe diffère par exemple de celui de l'alinéa 150(1)d) [mod. par S.C. 1985, chap. 45, art. 85; 1986, chap. 44, art. 2], qui établit clairement que les déclarations d'impôt d'un particulier contribuable doivent être signées par ce particulier. Ce paragraphe n'est pas

which specifies that it must be the taxpayer personally who is dealt with except to the extent that a specific alternative is expressly allowed.

Secondly, with respect to the *Fortier* case, it is clear that the “agent” in that case was not in fact an agent at the time the decision of the Tax Appeal Board was sent — his mandate had expired. The case therefore cannot be taken, on its facts, for a decision dealing with a situation in which an agent was acting for the taxpayer. Also, Noël J. seemed to be saying at pages 407 Ex.C.R.; 5356 DTC of his decision that the statutory provisions (which required mailing of the decision to the taxpayer) could be departed from if this was done with the express consent of the parties.

Thirdly, with respect to the Department’s practice of requiring that taxpayers personally sign letters of abeyance, it is clear, and was agreed by both counsel, that such action cannot constitute *estoppel*: *Woon, Bert W. v. Minister of National Revenue*, [1951] Ex.C.R. 18; (1950), 50 DTC 871. It may very well be that the Department’s position in this regard is taken for a great variety of administrative reasons: the overriding one might be the difficulties which arise in proving agency, scope of authority, ostensible and apparent. Whatever the administrative imperatives might be which dictate the conduct of departmental officials, they do not dictate the interpretation of the applicable statutory provisions. In summary, I have been directed to no authority, either express or implied, which requires that the use of the term “taxpayer” in subsection 225.1(5) of the *Income Tax Act* be interpreted so as to preclude a taxpayer designating an agent to act on his or her behalf for the purposes of that subsection. I do not think the use of the term “taxpayer” in subsection 225.1(5) has the rigidity which counsel for the plaintiff argues. In my view it should be interpreted as allowing an agent to sign on behalf of a

non plus similaire à une disposition comme le paragraphe 225.2(1) [édicte par S.C. 1985, chap. 45, art. 116], qui précise au sujet de certaines mesures qu’elles doivent être prises à l’égard du contribuable personnellement à moins qu’une autre manière de procéder ne soit expressément permise.

Deuxièmement, en ce qui concerne l’arrêt *Fortier*, il est clair que le [TRADUCTION] «mandataire» qu’il visait ne l’était en fait plus au moment de l’expédition de la décision de la Commission d’appel de l’impôt — son mandat avait expiré. Les faits de cet arrêt ne peuvent le mettre au rang des décisions dans lesquelles un mandataire agissait pour le compte du contribuable. De plus, aux pages 400 R.C.É.; 5356 DTC de son jugement, le juge Noël semble dire que l’on peut s’éloigner des dispositions de la Loi (qui exigeaient que la décision soit expédiée au contribuable par la poste) à la condition que les parties y consentent expressément.

Troisièmement, en ce qui a trait à la pratique du Ministère d’exiger que les contribuables signent personnellement les lettres de suspension des procédures, il est clair que, ainsi que l’ont reconnu les deux avocats, elle ne peut donner lieu à une préclusion: *Woon, Bert W. v. Minister of National Revenue*, [1951] R.C.É. 18; (1950), 50 DTC 871. Il est fort possible que la position adoptée par le Ministère à cet égard procède d’une série de motifs d’ordre administratif très variés: celui de ces motifs qui pourrait être prépondérant concerne les difficultés que risque de présenter la preuve de l’existence et de la portée d’un mandat prétendu ou apparent. Quelles que soient les nécessités administratives régissant la conduite des fonctionnaires du Ministère, elles ne dictent pas l’interprétation qui doit être donnée aux dispositions applicables de la loi. En résumé, aucune jurisprudence n’a été citée qui exigerait de façon expresse ou implicite que l’utilisation du terme «contribuable» au paragraphe 225.1(5) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* soit interprété comme empêchant les contribuables de charger des mandataires d’agir pour leur compte pour les fins de ce paragraphe. Je ne crois pas que le terme «contribuable» au paragraphe 225.1(5) ait un sens aussi rigide que le voudrait le demandeur. À mon avis, il devrait s’interpréter comme permettant à un mandataire de signer pour

taxpayer providing the agency is well and truly established.

Minister or Assistant Deputy Minister Personally Required to Sign?

With respect to the third argument raised by counsel, there is no disagreement that at common law the powers accorded to a Minister under a statute are frequently such that the authority to delegate those powers is easily implied: *PS & E Contractors Ltd. v. R.* (1989), 89 DTC 5067 (Sask. C.A.) esp. at page 5070 (2nd column); *Pica (F) et al v The Queen*, [1985] 1 CTC 73 (Ont. S.C.). Absent any statutory provisions I have no doubt that the kind of authority described in subsection 225.1(5) is such that it would be reasonable, indeed almost mandatory, to find that there was an implied intention in the legislation to allow the Minister to delegate that authority to the officials of his or her department. The authority is not such as requires personal attention or agreement of the Minister. Indeed, the thought that the Minister should personally be required to agree in writing with some 1 700 taxpayers (who are concerned about the issue to which this litigation alone relates) seems clearly unreasonable. The agreements contemplated by subsection 225.1(5) are not ones of sensitive public policy; they merely have for their purpose the efficient channelling of legal disputes through the appeals division of the Department of National Revenue and through the courts. There is no good reason why abeyance agreements have to be signed by the Minister personally.

Applying the principles set out in the jurisprudence it is clear that the Minister's authority to enter into abeyance agreements pursuant to subsection 225.1(5) is such as to be subject to an implied delegation rule. However, paragraph 221(1)(f) of the *Income Tax Act* specifically authorizes the making, by regulation, of delegations for the purposes of the *Income Tax Act*:

221. (1) The Governor in Council may make regulations

le compte d'un contribuable à la condition que le mandat soit bien établi.

Le ministre ou le sous-ministre adjoint est-il tenu de signer personnellement?

a

En ce qui concerne le troisième argument soulevé par l'avocat du demandeur, personne ne conteste que, en *common law*, il est fréquent que la nature des pouvoirs accordés à un ministre sous le régime d'une loi permette facilement d'induire qu'ils peuvent être sous-délégués: *PS & E Contractors Ltd. v. R.* (1989), 89 DTC 5067 (C.A. Sask.), en particulier à la page 5070 (2^e colonne); *Pica (F) et al v The Queen*, [1985] 1 CTC 73 (C.S. Ont.). En l'absence d'une disposition au contraire dans la Loi, je ne doute point que la nature du pouvoir décrit au paragraphe 225.1(5) rende raisonnable, sinon presque obligatoire, la conclusion que la Loi est conçue de façon à permettre implicitement au ministre de déléguer un tel pouvoir aux fonctionnaires de son Ministère. Ce pouvoir n'est pas de ceux qui exigent une attention personnelle ou un consentement du ministre. En effet, l'idée que le ministre doive conclure une entente écrite avec quelque 1 700 contribuables (le présent litige vise à lui seul un tel groupe) semble clairement déraisonnable. Les ententes envisagées par le paragraphe 225.1(5) ne concernent pas des questions délicates d'intérêt public; elles n'ont pour objet que le traitement efficace des litiges juridiques par la division des appels du ministère du Revenu national et par les tribunaux. Il n'existe aucun motif valable pour lequel les ententes relatives à la suspension des procédures devraient être personnellement signées par le ministre.

b

En appliquant les principes énumérés par la jurisprudence, il est clair que le pouvoir du ministre de conclure des ententes relatives à la suspension des procédures sur le fondement du paragraphe 225.1(5) est de nature à être assujéti à une règle de délégation implicite. Toutefois, l'alinéa 221(1)(f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* autorise expressément l'adoption de règlements déléguant des pouvoirs pour les fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*:

j

221. (1) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements

(f) authorizing a designated officer or class of officers to exercise powers or perform duties of the Minister under this Act,

Regulations have been enacted for this purpose. I quote part of them [*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, s. 900(1), (2)(a) (as am. by SOR/83-797, s. 1(1)), (b) (as am. by SOR/88-219, s. 1(1)), (3) (as am. by SOR/87-470, s. 1(4)), (a),(b),(4) (as am. by SOR/82-711, s. 1),(a),(b)]:

900. (1) An official holding a position of Assistant Deputy Minister of National Revenue for Taxation may exercise all the powers and perform all the duties of the Minister under the Act.

(2) An official holding a position of Director-Taxation in a District Office of the Department of National Revenue, Taxation, may exercise the powers and perform the duties of the Minister under

(a) sections 48, 224, 224.1, 224.3 and 233 of the Act;

(b) subsections 10(3) and (7), 13(6), 28(3), 45(3), 58(5), 65(3), 66(12.72), (12.73) and (14.4), 70(6), (9), (9.2), and (9.4), 74(5), 83(3.1), 85(7.1), 91(2), 93(5.1), 96(5.1), 104(2), 109(5), 110(7), 116(2), (4) and (5.2), 125(4), 126(5.1), 127(10), (10.4) and (10.5), 127.53(3), 131(1.2), 149.1(15), 150(2), 153(1.1), 159(2),(4) and (5), 162(3), 164(1.2), 190.17(3), 220(4), (4.1), (4.2), and (5), 223(1), 225.2(1), 226(1), 227(10.5), 230(1), (1.1), (3), (7) and (8), 230.1(3) (with respect to the application of subsections 230(3), (7) and (8) of the Act), 231.2(1), 244(4) and 248(9) of the Act;

(3) The Director General, Appeals Branch, the Director, Appeals and Referrals Division, or the Director, Policy and Programs Division, of the Department of National Revenue, Taxation, may exercise the powers and perform the duties of the Minister under

(a) sections 174 and 179.1 of the Act; and

(b) subsections 164(4.1), 165(3) and (6) and 239(4) of the Act.

(4) An official holding a position of Chief of Appeals in a District Office or in a Taxation Centre of the Department of National Revenue, Taxation, may exercise the powers and perform the duties of the Minister under

(a) subsection 165(3) of the Act other than in respect of appeals to the Federal Court; and

(b) subsections 165(6) and 239(4) of the Act.

Nowhere in these provisions is reference made to subsection 225.1(5) of the Act.

The question in issue therefore is whether, in the face of this "legislative code" of delegations the common law principle of implied delegation has any role left to play. The question is whether it should be assumed that since Parliament has accorded the Governor in Council authority to

f) autorisant un fonctionnaire désigné ou une catégorie désignée de fonctionnaires à exercer les pouvoirs ou remplir les fonctions du Ministre sous le régime de la présente loi,

Des dispositions réglementaires ont été édictées à cette fin. J'en cite une partie [*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., chap. 945, art. 900(1),(2)a (mod. par DORS/83-797, art. 1(1)), b) (mod. par DORS/88-219, art. 1(1)), (3) (mod. par DORS/87-470, art. 1(4)), a),(b),(4) (mod. par DORS/82-711, art. 1), a),(b)]:

900. (1) Un fonctionnaire qui occupe le poste de sous-ministre adjoint du Revenu national pour l'Impôt peut exercer tous les pouvoirs et remplir toutes les fonctions que la Loi attribue au Ministre.

(2) Un fonctionnaire qui occupe le poste de directeur de l'Impôt auprès d'un bureau de district du ministère du Revenu national, Impôt, peut exercer les pouvoirs et remplir les fonctions que la Loi attribue au Ministre en vertu

a) des articles 48, 224, 224.1, 224.3 et 233 de la Loi;

b) des paragraphes 10(3) et (7), 13(6), 28(3), 45(3), 58(5), 65(3), 66(12.72), (12.73) et (14.4), 70(6), (9), (9.2) et (9.4), 74(5), 83(3.1), 85(7.1), 91(2), 93(5.1), 96(5.1), 104(2), 109(5), 110(7), 116(2), (4) et (5.2), 125(4), 126(5.1), 127(10), (10.4) et (10.5), 127.53(3), 131(1.2), 149.1(15), 150(2), 153(1.1), 159(2), (4), et (5), 162(3), 164(1.2), 190.17(3), 220(4), (4.1), (4.2) et (5), 223(1), 225.2(1), 226(1), 227(10.5), 230(1), (1.1), (3), (7) et (8), 230.1(3) (en ce qu'il vise l'application des paragraphes 230(3), (7) et (8) de la Loi), 231.2(1), 244(4) et 248(9) de la Loi;

(3) Le directeur général de la Direction des appels, le directeur de la Division des appels et renvois ou le directeur de la Division de la politique et des programmes du ministère du Revenu national, Impôt, peuvent exercer les pouvoirs et remplir les fonctions attribués au Ministre en vertu:

a) des articles 174 et 179.1 de la Loi; et

b) des paragraphes 164(4.1), 165(3) et (6) et 239(4) de la Loi.

(4) Un fonctionnaire qui occupe le poste de chef des Appels dans un bureau de district ou dans un centre fiscal du ministère du Revenu national, Impôt, peut exercer les pouvoirs et remplir les fonctions que la Loi attribue au Ministre en vertu

a) du paragraphe 165(3) de la Loi autrement qu'à l'égard d'appels interjetés à la Cour fédérale; et

b) des paragraphes 165(6) et 239(4) de la Loi.

Nulle part ces dispositions mentionnent-elles le paragraphe 225.1(5) de la Loi.

La question soulevée est donc celle de savoir si, devant ce [TRADUCTION] «code législatif» des délégations, le principe de la délégation implicite de la *common law* a encore quelque rôle à jouer. Elle consiste à savoir si, du fait que le législateur a attribué au gouverneur en conseil l'autorité voulue

delegate the Minister's powers and because the Governor in Council has exercised that authority that Parliament intended to remove the implied authority to delegate which the Minister would otherwise possess.

I note first of all that the regulation making authority in subsection 221(1) is permissive:

221. (1) The Governor in Council may make regulations

(f) authorizing a designated officer [Underlining added.]

Also, while assistant deputy ministers are authorized by section 900 of the Regulation to exercise all the powers of the Minister under the Act, various directors general of the Department are also empowered to exercise some of these same powers. The specific empowering of officials below the rank of assistant deputy minister to exercise authority with respect to certain sections of the Act does not detract from the general authority of the assistant deputies to also exercise that power. Nor would it detract from the authority of the Minister to personally exercise the powers in question should he or she decide to do so. The whole scheme is permissive.

As has already been noted, subsection 225.1(5) is nowhere specifically dealt with in section 900 of the Regulation. I have no doubt that the Minister's power under that section can be exercised by an assistant deputy minister pursuant to subsection 900(1) of the Regulation. The question remains whether the failure to specifically deal with subsection 225.1(5) in the regulations which follow subsection 900(1) should be interpreted as meaning that an assistant deputy can be the only delegate of the Minister with respect to that subsection. I am not persuaded that it does. I am not persuaded that the general authority conferred on the assistant deputy ministers detracts from the ability to delegate the Minister's powers under subsection 225.1(5) to officials of the department of a lower rank than assistant deputy minister. It may very well be, with respect to the specifically enumerated sections in section 900 of the Regulation, that a scheme of delegation which accorded directors general other than those specifically iden-

pour déléguer les pouvoirs du ministre et que le gouverneur en conseil a exercé un tel pouvoir, l'on doit considérer que le législateur a voulu retirer au ministre le pouvoir de délégation implicite qui lui serait normalement dévolu.

J'observe tout d'abord que le pouvoir d'édicter des règlements que prévoit le paragraphe 221(1) est facultatif:

b 221. (1) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements

f) autorisant un fonctionnaire désigné ... [Soulignement ajouté.]

De plus, si les sous-ministres adjoints sont autorisés par l'article 900 du Règlement à exercer tous les pouvoirs que la Loi attribue au ministre, plusieurs directeurs généraux du Ministère se trouvent également habilités à exercer certains de ces pouvoirs. L'autorisation expresse d'exercer les pouvoirs relatifs à certains articles de la Loi qui est accordée à des fonctionnaires occupant un poste de rang inférieur à celui de sous-ministre adjoint ne diminue en rien le pouvoir général des sous-ministres adjoints d'exercer, eux aussi, un tel pouvoir. Cette attribution ne rendrait pas non plus le ministre moins apte à exercer de tels pouvoirs personnellement si telle était sa décision. De par leur économie générale, ces dispositions ont un caractère facultatif.

Comme il a déjà été noté, l'article 900 du Règlement ne traite nulle part du paragraphe 225.1(5) de façon expresse. Je ne doute point que le pouvoir détenu par le ministre sous le régime de cet article puisse être exercé par un sous-ministre adjoint en vertu du paragraphe 900(1) du Règlement. Il reste à savoir si, du fait que les dispositions du Règlement qui suivent son paragraphe 900(1) omettent de traiter expressément du paragraphe 225.1(5), l'on doit considérer qu'un sous-ministre adjoint peut seul agir comme délégué du ministre à l'égard de ce paragraphe. Je ne suis pas convaincu que tel soit le cas. Je ne suis pas convaincu que le pouvoir général conféré aux sous-ministres adjoints amoindrisse l'autorité de déléguer les pouvoirs détenus par le ministre sous le régime du paragraphe 225.1(5) à des fonctionnaires du Ministère qui occupent un poste de rang inférieur au poste de sous-ministre adjoint. Il se peut fort bien que les articles énumérés expressément à l'article 900 du Règlement soient soumis à

tified in the Regulation authority to exercise the Minister's powers pursuant to a specific section would be invalid as in conflict with the regulation. But this issue does not have to be decided. With respect to subsection 225.1(5) of the Act, it is my view that the principles allowing implied delegation to operate apply and that that authority has not been exceeded by allowing Mr. Gunn, an appeals officer, to sign the letters seeking consent to abeyance pursuant to subsection 225.1(5) of the *Income Tax Act*.

An order will issue in accordance with these reasons.

des règles particulières et que, dans leur cas, un régime de délégation habilitant des directeurs généraux autres que ceux qui se trouvent expressément identifiés dans le Règlement à exercer les pouvoirs détenus par le ministre sous le régime d'un article particulier soit invalide parce que contraire au règlement. Cette question n'a cependant pas à être tranchée en l'espèce. Je suis d'avis que les principes permettant une délégation implicite s'appliquent au paragraphe 225.1(5) de la Loi; à mon sens, ce pouvoir n'a pas été excédé par l'autorisation faite à M. Gunn, un fonctionnaire chargé des appels, de signer les lettres demandant qu'il soit consenti à une suspension des procédures conformément au paragraphe 225.1(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Une ordonnance conforme aux présents motifs y fera suite.

T-5768-81

T-5768-81

Flexi-Coil Ltd. (Plaintiff)

v.

Rite Way Manufacturing Ltd. and Leslie Hulicko (Defendants)**INDEXED AS: FLEXI-COIL LTD. v. RITE WAY MANUFACTURING LTD. (T.D.)****Trial Division, Giles A.S.P.—Toronto, October 24 and 27, 1989.**

Judges and courts — Stare decisis — Prothonotary bound by decision of Trial Division judge — Consistency in law foundation of rule of law — Decisions of judge of same level most persuasive — Right to appeal prothonotary's decision to trial judge further suggesting trial judge's decisions should be followed in all cases.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Reconsideration of order striking paragraph of pleadings invoking Statute of Monopolies in light of Dubé J.'s reasons in Burnaby Machine & Mill Equipment Ltd. v. Berglund Industrial Supply Co. Ltd. et al. — Paragraph struck on ground capable of alternative construction — Subsequent motion to strike "without prejudice" to permit inclusion of claim based on Statute of Monopolies — Although similar situation to Burnaby in that applicability of Statute of Monopolies raised on preliminary motion, Prothonotary not able to leave matter to be decided by judge at trial — Even if referred matter pursuant to R. 336(2), determination to be made on preliminary interlocutory motion — Earlier order confirmed as not inconsistent with Burnaby and no cause of action based on Statute of Monopolies.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 336(2).
Statute of Monopolies, 21 Jac. 1, c. 3.*

CASES JUDICIALLY CONSIDERED**APPLIED:**

Aca Joe International v. 147255 Canada Inc. et al. (1986), 10 C.P.R. (3d) 301 (F.C.T.D.); Peck & Co. v. Hindes, Ld. (1898), 15 R.P.C. 113 (Q.B.).

Flexi-Coil Ltd. (demanderesse)

c.

Rite Way Manufacturing Ltd. et Leslie Hulicko (défendeurs)**RÉPERTORIÉ: FLEXI-COIL LTD. c. RITE WAY MANUFACTURING LTD. (1^{re} INST.)****Section de première instance, protonotaire-chef adjoint Giles—Toronto, 24 et 27 octobre 1989.**

Juges et tribunaux — Stare decisis — Le protonotaire est lié par la décision du juge de la Section de première instance — La suprématie du droit se fonde sur la cohérence du droit — Les décisions prononcées par un juge de la même instance doivent se voir accorder énormément d'autorité — Le droit d'interjeter appel de la décision du protonotaire devant un juge de la Section de première instance veut également que les décisions des juges de la Section de première instance soient suivies dans tous les cas.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Réexamen de l'ordonnance qui a radié le paragraphe des plaidoiries invoquant la Statute of Monopolies à la lumière des motifs prononcés par le juge Dubé dans l'arrêt Burnaby Machine & Mill Equipment Ltd. c. Berglund Industrial Supply Co. Ltd. et autre — Un paragraphe a été radié au motif qu'il était susceptible de recevoir deux interprétations mutuellement exclusives — Une requête subséquente voulait que la radiation soit prononcée «sous toutes réserves» afin qu'une demande fondée sur la Statute of Monopolies puisse être ajoutée — Bien que la situation en cause approchât celle de l'arrêt Burnaby en ce que l'applicabilité de la Statute of Monopolies était soulevée à partir d'une requête préliminaire, le protonotaire ne pouvait laisser cette question entre les mains du juge du procès — Même dans l'hypothèse où la question aurait été déléguée conformément à la Règle 336(2), la décision aurait dû être rendue à partir d'une requête interlocutoire préliminaire — L'ordonnance précédente est confirmée parce qu'elle n'est pas incompatible avec l'arrêt Burnaby et qu'il n'existe aucune cause d'action fondée sur la Statute of Monopolies.

LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 336(2).
Statute of Monopolies, 21 Jac. 1, chap. 3.*

JURISPRUDENCE**DÉCISIONS APPLIQUÉES:**

Aca Joe International c. 147255 Canada Inc. et autre (1986), 10 C.P.R. (3d) 301 (C.F. 1^{re} inst.); Peck & Co. v. Hindes, Ld. (1898), 15 R.P.C. 113 (Q.B.).

DISTINGUISHED:

Burnaby Machine & Mill Equipment Ltd. v. Berglund Industrial Supply Co. Ltd. et al. (1982), 64 C.P.R. (2d) 206 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Halsbury's Laws of England, vol. 10, 3rd ed. London: Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 1955.
Jowitt, E. *Dictionary of English Law*, London: Sweet & Maxwell Ltd., 1959, "duplicité".

COUNSEL:

Gordon S. Clarke for plaintiff.
Timothy J. Sinnott for defendants.

SOLICITORS:

Gordon S. Clarke, Toronto, for plaintiff.
Barrigar & Oyen, Toronto, for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

GILES A.S.P.: An order of mine striking out a plea based on the *Statute of Monopolies*, 21 Jac. 1, c. 3 from a counterclaim was appealed to Mr. Justice Muldoon who directed that I reconsider my impugned order to strike out the paragraph of the pleadings in which the *Statute of Monopolies* is invoked, and to confirm or vary that order as I saw fit after patently considering the effect thereon of Mr. Justice Dubé's reasons in the *Burnaby* case (cited (1982), 64 C.P.R. (2d) 206); and if counsel may desire to argue the point, to hear counsel for each side on that matter only before rendering my confirmed or varied order which I was thereby directed to do, all without costs. Counsel for the plaintiff (defendant by counterclaim) asked that I hear representations. Counsel for the defendant (plaintiff by counterclaim), having questioned the propriety of hearing submissions on short notice before the time for filing notice of appeal expired, agreed to attend to make submissions in the interest of convenience of opposing counsel and of the Court.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Burnaby Machine & Mill Equipment Ltd. c. Berglund Industrial Supply Co. Ltd. et autre (1982), 64 C.P.R. (2d) 206 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Halsbury's Laws of England, vol. 10, 3e éd., Londres: Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 1955.
Jowitt, E. *Dictionary of English Law*, Londres: Sweet & Maxwell Ltd., 1959, «duplicité».

AVOCATS:

Gordon S. Clarke pour la demanderesse.
Timothy J. Sinnott pour les défendeurs.

PROCUREURS:

Gordon S. Clarke, Toronto, pour la demanderesse.
Barrigar & Oyen, Toronto, pour les défendeurs.

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

LE PROTONOTAIRE-CHEF ADJOINT GILES: Une ordonnance dans laquelle je rayais d'une demande reconventionnelle un argument fondé sur la *Statute of Monopolies*, 21 Jac. 1, chap. 3 a été portée en appel devant M. le juge Muldoon, qui m'a ordonné de réexaminer mon ordre contesté visant la radiation du paragraphe de cet acte de procédure qui invoque la *Statute of Monopolies*, et, à ma discrétion, de confirmer ou de modifier cette ordonnance après avoir expressément pris en considération les conséquences que les motifs prononcés par M. le juge Dubé dans l'arrêt *Burnaby* (rapporté dans le recueil (1982), 64 C.P.R. (2d) 206) peuvent avoir sur elle; l'ordonnance du juge Muldoon a également prévu que, dans l'hypothèse où les avocats des parties désireraient débattre de la question en jeu, je devais tous les entendre avant de rendre la nouvelle ordonnance qu'elle me donnait instruction de prononcer, le tout, sans adjudication de dépens. L'avocat de la demanderesse (la défenderesse reconventionnelle) m'a demandé d'entendre des observations. L'avocat de la défenderesse (la demanderesse reconventionnelle), après avoir fait valoir qu'une audition de prétentions ne devait pas être tenue avec un bref préavis avant l'expiration de la période accordée pour le dépôt de l'avis d'appel, a accepté de s'y présenter et d'y soutenir des prétentions afin de faciliter la tâche de l'avocat de la partie adverse et celle de la Cour.

The first issue raised was that of *stare decisis*, that is to say, whether or not a prothonotary is bound by a decision of a judge of the Trial Division. There is perhaps a valid question because any decision of a prothonotary could have been made by a trial judge and an order of a prothonotary is to be considered an order of the Court in stated circumstances. Argument was therefore directed to the question of the binding effect of a decision of one judge on another of the same level. In my view, the foundation of the rule of law is a consistency in the law which can only be achieved if there is a consistency in the decisions made, no matter what judge or other judicial officer makes them. This principle is sufficient to render most persuasive the decisions of a judge at the same level. Where the decision cited as authority is one of a judge to whom an appeal could be made, a further consideration, namely practicality, applies. It would be most impractical to render a decision in the knowledge that it would be reversed on appeal. Therefore, without question, the decision of a judge of the Trial Division (to which an appeal may be made from the decision of a prothonotary), should, in all cases, be followed by a prothonotary.

It follows then, that should I consider the decision in *Burnaby Machine & Mill Equipment Ltd. v. Berglund Industrial Supply Co. Ltd. et al.* (1982), 64 C.P.R. (2d) 206 (F.C.T.D.), applicable to the facts before me, I should without question follow it.

The second issue argued before me was whether the situation in *Burnaby v. Berglund* was on all fours or substantially so with the case at bar. In *Burnaby v. Berglund*, Mr. Justice Dubé was considering a motion to strike on the grounds that the *Statute of Monopolies* was not a part of the law of Canada. He decided that the question should not be decided on a preliminary motion but should be left to be decided by the judge at trial. In the present case, I had struck the pleading with regard

La première question soulevée, celle du «*stare decisis*» (respect des décisions), consistait à savoir si un protonotaire est lié par une décision d'un juge de la Section de première instance. Une telle question peut peut-être valablement se poser puisque toute décision d'un protonotaire aurait pu être rendue par un juge de première instance et qu'une ordonnance prononcée par un protonotaire dans certaines circonstances déterminées doit être considérée comme une ordonnance de la Cour. Le débat a donc porté sur la question de savoir si un juge est lié par les décisions rendues par un autre juge de la même instance. À mon sens, la suprématie du droit se fonde sur la cohérence du droit, qui dépend de la cohérence que les décisions judiciaires présentent les unes par rapport aux autres, indépendamment de la personne du juge ou de l'officier de justice qui les a prononcées. Ce principe suffit à obliger un juge à accorder énormément d'autorité aux décisions rendues par un autre juge de sa propre instance. Lorsque la décision dont l'autorité est alléguée a été prononcée par un juge devant lequel un appel pourrait être interjeté, des considérations supplémentaires, à caractère pratique, deviennent applicables. Il serait contraire aux exigences pratiques les plus élémentaires de prononcer une décision en sachant qu'elle serait infirmée en appel. En conséquence, il ne fait aucun doute que la décision d'un juge de la Section de première instance (devant lequel un appel peut être interjeté de la décision d'un protonotaire) devrait toujours être suivie par un protonotaire.

Il s'ensuit donc que, dans l'hypothèse où je conclurais que la décision rendue dans l'affaire *Burnaby Machine & Mill Equipment Ltd. c. Berglund Industrial Supply Co. Ltd. et autre* (1982), 64 C.P.R. (2d) 206 (C.F. 1^{re} inst.) est applicable aux faits qui me sont soumis, je devrais certainement la suivre.

La deuxième question débattue devant moi était celle de savoir si la situation rencontrée dans l'affaire *Burnaby c. Berglund* correspondait en tous points ou en substance à celle de la présente espèce. Dans l'affaire *Burnaby c. Berglund*, M. le juge Dubé avait à statuer sur le sort d'une requête en radiation voulant que la *Statute of Monopolies* ne fasse pas partie de la loi du Canada. Il a décidé que cette question ne devait pas être tranchée à partir d'une requête préliminaire mais être laissée

to the *Statute of Monopolies*, not on the ground that the statute was not a part of the applicable law of Canada or any part of it, but rather, assuming the statute to be applicable, on the grounds of what I described as duplicity.

Parentetically, I should state, that while I do not read the order of Mr. Justice Muldoon as requiring or even permitting me to reconsider my decision other than as would be required by a re-reading of the reasons of Mr. Justice Dubé, I do think I should make reference to what appears to be a misuse of language on my part. In my reasons for striking reference to the *Statute of Monopolies*, I described the failing I saw in the pleadings as duplicity. Counsel referred me to the entry with regard to “duplicity” in Jowitt’s *Dictionary of English Law*. The entry reads as follows:

Duplicity, A pleading is double, or open to the objection of duplicity, when it, or a portion of it, contains more claims, charges or defences than one. Formerly the general rule was that a pleading ought not to contain more than one claim, charge or defence, but it has gradually been relaxed, and now no longer applies to civil pleadings (except so far as they may be embarrassing or otherwise objectionable) or to criminal proceedings (*R. v. Grizzard* (1913) 9 Cr.App.R. 268).

It is quite apparent that “duplicity” as defined by Jowitt describes the practice of including more than one claim in a pleading. It is, therefore, probable that I used the wrong word in my reasons. The failure I saw in the pleading was that the plaintiff by counterclaim had charged the defendant by counterclaim with one or other of two offences. I had justified the use of the word duplicity in my own mind from a reading of part of paragraph 707 in volume 10 of *Halsbury’s Laws of England*, 3rd Edition, at page 390. The relevant part of the paragraph reads as follows:

au juge du procès. Si, dans la présente espèce, j’ai radié les éléments de l’acte procédure visé qui concernaient la *Statute of Monopolies*, ce n’est pas au motif que cette loi ne ferait pas partie de la loi canadienne applicable ou de quelque composante de cette loi, mais parce que, en tenant pour acquise l’applicabilité de la *Statute of Monopolies*, il y avait «duplicité» [dans la version anglaise: «*duplicity*»].

Par parenthèse, bien que je n’interprète pas l’ordonnance de M. le juge Muldoon comme m’enjoignant, ou même me permettant, de réexaminer ma décision pour d’autres fins que celles commandées par ma relecture des motifs de M. le juge Dubé, je crois devoir souligner que j’ai commis une impropriété de langage. Dans la version anglaise des motifs que j’ai prononcés à l’appui de ma radiation de toute mention de la *Statute of Monopolies*, j’ai appelé «*duplicity*» [«duplicité»] le défaut que j’ai perçu dans l’acte de procédure en cause. Un des avocats m’a renvoyé à la définition du terme «*duplicity*» figurant dans l’ouvrage de Jowitt *Dictionary of English Law*. Cette définition est la suivante:

[TRADUCTION] «*Duplicity*» Un acte de procédure est double, ou donne ouverture à une contestation pour duplicité, lorsque cette plaidoirie, ou une partie de celle-ci, comporte plus d’une demande, plus d’une accusation ou plus d’un moyen de défense. Antérieurement, la règle générale voulait qu’un acte de procédure ne puisse comporter plus d’une demande, accusation ou moyen de défense; cette règle a cependant été graduellement assouplie, de sorte qu’elle ne s’applique maintenant plus aux plaidoiries civiles (sauf dans la mesure où elles peuvent entraîner des problèmes ou être autrement inadmissibles) ou aux plaidoiries criminelles (*R. v. Grizzard* (1913) 9 Cr. App. R. 268).

Il est assez évident que, suivant le sens que lui attribue Jowitt, le terme «*duplicity*» désigne la pratique consistant à inclure plus d’une demande dans un acte de procédure. Il est donc probable que le mot que j’ai utilisé dans mes motifs soit inapproprié. Le défaut que j’ai perçu dans la plaidoirie tenait au fait que la demanderesse reconventionnelle avait accusé la défenderesse reconventionnelle de l’une ou de l’autre de deux infractions possibles. Mon utilisation du mot «*duplicity*» se fondait sur une interprétation d’une partie du paragraphe 707 du volume 10 de l’ouvrage *Halsbury’s Laws of England*, 3^e édition, à la page 390. La partie pertinente de ce paragraphe était ainsi libellée:

707. Allegation must be positive. The material allegations in an indictment must be positive and direct and free from duplicity and repugnancy. Thus, a count in an indictment must not charge a defendant with one or other of two offences, and must not be capable of being construed as applying to two different offences without stating which one is charged. If an enactment creates a duty to do either of two things there must, to constitute an offence, be a failure to do both acts. An indictment must not be double, that is no single count must charge the defendant with two or more offences; but a defendant may be charged with committing several offences. [Footnotes omitted.]

I should have avoided ambiguity in my reasons by describing what I found to be fatal in the pleading as “the capability of being construed as applying to two different offences without stating which one is charged”. Perhaps I could have shortened this to “capable of alternative construction” without misuse of the language.

Having struck the allegations with respect to the *Statute of Monopolies*, I was then asked that I strike without prejudice. That is, I was in effect asked for leave to amend to include a claim based on the *Statute of Monopolies*. In such circumstances I was in a somewhat similar situation to Mr. Justice Dubé, in that I was being asked to determine the applicability of the *Statute of Monopolies* on a preliminary interlocutory motion. However, I was not, in my view, in the position of being able to leave the matter to be decided by the judge at trial. Had I taken advantage of Rule 336(2) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] and referred the matter, the decision would have had to be made by a motions judge not a judge at trial. If, as I did, I decided the matter, whichever way I decided it and however far the matter was appealed, the determination of applicability would have been made on a preliminary interlocutory motion. I note that Mr. Justice Dubé was not determining the level at which determination should be made but the stage of the proceedings. Mr. Justice Dubé and the judge who would hear

[TRANSCRIPTION] 707. Les allégations doivent être positives.

Les allégations importantes d'un acte d'accusation doivent être positives et directes, et elles ne doivent pas être entachées de duplicité ou comporter de contradiction. Ainsi un chef d'accusation ne doit-il pas affirmer que l'accusé est coupable de l'une ou de l'autre de deux infractions possibles, et pouvoir s'interpréter comme visant deux infractions différentes sans préciser celle qui fait l'objet de l'accusation. Lorsqu'une disposition législative établit une obligation de poser l'une ou l'autre de deux actions différentes, il est nécessaire, pour qu'il y ait infraction, que l'accusé omette d'accomplir chacune de ces deux actions.

b Un acte d'accusation ne doit pas être double, c'est-à-dire qu'un seul chef ne doit pas accuser le défendeur de deux ou de plus de deux infractions; un défendeur peut cependant être accusé d'avoir commis plusieurs infractions . . . [Les notes de bas de page n'ont pas été reproduites.]

c J'aurais dû dissiper l'ambiguïté de mes motifs en décrivant le défaut qui m'apparaissait fatal comme [TRANSCRIPTION] «la possibilité d'être interprété comme visant deux infractions différentes sans préciser celle qui fait l'objet de l'accusation». J'aurais peut-être pu, sans commettre d'impropriété de langage, abrégé cet énoncé pour n'employer que les termes [TRANSCRIPTION] «susceptible de recevoir deux interprétations mutuellement exclusives».

e Après ma radiation des allégations relatives à la *Statute of Monopolies*, l'on m'a demandé de préciser que cette radiation avait lieu sous toutes réserves. Il m'était en fait demandé d'autoriser une modification qui ajouterait une demande fondée sur la *Statute of Monopolies*. Ainsi me trouvais-je placé dans une situation approchant celle de M. le juge Dubé: l'on me demandait de statuer sur l'applicabilité de la *Statute of Monopolies* à partir d'une requête interlocutoire préliminaire. Toutefois, ma position ne me permettait pas, à mon sens, de laisser cette question entre les mains du juge du procès. Dans l'hypothèse où, m'autorisant de la Règle 336(2) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663], j'aurais délégué la question, la décision en cause aurait dû être rendue par un juge des requêtes et non par un juge de procès. Dans l'hypothèse où—comme je l'ai fait—je tranchais la question, la décision sur la question de l'applicabilité, quelque soit le sens de mon jugement et aussi haut qu'il soit porté en appel, aurait été rendue à partir d'une requête interlocutoire préliminaire. Je note que M. le juge Dubé ne statuait pas sur le niveau de l'instance par laquelle une décision devait être rendue; sa décision portait sur le stade des procédures auquel elle devait l'être. M. le juge Dubé et le juge qui entendrait la question lors du procès

the issue at trial were both judges of the Trial Division.

In my view, the fact situation which faced me was sufficiently different from that facing Mr. Justice Dubé, to result in my not being bound by his decision.

At the rehearing I asked counsel if there was any way in which I could comply with the spirit of Mr. Justice Dubé's order and postpone the decision until trial. Counsel for the defendants suggested that I should grant the right to amend without prejudice to the plaintiff's right to seek to strike at trial. In my view, the intent of Mr. Justice Dubé's order was that the then undecided question of the applicability of the *Statute of Monopolies* should be decided at a trial and not on an interlocutory motion. Since that time Mr. Justice Collier has decided (in *Aca Joe International v. 147255 Canada Inc. et al.* (1986), 10 C.P.R. (3d) 301 (F.C.T.D.)) that even if, as he doubted, the statute is in force in Canada, this Court does not have jurisdiction. In my view, permitting an amendment would have been to disregard the decision in *Aca Joe*.

Counsel for the defendants addressed argument to the correctness of my decision to strike and counsel for the plaintiff addressed argument to the correctness of my determination that the *Statute of Monopolies* was not a part of the law in the prairies. In my view, both these matters were outside the terms of the order of Mr. Justice Muldoon.

Since giving my decision from the Bench to confirm my previous order, it has occurred to me that having decided on the authority of *Peck & Co. v. Hindes, Ld.* (1898), 15 R.P.C. 113 (Q.B.) and *Aca Joe*, that in this case there was no cause of action based on the *Statute of Monopolies*. It would have been more in keeping with the principles governing interlocutory motions for me not to give as an additional reason for my order that the *Statute of Monopolies* was not a part of the law in the prairie provinces. In confirming my earlier

étaient tous deux juges de la Section de première instance.

À mon sens, la situation de fait à laquelle je faisais face était suffisamment différente de celle à laquelle était confronté M. le juge Dubé pour que je ne sois pas lié par sa décision.

Lors de la nouvelle audience, j'ai demandé aux avocats de me proposer des dispositions qui me permettraient de me conformer à l'esprit de l'ordonnance de M. le juge Dubé et de repousser la décision en cause jusqu'au procès. L'avocat des défendeurs a suggéré que je permette la modification de l'acte de procédure sous réserve du droit de la demanderesse de solliciter la radiation lors du procès. À mon avis, l'ordonnance de M. le juge Dubé voulait que la question alors indécise de l'applicabilité de la *Statute of Monopolies* soit tranchée lors d'un procès et non à partir d'une requête interlocutoire. Depuis lors, M. le juge Collier a décidé (dans l'affaire *Aca Joe International c. 147255 Canada Inc. et autre* (1986), 10 C.P.R. (3d) 301 (C.F. 1^{re} inst.)) que, même dans l'hypothèse où cette Loi était en vigueur au Canada—ce dont il doutait—la présente Cour ne serait pas compétente à cet égard. Je considère que, en autorisant la modification de l'acte de procédure, j'aurais négligé de tenir compte de la décision rendue dans l'affaire *Aca Joe*.

Les arguments de l'avocat des défendeurs ont porté sur le bien-fondé de ma décision sur la radiation tandis que ceux de l'avocat de la demanderesse ont visé la conformité au droit de ma décision que la *Statute of Monopolies* ne faisait pas partie de la loi des provinces des Prairies. À mon sens, ces questions échappaient toutes deux aux dispositions énoncées dans l'ordonnance de M. le juge Muldoon.

Depuis que j'ai prononcé à l'audience ma décision de confirmer mon ordonnance antérieure, il m'est venu à l'esprit que, cette décision ayant été prise sur le fondement des arrêts *Peck & Co. v. Hindes, Ld.* (1898), 15 R.P.C. 113 (Q.B.) et *Aca Joe*, il n'existait en l'espèce aucune cause d'action fondée sur la *Statute of Monopolies*. Je me serais davantage conformé aux principes régissant les requêtes interlocutoires en n'énonçant pas d'autre motif à l'appui de mon ordonnance suivant laquelle la *Statute of Monopolies* ne faisait pas

decision not to strike without prejudice, it is not necessary for me to confirm my earlier finding with regard to the *Statute of Monopolies*. I confirm my earlier decision solely because I believe it not to be inconsistent with the decision of Mr. Justice Dubé in *Burnaby v. Berglund* and because of the decision in *Peck v. Hindes* and *Aca Joe*.

ORDER

My earlier decision to strike the allegations with regard to the *Statute of Monopolies* without provision that I did so without prejudice is confirmed. There are to be no costs of the attendance to make submissions in this matter.

partie de la loi des provinces des Prairies. En confirmant ma décision antérieure de ne pas déclarer que ma radiation était prononcée sous toutes réserves, il ne m'est pas nécessaire de confirmer la conclusion antérieure que j'avais tirée à l'égard de la *Statute of Monopolies*. Si je confirme ma décision antérieure, c'est uniquement parce que je considère qu'elle n'est pas incompatible avec la décision rendue par M. le juge Dubé dans l'affaire *Burnaby c. Berglund* et en raison des décisions prononcées dans les affaires *Peck v. Hindes* et *Aca Joe*.

ORDONNANCE

Ma décision antérieure de radier les allégations relatives à la *Statute of Monopolies* sans ajouter que cette radiation était prononcée sous toutes réserves est confirmée. Aucuns frais et dépens ne doivent être adjugés en l'espèce relativement aux présences en cour nécessitées par la présentation des arguments.

A-97-89	<p>157079 Canada Inc. (<i>Appellant</i>)</p> <p>v.</p> <p>Roderick W. MacDonald, as executor for the estate of George M. Standal and George Standal's Patents Ltd. (<i>Respondents</i>)</p> <p>and</p> <p>Swecan International Ltd., Swecan Tools Co. Ltd. and Swecan Equipment Ltd. (<i>Defendants-Appellants</i>)</p> <p>v.</p> <p>Roderick W. MacDonald, as executor for the estate of George M. Standal and Standal's Patents Ltd. (<i>Plaintiffs-Respondents</i>)</p>	A-97-89	<p>157079 Canada Inc. (<i>appelante</i>)</p> <p>c.</p> <p>^a Roderick W. MacDonald, en tant qu'exécuteur testamentaire de la succession de George M. Standal et George Standal's Patents Ltd. (<i>intimés</i>)</p> <p>^b et</p> <p>Swecan International Ltd., Swecan Tools Co. Ltd. et Swecan Equipment Ltd. (<i>défenderesses-appellantes</i>)</p> <p>^c c.</p> <p>Roderick W. MacDonald, en tant qu'exécuteur testamentaire de la succession de George M. Standal et Standal's Patents Ltd. (<i>demandeurs-intimés</i>)</p>
A-149-89	<p>Swecan International Ltd., Swecan Tools Co. Ltd. and Swecan Equipment Ltd. (<i>Defendants-Appellants</i>)</p> <p>v.</p> <p>Roderick W. MacDonald, as executor for the estate of George M. Standal and Standal's Patents Ltd. (<i>Plaintiffs-Respondents</i>)</p>	A-149-89	<p>Swecan International Ltd., Swecan Tools Co. Ltd. et Swecan Equipment Ltd. (<i>défenderesses-appellantes</i>)</p> <p>^e c.</p> <p>Roderick W. MacDonald, en tant qu'exécuteur testamentaire de la succession de George M. Standal et Standal's Patents Ltd. (<i>demandeurs-intimés</i>)</p>
A-183-89	<p>Swecan International Ltd., Swecan Tools Co. Ltd. and Swecan Equipment Ltd. (<i>Defendants-Appellants</i>)</p> <p>v.</p> <p>Roderick W. MacDonald, as executor for the estate of George M. Standal and Standal's Patents Ltd. (<i>Plaintiffs-Respondents</i>)</p>	A-183-89	<p>Swecan International Ltd., Swecan Tools Co. Ltd. et Swecan Equipment Ltd. (<i>défenderesses-appellantes</i>)</p> <p>^g c.</p> <p>^h Roderick W. MacDonald, en tant qu'exécuteur testamentaire de la succession de George M. Standal et Standal's Patents Ltd. (<i>demandeurs-intimés</i>)</p>
<p><i>INDEXED AS: STANDAL ESTATE v. SWECAN INTERNATIONAL LTD. (C.A.)</i></p> <p>Court of Appeal, Marceau, MacGuigan and Desjardins J.J.A.—Montréal, May 17 and 18; Ottawa, June 23, 1989.</p> <p><i>Injunctions — Interlocutory order directed to defendants in patent infringement action and to third parties requiring return to Canada and payment to receiver of proceeds of sale of</i></p>	<p><i>RÉPERTORIÉ: STANDAL, SUCCESSION c. SWECAN INTERNATIONAL LTD. (C.A.)</i></p> <p>Cour d'appel, juges Marceau, MacGuigan et Desjardins, J.C.A.—Montréal, 17 et 18 mai; Ottawa, 23 juin 1989.</p> <p><i>Injonctions — Injonction interlocutoire prononcée contre les défenderesses dans une action en contrefaçon de brevet et contre les tiers et prévoyant le retour au Canada et le verse-</i></p>	<p>ⁱ</p>	<p>^j</p>

defendant company — Order purportedly akin to Mareva injunction — Purpose to give plaintiffs pre-judgment security — Order not in nature of Mareva injunction — Mareva injunction used to freeze assets until trial by enjoining future action, not destroying past action — Mareva order addressed only to defendants, not third parties as here.

Federal Court jurisdiction — Mareva injunctions recent judicial development — Federal Court statutory court with no inherent power when provisions in Rules for limited power of granting interlocutory injunction, but not to freeze assets — Power to issue Mareva injunctions incidental to power to protect process — “Subsequent” orders to be protected required to be highly probable or strong evidence of prima facie case — Power to direct defendants or third parties to act not supported by Quebec Code of Civil Procedure, art. 733.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Jurisdiction of prothonotary — Prothonotary issuing interim order requiring payment of outstanding proceeds of sale of assets of defendant company in patent infringement action — Outside jurisdiction according to General Direction issued under R. 336(1)(g).

Criminal justice — Writs of assistance — Based upon allegations earlier order requiring return to Canada of proceeds of sale of defendant’s assets, order issued appointing receiver with full powers to search and seize evidence and assets — No foundation for order — Contempt proceedings proper way to verify validity of allegation — Court should be loathe to revive writs of assistance and delegate power of issuance.

These were appeals from a series of interlocutory injunctive orders that the plaintiffs be given pre-judgment security. This was a patent infringement action concerning sawmill equipment. As the patents at issue had expired, the action was limited to damages. On January 28, 1988, the defendant, Swecan International Ltd., sold most of its assets. The purchase price was paid immediately, except for a balance of \$620,000 which was payable in four successive annual instalments and \$200,000 which was held in trust pending completion of collateral documents concerning use of the company name. The entire sum received was transferred to a foreign company, controlled by the same person who had controlled the defendant, for investment in blue chip stocks and in bonds. In August 1988, the purchaser agreed to accelerate the remaining instalments and to pay a lump sum of \$450,000 in settlement of the balance of the price. On September 16, 1988 the Prothonotary, who was unaware of the agreement to accelerate payment, granted an interim order requiring the payment of the outstanding proceeds from the sale to a receiver. Although the defendants’ solicitors were informed of this order on September 16, the defendant or its controlling mind or the purchaser may

ment à un séquestre du produit de la vente de la compagnie défenderesse — Ordonnance qui ressemblerait à une injonction Mareva — Elle visait à donner aux demandeurs une garantie avant le jugement — Ce n’était pas une injonction Mareva — L’injonction Mareva gèle les biens jusqu’au procès en empêchant une personne de faire quelque chose et non pas en annulant un acte passé — L’ordonnance Mareva s’adresse seulement aux défendeurs, et non pas aux tiers comme en l’espèce.

Compétence de la Cour fédérale — Les injonctions Mareva sont apparues récemment dans la jurisprudence — La Cour fédérale est un tribunal créé par une loi, qui n’a pas de pouvoir inhérent lorsque des dispositions de ses Règles prévoient un pouvoir limité d’accorder une injonction interlocutoire, mais non pas de geler des biens — Le pouvoir de rendre des injonctions Mareva est accessoire au pouvoir de protéger son fonctionnement — Les ordonnances «subséquentes» pouvant ainsi être protégées doivent être probables ou impliquer la preuve d’une forte apparence de droit — Le pouvoir de contraindre les défendeurs ou les tiers à agir ne trouve aucun appui dans l’art. 733 du Code de procédure civile du Québec.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Compétence du protonotaire — Le protonotaire avait rendu une ordonnance provisoire prévoyant le paiement du produit impayé de la vente de l’actif de la compagnie défenderesse dans une action en contrefaçon de brevet — Il n’avait pas compétence selon la directive générale émise en vertu de la Règle 336(1)g).

Justice criminelle et pénale — Mandats de main-forte — Fondée sur des allégations selon lesquelles une ordonnance antérieure prévoyait le retour au Canada du produit de la vente de l’actif de la défenderesse, une ordonnance a été rendue qui nommait un séquestre investi des pleins pouvoirs de perquisitionner et de saisir les biens et les preuves de titre — L’ordonnance n’était pas fondée — Les poursuites pour outrage au tribunal sont le moyen approprié de vérifier la validité d’une allégation — La Cour devrait répugner à réhabiliter les mandats de main-forte et à déléguer le pouvoir de les décerner.

Il s’agissait d’appels formés contre une série d’ordonnances relatives à des injonctions interlocutoires visant à donner aux demandeurs une garantie avant le jugement. Il s’agissait d’une action en contrefaçon de brevet relativement à de l’équipement de scierie. Vu l’expiration des brevets en cause, l’action se limitait à des dommages-intérêts. Le 28 janvier 1988, la défenderesse Swecan International Ltd. a vendu la plus grande partie de son actif. Le prix de vente a été acquitté immédiatement, sauf un solde de 620 000 \$ qui était exigible en quatre versements annuels successifs et un montant de 200 000 \$ qui a été gardé en fiducie en attendant que certains documents accessoires relatifs à l’utilisation de la raison sociale soient complétés. La totalité du montant reçu par les vendeurs a été transférée à une compagnie étrangère, contrôlée par la même personne que celle qui avait contrôlé la défenderesse, pour être investie dans des valeurs sûres et dans des obligations. En août 1988, l’acheteur a convenu d’accélérer le paiement des versements restants et de payer la somme globale de 450 000 \$ en règlement complet du solde du prix de vente. Le 16 septembre 1988, le protonotaire, qui n’était pas au courant de l’entente en vue d’accélérer le paiement des versements, a accordé une ordon-

not have been aware of it until September 20. On September 16 the balance of the purchase price was paid. On September 20 the part of the sale price held in trust for the vendors was released. On March 7, the Prothonotary's interim order was transformed into an interlocutory order. At the same time, a second order, directed to the defendants and to third parties including the purchaser, required the return of all proceeds from the sale outside the country, and payment of such funds to a receiver. On April 11, a second Motions Judge issued an order appointing a receiver with extensive powers to seize assets and evidence, based upon allegations that the March 7 order had not been complied with.

Held, the appeals should be allowed.

The Court did not have the power to issue the orders.

The second March 7 order was not in the nature of a *Mareva* injunction. The exceptional principle to which the *Mareva* jurisdiction gives effect is that a claimant should not be defeated through the disposal by the debtor of all of his assets during the time required for the Court to give judgment. The aim of a *Mareva* injunction is to freeze the defendant's assets pending trial, and the substance of the order is to enjoin the defendant from disposing of his possessions. The impugned order does not enjoin the defendants from doing something in the future; it orders the defendants to destroy something already done and to uproot investments already made. There is a substantial difference between orders aimed at freezing assets and an order aimed at reconstituting assets: the latter is execution, and execution prior to judgment is unthinkable.

Secondly, a *Mareva* injunction can only be addressed to the defendants and not to third parties. Third parties may be affected by an injunction issued against a defendant since it would be contempt of court for them to knowingly aid and abet a breach of the order. But they cannot be made subject to the injunction without being impleaded, and mere service of the application for injunction on them does not make them parties to the action.

The Federal Court is entitled to issue a *Mareva* injunction. The fundamental principle underlying the *Mareva* doctrine is that courts should not permit a defendant to take steps designed to frustrate its subsequent orders. The Federal Court is incidentally empowered to protect its own process by having recourse to that type of interlocutory order. In such a perspective, and in contrast to the practice in England, the "subsequent" orders to be protected must be more than arguable possibilities: they must be highly probable, requiring evidence of a strong *prima facie* case on the merits. Such a condition precedent could not be verified on the sole basis of pleadings respectively alleging and denying patent infringement, as was the case here. The plaintiffs did not contend that they could show more than a good arguable case.

nance provisoire prévoyant le paiement du produit impayé de la vente à un séquestre. Bien que les procureurs des défenderesses aient été informés de cette ordonnance le 16 septembre, il est possible que la défenderesse ou ses dirigeants ou l'acheteur n'en aient pas été informés avant le 20 septembre. Le solde du prix de vente a été versé le 16 septembre. La partie du prix de vente gardée en fiducie pour les vendeurs a été libérée le 20 septembre. Le 7 mars, l'ordonnance provisoire rendue par le protonotaire a été transformée en ordonnance interlocutoire. À la même époque, une deuxième ordonnance, prononcée contre les défenderesses et les tiers y compris l'acheteur, exigeait le retour au Canada de la totalité du produit de la vente se trouvant à l'extérieur du pays et le versement de ces fonds à un séquestre. Le 11 avril, un deuxième juge des requêtes, en se fondant sur des allégations selon lesquelles l'ordonnance du 7 mars n'avait pas été respectée, a rendu une ordonnance dans laquelle il nommait un séquestre et lui conférait les pleins pouvoirs de saisir les biens et toute preuve de titres.

Arrêt: les appels devraient être accueillis.

La Cour n'avait pas le pouvoir de rendre les ordonnances.

La deuxième ordonnance rendue le 7 mars n'était pas une injonction *Mareva*. Le principe exceptionnel auquel l'injonction *Mareva* donne effet est qu'un demandeur ne doit pas être frustré par son débiteur qui déciderait de disposer de tous ses biens avant que la Cour ne rende sa décision. Le but d'une injonction *Mareva* est de geler l'actif du défendeur en attendant le procès, et son objet est d'interdire au défendeur de disposer de ses biens. L'ordonnance contestée n'empêche pas les défenderesses de faire quelque chose; elle les contraint à annuler un acte déjà accompli et à retirer des placements déjà faits. Il y a une différence fondamentale entre une ordonnance visant à geler un actif et celle qui vise à reconstituer un tel actif: dans le dernier cas, il s'agit d'une exécution, et l'exécution avant jugement est un concept impensable.

De plus, une injonction *Mareva* peut seulement être prononcée contre les défendeurs dans une action et non contre les tiers. Les tiers peuvent être touchés par une injonction rendue contre un défendeur, puisque ce serait un outrage que d'encourager sciemment la violation de l'ordonnance. Ils ne peuvent cependant pas faire l'objet de l'injonction sans être poursuivis, et le seul fait de leur signifier une demande d'injonction ne les constitue pas parties à l'action.

La Cour fédérale a le droit de rendre une injonction *Mareva*. Le principe fondamental de la doctrine *Mareva* est que les tribunaux ne devraient pas permettre à un défendeur de prendre des mesures destinées à contrecarrer les ordonnances qu'ils rendront par la suite. La Cour fédérale est indirectement autorisée à protéger son fonctionnement en ayant recours à ce genre d'injonction interlocutoire. Dans une telle perspective, et contrairement à ce qui est la pratique en Angleterre, les ordonnances «subséquentes» pouvant ainsi être protégées ne devraient pas être seulement des ordonnances possibles et discutables, mais plutôt des ordonnances probables et impliquant la preuve d'une forte apparence de droit. Une telle condition préalable ne pourrait pas être vérifiée si on se fondait uniquement sur des actes de procédure alléguant et niant respectivement la contrefaçon de brevet, comme c'était le cas en l'espèce. Les demandeurs n'ont pas prétendu pouvoir démontrer que leur cause était plus que défendable.

A *Mareva* injunction is addressed to the defendant *in personam*, prohibiting that person from doing something. The power of the Federal Court to compel defendants or third parties to act could not find support in article 733 of the *Code of Civil Procedure* of Quebec, which allows a seizure of the *res* whether or not in the hands of third parties, especially where the *res* is located outside the jurisdiction of the Court.

The Prothonotary's interim order was made without authority. A General Direction issued by the Associate Chief Justice under Rule 336(1)(g) specifically prohibits prothonotaries from hearing applications for injunctions, appointment of receivers and *Mareva* or *Anton Pillar* relief. The order transforming it to an interlocutory order was without object since at the moment of its issuance there were no outstanding proceeds from the bulk sale payable.

There was no basis on which the April 11 order could be issued. The only way for the Court to verify the validity of an allegation that a Court order had not been complied with was through contempt proceedings. The Court should not attempt to revive the ancient writ of assistance, the constitutional status of which is troubling, and delegate the power of its issuance to an accountant.

The last two payments from the sale which were made in September should not be treated differently than the initial payment. The Prothonotary's order was beyond his jurisdiction. In any event, an accusation of contempt of court has to be proved beyond reasonable doubt and in the course of special proceedings established mainly for the protection of the accused.

Per MacGuigan J.A.: A *Mareva* injunction could not issue on these facts to require the reconstitution of assets. As the Prothonotary's order was outside his jurisdiction, the avoidance of it could not be brought into question. That is not to say that a *Mareva* injunction could in no circumstances require the reconstruction of assets. Had the defendant been guilty of contempt, this might have been a situation where a *Mareva* injunction could have been available.

Per Desjardins J.A.: As the Prothonotary's order was outside his jurisdiction, the defendants were not violating a court order when they transferred the balance of the sale price outside the jurisdiction. The Trial Judge erred in holding that the defendants had moved assets from the jurisdiction in an attempt to avoid a potential judgment of this Court.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 733.
Criminal Law Amendment Act, 1985, R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), ss. 190, 195(2), 200.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 44, 56(1).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 336(1)(g), 355, 464(1), 469(1), 470, 1203(3) (as enacted by SOR/79-57, s. 20).

Une injonction *Mareva* s'adresse au défendeur *in personam*, interdisant à cette personne de faire quelque chose. Le pouvoir de la Cour fédérale de contraindre les défendeurs ou les tiers à agir ne trouverait aucun appui dans l'article 733 du *Code de procédure civile* du Québec, qui permet une saisie de la *res*, qu'elle soit ou non entre les mains de tiers, surtout lorsque la *res* est située hors de la juridiction de la Cour.

En rendant son ordonnance provisoire, le protonotaire a agi sans autorité. Une directive générale émise par le juge en chef adjoint et établie en vertu de la Règle 336(1)(g) interdit expressément aux protonotaires d'instruire les demandes d'injonction, y compris les injonctions de type *Mareva* ou *Anton Pillar*, et les demandes en vue de la nomination d'un séquestre. L'ordonnance la transformant en injonction interlocutoire était sans objet puisqu'au moment où elle a été rendue, il n'y avait pas de solde impayé de la vente en bloc qui était payable.

Il n'existait aucun fondement permettant de rendre l'ordonnance du 11 avril. La seule façon pour la Cour de vérifier le bien-fondé d'une allégation selon laquelle une ordonnance judiciaire n'avait pas été respectée était de recourir à des poursuites pour outrage au tribunal. La Cour ne devrait pas essayer de réhabiliter l'ancien mandat de main-forte, dont le statut constitutionnel est troublant, et déléguer le pouvoir de décerner ce mandat à un comptable.

Les deux derniers versements provenant de la vente qui ont été effectués en septembre ne devraient pas être considérés différemment du versement initial. L'ordonnance rendue par le protonotaire ne relevait pas de sa compétence. De toute manière, une accusation d'outrage au tribunal doit être prouvée hors de tout doute raisonnable et lors d'une procédure spéciale instituée surtout en vue de protéger l'inculpé.

Le juge MacGuigan, J.C.A.: Une injonction *Mareva* ne saurait être accordée à partir de ces faits de manière à exiger la reconstitution de l'actif. Comme l'ordonnance rendue par le protonotaire ne relevait pas de sa compétence, on ne pouvait plus soulever la question relative à sa violation. Cela ne veut pas dire qu'une injonction *Mareva* ne pourrait en aucun cas exiger la reconstitution d'un actif. Si la défenderesse avait été reconnue coupable d'outrage au tribunal, la situation aurait pu justifier une injonction *Mareva*.

Le juge Desjardins, J.C.A.: Comme l'ordonnance rendue par le protonotaire ne relevait pas de sa compétence, les défenderesses ne violaient pas une ordonnance judiciaire lorsqu'elles ont transféré le solde du prix de vente hors du ressort de la cour. Le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les défenderesses avaient transféré des biens en dehors du territoire pour tenter d'éviter l'application d'un jugement possible de notre Cour.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code de procédure civile*, L.R.Q., chap. C-25, art. 733.
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, L.R.C. (1985), chap. 27 (1^{er} suppl.), art. 190, 195(2), 200.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 44, 56(1).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 5, 336(1)(g), 355, 464(1), 469(1), 470, 1203(3) (édicte par DORS/79-57, art. 20).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED:

APPLIED:

Derby & Co. Ltd. v. Weldon (Nos. 3 & 4), [1989] 2 W.L.R. 412 (C.A.); *Siskina (Owners of cargo lately laden on board) v. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210 (H.L.).

DISTINGUISHED:

Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd., [1983] 2 S.C.R. 388.

REFERRED TO:

Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis, [1975] 3 All E.R. 282 (C.A.); *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA [The Mareva]*, [1980] 1 All E.R. 213 (C.A.); *Lister & Co. v. Stubbs* (1890), 45 Ch. D. 1; [1886-90] All E.R. Rep. 797 (C.A.); *Bank Mellat v. Kazmi*, [1989] 2 W.L.R. 613 (C.A.); *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman et al.*, [1985] 1 S.C.R. 2; *Re Gaglardi* (1960), 27 D.L.R. (2d) 281 (B.C.C.A.); *Glazer v. Union Contractors Ltd. & Thornton* (1960), 129 C.C.C. 150 (B.C.C.A.); *Re Bramblevale, Ltd.*, [1969] 3 All E.R. 1062 (C.A.); *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 3 (T.D.); *revd* [1988] 1 F.C. 171 (C.A.).

COUNSEL:

Jérôme Gariépy for 157079 Canada Inc.
David French and *Anthony Butler* for Roderick W. MacDonald, as executor for the estate of George M. Standal, George Standal's Patents Ltd. and Standal's Patents Ltd.

Harold W. Ashenmil, Q.C. and *Karen A. Lallouz* for Swecan International Ltd., Swecan Tools Co. Ltd. and Swecan Equipment Ltd.

SOLICITORS:

Boucher, Gariépy, Moreault, Montréal, for 157079 Canada Inc.

Lette McTaggart Blais Martin, Ottawa, for Roderick W. MacDonald, as executor for the estate of George M. Standal, George Standal's Patents Ltd. and Standal's Patents Ltd.

Phillips, Friedman, Kotler, Montréal, for Swecan International Ltd., Swecan Tools Co. Ltd. and Swecan Equipment Ltd.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Derby & Co. Ltd. v. Weldon (Nos. 3 & 4), [1989] 2 W.L.R. 412 (C.A.); *Siskina (Owners of cargo lately laden on board) v. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210 (H.L.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd., [1983] 2 R.C.S. 388.

DÉCISIONS CITÉES:

Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis, [1975] 3 All E.R. 282 (C.A.); *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA [The Mareva]*, [1980] 1 All E.R. 213 (C.A.); *Lister & Co. v. Stubbs* (1890), 45 Ch. D. 1; [1886-90] All E.R. Rep. 797 (C.A.); *Bank Mellat v. Kazmi*, [1989] 2 W.L.R. 613 (C.A.); *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman et autre*, [1985] 1 R.C.S. 2; *Re Gaglardi* (1960), 27 D.L.R. (2d) 281 (C.A.C.-B.); *Glazer v. Union Contractors Ltd. & Thornton* (1960), 129 C.C.C. 150 (C.A.C.-B.); *Re Bramblevale, Ltd.*, [1969] 3 All E.R. 1062 (C.A.); *Bhatnager c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 3 (1^{re} inst.); *infirmée* [1988] 1 C.F. 171 (C.A.).

AVOCATS:

Jérôme Gariépy pour 157079 Canada Inc.
David French et *Anthony Butler* pour Roderick W. MacDonald, en tant qu'exécuteur testamentaire de la succession de George M. Standal, George Standal's Patents Ltd. et Standal's Patents Ltd.

Harold W. Ashenmil, c.r. et *Karen A. Lallouz* pour Swecan International Ltd., Swecan Tools Co. Ltd. et Swecan Equipment Ltd.

PROCUREURS:

Boucher, Gariépy, Moreault, Montréal, pour 157079 Canada Inc.

Lette McTaggart Blais Martin, Ottawa, pour Roderick W. MacDonald, en tant qu'exécuteur testamentaire de la succession de George M. Standal, George Standal's Patents Ltd. et Standal's Patents Ltd.

Phillips, Friedman, Kotler, Montréal, pour Swecan International Ltd., Swecan Tools Co. Ltd. et Swecan Equipment Ltd.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A.: Four notices of appeal, filed by two different groups of appellants against three distinct orders of the Trial Division, are here involved. They have been set down to be heard together as they are directly related to one another. The appeals concern a series of interlocutory injunctive orders, rendered in succession in the course of one action, and for the same general purpose, namely to give the plaintiffs in the action pre-judgment security. Both the power of the Court to issue the orders, and, if such power exists, the justification for making use of it in the circumstances that prevailed are put in question. As I am of the view that the appeals are to be disposed of on the basis that the Court simply did not have the power to do as it did, I will be relieved from the obligation to dwell on the question of justification which would have required a thorough analysis of numerous affidavits, discussed in as many cross-examinations and supported by a multitude of documents. The review of the factual background that I will have to make will be much less involved than it would have been otherwise. Still, even simplified to the minimum, the facts to be recorded remain quite complex, there are many actors to be reckoned with, some identified merely by numbers, and dates are to be remembered. It is important to go through these facts in a somewhat orderly manner.

The Factual Background

1. We must begin with the procedural context. The action to which the three impugned interlocutory orders are incidental was commenced on July 23, 1980, for patent infringement, against a company then manufacturing sawmill equipment in Quebec under the name Swecan International Ltd. The two other companies named in the style of cause as defendants in the Court below, defendants-appellants herein, are no longer active subsidiaries of Swecan International Ltd. (I will hereinafter speak of the "defendants in the action" or "Swecan", and similarly of the "plaintiffs in the action", who are the respondents in all four appeals). The allegations of patent infringement

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Il s'agit en l'espèce de quatre avis d'appel déposés par deux groupes différents d'appelantes à l'encontre de trois ordonnances distinctes rendues par la Section de première instance. Puisque ces quatre appels sont reliés entre eux, ils seront entendus simultanément. Les appels concernent une série d'ordonnances relatives à des injonctions interlocutoires, rendues successivement au cours d'une même action, et cela dans le même but global, celui de donner aux demandeurs en l'espèce une garantie avant le jugement. La question en litige concerne à la fois le pouvoir de la Cour de rendre de telles ordonnances et, le cas échéant, la justification de l'exercice de ce pouvoir dans les circonstances en l'espèce. Étant d'avis que les appels doivent être rejetés pour le motif que la Cour n'avait tout simplement pas le pouvoir d'agir comme elle l'a fait, je ne me verrai pas dans l'obligation d'examiner à fond la question de justification, ce qui aurait exigé une analyse complète de nombreux affidavits qui ont fait l'objet d'autant de contre-interrogatoires et qui ont été appuyés par une multitude de documents. L'examen des faits que j'aurai à faire sera beaucoup moins détaillé qu'il ne l'aurait été autrement. Malgré cela, même simplifiés à l'essentiel, les faits devant être enregistrés demeurent assez complexes; beaucoup de personnes, dont certaines ne sont désignées que par un numéro, sont en cause, et il y a de nombreuses dates à retenir. Il faut donc procéder à l'examen de ces faits de manière ordonnée.

Les faits

1. Il importe de se placer d'abord dans le contexte procédural. L'action en contrefaçon de brevet à laquelle les trois ordonnances interlocutoires contestées sont accessoires, a été intentée le 23 juillet 1980 contre une compagnie qui fabriquait de l'équipement de scierie au Québec sous la raison sociale de Swecan International Ltd. Les deux autres compagnies nommées dans l'intitulé de la cause comme défenderesses en première instance, les défenderesses-appelantes en l'espèce, ne sont plus des filiales actives de la Swecan International Ltd. (Je parlerai désormais des «défenderesses en l'espèce» ou de «Swecan» et, de la même façon, des «demandeurs en l'espèce» qui sont les intimés dans

concern chipping machinery employing bent knives and intended to remove waste wood from logs in the form of pulpable wood chips. Since the commencement of the action, the two patents involved have expired, so the plaintiffs' claim in the action is now limited to damages or an accounting of profits for past infringement.

The action was in due time met with a defence and a counter-claim, both filed on June 19, 1981, but that was all: the suit, from then on, remained completely dormant. The next proceedings on file are dated September 7, 1988; these were motions of which one was ultimately to lead to the orders here under attack. The explanation given by the plaintiffs for their protracted inactivity was reported in detail in the reasons of one of the two Motions Judges who issued the impugned orders, as follows [*Standal Estate v. Swecan International Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 509 (F.C.T.D.), at pages 511-512]:

Concurrent with the commencement of this action, the plaintiffs' commenced two other parallel patent infringement actions in Canada; one against British Columbia Forest Products Limited and Bow Valley Resource Services Ltd., and another against Forano Inc. Parallel proceedings were also commenced in October 1981, in the United States, with respect to the corresponding U.S. patents. In that country, a subsidiary of Bow Valley Resource Services Ltd. (one of the Canadian defendants referred to above) commenced impeachment proceedings against the plaintiffs seeking to have their U.S. patents declared invalid. Those U.S. patents correspond to the ones in issue in this and in the other Canadian actions.

The present proceedings against Swecan were allowed to remain substantially dormant by both parties while the U.S. action proceeded. The U.S. proceedings were a substantial burden on the plaintiffs' limited financial resources. The plaintiffs concentrated their resources on a single case in order to demonstrate the validity of their patents. The trial proceedings in the United States action concluded in October, 1985; a decision issued in favour of the plaintiffs. Following that decision, counsel for the plaintiffs sent a copy of the judgment to the solicitors for the defendants, the Martineau Walker firm. This was done under cover of a letter dated October 22, 1985; that letter also inquired whether the Swecan companies wished to discuss a possible settlement. A reply was received inviting the plaintiffs to make a proposal for settlement. By letter dated January 27, 1986, a proposal was made. A counter-proposal was delivered under cover of a letter dated of February 20, 1986. As the counter-proposal was unacceptable no further settlement discussions ensued. An appeal was launched in the U.S. proceedings and the matter was not finally settled until June of 1988. On June 20, 1988, counsel for the plaintiffs wrote to counsel for the defendants advising that the plaintiffs intended

les quatre appels). Les allégations de contrefaçon de brevet concernent des déchiqueteuses qui utilisent des couteaux courbés pour enlever les rebuts de bois des rondins afin d'en faire des copeaux de bois utilisables. Les deux brevets en litige ayant expiré depuis le début de l'action, la réclamation des demandeurs se limite à des dommages-intérêts ou à un compte rendu des profits découlant de la contrefaçon antérieure.

Une défense et une demande reconventionnelle, toutes deux déposées le 19 juin 1981 ont suivi l'action, mais ce fut tout: la poursuite est demeurée en suspens depuis lors. Les procédures qui ont suivi datent du 7 septembre 1988; il s'agissait de requêtes dont l'une a donné lieu aux ordonnances contestées en l'espèce. L'explication donnée par les demandeurs pour leur inertie prolongée est reprise en détail dans les motifs d'un des deux juges des requêtes qui a rendu les ordonnances contestées [*Standal Estate c. Swecan International Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 509 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 511 et 512]:

Lorsqu'ils ont engagé les présentes poursuites, les demandeurs ont intenté deux autres actions parallèles pour contrefaçon de brevets au Canada, soit l'une contre British Columbia Forest Products Limited et Bow Valley Resource Services Ltd. et l'autre contre Forano Inc. En outre, des actions similaires ont été intentées en octobre 1981, aux États-Unis, à l'égard des brevets américains correspondants. Aux États-Unis, une filiale de Bow Valley Resource Services Ltd. (l'une des défenderesses canadiennes susmentionnées) a intenté une action par laquelle elle demandait que les brevets américains des demandeurs soient déclarés invalides. Ces brevets américains correspondent aux brevets qui font l'objet du présent litige et des autres actions intentées au Canada.

Les deux parties ont attendu que l'action intentée aux États-Unis soit instruite avant de procéder à l'audition de la présente cause contre Swecan. Le litige américain représentait un lourd fardeau financier pour les demandeurs, compte tenu des ressources restreintes dont ils disposaient. Les demandeurs ont injecté toutes leurs ressources dans une même cause pour démontrer la validité de leurs brevets. L'instruction de la cause aux États-Unis s'est terminée en octobre 1985 et une décision a été rendue en faveur des demandeurs. L'avocat de ces derniers a alors envoyé une copie du jugement aux avocats des défenderesses, l'étude Martineau, Walker. Dans la lettre en date du 22 octobre 1985 qui était jointe à ce jugement, l'avocat des demandeurs a demandé aux avocats des défenderesses si ces derniers désiraient discuter de la possibilité d'un règlement. Les demandeurs ont été invités à proposer un règlement, ce qu'ils ont fait dans une lettre en date du 27 janvier 1986. Une contre-proposition a été envoyée en vertu d'une lettre en date du 20 février 1986. Comme la contre-proposition était inacceptable, les pourparlers de règlement se sont arrêtés là. Le jugement rendu aux États-Unis a été porté en appel et la cause n'a été réglée qu'en juin 1988. Le 20 juin de la même année,

ed to reactivate the present action, pursuant to Rule 331A. The plaintiffs sought a discovery date of August 1, 1988 and the filing of a Rule 447 list of documents. A second letter to this effect was sent to the law firm in question on July 29, 1988; the lawyer who had previously had carriage of the file had left the firm.

I leave it at that for now. It is the picture as to the current state of the proceedings with which we are concerned for the moment, and it must first be completed. This, in any event, can be done quickly. Since the reactivation of the action in September 1988, discoveries, examinations, inspection of records, communication of documents and other proceedings necessary to prepare the case for trial have been completed. The case is scheduled to be heard this month, June 1989.

2. Most of the facts on which the impugned orders are said to be based took place during the time the action was still dormant. It seems to me proper to set these out now.

On January 28, 1988, Swecan International Ltd., which was controlled by a certain Gaston Pinat, and three other companies, also controlled by this Gaston Pinat, sold most of their assets, including the name Swecan, by means of a bulk sale for a price of approximately \$2,700,000. The purchaser was a company, then known as 157079, Canada Inc. (which later adopted the name Swecan International (1988) Ltd., although it is still designated in the proceedings by its original name). The purchase price was paid immediately by 157079 Canada Inc. (to which I will now, for convenience, refer at times as the "Purchaser"), except for a balance originally set at \$800,000, subject to adjustments which lowered it to \$620,000, payable in four successive annual instalments. Out of the initial payment, a sum of \$200,000 was retained in trust by third parties pending the completion of certain collateral documents with respect to the abandonment and transfer of the name Swecan. The entire sum which the vendors did receive was immediately transferred, through banking procedure, to Socoa International, a company formed and controlled by Gaston Pinat, in the Cayman Islands, a territory under British administration in the British West Indies. Socoa International in turn entrusted the monies to the branch of the Swiss Bank and Trust Corpo-

l'avocat des demandeurs a écrit à celui des défenderesses pour lui dire que ses clients avaient l'intention de réactiver la présente action conformément à la Règle 331A. Les demandeurs ont demandé la tenue d'un interrogatoire préalable le 1^{er} août 1988 et le dépôt d'une liste de documents en vertu de la Règle a 447. Une autre lettre en ce sens a été envoyée à l'étude d'avocats en question le 29 juillet 1988; l'avocat qui était responsable du dossier avait quitté le bureau.

Je laisse cela de côté pour le moment. C'est l'état actuel des procédures qui nous concerne b d'abord, et il faut en terminer l'examen. Cela peut, de toute manière, se faire assez rapidement. Depuis que l'action a été réactivée en septembre 1988, les interrogatoires, l'inspection des dossiers, la communication des documents ainsi que d'au- c tres procédures nécessaires à la préparation du procès ont été complétés. L'action doit être instruite en ce mois de juin 1989.

2. La plupart des faits sur lesquels reposent les ordonnances contestées sont survenus pendant d l'époque où l'action était en suspens. Il me semble opportun d'exposer ces faits maintenant.

Le 28 janvier 1988, Swecan International Ltd. e ainsi que trois autres compagnies, toutes contrôlées par un dénommé Gaston Pinat ont vendu en bloc la plus grande partie de leur actif, y compris la raison sociale Swecan, pour le prix d'environ 2 700 000 \$. L'acquéreur était une personne morale, s'appelant alors 157079, Canada Inc. (qui plus tard a adopté la raison sociale Swecan International (1988) Ltd., bien qu'en l'espèce elle soit encore désignée sous la raison sociale d'origine). 157079 Canada Inc. (que j'appellerai désormais f l'«acheteur» pour plus de facilité) a immédiatement acquitté le prix de vente, sauf un solde fixé au départ à 800 000 \$ mais qui, à la suite de corrections, a été abaissé à 620 000 \$, exigible en quatre versements annuels successifs. Une somme h de 200 000 \$ a été prélevée du versement initial et gardée en fiducie par des tiers en attendant que certains documents accessoires relatifs à l'abandon et au transfert de la raison sociale Swecan soient i complétés. La totalité du montant reçu par les vendeurs a été immédiatement transférée par la banque à Socoa International, une compagnie constituée et contrôlée par Gaston Pinat, située dans les îles Caïmans, un territoire sous administration britannique dans les Antilles britanniques. j Socoa International a ensuite versé ce montant à une succursale de la Swiss Bank and Trust Corpo-

ration in the Cayman Islands, with instructions that about fifty percent of the money be invested in "blue chip" stocks, the rest in bonds of varying terms.

On August 5, 1988, the right to the balance of price outstanding under the bulk sale (the \$620,000 payable in four instalments), was assigned by the vendors (which had by then abandoned, as agreed, the name Swecan; Swecan International Ltd. had become 160088 Canada Inc.) to another numbered company, 152931 Canada Inc., also controlled by Pinat and whose sole director was an attorney, Moe Ackman, Q.C. On August 8, 1988, notice of this assignment was served upon the purchaser. About the middle of August 1988, by oral agreement reached after a certain period of discussion, the purchaser agreed to accelerate the remaining instalments and to pay the assignee, 152931 Canada Inc., the lump sum of \$450,000 in full and final settlement of the balance of price.

3. Other significant events took place in September 1988, both in and out of court, concurrently with the reactivation of the action. I will set them out in the order in which they transpired.

On September 7, 1988, four notices of motion were filed on behalf of the plaintiffs, returnable together on September 13 next. Two are alien to these proceedings, since their purpose was simply to obtain leave to amend the statement of claim and to have an examiner appointed for discovery of the defendants. A third one is of some interest to us since it sought an order, under Rule 464(1) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], requiring the purchaser under the bulk sale of January, 157079 Canada Inc., a stranger to the infringement action, to produce certain documents, plans and records it had obtained from the sellers. More directly, however, it is the fourth motion which concerns us. In an affidavit filed in support of it, counsel for the plaintiffs set out events which had followed his letter of June 20 to the solicitors on record for the defendants, and explained his sudden move back to the Court:

17. By a further letter in July, 1988 directed to the firm of Martineau Walker the defendant's solicitors were again further

ration dans les îles Caïmans, en précisant qu'environ cinquante pour cent de l'argent devait être investi dans des «valeurs sûres» et le reste dans des obligations à échéances variables.

^a Le 5 août 1988, les vendeurs (qui avaient alors abandonné, comme convenu, la raison sociale Swecan; Swecan International Ltd. était devenue 160088 Canada Inc.) avaient cédé le solde du produit de la vente en bloc (soit 620 000 \$ exigible en quatre versements) à une autre compagnie à nom numérique, la 152931 Canada Inc., également contrôlée par Pinat et dont l'unique administrateur était un avocat, Moe Ackman c.r. Un avis de cette cession a été signifié à l'acheteur le 8 août 1988. Vers la mi-août 1988, par entente verbale conclue après discussion, l'acheteur a convenu d'accélérer le paiement des versements restants et de payer au cessionnaire, la 152931 Canada Inc., la somme globale de 450 000 \$ en règlement complet et définitif du solde du prix de vente.

3. D'autres événements importants sont survenus en septembre 1988, à la Cour et à l'extérieur de celle-ci, en même temps que la reprise de l'action. Je les décrirai en ordre chronologique.

Le 7 septembre 1988, quatre avis de requête ont été déposés au nom des demandeurs et devaient être présentés ensemble le 13 septembre suivant. Deux de ces requêtes ne sont pas pertinentes en l'espèce puisqu'elles ne visaient qu'à obtenir la permission de modifier la déclaration et de nommer une personne pour interroger les défendresses au préalable. La troisième requête présente un certain intérêt pour nous puisqu'elle sollicitait une ordonnance en vertu de la Règle 464(1) des *Règles de la Cour Fédérale* [C.R.C., chap. 663], enjoignant à l'acheteur, 157079 Canada Inc., qui est partie au contrat de vente en bloc de janvier mais non à l'action en contrefaçon de brevet, de produire certains documents, plans et dossiers qu'elle avait obtenus des vendeurs. C'est cependant la quatrième requête qui nous intéresse plus directement. Dans un affidavit déposé à l'appui de celle-ci, l'avocat des demandeurs décrit les événements survenus à la suite de sa lettre du 20 juin adressée aux procureurs des défendresses et explique sa décision soudaine de réactiver l'action:

[TRADUCTION] 17. Dans une autre lettre envoyée en juillet 1988 au bureau de Martineau Walker, les avocats des défende-

advised of the plaintiff's desire to proceed with this action. No written reply has yet been received to these letters.

18. On August 26th, 1988 I telephoned the firm of Martineau Walker and was referred to Claude Brunet. I requested that I receive a response to the two letters referred to above. Mr. Brunet said he would look into the matter.

19. On August 29th, 1988 I telephoned again to Martineau Walker and was told that Claude Brunet was unavailable. I left a message that he was to call me back.

20. On August 31st, 1988 I called again and left a similar message. To the present I have received no reply.

21. On August 23rd, 1988 I received a telephone call from Dr. Lorne Rosenblood [the plaintiffs' U.S. attorney] advising me that Swecan International Ltd. may have sold its business operation. On August 31st, 1988 I received a copy of the Bulk Sale Agreement dated January 29th, 1988. By this agreement Swecan International Ltd. purported to sell all of its assets to 157979 [sic] Canada Inc.

This fourth motion was:

FOR AN ORDER pursuant to Rule 5 and Articles 733 and 742 of the Quebec Code of Civil Procedure and Sections 17 and 20 of the Federal Court Act that:

(a) the outstanding proceeds from the sale of the assets of Swecan International Ltd. as payable by 157079 Canada Ltd. under a Sale Agreement dated January 29th, 1988 be paid as and when payable, to the Assistant Administrator of the Federal Court of Canada, to be held in trust in an interest-bearing form pending the final resolution of these proceedings, or as the Court may otherwise direct; and that

(b) the defendants be restrained on an interim basis, until the disposition of this application, from distributing to its shareholders or otherwise, the proceeds it has received or may receive from the above referenced sale.

On September 13, 1988, the four motions came before the Prothonotary where they were continued to September 26. The adjournment had been requested by the solicitors on record for the defendants in the action who were no longer familiar with nor interested in the litigation, and counsel for the plaintiffs had consented; but, the day before the hearing, he had filed a special motion for interim relief (in replacement of the fourth motion), the operative part of which should be reproduced:

Application on behalf of the Plaintiffs for an Order pursuant to Rule 5 and Articles 733 and 742 of the Quebec Code of Civil Procedure and Section 20 of the Federal Court Act directing that until the disposition of a corresponding interlocutory application:

(a) the defendants be restrained on an interim basis, from soliciting the accelerated payment of the proceeds still payable

resses ont été avisés à nouveau du désir des demandeurs de procéder à l'instruction de la cause. Aucune réponse écrite n'a encore été reçue à l'égard de ces lettres.

18. Le 26 août 1988, j'ai téléphoné au bureau de Martineau Walker et on m'a référé à Claude Brunet. Je lui ai dit que j'aimerais recevoir une réponse aux deux lettres susmentionnées. M. Brunet a répondu qu'il examinerait le dossier.

19. Le 29 août 1988, j'ai retéléphoné au bureau de Martineau Walker et on m'a dit que Claude Brunet n'était pas disponible. J'ai laissé un message afin qu'il me rappelle.

20. Le 31 août 1988, j'ai rappelé et j'ai laissé le même message. Jusqu'à maintenant, je n'ai obtenu aucune réponse.

21. Le 23 août 1988, le Dr Lorne Rosenblood [l'avocat des demandeurs aux États-Unis] m'a téléphoné pour me dire qu'il était possible que Swecan International Ltd. ait vendu son entreprise. Le 31 août 1988, j'ai reçu une copie du contrat de vente en bloc en date du 29 janvier 1988. En vertu de ce contrat, Swecan International Ltd. vendait la totalité de ses actifs à 157979 [sic] Canada Inc.

La quatrième requête est la suivante:

[TRADUCTION] UNE ORDONNANCE conformément à la Règle 5 et aux articles 733 et 742 du Code de procédure civile du Québec ainsi qu'aux articles 17 et 20 de la Loi sur la Cour fédérale, portant:

a) que le produit impayé de la vente de l'actif de Swecan International Ltd., lequel produit doit être payé par 157079 Canada Ltd. en vertu d'un contrat de vente en date du 29 janvier 1988, devra être versé à l'échéance, à l'administrateur de la Cour fédérale du Canada, qui détiendra ce produit en fidéicommiss de façon que ladite somme produise des intérêts jusqu'au règlement final du présent litige, ou selon toute autre ordonnance que la Cour peut rendre; et

b) qu'il soit interdit aux défenderesses, sur une base provisoire jusqu'à ce que la présente requête soit tranchée, de distribuer à leurs actionnaires ou autrement le produit qu'elles ont reçu ou qu'elles pourront recevoir à la suite de la vente susmentionnée.

Ces quatre requêtes ont été présentées devant le protonotaire le 13 septembre 1988 mais leur audition a été remise au 26 septembre. Les procureurs des défenderesses en l'espèce, qui n'étaient plus au courant du litige, ni intéressés à celui-ci ont demandé l'ajournement et l'avocat des demandeurs y a consenti; la veille de l'audience, cependant, celui-ci avait déposé une requête spéciale visant un redressement provisoire (pour remplacer la quatrième requête) dont voici des extraits pertinents:

[TRADUCTION] Requête présentée au nom des demandeurs en vue d'obtenir une ordonnance conformément à la Règle 5 et aux articles 733 et 742 du Code de procédure civile du Québec, ainsi qu'à l'article 20 de la Loi sur la Cour fédérale, ladite requête étant exécutoire jusqu'à la décision rendue sur une requête interlocutoire correspondante et demandant:

a) qu'il soit provisoirement interdit aux défenderesses, de demander le remboursement anticipé du produit exigible en

under the Bulk Sale Agreement, and from distributing to its shareholders or otherwise, the proceeds it has received or may receive from the referenced sale; and that

(b) any payments of the outstanding proceeds from the sale of the assets of Swecan International Ltd., as payable by 157079 Canada Ltd. under a Sale Agreement dated January 29th, 1988, be paid into Court by 157079 Canada Ltd., as and when payable, to the Receiver General of Canada, pending the final resolution of these proceedings, or as the Court may otherwise direct; and that

(c) the Court grant leave for this motion to be heard on short notice, pursuant to Rule 320(1).

The Prothonotary refused to postpone the consideration of this new motion; he heard representations thereon, without being told, however, that Swecan had already assigned its rights in the balance of the sale price and that an agreement had already been reached to accelerate its payment, and he then reserved judgment. On September 16, an order was issued granting the conclusions sought in the motion. The solicitors on record for the defendants were informed of this order at the end of the afternoon of September 16, but there is nothing else to show that Mr. Pinat, or officials of Swecan or of the purchaser, were made aware of it before September 20.

On September 16, 1988, the sum of \$450,000 was paid by the purchaser to 152931 Canada Inc., the assignee, pursuant to the arrangement concluded during August. On September 20, 1988, as the collateral documents required to be produced under the deed of sale had finally been delivered, the part of the sale price retained from the sellers and held in trust was released and paid likewise to 152931 Canada Inc. These two sums, just like the initial proceeds from the bulk sale paid on January 29, 1988, were immediately transferred by means of inter-bank transfers to Socoa International, in the Cayman Islands.

After a series of further adjournments of the other September 13 motions, during which time the interim order of September 16 remained in force, two new motions for injunctive relief were successively presented by the plaintiffs in relation to the bulk sale and the moneys paid under it, leading to the orders directly attacked by the four appeals before us. It is now time to review the orders themselves.

vertu du contrat de vente en bloc et de distribuer à leurs actionnaires ou autrement le produit qu'elles ont reçu ou qu'elles pourront recevoir de la vente susmentionnée;

b) que 157079 Canada Ltd. consigne les paiements du produit impayé de la vente de l'actif de Swecan International Ltd. en vertu d'un contrat de vente en date du 29 janvier 1988 à la Cour, à l'ordre du receveur général du Canada au fur et à mesure de leur échéance, jusqu'au règlement final du présent litige ou suivant toute autre ordonnance que la Cour rendra; et

c) à la Cour de permettre l'audition de cette requête à la suite d'un avis sommaire prévu à la Règle 320(1).

Le protonotaire a refusé de remettre l'examen de cette nouvelle requête. Il a entendu les observations relatives à la requête, sans avoir été informé, cependant, que Swecan avait déjà cédé ses droits sur le solde du produit de la vente et qu'une entente avait déjà été conclue quant à l'accélération du paiement. Il a ensuite mis la cause en délibéré. Une ordonnance faisant droit aux conclusions demandées dans la requête a été rendue le 16 septembre. Les procureurs des défenderesses ont été informés de cette ordonnance en fin d'après-midi, le 16 septembre, mais il n'existe aucune preuve qui démontre que M. Pinat, ou les dirigeants de Swecan ou de l'acheteur en ont été informés avant le 20 septembre.

Le 16 septembre 1988, l'acheteur a payé le montant de 450 000 \$ au cessionnaire, 152931 Canada Inc. conformément à l'entente conclue en août. Le 20 septembre 1988, comme les documents accessoires devant être produits selon les termes de l'acte de vente avaient enfin été remis, la partie du prix de vente qui avait été soustraite aux vendeurs et gardée en fidéicommiss a été libérée et versée à la 152931 Canada Inc. Ces deux montants, tout comme le produit initial de la vente en bloc payé le 29 janvier 1988 ont été immédiatement transférés par virement interbancaire à la Socoa International aux îles Caïmans.

À la suite d'une série d'ajournements des autres requêtes datées du 13 septembre alors que l'ordonnance provisoire demeurait en vigueur, les demandeurs ont présenté deux nouvelles requêtes en injonction relatives à la vente en bloc et aux sommes payées en vertu de ce contrat, ce qui a donné lieu aux ordonnances qui sont directement contestées par les quatre appels en l'espèce. Examinons maintenant les ordonnances en question.

The Orders under Attack

On March 7, 1989, Reed J. issued two orders. The first one transformed the interim order of the Prothonotary, providing for the payment of the outstanding proceeds from the bulk sale into the hands of a receiver, into an interlocutory order to remain in force until final resolution of the proceedings. The second one gave effect to a fresh motion by the plaintiffs stemming from the altered circumstances as they had come to light after the September 13 hearing, particularly the payments of September 16 and 20, and the transfer of the proceeds outside the country. The whole controversy revolves around this second order by Reed J., the only one, incidentally, in support of which reasons were given, so I prefer to reproduce it *verbatim*:

IT IS HEREBY ORDERED THAT:

(a) The defendants and 152931 Canada Inc. and 151095 Canada Inc., and 157079 Canada Inc., their directors, officers, servants and agents, and Mr. Gaston Pinat shall cause the return to Canada of any and all proceeds from the Bulk Sale Agreement between the defendant Swecan International Ltd. and 157079 Canada Inc., executed in Montreal, on January 29, 1988, and shall cause such funds to be delivered to the receiver hereinafter appointed; such return and delivery shall be effected at such time as those funds are released from seizure by the Cayman Islands Court except to the extent that such proceeds are not covered by that Court's order of seizure, in which case the defendants and 152931 Canada Inc. and 151095 Canada Inc. and 157079 Canada Inc., their directors, officers, servants and agents and Mr. Gaston Pinat shall cause the return to Canada of those funds, not covered by the seizure order, within five days of the date of this order;

(b) the aforementioned proceeds shall be placed under the sole control of Mr. Paul Bertrand, Chartered Accountant and Trustee with the accounting firm of Samson, Belair, in Montreal, Quebec as Receiver who shall receive and invest such proceeds in the manner authorized by article 981(o) of the Civil Code of Lower Canada, pending final judgment on the merits of the case;

(c) the plaintiffs shall recover their costs of this application on a solicitor-and-client basis.

The numbered company, 151095 Canada Inc., named in the order, was a holding company, controlled by Pinat, to which he had transferred his interest in Swecan shares in 1986 and 1988.

The reference in the order to proceedings in the Cayman Islands also requires an explanation. On or about November 29, 1988, Standal's Patents Ltd., one of the plaintiffs in the action, instituted

Les ordonnances en litige

Le 7 mars 1989, le juge Reed a rendu deux ordonnances. La première de celles-ci a eu pour effet de transformer l'ordonnance provisoire rendue par le protonotaire qui prévoyait le paiement du produit impayé de la vente en bloc à un séquestre, en ordonnance interlocutoire devant demeurer en vigueur jusqu'au règlement final du litige. La deuxième ordonnance donnait effet à une nouvelle requête des demandeurs découlant du changement de circonstances survenu après l'audience du 13 septembre, notamment les paiements effectués les 16 et 20 septembre ainsi que le transfert du produit de la vente à l'étranger. Tout le litige porte sur cette deuxième ordonnance rendue par le juge Reed, la seule, incidemment, pour laquelle des motifs ont été prononcés et pour cette raison, je la citerai textuellement:

d LA COUR STATUE COMME SUIT:

a les défenderesses et 152931 Canada Inc, 151095 Canada Inc. et 157079 Canada Inc., leurs administrateurs, dirigeants, préposés et mandataires et M. Gaston Pinat verront à retourner au Canada la totalité du produit découlant du contrat de vente en bloc conclu entre la défenderesse Swecan International Ltd. et 157079 Canada Inc. et signé à Montréal le 29 janvier 1988 et verront à ce que ces fonds soient remis au séquestre nommé ci-après; ce retour et cette remise seront faits lorsque ces fonds seront libérés de la saisie par le tribunal des îles Caïmans, sauf dans la mesure où ce produit n'est pas couvert par l'ordonnance de saisie de ce tribunal, auquel cas les défenderesses et 152931 Canada Inc., 151095 Canada Inc. et 157079 Canada Inc., leurs administrateurs, dirigeants, préposés et mandataires et M. Gaston Pinat verront à retourner au Canada les fonds qui ne sont pas couverts par l'ordonnance de saisie dans les cinq jours de la date de la présente ordonnance;

g b) le produit susmentionné sera placé sous le contrôle exclusif de M. Paul Bertrand, comptable agréé et syndic du cabinet d'experts-comptables de Samson, Bélair, à Montréal (Québec), à titre de séquestre qui recevra et investira ce produit de la façon autorisée par l'article 981o) du Code civil du Bas Canada jusqu'au jugement final sur le fond du litige;

h c) les demandeurs auront le droit de recouvrer leurs dépens procureur-client de la présente demande.

i La compagnie à nom numérique, 151095 Canada Inc., nommée dans l'ordonnance, était une société de portefeuille, contrôlée par Pinat et à laquelle il avait transféré ses actions de Swecan en 1986 et en 1988.

j Il importe également d'expliquer la mention faite dans l'ordonnance de la procédure qui s'est déroulée aux îles Caïmans. Vers le 29 novembre 1988, Standal's Patents Ltd., un des demandeurs

legal proceedings (No. 316 of 1988) before the Grand Court of the Cayman Islands against the defendants in the action herein, and also against Gaston Pinat, Socoa International, Swiss Bank and Trust Corporation, Swecan International (1988) Ltd. (formerly 157079 Canada Inc.) and one Bernard Latour, claiming damages in the amount of \$2,000,000 as a result of an alleged illegal conspiracy to “deprive, prevent and keep” Standal’s Patents Ltd. from “recovering any sums arising from the proceedings before the Federal Court of Canada”, and also seeking an injunction restraining Socoa International and Swiss Bank and Trust Corporation from transferring, removing, disposing of, charging or in any way dealing with assets in account number 52911 in the name of Socoa International. The Grand Court issued an *ex parte* order on December 1, 1988 restraining Socoa International and Swiss Bank and Trust Corporation from dealing with the assets in account number 52911 and also ordering both of them to preserve all books, statements, vouchers and documents relating to all and any accounts held in the name of Socoa International with Swiss Bank and Trust Corporation. The Cayman Islands proceedings, including the attachment before judgment of the Socoa account, were, as of the date of the hearing of these appeals, still ongoing.

I revert to the orders under attack.

On March 29, 1989, in answer to a request by Swecan that the second March 7 order be stayed, Reed J. varied the order to allow Swecan to post security of two million dollars (\$2,000,000) in lieu of returning the proceeds of the bulk sale to Canada, but otherwise refused a stay. The purchaser also made a request for a stay, which was likewise refused on March 29.

On April 11, 1989, the plaintiffs returned to the Trial Division, alleging that the order of March 7 had not been complied with, and requesting further compelling measures. Joyal J. agreed to the request and issued a lengthy and most unusual order. I feel compelled to reproduce it *in extenso*:

It is Hereby Ordered and Adjudged as follows:

devant la Grand Court des îles Caïmans, contre les défenderesses dans la présente cause et aussi contre Gaston Pinat, Socoa International, Swiss Bank and Trust Corporation, Swecan International (1988) Ltd. (anciennement 157079 Canada Inc.) et un dénommé Bernard Latour, réclamant des dommages-intérêts au montant de 2 000 000 \$ à la suite d’un présumé complot illégal destiné à [TRADUCTION] « priver, empêcher et garder » Standal’s Patents Ltd. de « recouvrer toute somme découlant des procédures devant la Cour fédérale du Canada » et demandant également une injonction interdisant à Socoa International et à Swiss Bank and Trust Corporation de transférer, d’enlever, de liquider, de débiter l’actif du compte numéro 52911 ou d’effectuer toute opération s’y rapportant au nom de Socoa International. La Grand Court a rendu une ordonnance *ex parte* le 1^{er} décembre 1988 pour empêcher Socoa International et Swiss Bank and Trust Corporation de toucher à l’actif du compte numéro 52911 et leur enjoignant de conserver les livres, états, pièces justificatives et documents relatifs à tout compte enregistré au nom de Socoa International auprès de la Swiss Bank and Trust Corporation. Les procédures aux îles Caïmans, y compris la saisie avant jugement du compte Socoa, étaient, à la date de l’audition de ces appels, toujours en vigueur.

Je reviens aux ordonnances contestées.

Le 29 mars 1989, en réponse à une requête de Swecan demandant la suspension de la seconde ordonnance rendue le 7 mars, le juge Reed a modifié l’ordonnance pour permettre à Swecan de verser un cautionnement de deux millions de dollars (2 000 000 \$) au lieu de retourner le produit de la vente en bloc au Canada, mais elle a refusé la demande de suspension. L’acheteur a également demandé une suspension qui a aussi été refusée le 29 mars.

Le 11 avril 1989 les demandeurs se sont de nouveau adressés à la Section de première instance, alléguant que l’ordonnance du 7 mars n’avait pas été respectée et demandant d’autres mesures coercitives. Le juge Joyal a fait droit à la requête et il a rendu une ordonnance longue et extraordinaire. Je me sens obligé de la reproduire *in extenso*:

[TRADUCTION] La Cour ordonne ce qui suit:

1. Leave is hereby granted for this application to be heard on short notice.

2. It is hereby declared that the proceeds and funds arising from the Bulk Sale of January 29, 1988, as referenced in the Order of this Court of March 7, 1989 extends to and includes all property substituted or exchanged for the monies originally paid, and in particular, including

(1) any share or similar rights in Socoa International issued to 152931 Canada Inc., 151095 Canada Inc., 160088 Canada Inc., Gaston Pinat or others in consideration for such monies;

(2) any share certificates in other corporations, bonds, deposit certificates or other property purchased with or derived from such monies whether in the hands of 152,931 Canada Inc., 151,095 Canada Inc., 160088 Canada Inc., Gaston Pinat or Socoa International.

3. Mr. Paul Bertrand, Chartered Accountant and Trustee of the firm of Samson, Belair in Montreal, Quebec, Canada, is appointed and confirmed as Receiver of:

(a) the proceeds from the aforesaid Bulk Sale, and
 (b) all share or similar rights held by Gaston Pinat in 151095 Canada Inc., 152931 Canada Inc., and Socoa International, 151095 Canada Inc. and 152931 Canada Inc. [sic],

with full powers to:

(1) take possession of such rights and property by delivery of a Notice of Seizure, . . . along with a copy of the Order, to the head office of each of the aforesaid corporations, and to each person or corporation having custody of assets belonging to Gaston Pinat;

(2) seize such evidence of share entitlements as may be in the possession of Gaston Pinat, the companies referenced above and their servants and agents;

(3) issue one or more Writs of Assistance to a Sheriff or Bailiff of the Province of Quebec nominated by the Plaintiff to permit the Receiver to enter the premises of the parties identified by this Order and the premises of their servants and agents, (including the offices of Messrs. Moe Ackman and Guy St. George of the City of Montreal), and search through all records there and remove all materials relating to the aforesaid Bulk Sale and share rights; if privilege is claimed in any such materials, the Receiver shall seal and deliver such materials to the Registry of the Federal Court for disposition by Order of the Court;

(4) hold and exercise full rights over the proceeds of the Bulk Sale and over the aforesaid shares, conserving them in the manner provided by Article 981(o) of the Civil Code of Lower Canada, or in the form in which they exist at the time of seizure, or in such other form as Gaston Pinat may request and the Receiver considers appropriate. The parties, Gaston Pinat or the Receiver may apply at any time to seek a variance in the manner by which such property is to be conserved, on seeking directions as to their disposition.

(5) To the extent required and in order to put the Receiver into possession, the aforesaid Bulk Sale proceeds, exercise the share rights of Gaston Pinat to call meetings of shareholders, elect new Directors and appoint new Officers for each of the corporations named, including:

1. Cette requête pourra être entendue après qu'un préavis sommaire en aura été donné.

2. Le produit et les fonds provenant de la vente en bloc du 29 janvier 1988, tel que mentionné dans l'ordonnance du 7 mars 1989 de la présente Cour, englobent tous les biens qui ont été remplacés ou échangés contre les montants payés à l'origine, notamment:

(1) toute action ou droits semblables dans Socoa International transmis à 152931 Canada Inc., 151095 Canada Inc., 160088 Canada Inc., Gaston Pinat ou à d'autres en contrepartie de ces montants;

(2) tout titre d'action dans d'autres compagnies, obligations, certificats de placement ou autre bien acheté ou obtenu à l'aide de ces sommes, que ceux-ci soient en la possession de 152931 Canada Inc., de 151095 Canada Inc., de 160088 Canada Inc., de Gaston Pinat ou de Socoa International.

3. M. Paul Bertrand, expert-comptable agréé et administrateur de la firme Samson, Bélair à Montréal, Québec, Canada, est nommé séquestre:

(a) du produit de la vente en bloc susmentionnée, et

(b) de toute action ou droits semblables détenus par Gaston Pinat dans 151095 Canada Inc., 152931 Canada Inc., et Socoa International, 151095 Canada Inc. et 152931 Canada Inc. [sic],

et habilité à:

(1) prendre possession de ces droits et biens en signifiant un avis de saisie, . . . accompagné d'un exemplaire de l'ordonnance, au siège social de chacune des sociétés susmentionnées ainsi qu'à chaque personne ou compagnie ayant la garde des biens appartenant à Gaston Pinat;

(2) saisir toute preuve de titres d'actions pouvant se trouver en la possession de Gaston Pinat, des compagnies susmentionnées et de leurs préposés et mandataires;

(3) décerner un ou plusieurs mandats de main-forte au shérif ou à l'huissier de la province de Québec nommé par les demandeurs afin de permettre au séquestre de pénétrer dans les lieux occupés par les parties identifiées dans cette ordonnance ainsi que dans les lieux occupés par leurs préposés et mandataires (y compris les bureaux de MM. Moe Ackman et Guy St. George de la ville de Montréal), de fouiller tous les dossiers sur place et d'y retirer tout document relatif à la vente en bloc et aux droits sur les actions susmentionnées; si un privilège est invoqué concernant ces documents, le séquestre les mettra sous scellé et les remettra au greffe de la Cour fédérale pour que celle-ci en dispose par ordonnance;

(4) détenir et exercer tous pouvoirs sur le produit de la vente en bloc et sur les actions susmentionnées, en les conservant de la manière prévue par l'article 981o) du Code civil du Bas Canada, ou sous la forme où ils étaient au moment de la saisie, ou sous toute autre forme demandée par Gaston Pinat et que le séquestre estime appropriée. Les parties, Gaston Pinat ou le séquestre peuvent, à tout moment, en se renseignant sur le mode de disposition de ces biens, demander de faire changer la forme sous laquelle ils doivent être conservés.

(5) dans la mesure où cela s'avère nécessaire et dans le but d'aider le séquestre à prendre possession du produit de la vente en bloc, exercer le droit de Gaston Pinat de convoquer des assemblées d'actionnaires, d'élire de nouveaux administrateurs et de nommer des nouveaux dirigeants pour chacune des compagnies nommées, y compris:

- (a) the appointment of himself as the sole Director and Officer of each such corporation, and
- (b) the exercising by him in his capacity as an Officer and Director of such corporations the share rights held by those corporations in Socoa International, and
- (c) to similarly vote-in new Directors and Officers of Socoa International and exercise the rights of Socoa International over such parts of its assets as are derived from the monies paid pursuant to the Bulk Sale.

4. Once the Receiver has taken possession of the aforesaid proceeds of the Bulk Sale, he shall reconvey all share rights and other property seized and surrender his positions to such persons as Gaston Pinat may direct.

5. For an Order restraining all persons having notice of such Order from removing, destroying or disposing of any records, documents or other property belonging to Gaston Pinat, 151095 Canada Inc., 152931 Canada Inc., and 160088 Canada Inc. and pertaining to the aforesaid Bulk Sale in their possession, power or control, or permitting such to be done, pending their examination and release by the Receiver.

6. For an Order pursuant to Rules 2200 and 2201 directing Gaston Pinat to attend before Mr. D'Aoust of the Federal Court Registry in Montreal on an appointment issued by him to be examined as to his acts in respect to the disposition of the proceeds from the Bulk Sale and the disposition of such proceeds.

7. This Order is without prejudice to the right of either party to apply for further security or such other Order or variance of this Order as justice may require to acquire control of all such property held by Socoa, and cause the return of such property to Canada, to be held in the manner provided by Article 981(o) of the Civil Code of Lower Canada; or in the form in which they exist at the time of seizure or in such form as Gaston Pinat may request and the Receiver considers appropriate. The parties, Gaston Pinat or the Receiver may apply at any time to seek a variance in the matter by which such property is to be conserved, or seeking directions as to their dispositions.

8. The Orders of Madame Justice Reed of March 7, 1989 shall remain in force, subject to such variance as this Order requires, which variance shall apply *mutatis mutandis*. In particular, upon consent of the plaintiffs [*sic*] counsel, the Receiver may keep such proceeds in the form in which they exist at the time of seizure, or in such form as Gaston Pinat may request and the Receiver considers appropriate. Generally, to take all steps he considers necessary to take possession of the proceeds of the aforesaid Bulk Sale, including taking proceedings in the Cayman Islands.

9. There is no order as to costs.

The Proceedings in Appeal

As said at the outset, no less than four different appeals are before the Court. This must now be clarified. It will have been noted that the second March 7, 1989 order of Madam Justice Reed was

(a) se nommer lui-même seul administrateur et dirigeant de chacune de ces compagnies,

(b) exercer, en sa qualité d'administrateur et de dirigeant de ces compagnies, les droits détenus par celles-ci dans Socoa International, et

(c) de la même façon élire de nouveaux administrateurs et nommer de nouveaux dirigeants pour Socoa International, et exercer les droits que Socoa détient sur les parties de son actif qui proviennent du produit de la vente en bloc.

4. Une fois que le séquestre aura pris possession du produit susmentionné de la vente en bloc, il rétrocédera tous les droits et autres biens saisis et transmettra ses fonctions aux personnes désignées par Gaston Pinat.

5. Il est interdit à toute personne ayant connaissance de cette ordonnance d'enlever, de détruire ou de céder tout dossier, document ou autre bien appartenant à Gaston Pinat, à 151095 Canada Inc., à 152931 Canada Inc. et à 160088 Canada Inc., faisant l'objet de la vente en bloc susmentionnée et qu'elle a en sa possession ou sous son contrôle, ou de permettre à quelqu'un d'autre de le faire, jusqu'à ce que le séquestre les examine et donne mainlevée.

6. Conformément aux Règles 2200 et 2201, Gaston Pinat est tenu de se présenter devant M. D'Aoust au greffe de la Cour fédérale à Montréal, sur rendez-vous fixé par ce dernier, pour répondre de sa participation à la disposition du produit de la vente en bloc.

7. La présente ordonnance ne porte pas atteinte au droit de l'une ou de l'autre partie de demander des garanties additionnelles ou toute autre ordonnance ou modification de la présente ordonnance, si nécessaire, pour obtenir le contrôle des biens détenus par Socoa et permettre le retour de ces biens au Canada pour qu'ils soient détenus conformément à l'article 981(o) du Code civil du Bas Canada; ces biens peuvent également être détenus de la même façon qu'au moment de la saisie ou sous la forme demandée par Gaston Pinat et que le séquestre estime appropriée. Les parties, Gaston Pinat ou le séquestre peuvent à tout moment demander que le mode de conservation de ces biens soit modifié ou demander des directives quant à leur disposition.

8. Les ordonnances rendues par Madame le juge Reed en date du 7 mars 1989 demeurent en vigueur, sous réserve des modifications requises par la présente ordonnance et compte tenu des adaptations de circonstance. En particulier, le séquestre peut, avec le consentement de l'avocat des demandeurs, conserver le produit sous la même forme qu'au moment de la saisie ou sous la forme demandée par Gaston Pinat et que le séquestre estime appropriée. De manière générale, le séquestre peut prendre les mesures qu'il juge nécessaires pour prendre possession du produit de la vente en bloc susmentionnée, y compris intenter des poursuites aux îles Caïmans.

9. La Cour ne rend aucune ordonnance quant aux dépens.

Les procédures en appel

Comme je l'ai dit au début, la Cour est saisie de quatre appels distincts. Il faut maintenant éclaircir cette situation. On aura remarqué que la deuxième ordonnance du 7 mars 1989 rendue par Madame

addressed not only to the defendants in the action but also to third parties, one of which being 157079 Canada Inc., the purchaser. The latter immediately launched an appeal against that order, and so did the defendants in the action shortly thereafter. These two appeals were put together in the same file, no. A-97-89, the second being referred to as a cross-appeal pursuant to Rule 1203(3) [as enacted by SOR/79-57, s. 20] of the *Federal Court Rules*. The March 29, 1989 order of Madam Justice Reed, dismissing a motion for stay pending appeal filed by the defendants in the action, gave rise to a third appeal, filed under docket no. A-149-89. And finally, the April 11, 1989 order of Joyal J. was the subject of a fourth appeal, no. A-183-89, by the defendants in the action.

The picture should now be complete enough to allow me to explain why I feel that, in the circumstances that existed, the Court could not make any of the orders that were issued, so that all the appeals are to be allowed.

The Invalidity of the Orders

There is not much to say about the order of the Prothonotary of September 16 or the order of March 7 which confirmed and transformed the interim order into an interlocutory one. In fact, these two orders are not directly, but only incidentally, involved in these appeals. I should express my opinion, however, with respect to the first one, that the Prothonotary was acting without authority (see Rule 336 of the *Federal Court Rules*¹), and, with respect to the second, that it was without object since, at the moment of its issuance, there were no outstanding proceeds from the bulk sale payable by 157079 Canada Inc. to the defendants in the action (a situation which had existed since even before the interim order but, as explained above, had not been revealed to the Prothonotary).

¹ It reads in part:

Rule 336. (1) Notwithstanding Rule 326(1), a prothonotary shall have power

(Continued on next page)

le juge Reed était destinée non seulement aux défenderesses en l'espèce mais aussi à des tiers, dont l'un était 157079 Canada Inc., l'acheteur. Cette dernière a immédiatement porté cette ordonnance en appel et peu après, les défenderesses en l'espèce ont fait de même. Ces deux appels ont été joints dans le même dossier, no. A-97-89, le deuxième étant désigné comme un appel incident conformément à la Règle 1203(3) [éditée par DORS/79-57, art. 20] des *Règles de la Cour fédérale*. L'ordonnance rendue par Madame le juge Reed le 29 mars 1989, rejetant une requête en suspension d'instance pendant l'appel interjeté par les défenderesses en l'espèce, a donné lieu à un troisième appel portant le numéro du greffe A-149-89. Enfin, l'ordonnance rendue par le juge Joyal le 11 avril 1989 a fait l'objet d'un quatrième appel, no. A-183-89 interjeté par les défenderesses en l'espèce.

Le tableau doit maintenant être assez complet pour me permettre d'expliquer pourquoi je suis d'avis que, vu les circonstances qui existaient à l'époque, la Cour ne pouvait rendre aucune des dites ordonnances, de sorte que tous les appels doivent être accueillis.

L'invalidité des ordonnances

Il n'y a pas grand-chose à dire au sujet de l'ordonnance rendue par le protonotaire le 16 septembre ni au sujet de celle du 7 mars qui confirmait et transformait l'ordonnance provisoire en ordonnance interlocutoire. En fait, ces deux ordonnances ne concernent pas directement ces appels, elles sont plutôt incidentes. Au sujet de la première ordonnance, je suis cependant d'avis que le protonotaire a agi sans autorité (voir la Règle 336 des *Règles de la Cour fédérale*¹) et, quant à la deuxième, elle était sans objet puisqu'au moment où elle a été rendue, il n'y avait pas de solde impayé du produit de la vente en bloc, payable par 157079 Canada Inc. aux défenderesses en l'espèce (situation qui existait même avant que soit rendue l'ordonnance provisoire, mais qui n'avait pas été portée à la connaissance du protonotaire, comme nous l'avons déjà expliqué).

¹ Elle prévoit notamment:

Règle 336. (1) Nonobstant la Règle 326(1), un protonotaire a le pouvoir

(Suite à la page suivante)

I do not intend to dwell on the order of April 11, either. This order being in effect a supplementary to the second March 7 order of Reed J., what will be said about the latter will be all the more applicable to it. Besides, there was simply no basis on which it could be issued: the sole allegation was that the March 7 order had not been complied with, and the only way for the Court to verify the validity of such an allegation and be in a position to act upon it was through the proceedings of contempt. I will add that I simply do not see how, in times where courts and legislatures² have done so much to put to rest the ancient writ of assistance whose constitutional status is troubling to say the least, this Court could think of reviving it and delegating the power of its issuance to an accountant so as to permit him, with the full force of the state, to repeatedly enter premises, search through records and remove materials.

So I immediately come to the second March 7 order of Madam Justice Reed which is, as we have seen, the central one in this whole controversy.

In establishing the proper jurisdictional basis for her order, Reed J. first considered article 733 of the *Code of Civil Procedure* [R.S.Q., c. C-25] of the Province of Quebec, to which she had been referred. This article allows for the seizure before judgment of the property of a defendant, where

(Continued from previous page)

(g) to dispose of any interlocutory application assigned to him specially or to any prothonotary, by special or general direction of the Chief Justice or of the Associate Chief Justice, . . .

Powers of Prothonotaries
General Direction under
Rule 336(1)(g)

Under Rule 336(1)(g) the Senior Prothonotary and the Associate Senior Prothonotary are empowered to hear and dispose of any interlocutory application in the Trial Division other than the following, that is to say:

- any application for an injunction or for the appointment of a receiver whether made *ex parte* or on notice, including applications for *Mareva* or *Anton Pillar* relief; . . .

(issued by Jerome A.C.J., October 31, 1985).

² See: [Criminal Law Amendment Act, 1985] R.S.C., 1985, c. 27 (1st Suppl.), ss. 190, 195(2), 200.

Je ne m'attarderai pas sur l'ordonnance du 11 avril non plus. Puisqu'il s'agit d'une ordonnance s'ajoutant à la deuxième ordonnance du 7 mars rendue par le juge Reed, les commentaires au sujet de cette dernière s'appliqueront tout autant à la première. Il n'existait tout simplement aucun fondement permettant de rendre une telle ordonnance: on a seulement invoqué le non-respect de l'ordonnance du 7 mars et la seule façon pour la Cour de vérifier le bien-fondé de cette allégation et d'agir en conséquence était de recourir à des poursuites pour outrage au tribunal. J'ajouterai que je ne vois tout simplement pas comment, alors que les tribunaux et les législatures² ont mis tant d'efforts pour écarter l'ancien mandat de main-forte dont le statut constitutionnel est pour le moins troublant, la présente Cour pourrait songer à la réhabiliter et à déléguer le pouvoir de décerner ce mandat à un comptable, de manière à lui permettre, avec tous les pouvoirs reconnus à l'État, de pénétrer sans cesse dans des lieux, de fouiller dans des dossiers et d'enlever des documents.

J'en viens alors immédiatement à la deuxième ordonnance du 7 mars rendue par Madame le juge Reed et qui est, nous l'avons vu, au cœur de toute cette controverse.

En établissant le fondement juridique de son ordonnance, le juge Reed a d'abord considéré l'article 733 du *Code de procédure civile* [L.R.Q., chap. C-25] de la province de Québec, qu'on lui avait cité. Cet article prévoit la saisie avant jugement des biens du défendeur lorsqu'il est à crain-

(Suite de la page précédente)

g) de statuer sur toute demande interlocutoire qui lui a été nommément confiée ou qui a été confiée à l'un quelconque des protonotaires sur directive spéciale ou générale du juge en chef ou du juge en chef adjoint . . .

[TRADUCTION] Pouvoirs des protonotaires
Directive générale établie en vertu
de la règle 336(1)g

Suivant la règle 336(1)g), le protonotaire-chef et le protonotaire-chef adjoint ont le pouvoir d'instruire et de juger toute demande interlocutoire portée devant la Section de première instance, à l'exception de:

- toute demande d'injonction y compris une injonction, du type *Mareva* ou *Anton Pillar*, faite *ex parte* ou après avis, ou toute demande faite *ex parte* ou après avis en vue d'obtenir la nomination d'un séquestre.

(établie par le juge en chef adjoint Jerome le 31 octobre 1985).

² Voir: [Loi de 1985 modifiant le droit pénal] L.R.C. (1985), chap. 27 (1^{er} suppl.), art. 190, 195(2), 200.

there is reason to fear that the recovery of the debt claimed in the action may be jeopardized.³ She must have been satisfied that this provision could lend support, if need be, pursuant to subsection 56(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] or through Rule 5 of the *Federal Court Rules*.⁴ She was of the view, however, that it was not necessary to follow that route. The order sought by the applicants and which she was about to make was one for an interlocutory mandatory injunction allegedly akin to a *Mareva* order for which jurisdiction was to be found in section 44 of the *Federal Court Act* and Rule 469(1) of the *Federal Court Rules* which read:

44. In addition to any other relief that the Court may grant or award, a *mandamus*, injunction or order for specific performance may be granted or a receiver appointed by the Court in all cases in which it appears to the Court to be just or convenient to do so, and any such order may be made either unconditionally or on such terms and conditions as the Court deems just.

³ The text is the following

733. The plaintiff may, with the authorization of a judge, seize before judgment the property of the defendant, when there is reason to fear that without this remedy the recovery of his debt may be put in jeopardy.

⁴ Section 56(1) reads thus:

56. (1) In addition to any writs of execution or other process that are prescribed by the Rules for enforcement of its judgments or order, the Court may issue process against the person or the property of any part, of the same tenor and effect as those that may be issued out of any of the superior courts of the province in which any judgment or order is to be executed, and where, by the law of that province, an order of a judge is required for the issue of any process, a judge of the Court may make a similar order, as regards like process to issue out of the Court.

As for Rule 5, the so-called "gap rule", it reads:

Rule 5. In any proceeding in the Court where any matter arises not otherwise provided for by any provision in any Act of the Parliament of Canada or by any general rule or order of the Court (except this Rule), the practice and procedure shall be determined by the Court (either on a preliminary motion for directions, or after the event if no such motion has been made) for the particular matter by analogy

(a) to the other provisions of these Rules, or

(b) to the practice and procedure in force for similar proceedings in the courts of that province to which the subject matter of the proceedings most particularly relates,

whichever is, in the opinion of the Court, most appropriate in the circumstances.

dre que sans cette mesure le recouvrement de la créance en l'espèce ne soit mis en péril³. Elle a dû être convaincue que cette disposition pourrait être invoquée, au besoin, en application du paragraphe 56(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] ou de la Règle 5 des *Règles de la Cour fédérale*.⁴ Elle était cependant d'avis qu'il n'était pas nécessaire de suivre cette voie. L'ordonnance demandée par les requérantes et qu'elle était sur le point de rendre visait une injonction interlocutoire semblable à une injonction *Mareva* et juridiction pour émettre une telle injonction se trouvait à l'article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale* et à la Règle 469(1) des *Règles de la Cour fédérale* qui disposent:

44. En plus de tout autre redressement que peut accorder la Cour, cette dernière peut accorder un *mandamus*, une injonction ou une ordonnance d'exécution intégrale ou nommer un séquestre dans tous les cas où il lui paraît juste ou convenable de le faire; toute pareille ordonnance peut être rendue soit sans condition soit selon les modalités que la Cour juge équitables.

³ Le texte est le suivant:

733. Le demandeur peut, avec l'autorisation d'un juge, faire saisir avant jugement les biens du défendeur, lorsqu'il est à craindre que sans cette mesure le recouvrement de sa créance ne soit mis en péril.

⁴ L'article 56(1) porte:

56. (1) En sus de tous brefs d'exécution ou autres que les Règles prescrivent pour l'exécution des jugements ou ordonnances de la Cour, celle-ci peut décerner des brefs visant la personne ou les biens d'une partie et ayant la même teneur et le même effet que ceux qui peuvent être décernés par l'une quelconque des cours supérieures de la province dans laquelle un jugement ou une ordonnance doivent être exécutés; et lorsque le droit de cette province exige, pour l'émission d'un bref, une ordonnance d'un juge, un juge de la Cour peut rendre une ordonnance semblable en ce qui concerne un tel bref lorsque la Cour doit en décerner un.

Quant à la Règle 5, appelée «règle des lacunes», elle prévoit:

Règle 5. Dans toute procédure devant la Cour, lorsque se pose une question non autrement visée par une disposition d'une loi du Parlement du Canada ni par une règle ou ordonnance générale de la Cour (hormis la présente Règle), la Cour déterminera (soit sur requête préliminaire sollicitant des instructions, soit après la survenance de l'événement si aucune requête de ce genre n'a été formulée) la pratique et la procédure à suivre pour cette question par analogie

a) avec les autres dispositions des présentes Règles, ou

b) avec la pratique et la procédure en vigueur pour des procédures semblables devant les tribunaux de la province à laquelle se rapporte plus particulièrement l'objet des procédures,

selon ce qui, de l'avis de la Cour, convient le mieux en l'espèce.

Rule 469 (1) An application for an interlocutory injunction may be made by any party before or after the commencement of the trial of the action whether or not a claim for an injunction [*sic*] was included in that party's statement of claim or declaration, counterclaim or cross-demand, or third party notice, as the case may be; and any such application shall be supported by an affidavit establishing the facts that render the injunction necessary and shall be made by motion upon notice to all other parties.

The only question, for the learned Judge, was then merely whether it was appropriate to exercise the jurisdiction in this case, and, since she was of the view that the plaintiffs had a very strong *prima facie* case on the merits, that the balance of convenience was in their favour, that there was a real risk that their claim would be rendered nugatory, that the defendants had removed assets from the jurisdiction in an attempt to avoid a potential judgment, and in addition that the assets which had been removed had been specifically located and identified, the solution was easy to draw. She writes (at page 13):

All of the elements that are required for the granting of a *Mareva* injunction are satisfied save one: the assets which it is sought to have paid to a receiver are not within the jurisdiction of this Court. That factor, however, in my view, does not prevent the granting of the order sought. The order sought is not against the assets themselves; the order sought is against persons both corporate and individual who are within the jurisdiction There is no doubt that the order sought should be granted.

I respectfully dispute the validity of the learned Judge's reasoning.

I will first permit myself some minor remarks. If there is a difficulty as to whether the Court is entitled to issue a *Mareva* injunction, it is not that the order itself would be a remedy beyond its reach. The power of the Court to pronounce interim, interlocutory or permanent injunctions is undoubted. The question is whether the Court is entitled to pronounce such an injunction, before judgment, for the sole purpose of giving a claimant security. It is trite to say that the *Mareva* injunction, when introduced in 1975 by the English Court of Appeal in *Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis*, [1975] 3 All E.R. 282; and *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA [The Mareva]*, [1980] 1 All E.R. 213, signalled a radical departure from traditional legal principles. The law of injunction was then to the effect that, except in very limited circumstances (fraudulent conveyances, preservation of the

Règle 469 (1) Une partie peut demander une injonction interlocutoire, avant ou après le début de l'instruction de l'action, même si la déclaration ou la demande reconventionnelle de cette partie ou l'avis à la tierce partie par cette partie, selon le cas ne contient pas de demande d'injonction; et cette demande d'injonction doit être appuyée par un affidavit établissant les faits qui rendent l'injonction nécessaire et doit être faite par voie de requête dont avis doit être donné à toutes les autres parties.

La seule question, selon le juge, était de savoir si, en l'espèce, il convenait qu'elle exerce sa compétence, et puisqu'elle était d'avis que la cause des demandeurs reposait sur une forte apparence de droit, que la balance des inconvénients penchait en leur faveur, qu'il y avait un risque réel que leur réclamation soit sans effet, que les défenderesses avaient retiré des biens de la juridiction de la Cour pour essayer d'échapper à un jugement possible et qu'en plus, les biens ainsi retirés avaient été trouvés et identifiés, la solution était facile. Elle écrit (aux pages 16 et 17):

Tous les éléments nécessaires à l'octroi d'une demande d'injonction *Mareva* ont été prouvés, sauf un: les biens dont on demande la remise à un séquestre ne se trouvent pas dans le territoire de cette Cour. Toutefois, ce facteur n'empêche pas l'octroi de l'ordonnance recherchée. Il ne s'agit pas d'une ordonnance qui serait rendue contre les biens eux-mêmes, mais contre des sociétés et des particuliers qui se trouvent dans le territoire . . . Il est indubitable que la demande d'ordonnance devrait être accordée.

Sauf le respect que je lui dois, je conteste le bien-fondé du raisonnement du juge.

Je me permettrai d'abord quelques remarques incidentes. Si la question de savoir si la Cour peut rendre une injonction *Mareva* soulève quelque difficulté, ce n'est pas que l'ordonnance elle-même constituerait un remède qui outrepasserait la compétence de la Cour. Il n'y a aucun doute que la Cour possède la compétence voulue pour rendre des injonctions provisoires, interlocutoires et permanentes. La question est plutôt de savoir si la Cour peut rendre une telle injonction, avant jugement, dans le seul but de donner une garantie de paiement à un demandeur. Il est bien connu que lorsque l'injonction *Mareva* a été introduite en 1975 par la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'arrêt *Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis*, [1975] 3 All E.R. 282; et *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA [The Mareva]*, [1980] 1 All E.R. 213, elle représentait un écart radical par rapport aux principes juridi-

subject-matter of the litigation), no injunction would be granted prior to trial to restrain defendants from dealing with their assets (the leading English case for many years having been *Lister & Co. v. Stubbs* (1890), 45 Ch. D. 1; [1886-90] All E.R. Rep. 797 (C.A.)). Is the *Mareva* doctrine, this recent judicial development by the courts in England, applicable in this Court? There may be some room for hesitancy when one considers that this is a purely statutory Court with no inherent powers and that there are already provisions in the *Federal Court Rules* (Rules 469(1) and 470) providing for a limited power of interlocutory injunction (for preservation of property), but no express power to freeze assets.

On the other hand, article 733 of the *Code of Civil Procedure* of Quebec allows for a protective measure different from that contemplated by a *Mareva* order. While the latter is undoubtedly an order addressed to the defendant *in personam*, prohibiting that person from doing something (as was once again emphatically reiterated by the English Court of Appeal in *Bank Mellat v. Kazmi*, [1989] 2 W.L.R. 613), by contrast, the remedy allowed by article 733—although likewise an exceptional measure derogating from a general principle—is a seizure which affects the *res* (whether or not in the hands of third parties) and operates independently of the individual. The power of this Court to compel defendants or third parties to act could not find support in this Quebec provision, especially in situations where the *res* is located outside the jurisdiction of the Court.

It is not my intention, nevertheless, to deny here that this Court is entitled to issue a *Mareva* order. If one accepts the rationale, the fundamental principle underlying the *Mareva* doctrine as recently expressed by Lord Donaldson M.R. in *Derby & Co. Ltd. v. Weldon (Nos. 3 & 4)*, [1989] 2 W.L.R. 412 (C.A.), at page 422 to be that no court should permit a defendant to take steps designed to frustrate its subsequent orders, one cannot see why this Court would not be incidentally empowered to protect its own process by having recourse to that

ques traditionnels. Selon le droit relatif aux injonctions à l'époque, sauf dans des circonstances très spéciales, (transferts frauduleux, conservation de l'objet du litige), aucune injonction n'était accordée avant le jugement dans le but d'empêcher les défendeurs de toucher à leur actif (l'arrêt qui a fait autorité en droit anglais pendant de nombreuses années était *Lister & Co. v. Stubbs* (1890), 45 Ch. D. 1; [1886-90] All E.R. Rep. 797 (C.A.)). La doctrine *Mareva*, que les tribunaux anglais ont développée tout récemment, s'applique-t-elle à la présente Cour? On pourrait hésiter si on considère que celle-ci n'est qu'une Cour constituée en vertu de la loi sans pouvoirs inhérents et que les *Règles de la Cour fédérale* (Règles 469(1) et 470) prévoient déjà un pouvoir limité de rendre une injonction interlocutoire (pour la conservation des biens) mais ne confèrent aucun pouvoir explicite de geler des fonds.

D'autre part, l'article 733 du *Code de procédure civile* du Québec prévoit une mesure de protection qui diffère de celle visée par une ordonnance *Mareva*. Alors que cette dernière est indéniablement une ordonnance adressée au défendeur *in personam*, interdisant à cette personne de faire quelque chose (comme la Cour d'appel anglaise l'a une fois de plus répété avec emphase dans *Bank Mellat v. Kazmi*, [1989] 2 W.L.R. 613), au contraire, le remède prévu par l'article 733—bien qu'il constitue également une mesure exceptionnelle qui déroge au principe général—est une saisie qui touche la *res* (qu'elle soit ou non entre les mains de tiers) et s'applique indépendamment de la personne. Le pouvoir de cette Cour de contraindre les défendeurs ou les tiers à agir ne trouverait aucun appui dans cette disposition du Québec, surtout dans des situations où la *res* est situé hors de la juridiction de la Cour.

Néanmoins, je n'ai pas l'intention, de nier que cette Cour a le droit de rendre une ordonnance *Mareva*. Si l'on admet que la raison d'être, le principe fondamental de la doctrine *Mareva* tel qu'il a été énoncé récemment par lord Donaldson, M.R., dans l'arrêt *Derby & Co. Ltd. v. Weldon (Nos. 3 & 4)*, [1989] 2 W.L.R. 412 (C.A.) à la page 422, principe selon lequel aucune cour ne devrait permettre à un défendeur de prendre des mesures destinées à contrecarrer les ordonnances qu'elle rendra par la suite, on ne voit pas pourquoi

type of interlocutory order. In such a perspective (and in contrast to what seems to be the current practice in England), the “subsequent” orders to be protected would have to be more than arguable possibilities; they would have to be highly probable, requiring evidence of a strong *prima facie* case on the merits (see the discussion in the reasons of Estey J. in *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman et al.*, [1985] 1 S.C.R. 2, the only time the Supreme Court dealt with a *Mareva* injunction). Incidentally, such a condition precedent can hardly be verified on the sole basis of a statement of claim alleging infringement of a patent and a defence denying it, as was the case here. Despite the holding of the Motions Judge, counsel for the plaintiffs—respondents before us—did not contend that he could show more than a good arguable case.

The real basis for my objection to the learned Judge’s reasoning is, however, more substantial. I simply believe that the impugned order as issued was not in the nature of a *Mareva* order.

A *Mareva* injunction, like any interlocutory injunction for that matter, can only be addressed to defendants in an action. It cannot be addressed to third parties. As was said by Lord Diplock in *Siskina (Owners of cargo lately laden on board) v. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210 (H.L.), at page 256:

A right to obtain an interlocutory injunction is not a cause of action. It cannot stand on its own. It is dependent upon there being a pre-existing cause of action against the defendant arising out of an invasion, actual or threatened by him, of a legal or equitable right of the plaintiff for the enforcement of which the defendant is amenable to the jurisdiction of the court. The right to obtain an interlocutory injunction is merely ancillary and incidental to the pre-existing cause of action.

Of course, third parties may be affected by an injunction issued against a defendant in an action since it would be a contempt of court for them to knowingly aid and abet a breach of the order.⁵ But they cannot themselves be made subject to the

⁵ See, for instance, *Re Gagliardi* (1960), 27 D.L.R. (2d) 281 (B.C.C.A.).

la Cour ne serait pas indirectement autorisée à protéger son fonctionnement en ayant recours à ce genre d’injonction interlocutoire. Dans une telle perspective (et contrairement à ce qui semble être la pratique en Angleterre), les ordonnances «subséquentes» pouvant ainsi être protégées ne devraient pas être seulement des ordonnances possibles et discutables, mais plutôt des ordonnances probables impliquant la preuve d’une forte apparence de droit (voir les motifs du juge Estey dans l’arrêt *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman et autres*, [1985] 1 R.C.S. 2, la seule occasion où la Cour suprême a statué sur une injonction *Mareva*). En fait, une telle condition préalable peut difficilement être vérifiée si on se fonde uniquement sur une déclaration alléguant une contrefaçon de brevet et une défense niant cette allégation, comme c’est le cas en l’espèce. Malgré la façon de voir du juge des requêtes, l’avocat des demandeurs—les intimés en l’espèce—n’a pas prétendu pouvoir démontrer que sa cause était plus que défendable.

Le véritable fondement de mon objection au raisonnement du juge va cependant au-delà de ces considérations. Je crois tout simplement que l’ordonnance contestée telle qu’elle a été rendue n’était pas de la nature d’une injonction *Mareva*.

Une injonction *Mareva*, comme toute injonction interlocutoire, peut seulement être prononcée contre les défendeurs dans une action. Elle ne peut s’adresser aux tiers. Comme l’a dit lord Diplock dans l’arrêt *Siskina (Owners of cargo lately laden on board) v. Distos Compania Naviera S.A.*, [1979] A.C. 210 (H.L.) à la page 256:

[TRADUCTION] Le droit d’obtenir une injonction interlocutoire ne constitue pas une cause d’action. Il n’est pas autonome. Il est tributaire d’une cause d’action qui existe déjà contre le défendeur et qui découle de la violation, réelle ou possible, d’un droit légal ou reconnu *en equity* du demandeur, que celui-ci peut faire valoir contre le défendeur devant la cour. Le droit d’obtenir une injonction interlocutoire n’est qu’accessoire à la cause d’action déjà existante.

Évidemment, les tiers peuvent être touchés par une injonction rendue contre un défendeur dans une action, puisque ce serait un outrage au tribunal que d’encourager sciemment la violation de l’ordonnance⁵. Ils ne peuvent cependant pas faire

⁵ Voir par exemple *Re Gagliardi* (1960), 27 D.L.R. (2d) 281 (C.A.C.-B.).

injunction without being impleaded, and mere service of the application for injunction on them does not make them parties to the action.

One may think of objecting that in our case the individual Pinat was the real defendant, since he had complete control over the defendant companies. I fail to see why this alone could allow a disregard for the distinct personalities involved but, in any event, that question does not arise with respect to the purchaser which, apart from a vague reference to an employment relationship, is completely independent of the defendants as well as of Mr. Pinat.

There is, however, a much more compelling and basic reason than the presence of third parties among those enjoined, to refuse to equate the order here involved with a *Mareva* order. That reason goes to the very substance of the order. The exceptional principle to which the *Mareva* jurisdiction gives effect is that a claimant in a law suit should not be defeated through the disposal by the debtor of all his assets during the time required for the Court to give judgment. The aim of a *Mareva* injunction is accordingly to freeze the defendant's assets pending trial and the substance of the order is strictly to enjoin the defendant from dealing with and disposing of his possessions or from taking them outside the reach of the Court's writs of execution. This is obviously not what the impugned order is about, since far from enjoining the defendants from doing something in the future, it orders them to destroy something already done and to uproot investments already made.

Is the difference fundamental? The *Mareva* practice and jurisdiction have known a considerable development in England these last years; the English Court of Appeal, in its latest decision in *Derby, supra*, has even made it applicable "worldwide" to assets outside the jurisdiction: could not the order as made here be in line with such development—I think not. There is, in my view, the widest gap between orders aimed at freezing assets and an order aimed at reconstituting assets. In the first case, the clock is stopped, so to speak, preservation is the result and only the liberty of the defendant is to suffer; in the second case, the clock is set back, reconstitution is the result and

eux-mêmes l'objet de l'injonction sans être poursuivis et le seul fait de leur signifier une demande d'injonction ne les constitue pas parties à l'action.

On pourrait objecter qu'en l'espèce, le dénommé Pinat était le véritable défendeur puisqu'il contrôlait à lui seul les compagnies défenderesses. Je ne vois pas comment ce seul fait permettrait de ne pas tenir compte des personnalités distinctes en cause, mais, de toute manière, cette question ne concerne pas l'acheteur qui, mis à part la vague mention d'une relation professionnelle, est complètement indépendant des défenderesses et de M. Pinat.

Il existe, cependant, une raison beaucoup plus fondamentale et importante que la présence des tiers parmi les personnes touchées par l'ordonnance pour refuser de donner à celle-ci le statut d'une injonction *Mareva*. Cette raison se rattache à la nature même de l'injonction *Mareva*. Le principe exceptionnel auquel l'injonction *Mareva* donne effet est qu'un demandeur dans une poursuite en justice ne doit pas être frustré par son débiteur qui déciderait de disposer de tous ses biens avant que la Cour ne rende sa décision. Ainsi, le but d'une injonction *Mareva* est donc de geler l'actif du défendeur en attendant le procès et son objet est uniquement d'interdire au défendeur de faire des opérations visant à disposer de ses biens ou à les transporter hors du territoire soumis aux brefs d'exécution de la Cour. Il est évident que cela ne ressemble pas à l'ordonnance contestée puisque celle-ci, loin d'empêcher les défenderesses de faire quelque chose, les contraint à annuler un acte déjà accompli et à retirer des placements déjà faits.

La différence est-elle fondamentale? La pratique et la doctrine *Mareva* ont beaucoup évolué au cours des dernières années en Angleterre; la Cour d'appel de l'Angleterre, lors de son dernier arrêt *Derby, précité*, l'a même appliquée à «l'échelle mondiale» aux biens se trouvant en dehors de sa juridiction: l'ordonnance en l'espèce ne pourrait-elle pas suivre cette tendance?—je ne le crois pas. À mon avis, une ordonnance visant à geler un actif est tout à fait différente de celle qui vise à reconstituer un tel actif. Dans le premier cas, le temps est pour ainsi dire arrêté, ce qui a pour résultat la conservation de l'actif et seule la liberté du défendeur en souffre; dans le deuxième cas, on recule

third parties are necessarily directly affected. In the first case, we can still speak of incidental and conservatory measures, in the second we cannot: this is execution, and execution prior to judgment is, to me, unthinkable.⁶

Much emphasis has been put on the last two payments from the proceeds of the bulk sale which were made in September, but I do not see how, on the basis of the proceedings as they stood on March 7, they could be treated differently than the initial payment of January 1988, and be more easily made the subject of a "pull back". It is alleged, of course, that these payments and their immediate transfer to the Cayman Islands were made after the hearing before the Prothonotary and in anticipation of a possible adverse order, which would amount to a contempt of court. And the decision of the Supreme Court in *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388, is invoked. I will note that there is quite a difference between the situation that was before the Supreme Court in this last-mentioned judgment where the contumacious behaviour of the defendant had occurred between the deposit on file of the reasons of the Trial Judge and the signature of the formal judgment that counsel had been directed to prepare. Here, at the close of the September 13 hearing, there was nothing certain about the outcome of the application and, in fact, the order sought was beyond the jurisdiction of the Prothonotary. But, in any event, an accusation of contempt of court has to be proved beyond reasonable doubt (see *Glazer v. Union Contractors Ltd. & Thornton* (1960), 129 C.C.C. 150 (B.C.C.A.); *Re Bramblevale, Ltd.*, [1969] 3 All E.R. 1062 (C.A.); *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 2 F.C. 3 (T.D.), at page 13, reversed on appeal [[1988] 1 F.C. 171] but not on this point) and in the course of special proceedings established mainly for the

⁶ Incidentally, the Motions Judge in her reasons suggested that her order was analogous to orders respecting the production of documents outside the jurisdiction. The crucial difference, it seems to me, is that the production of documents has nothing to do with execution and, above all, is necessary to the court's duty to achieve a just resolution of the legal dispute. Pre-judgment security plays no such role.

dans le temps, ce qui a pour résultat la reconstitution de l'actif et les tiers sont nécessairement directement touchés. Dans le premier cas, nous pouvons toujours parler de mesures incidentes et conservatoires alors que dans le second, nous ne le pouvons pas: il s'agit là d'une exécution et l'exécution avant jugement est pour moi un concept impensable⁶.

On a beaucoup parlé des deux derniers versements provenant du produit de la vente en bloc qui ont été effectués en septembre, mais je ne vois pas comment, au stade où en était l'instance le 7 mars, ils pouvaient être considérés différemment du versement initial de janvier 1988 et ainsi faire plus facilement l'objet d'un «retrait». Il est allégué, bien sûr, que ces versements et leur transfert immédiat aux îles Caïmans ont eu lieu après l'audience devant le protonotaire en prévision d'une ordonnance défavorable possible, ce qui équivaldrait à un outrage au tribunal. La décision de la Cour suprême dans *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388 est également invoquée. Je soulignerai qu'il existe une grande différence entre le cas dont la Cour suprême a été saisie dans l'arrêt susmentionné où le comportement outrageux de la défenderesse avait eu lieu entre le moment où les motifs du juge de première instance avaient été déposés au dossier et celui où le jugement formel que l'avocat devait préparer avait été signé. En l'espèce, il n'y avait rien de sûr concernant la décision relative à la requête à la fin de l'audience du 13 septembre et, en fait, l'ordonnance sollicitée ne relevait pas de la compétence du protonotaire. Mais de toute manière, une accusation d'outrage au tribunal doit être prouvée hors de tout doute raisonnable (voir *Glazer v. Union Contractors Ltd. & Thornton* (1960), 129 C.C.C. 150 (C.A.C.-B.); *Re Bramblevale, Ltd.*, [1969] 3 All E.R. 1062 (C.A.); *Bhatnager c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 2 C.F. 3 (1^{re} inst.), à la page 13, infirmée en appel [[1988] 1 C.F. 171] mais pas sur ce point) et lors d'une procédure spéciale instituée surtout en vue

⁶ À propos, le juge des requêtes a laissé entendre dans ses motifs que l'ordonnance qu'elle a rendue était comparable aux ordonnances concernant la production de documents hors de la juridiction de la cour. La différence essentielle, il me semble, est que la production de documents n'a rien à voir avec l'exécution et surtout, elle est essentielle au devoir de la cour de résoudre équitablement le litige. La garantie avant jugement ne joue pas ce rôle.

protection of the accused (see Rule 355 of the *Federal Court Rules*).

These are the reasons why I think that the second order of March 7 by Madam Justice Reed was beyond the jurisdiction of the Court, as was by necessary implication the order of March 29 again by Madam Justice Reed.

The Court, in my view, must as a result set aside all of the orders under appeal. This, ironically, will leave intact the first order of Reed J. of March 7 transforming the interim order of the Prothonotary into an interlocutory one, since no appeal was launched against it. But this order, having no object, remains, it seems to me, without effect.

The appeals should therefore be allowed and the orders of the Trial Division rendered on March 7, 1989, on March 29, 1989 and on April 11, 1989 should be set aside.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: There is no need for me to restate the facts, which are fully set out by my brother Marceau J.A. I wish merely to highlight one fact, as stated by Reed J. (*Case on Appeal*, vol. 1, at page 138):

Mr. Pinat was in the courtroom during the whole September 13, 1988 hearing [before the Prothonotary] when his counsel argued the motion before this Court on the basis of incorrect facts.

Subsequent to the hearing and after the decision of the Prothonotary rendered on September 16, and, allegedly before being informed of the decision, Pinat accepted early payment of the final amount owing by the purchaser under the bulk sale agreement of the previous January, an amount which he immediately transferred to Socoa International in the Cayman Islands.

I believe it was the apparently contumacious character of these acts of acceptance and transfer, done as they were with full knowledge of what was before the Prothonotary, that led the various judges of the Trial Division to take the view they did of this case, and indeed, if the Prothonotary's decision had been within his jurisdiction, their

de protéger l'inculpé (voir la Règle 355 des *Règles de la Cour fédérale*).

Ce sont là les raisons pour lesquelles je crois que la deuxième ordonnance rendue le 7 mars par Madame le juge Reed, par conséquent, celle qu'elle a rendue le 29 mars, dépassaient la compétence de la Cour.

Je suis donc d'avis que la Cour doit annuler toutes les ordonnances portées en appel. Cela, ironiquement, aura pour effet de maintenir la première ordonnance rendue par Madame le juge Reed le 7 mars, qui transformait l'ordonnance provisoire rendue par le protonotaire en ordonnance interlocutoire, puisqu'elle n'a pas été portée en appel. Mais n'ayant aucun objet, cette ordonnance demeure, me semble-t-il, sans effet.

Les appels devraient donc être accueillis et les ordonnances rendues en première instance les 7 et 29 mars et le 11 avril 1989 devraient être annulées.

* * *

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Il n'est pas nécessaire de répéter les faits que mon confrère le juge Marceau, J.C.A. a exposés en détail. Je veux simplement en faire ressortir un fait énoncé par le juge Reed (Dossier d'appel, vol. 1 page 138):

[TRADUCTION] M. Pinat était présent dans la salle d'audience pendant toute l'audience du 13 septembre 1988 [devant le protonotaire] lorsque son avocat a plaidé la requête devant cette Cour à partir de faits erronés.

À la suite de l'audience et de la décision rendue par le protonotaire le 16 septembre et soi-disant avant d'être informé de la décision, M. Pinat a accepté le paiement anticipé du dernier montant impayé par l'acheteur en vertu de l'entente de vente en bloc du mois de janvier précédent, montant qu'il a immédiatement transféré à Socoa International aux îles Caïmans.

Je suis d'avis que c'était la nature manifestement outrageuse de ces actes d'acceptation et de transfert, accomplis en pleine connaissance de ce qui se passait devant le protonotaire qui a amené les juges de première instance, à décider comme ils l'ont fait et si la décision rendue par le protonotaire avait effectivement relevé de sa compétence,

reaction might have been justified. However, I agree entirely with Marceau J.A. that because of the Associate Chief Justice's General Direction under Rule 336(1)(g), the Prothonotary lacked jurisdiction to make the order he did. This was not a matter argued before the Trial Division but, once it has come to our attention, this Court cannot ignore it.

Given that the Prothonotary's order of September 16 was illegal, it seems to me that the avoidance of it by Pinat and the companies of which he was a principal shareholder can no longer be brought into question. I am not, however, prepared to say that in no circumstances could a *Mareva* injunction require the reconstruction of assets. If the facts had been as the Trial Division perceived them to be, particularly if, for example, Pinat had actually been guilty of contempt, in my view this might have been a situation where a *Mareva* injunction could have been available. The law in this area is very much in development, as is evident from the recent decision of the English Court of Appeal in *Derby & Co. Ltd. v. Weldon (Nos. 3 & 4)*, [1989] 2 W.L.R. 412 (leave to appeal refused). I find it sufficient for the decision of the present appeal that a *Mareva* injunction could not issue on these facts to require the reconstitution of assets.

In other respects I am in accord with the reasons for decision of Marceau J.A. and I would also adopt his disposition of the case.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DESJARDINS J.A.: I have had the advantage of reading in draft the reasons for judgment of both Marceau J.A. and MacGuigan J.A.

The facts were set out in the reasons for judgment of Marceau J.A. and I adopt them. Like my two colleagues, I am satisfied that the Trial Judge could not issue her second order of March 7, 1989 which is key to this case. The Prothonotary's interim order of September 16, 1988 being done without authority, the defendants in the action

leur réaction aurait pu être justifiée. Mais je souscris entièrement à l'argument du juge Marceau J.C.A., selon lequel le protonotaire n'avait pas la compétence voulue pour rendre une telle ordonnance à cause de la directive générale du juge en chef adjoint fondée sur la Règle 336(1)(g). Cette question n'a pas été soulevée devant la Section de première instance, mais comme elle a été portée à notre attention, nous ne pouvons pas ne pas en tenir compte.

Étant donné que l'ordonnance du 16 septembre rendue par le protonotaire était illégale, il me semble qu'on ne peut plus soulever la question relative à sa violation par Pinat et les compagnies dont il était l'actionnaire principal. Je ne suis pas prêt, cependant, à soutenir qu'en aucun cas une injonction *Mareva* ne pourrait exiger la reconstitution d'un actif. Si les faits avaient été tels que la Section de première instance les a perçus, surtout si, par exemple, Pinat avait été reconnu coupable d'outrage au tribunal, la situation aurait pu justifier une injonction *Mareva*. Le droit dans ce domaine est en pleine évolution comme en témoigne la décision récente de la Cour d'appel anglaise dans l'arrêt *Derby & Co. Ltd. v. Weldon (Nos. 3 & 4)*, [1989] 2 W.L.R. 412 (permission d'interjeter appel refusée). À mon avis, il suffit de dire pour les fins de la décision en l'espèce qu'une injonction *Mareva* ne saurait être accordée à partir de ces faits de manière à exiger la reconstitution de l'actif.

À tous les autres égards, je souscris aux motifs prononcés par le juge Marceau, J.C.A., et à sa décision en l'espèce.

* * *

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

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de lire le projet des motifs des juges Marceau, J.C.A., et MacGuigan, J.C.A.

Les faits ont été exposés dans les motifs du jugement du juge Marceau, J.C.A. et j'y souscris. Comme mes deux collègues, je suis convaincue que le juge de première instance ne pouvait pas rendre sa deuxième ordonnance du 7 mars 1989 qui est fondamentale en l'espèce. Étant donné que le protonotaire n'avait pas la compétence voulue pour

could not be considered as attempting to violate a court order when on September 16 and 20, 1988, they transferred to the Cayman Islands the balance of the sale price they had just received from the purchaser. It was therefore not open to the Trial Judge to conclude that "the defendants have moved assets from the jurisdiction in an attempt to avoid a potential judgment of this Court" (Appeal Book, at page 145). The order of Joyal J. dated April 11, 1989, being accessory to the order of Reed J., also falls.

I would dispose of the matter in the way suggested by Marceau J.A.

a prononcer l'ordonnance provisoire du 16 septembre 1988, les défenderesses ne peuvent pas avoir essayé de violer une ordonnance de la cour lorsqu'elles ont transféré aux îles Caïmans, les 16 et 20 septembre 1988, le solde du prix de vente qu'elles venaient de recevoir de l'acheteur. Le juge de première instance ne pouvait donc pas conclure que «les défenderesses ont transféré des biens en dehors du territoire pour tenter d'éviter l'application d'un jugement possible de cette Cour» (dossier d'appel à la page 145). L'ordonnance rendue par le juge Joyal le 11 avril 1989, étant accessoire à l'ordonnance du juge Reed, est également annulée.

b
c Je souscrirais à la décision prononcée par le juge Marceau, J.C.A.

T-71-88

T-71-88

Canadian Marconi Company (Plaintiff)

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada (Defendant)INDEXED AS: *CANADIAN MARCONI CO. v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, Joyal J.—Ottawa, June 14 and July 5, 1989.

Income tax — Reassessment — M.N.R. reassessing plaintiff's investment income from 1977 to 1981 as income from property — Reassessment contrary to S.C.C. decision 1973-1976 investment income business income — Plaintiff, expecting reassessment in conformity with Court's decision, neither filing notice of objection nor waivers — Statutory power of M.N.R. to assess or reassess at any time notwithstanding limitation and waiver provisions of s. 152(4) Income Tax Act — Declaration of power not imposing duty on M.N.R. to reassess — Exercise of power within M.N.R.'s discretion — Decision to reassess or not to be made in accordance with public policy — Policy decision not to be interfered with.

The plaintiff manufactures and processes electronic equipment. During the years 1973 to 1976, it reported the income it derived from short-term securities as business income. The Minister of National Revenue determined it was income from property. In a decision rendered in 1986, the Supreme Court of Canada found that the plaintiff's investment income constituted income from an active business that should be entered into the computation of "Canadian manufacturing and processing profits".

As the issue was being debated, the plaintiff continued to file tax returns for the years 1977 to 1981. On July 4, 1983, the Minister reassessed the plaintiff for those years in conformity with the position taken with respect to the years 1973-1976. The plaintiff, expecting the Minister to issue a reassessment consistent with the Supreme Court decision, did not file any notice of objection nor waivers for the years 1977-1981. The Minister later advised the plaintiff that since no waivers had been filed, he lacked the authority to issue notices of reassessment for those years and that he did not have authority to accept the waiver that the plaintiff is now filing in view of the expiry of the four-year limitation.

The plaintiff seeks a declaration that the Minister has statutory power to reassess it in conformity with the Supreme Court decision. It argues that subsection 152(4) does not constitute a statutory bar to the Minister issuing a reassessment. The

Canadian Marconi Company (demanderesse)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (défenderesse)RÉPERTORIÉ: *CANADIAN MARCONI CO. c. CANADA (1^{re} INST.)*

b Section de première instance, juge Joyal—Ottawa, 14 juin et 5 juillet 1989.

Impôt sur le revenu — Nouvelle cotisation — Le M.R.N. a établi une nouvelle cotisation dans laquelle il tient pour un revenu tiré de biens le revenu d'investissement de la demanderesse de 1977 à 1981 — La nouvelle cotisation est contraire à la décision de la Cour suprême du Canada selon laquelle le revenu d'investissement de 1973 à 1976 est un revenu d'entreprise — La demanderesse, s'attendant que soit fixée une nouvelle cotisation conforme à la décision de la Cour, n'a pas produit d'avis d'opposition ni de renonciation — Le M.R.N. a, en vertu de la loi, le pouvoir de fixer des impôts et d'établir de nouvelles cotisations à n'importe quel moment, en dépit des dispositions de l'art. 152(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu relatives aux délais et à la renonciation — La déclaration portant que le M.R.N. a le pouvoir d'établir une nouvelle cotisation ne lui impose pas le devoir de le faire — Le ministre a le pouvoir discrétionnaire d'établir une nouvelle cotisation — La décision d'établir ou non une nouvelle cotisation doit être prise conformément à l'intérêt public — La décision fondée sur l'intérêt public est à l'abri de toute intervention judiciaire.

La demanderesse fabrique et transforme de l'équipement électronique. Au cours des années 1973 à 1976, elle a déclaré les revenus tirés de valeurs à court terme comme des revenus d'entreprise. Le ministre du Revenu national a décidé qu'il s'agissait de revenus tirés de biens. Dans un jugement rendu en 1986, la Cour suprême du Canada a déclaré que le revenu d'investissement de la demanderesse constituait un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement et qu'il entrait dans le calcul des «bénéfices de fabrication et de transformation au Canada».

Pendant que la question en litige était soumise aux tribunaux, la demanderesse a continué à produire ses déclarations de revenu pour les années 1977 à 1981. Le 4 juillet 1983, le ministre a établi la nouvelle cotisation de la demanderesse pour ces années-là conformément à la position adoptée relativement aux années 1973 à 1976. La demanderesse, croyant que le ministre établirait de nouvelles cotisations conformes à la décision de la Cour suprême, n'a pas produit d'avis d'opposition ni de renonciation à l'égard des années 1977 à 1981. Le ministre a plus tard avisé la demanderesse qu'en raison de l'absence de renonciation, il n'était pas habilité à délivrer des avis de nouvelle cotisation pour ces années, ni à accepter la renonciation que produit maintenant la demanderesse une fois expiré le délai de quatre ans.

La demanderesse sollicite un jugement déclaratoire portant que le ministre est habilité par la loi à établir une nouvelle cotisation en conformité avec l'arrêt de la Cour suprême. Elle soutient que le paragraphe 152(4) n'empêche pas le ministre

Crown contends that subsection 152(4) precludes the Minister from assessing outside the four-year limit except in cases of fraud or waiver.

Held, a declaration should be granted that the Minister is not statute-barred from reassessing the plaintiff for the taxation years 1977-1981.

Subsection 152(4) is not meant to close the door to assess at any time if the taxpayer should waive the protection afforded under that provision. The particular limitations found in subsection 152(4) are there to protect the taxpayer against the unfettered authority of the Minister, conferred by the opening words of the subsection, to assess "at any time". That protection is not one of public policy; it is in the nature of a private right which the taxpayer may waive.

The approach is consistent with subsection 152(8) which states that an assessment is deemed to be valid and binding notwithstanding any error, defect or omission therein or in any proceeding under the Act. An assessment, therefore, remains valid until a successful objection or appeal by the taxpayer, or until the latter raises the shield of protection given him by subsection 152(4). It is voidable but not void *ab initio*. The way appears to have been left open to make an assessment at any time at the request and with the consent of the taxpayer. That was the view of the Tax Appeal Board when it dealt with the former subsection 152(8) in the *Gunnar* case.

The Crown's argument, that under subsection 152(4), Parliament intended to bring finality to the creditor-debtor relationship, could not be upheld, in light of the subsection's opening words, "may at any time assess tax" and of the deemed validity of any assessment under subsection 152(8). Nor could the floodgate argument be accepted. The Minister's unlimited power to assess and reassess implies a burden to exercise that power in accordance with public policy.

It is part of the Minister's residual authority, in circumstances where a taxpayer has not filed a notice of objection nor an appeal, and requests a reassessment within the limitation period, to issue such a reassessment based on a recently declared judicial interpretation favourable to another taxpayer. The Minister may exercise this discretion according to public policy. The Minister has, however, taken the position, as expressed in Information Circular IC75-7R3, that he will not issue a reassessment "based solely upon a successful appeal to the Courts by a taxpayer".

A taxpayer's failure to file a waiver does not constitute a statutory bar to the Minister making what is otherwise an untimely assessment. The legality of an Act should not be confused with its questionable effectiveness. In this respect, there is no distinction between the waiver of a right of appeal as

d'établir une nouvelle cotisation. La Couronne prétend que le paragraphe 152(4) empêche le ministre d'établir des cotisations en dehors du délai de quatre ans, sauf en cas de fraude ou de renonciation.

Jugement: un jugement devrait être rendu déclarant que le ministre n'est pas empêché par la loi d'établir une nouvelle cotisation de l'impôt de la demanderesse à l'égard des années d'imposition 1977 à 1981.

Le paragraphe 152(4) n'a pas pour but d'empêcher l'établissement d'une cotisation en tout temps si le contribuable renonce à la protection qu'il lui accorde. Les délais prévus au paragraphe 152(4) visent à protéger le contribuable contre le pouvoir vaste et illimité de fixer des impôts qui est conféré au ministre par les mots «à une date quelconque» au début du paragraphe. Cette protection ne constitue pas une garantie reposant sur l'intérêt public; c'est plutôt un droit personnel auquel le contribuable peut renoncer.

Cette solution correspond aux dispositions du paragraphe 152(8) qui prévoit qu'une cotisation est réputée être valide et exécutoire nonobstant toute erreur, vice de forme ou omission dans cette cotisation ou dans toute procédure s'y rattachant en vertu de la Loi. Une cotisation est donc présumée valide jusqu'à ce qu'il soit fait droit à l'opposition ou à l'appel du contribuable, ou jusqu'à ce que celui-ci renonce à la protection que lui accorde le paragraphe 152(4). La cotisation est annulable sans toutefois être intrinsèquement nulle. Il semble qu'il est loisible au ministre d'établir une cotisation à n'importe quel moment, à la demande et avec le consentement du contribuable. C'est l'opinion qu'a émise la Commission d'appel de l'impôt dans l'affaire *Gunnar* au sujet d'une version antérieure du paragraphe 152(8).

L'interprétation donnée par la Couronne au paragraphe 152(4), c'est-à-dire que le législateur a voulu donner un caractère définitif à la relation créancier-débiteur, ne saurait être acceptée, étant donné les premiers mots de ce paragraphe, «peut, à une date quelconque, fixer des impôts», et étant donné la présomption de validité de toute cotisation en vertu du paragraphe 152(8). L'argument selon lequel le ministre pourrait être inondé de demandes ne saurait non plus être accepté. Le pouvoir illimité du ministre de fixer des impôts et d'établir de nouvelles cotisations implique le fardeau d'exercer ce pouvoir conformément à l'intérêt public.

Dans le cas où le contribuable n'aurait pas présenté d'avis d'opposition ou d'appel et demanderait au ministre, dans le délai prescrit, d'établir une nouvelle cotisation, celui-ci pourrait établir une nouvelle cotisation fondée sur une interprétation judiciaire récente ayant fait droit à la demande d'un autre contribuable, cela faisant partie de son pouvoir résiduaire. Le ministre peut exercer son pouvoir discrétionnaire conformément à l'intérêt public. Il a toutefois déjà précisé sa politique dans sa Circulaire d'information IC75-7R3, dans laquelle il déclare qu'il n'établira pas de nouvelles cotisations fondées uniquement «sur un appel devant les tribunaux d'un autre contribuable ayant eu gain de cause».

L'omission du contribuable de déposer une renonciation n'empêche pas le ministre, en vertu de la loi, d'établir ce qui serait autrement une cotisation hors délai. Il faut éviter de confondre la légalité d'un acte avec son défaut apparent d'efficacité. À cet égard, il n'y a aucune distinction entre la renon-

in the *Smerchanski* case or the kind of anticipatory waiver filed by the plaintiff. Both are options available to any taxpayer.

The Minister has the statutory authority to assess and reassess at any time. However, the Minister's discretion to act upon the plaintiff's request to reassess it in conformity with the Supreme Court of Canada decision is not affected. His policy decision is not one in which this Court or any other Court should intervene.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 125.1(1) (as added by S.C. 1973-74, c. 29, s. 1), 150(1), 152 (as am. by S.C. 1978-79, c. 5, s. 5(1); 1984, c. 1, s. 84(3)).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Charron v. M.N.R. (1981), 81 DTC 271 (T.R.B.); *Gunnar Mining Limited v. Minister of National Revenue* (1969), 70 DTC 1020 (T.A.B.); *Morch, Jacob John v. Minister of National Revenue*, [1949] Ex.C.R. 327; 49 DTC 649; *Davis, W.W. v. The Queen* (1984), 84 DTC 6518 (F.C.T.D.); *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 554; 74 DTC 6197 (C.A.); aff'd [1977] 2 S.C.R. 23; 76 DTC 6247.

DISTINGUISHED:

Reckitt and Colman (New Zealand) Ltd. v. Taxation Board of Review and Another, [1966] N.Z.L.R. 1032 (C.A.).

REFERRED TO:

Canadian Marconi Company v. The Queen (1982), 82 DTC 6236 (F.C.T.D.); aff'd (1984), 84 DTC 6267 (C.A.); rev'd [1986] 2 S.C.R. 522; 86 DTC 6526; *Minister of National Revenue v. Parsons*, [1984] 2 F.C. 331; 84 DTC 6345 (C.A.); *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* (1919), 58 S.C.R. 315; *Lechter, Ben v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 Ex.C.R. 413; 64 DTC 5311; *Bronze Memorials Ltd. [No. 2] v. M.N.R.* (1969), 69 DTC 5420 (Ex. Ct.); *Galway v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 593; 74 DTC 6247 (C.A.); *Cohen v. The Queen* (1980), 80 DTC 6250 (F.C.A.); *Thyssen Mining Construction of Canada Ltd. v. The Queen*, [1975] F.C. 81 (T.D.); *Melahn, Elmer M. v. Commissioner of Internal Revenue*, 9 T. C. 769 (1947 U.S.T.C.); *Kammings Ballrooms Co Ltd v Zenith Investment (Torquay) Ltd*, [1970] 2 All E.R. 871 (H.L.); *Howard v Secretary of State for the Environment*, [1972] 3 All E.R. 310 (Q.B.); *R. v. Taylor*, [1985] 1 F.C. 331; 84 DTC 6459 (T.D.); *Whitney v. Inland Revenue Commissioners*, [1926] A.C. 37 (H.L.); *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] Ex.C.R. 580;

ciation au droit d'appel comme dans l'affaire *Smerchanski* et la sorte de renonciation anticipée présentée par la demanderesse. Il s'agit dans les deux cas de choix qui s'offrent à tout contribuable.

a Le ministre a le pouvoir en vertu de la loi de fixer des impôts et d'établir de nouvelles cotisations à n'importe quel moment. Le pouvoir discrétionnaire du ministre d'accéder à la demande de la demanderesse qui l'invite à établir une nouvelle cotisation conformément à l'arrêt de la Cour suprême du Canada n'est toutefois pas touché. Sa décision fondée sur l'intérêt public est à l'abri de toute intervention de cette Cour ou de toute autre cour.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 125.1(1) (ajouté par S.C. 1973-74, chap. 29, art. 1), 150(1), 152 (mod. par S.C. 1978-79, chap. 5, art. 5(1); 1984, chap. 1, art. 84(3)).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Charron c. M.R.N. (1981), 81 DTC 271 (C.R.I.); *Gunnar Mining Limited c. Le ministre du Revenu national* (1969), 70 DTC 1020 (C.A.I.); *Morch, Jacob John v. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.É. 327; 49 DTC 649; *Davis, W.W. c. La Reine* (1984), 84 DTC 6518 (C.F. 1^{re} inst.); *Smerchanski c. Le ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 554; 74 DTC 6197 (C.A.); conf. [1977] 2 R.C.S. 23; 76 DTC 6247.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Reckitt and Colman (New Zealand) Ltd. v. Taxation Board of Review and Another, [1966] N.Z.L.R. 1032 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canadian Marconi Company c. La Reine (1982), 82 DTC 6236 (C.F. 1^{re} inst.); conf. (1984), 84 DTC 6267 (C.A.F.); inf. [1986] 2 R.C.S. 522; 86 DTC 6526; *Ministre du Revenu national c. Parsons*, [1984] 2 C.F. 331; 84 DTC 6345 (C.A.); *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* (1919), 58 R.C.S. 315; *Lechter, Ben v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C.É. 413; 64 DTC 5311; *Bronze Memorials Ltd. [No. 2] v. M.N.R.* (1969), 69 DTC 5420 (C. de l'É.); *Galway c. Le ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 593; 74 DTC 6247 (C.A.); *Cohen c. La Reine* (1980), 80 DTC 6250 (C.A.F.); *Thyssen Mining Construction of Canada Ltd. c. La Reine*, [1975] C.F. 81 (1^{re} inst.); *Melahn, Elmer M. v. Commissioner of Internal Revenue*, 9 T. C. 769 (1947 U.S.T.C.); *Kammings Ballrooms Co Ltd v Zenith Investment (Torquay) Ltd*, [1970] 2 All E.R. 871 (H.L.); *Howard v Secretary of State for the Environment*, [1972] 3 All E.R. 310 (Q.B.); *R. c. Taylor*, [1985] 1 C.F. 331; 84 DTC 6459 (1^{re} inst.); *Whitney v. Inland Revenue Commissioners*, [1926] A.C. 37 (H.L.); *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] R.C.É. 580;

[1949] 1 D.L.R. 810; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; 84 DTC 6305; *Galway v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 600; (1974), 74 DTC 6355 (C.A.).

AUTHORS CITED

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Halsbury's Laws of England, vol. 1, 4th ed. London: Butterworths, 1973.

COUNSEL:

Wilfrid Lefebvre, Q.C. and *Patrice Marceau* for plaintiff.
Pierre Barsalou for defendant.

SOLICITORS:

Ogilvy, Renault, Montréal, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

JOYAL J.: The plaintiff seeks from this Court a declaratory judgment. The issues involves an interpretation of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63]. It requires specifically an interpretation of that statute dealing with the power of the Minister of National Revenue to reassess a taxpayer.

The irony of this case is that whereas the power of the Minister to reassess has traditionally been resisted by the taxpayer, in this case, it is the other way around. It is the taxpayer who prays the Minister to reassess it. It is the Minister who resists it on the grounds that he has no authority to do so.

In order to focus on this abnormal and improbable turn of events, some background information is required. That background information is contained in an agreed statement of facts submitted by the parties at the trial of the action. Herewith a summary of it.

THE FACTS

The plaintiff is a well-known company involved in the manufacturing and processing of electronic

[1949] 1 D.L.R. 810; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; 84 DTC 6305; *Galway c. Ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 600; (1974), 74 DTC 6355 (C.A.).

a DOCTRINE

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Halsbury's Laws of England, vol. 1, 4th ed. London: Butterworths, 1973.

b AVOCATS:

Wilfrid Lefebvre, c.r. et *Patrice Marceau* pour la demanderesse.
Pierre Barsalou pour la défenderesse.

c

PROCUREURS:

Ogilvy, Renault, Montréal, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

e

LE JUGE JOYAL: La demanderesse invite cette Cour à prononcer un jugement déclaratoire. La question en litige porte sur l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63]. Elle demande plus précisément une interprétation de cette Loi en ce qui a trait au pouvoir du ministre du Revenu national d'établir de nouvelles cotisations visant un contribuable.

g

Ironiquement, ce qui est en cause, ce n'est pas la résistance du contribuable devant le pouvoir du ministre d'établir de nouvelles cotisations, mais le contraire. En l'espèce, c'est le contribuable qui demande au ministre d'établir de nouvelles cotisations tandis que le ministre s'y refuse en alléguant qu'il n'est pas habilité à le faire.

h

Pour mieux cerner ce revirement anormal et improbable de la situation, il faut en connaître quelque peu le contexte. Des renseignements sur le contexte figurent dans l'exposé conjoint des faits présenté par les parties au procès. En voici un résumé.

j LES FAITS

La demanderesse est une société bien connue engagée dans la fabrication et la transformation

equipment. In each of the taxation years between 1973 and 1976, it derived considerable income from short-term securities. In each of these years, the plaintiff earmarked these revenues as business income. The Minister of National Revenue disagreed. He decided it was income from property. This affected the plaintiff's tax base pursuant to subsection 125.1(1) of the *Income Tax Act* [as added by S.C. 1973-74, c. 29, s. 1] and made it liable for greater taxes.

The plaintiff filed its notices of objection against these reassessments. The Minister refused to budge. The plaintiff then went to the Federal Court, Trial Division [(1982), 82 DTC 6236]. It too refused to budge. The plaintiff then went to the Federal Court of Appeal [(1984), 84 DTC 6267]. Again the plaintiff was unsuccessful.

Finally, in its ultimate attempt, the plaintiff sought relief from the Supreme Court of Canada. In its unanimous judgment, dated November 6, 1986 and reported at [1986] 2 S.C.R. 522; 86 DTC 6526, the Court allowed the plaintiff's appeal and declared that the investment income earned by the plaintiff was income from an active business for the purposes of the *Income Tax Act* and it therefore entered into the computation of "Canadian manufacturing and processing profits".

As the issue was being debated through three successive court levels, however, the plaintiff continued to file its corporation tax returns. It did so for the years 1977 to 1981 inclusive. On July 4, 1983, the Minister reassessed the plaintiff for each of those years in conformity with the position taken for the preceding four years, 1973-1976.

As of the date of this 1983 reassessment, the four-year limitation period pursuant to subsection 152(4) of the *Income Tax Act* had not yet expired. In the belief that the Minister, in accordance with the policy set out in Information Circular IC 75-7R3, would reassess the plaintiff for the last

d'équipement électronique. Au cours de chacune des années d'imposition de 1973 à 1976, elle a tiré un important revenu de valeurs à court terme. Au cours de chacune de ces années, la demanderesse a déclaré ces revenus comme du revenu d'entreprise. Le ministre du Revenu national n'a pas accepté cette qualification. Il a décidé qu'il s'agissait de revenus tirés de biens, ce qui a eu pour effet de modifier l'assiette fiscale de la demanderesse, établie en vertu du paragraphe 125.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [ajouté par S.C. 1973-74, chap. 29, art. 1], et d'assujettir celle-ci à un impôt plus élevé.

La demanderesse a produit ses avis d'opposition à l'égard de ces nouvelles cotisations. Le ministre a refusé de changer d'avis. La demanderesse s'est alors présentée devant la Division de première instance de la Cour fédérale [(1982), 82 DTC 6236], qui a rejeté l'appel, puis devant la Cour d'appel fédérale [(1984), 84 DTC 6267] où elle a encore une fois été déboutée.

Dans un dernier recours, la demanderesse s'est adressée à la Cour suprême du Canada. Dans un jugement unanime rendu le 6 novembre 1986 et publié au [1986] 2 R.C.S. 522; 86 DTC 6526, la Cour a accueilli le pourvoi de la demanderesse et déclaré que le revenu d'investissement tiré par la demanderesse constituait un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement pour les fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qu'il entrait par conséquent dans le calcul des «bénéfices de fabrication et de transformation au Canada».

Pendant que la question en litige était portée successivement devant les trois instances judiciaires, la demanderesse a continué à produire ses déclarations de revenu. Elle l'a fait pour les années 1977 à 1981 inclusivement. Le 4 juillet 1983, le ministre a établi une nouvelle cotisation visant le revenu de la demanderesse pour chacune de ces années conformément à la position adoptée au cours des quatre années précédentes, de 1973 à 1976.

À la date de cette nouvelle cotisation de 1983, le délai de quatre ans prévu au paragraphe 152(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'était pas encore expiré. Croyant que le ministre, conformément à la politique présentée dans la Circulaire d'information IC75-7R3, établirait de nouvelles cotisations

five years in a manner consistent with the ultimate Court decision with respect to the previous four years, the plaintiff did not file any notice of objection nor did it file waivers with respect to those years.

It is admitted that throughout this period of time, the Minister was aware that the plaintiff was pursuing its appeal from the previous four years and that the plaintiff's policy with respect to all the years 1973-1981 was to seek and obtain a final disposition of the issue one way or the other.

When the plaintiff finally won its case before the Supreme Court of Canada covering the 1973-1976 taxation years, it expected that the Minister would issue a reassessment for the subsequent five years, a reassessment which would be in conformity with the Supreme Court's ruling and consonant with the tax liability position of the plaintiff for the previous years.

It was in October 1987, that the plaintiff was advised that since no waivers had been filed with respect to those five years, the Minister did not have the authority to issue notices of reassessment for those years. The plaintiff was further advised that the Minister did not have authority to accept a waiver once the four-year limitation period had expired.

THE ISSUE

Simply stated, the issue is whether or not the Crown is correct in its interpretation of the *Income Tax Act* or whether or not the Minister enjoys a residual right to provide relief to the plaintiff. It is a case where contrary to tradition and practice, the Crown appears quite happy to have its wings clipped, as it were. Again contrary to tradition and practice, it is a case where the plaintiff appears quite happy to renounce its rights under the statute and bestow on the Crown unfettered discretion to reassess at will.

In order to determine the issue, the Court is invited by the parties to scrutinize the relevant provisions of the *Income Tax Act*, to interpret them in accordance with contemporary rules and to decide which side of the issue is more consistent

de l'impôt de la demanderesse pour les cinq dernières années d'une façon qui corresponde à la décision que rendrait finalement la Cour à l'égard des quatre années antérieures, la demanderesse n'a pas produit d'avis d'opposition ni de renonciation à l'égard de ces années.

Il est admis que durant toute cette période, le ministre savait que la demanderesse interjetait appel à l'égard des quatre années antérieures et que la politique de la demanderesse à l'égard de toutes les années de 1973 à 1981 était de chercher à obtenir une décision finale d'une façon ou de l'autre sur la question en litige.

Après avoir finalement eu gain de cause devant la Cour suprême du Canada à l'égard des années d'imposition 1973 à 1976, la demanderesse s'attendait que le ministre fixe pour les cinq années subséquentes une nouvelle cotisation qui soit conforme à l'arrêt de la Cour suprême et qui corresponde à l'obligation fiscale de la demanderesse au cours des années antérieures.

C'est en octobre 1987 que la demanderesse a été avisée qu'en raison de l'absence de renonciation à l'égard de ces cinq années, le ministre n'était pas habilité à émettre des avis de nouvelle cotisation pour ces années, ni à accepter une renonciation une fois expiré le délai de quatre ans.

LA QUESTION EN LITIGE

Il s'agit de savoir si la Couronne est fondée dans l'interprétation qu'elle donne de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou si le ministre dispose du pouvoir résiduaire d'accorder un redressement à la demanderesse. Il s'agit d'un cas où, contrairement à la tradition et à la pratique, la Couronne semble s'accommoder facilement d'avoir pour ainsi dire les mains liées, et la demanderesse semble s'empresse de renoncer aux droits que lui confère la Loi et d'accorder à la Couronne une discrétion illimitée pour établir de nouvelles cotisations à volonté.

Les parties invitent la Cour, appelée à trancher, à examiner minutieusement les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à les interpréter conformément aux règles actuelles et à déterminer quel côté de la question en litige cor-

with the economy of the statute and the intention of Parliament in adopting it.

In going through this process, it must be kept in mind that the plaintiff's action calls for declaratory relief only. The plaintiff concedes that the Court cannot order the Crown to reassess if it should be found that it has the power to do so.

THE STATUTE

The relevant provisions of the *Income Tax Act* are found in Part I, Division I—Returns, Assessments, Payment and Appeals.

Subsection 150(1) provides that "A return of the income for each taxation year . . . shall, without notice or demand therefor, be filed with the Minister in prescribed form and containing prescribed information." Subsection 152(1) [as am. by S.C. 1978-79, c. 5, s. 5(1)] states very clearly that the "Minister shall, with all due dispatch, examine a taxpayer's return of income for a taxation year, assess the tax for the year, the interest and penalties, if any".

Subsection 152(2) imposes another duty on the Minister, namely to "send a notice of assessment to the person by whom the return was filed". This provision is complemented by subsection 152(3) which provides that "Liability for the tax under this Part is not affected by an incorrect or incomplete assessment or by the fact that no assessment has been made."

More specific provisions relating to assessments and reassessments are found in subsection 152(4) [as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84(3)]. It might be useful to reproduce the whole of this subsection at this time:

152. . . .

(4) The Minister may at any time assess tax, interest or penalties under this Part or notify in writing any person by whom a return of income for a taxation year has been filed that no tax is payable for the taxation year, and may

(a) at any time, if the taxpayer or person filing the return

(i) has made any misrepresentation that is attributable to neglect, carelessness or wilful default or has committed any fraud in filing the return or in supplying any information under this Act, or

respond le mieux à l'économie de la Loi et à l'intention du législateur.

Dans tout ce processus, il faut se rappeler que la demanderesse ne sollicite qu'un jugement déclaratoire. La demanderesse reconnaît que la Cour ne peut ordonner à la Couronne d'établir une nouvelle cotisation même si elle lui reconnaissait le pouvoir de le faire.

b LA LOI

Les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* figurent à la Partie I, Section I—Déclarations, cotisations, paiement et appels.

c Le paragraphe 150(1) prévoit qu'«Une déclaration de revenu pour chaque année d'imposition . . . doit, sans avis ni mise en demeure, être adressée au Ministre en la forme prescrite et renfermer les renseignements exigés.» Le paragraphe 152(1) [mod. par S.C. 1978-79, chap. 5, art. 5(1)] prévoit très clairement que le «Ministre doit, avec toute la diligence possible, examiner la déclaration de revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, fixer l'impôt pour l'année, l'intérêt et les pénalités payables, s'il en est».

Le paragraphe 152(2) impose une autre obligation au ministre, soit «[d'envoyer] un avis de cotisation à la personne qui a produit la déclaration.» Cette disposition est complétée par le paragraphe 152(3) qui prévoit que «Le fait qu'une cotisation est inexacte ou incomplète ou qu'aucune cotisation n'a été faite n'a pas d'effet sur les responsabilités du contribuable à l'égard de l'impôt prévu par la présente Partie.»

Des dispositions plus précises sur les cotisations et les nouvelles cotisations figurent au paragraphe 152(4) [mod. par S.C. 1984, chap. 1, art. 84(3)]. Il peut être utile de reprendre la teneur de ce paragraphe:

152. . . .

(4) Le Ministre peut, à une date quelconque, fixer des impôts, intérêts ou pénalités en vertu de la présente Partie, ou donner avis par écrit, à toute personne qui a produit une déclaration de revenu pour une année d'imposition, qu'aucun impôt n'est payable pour l'année d'imposition, et peut,

a) à une date quelconque, si le contribuable ou la personne produisant la déclaration

(i) a fait une présentation erronée des faits, par négligence, inattention ou omission volontaire, ou a commis quelque fraude en produisant la déclaration ou fournissant quelque renseignement sous le régime de la présente loi, ou

(ii) has filed with the Minister a waiver in prescribed form within 4 years from the day of mailing of a notice of an original assessment or of a notification that no tax is payable for a taxation year,

(b) within 7 years from the day referred to in subparagraph (a)(ii), if

(i) an assessment or reassessment of the tax of the taxpayer was required pursuant to subsection (6) or would have been required if the taxpayer had claimed an amount by filing the prescribed form referred to in that subsection on or before the day referred to therein, or

(ii) there is reason, as a consequence of the assessment or reassessment of another taxpayer's tax pursuant to this paragraph or subsection (6), to assess or reassess the taxpayer's tax for any relevant taxation year, and

(c) within 4 years from the day referred to in subparagraph (a)(ii), in any other case,

reassess or make additional assessments, or assess tax, interest or penalties under this Part, as the circumstances require, except that a reassessment, an additional assessment or assessment may be made under paragraph (b) after 4 years from the day referred to in subparagraph (a)(ii) only to the extent that it may reasonably be regarded as relating to the assessment or reassessment referred to in that paragraph.¹

Finally, subsection 152(8) states that "An assessment shall, subject to being varied or vacated on an objection or appeal under this Part and subject to a reassessment, be deemed to be valid and binding notwithstanding any error, defect or omission therein or in any proceeding under this Act relating thereto."

THE CASE FOR THE CROWN

The matter before me involves a request by the plaintiff directed to the Crown that its Minister of National Revenue has the power to issue a reassessment for the taxation years 1977-1981 in conformity with the Supreme Court of Canada judgment in the plaintiff's favour. The Crown takes the position that its Minister does not have the statutory authority to do so.

¹ Amendments to the *Income Tax Act*, 1984, s. 45, subsection 59(1), have reduced the seven and four-year limitation rules to six and three years respectively but otherwise the provisions remain the same.

(ii) a adressé au Ministre une renonciation, en la forme prescrite, dans un délai de 4 ans à compter du jour de l'expédition par la poste d'un avis de première cotisation ou d'une notification portant qu'aucun impôt n'est payable pour une année d'imposition,

b) dans un délai de 7 ans à compter du jour visé au sous-alinéa a)(ii) lorsque

(i) une cotisation ou une nouvelle cotisation de l'impôt du contribuable a été exigée conformément au paragraphe (6), ou l'aurait été, en application de ce paragraphe, si ce n'avait été de la production par le contribuable de la formule prescrite visée à ce paragraphe au plus tard à la date qui y est mentionnée, ou

(ii) il y a lieu, à la suite de l'établissement de la cotisation ou d'une nouvelle cotisation de l'impôt d'un autre contribuable conformément au présent alinéa ou au paragraphe (6), d'établir une cotisation ou une nouvelle cotisation de l'impôt du contribuable pour toute année d'imposition pertinente, et

c) dans un délai de 4 ans à compter du jour visé au sous-alinéa a)(ii), dans tous les autres cas,

procéder à de nouvelles cotisations ou en établir de supplémentaires, ou fixer des impôts, intérêts ou pénalités en vertu de la présente Partie, selon que les circonstances l'exigent, sauf qu'une nouvelle cotisation, une cotisation supplémentaire ou une cotisation peuvent être établies en vertu de l'alinéa b) plus de 4 ans après la date visée au sous-alinéa a)(ii) seulement si cette mesure peut être raisonnablement considérée comme se rapportant à la cotisation ou à la nouvelle cotisation visée à cet alinéa¹.

Enfin, le paragraphe 152(8) prévoit que « Sous réserve de modifications qui peuvent y être apportées ou d'annulation qui peut être prononcée lors d'une opposition ou d'un appel fait en vertu de la présente Partie et sous réserve d'une nouvelle cotisation, une cotisation est réputée être valide et exécutoire nonobstant toute erreur, vice de forme ou omission dans cette cotisation ou dans toute procédure s'y rattachant en vertu de la présente loi. »

LES ARGUMENTS DE LA COURONNE

Dans la demande dont je suis saisi et qui est adressée à la Couronne, la demanderesse prétend que le ministre du Revenu national a le pouvoir d'établir une nouvelle cotisation pour les années d'imposition 1977 à 1981 en conformité avec l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans lequel elle a obtenu gain de cause. La Couronne prétend que son ministre n'est pas habilité par la Loi à agir ainsi.

¹ Des modifications apportées à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1984, chap. 45, paragraphe 59(1), ont réduit les délais de sept et de quatre ans à six et trois ans respectivement, mais les autres dispositions n'ont pas été modifiées.

For purposes of clarity, I should perhaps deal first with the case for the defendant Crown. This is perhaps unusual but after reviewing all the arguments put to the Court by able counsel, the case of each party may be better understood if I should proceed in that fashion.

The basic proposition advanced by the Crown is that the plaintiff is seeking to circumvent the mandatory requirements of the *Income Tax Act* respecting the filing of a waiver and its failure to file objections or appeals. The plaintiff's filing of a waiver at this time is clearly for this purpose and in any event, the waiver cannot bestow on the Minister more power than he legitimately enjoys under the statute.

Counsel for the Crown suggests that the power of the Minister to assess is clearly limited by the text of subsection 152(4). This provision is unambiguous and clearly precludes the Minister from assessing outside the four-year limit except in the limited circumstances set out in paragraphs 152(4)(a) and (b), namely fraud or waiver. A reading of subsection 152(4) clearly indicates that a taxpayer who fails to object to or appeal an assessment under the expressed provisions of the statute cannot otherwise challenge that assessment and the issue is forever closed. This was the view taken by the Federal Court of Appeal in *Minister of National Revenue v. Parsons*, [1984] 2 F.C. 331; 84 DTC 6345, where Pratte J. stated that, as the statute provides certain rights of appeal against an assessment, no other redress or relief procedure is available.

Having failed to follow the prescribed route, says counsel, the plaintiff cannot now retroactively revive its rights which, had they been properly exercised, may have permitted reassessments to be made.

The other approach taken by the Crown is that in the statutory context of subsection 152(4), there are limits to the Minister's assessing powers. Counsel urges the Court to apply the rule

Pour plus de clarté, j'aborderais les arguments de la défenderesse en premier lieu. Cette façon de faire est peut-être inhabituelle, mais après avoir étudié tous les arguments présentés à la Cour par les savants avocats, je suis convaincu que les arguments de chaque partie peuvent être mieux compris si je procède de cette façon.

L'argument fondamental présenté par la Couronne est que la demanderesse cherche à contourner les exigences expresses de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en matière de production d'une renonciation, de même que son défaut de produire des avis d'opposition ou d'appel. La production d'une renonciation par la demanderesse à ce moment vise clairement cette fin et de toute façon, la renonciation ne peut conférer au ministre plus de pouvoirs que ceux qu'il détient légitimement en vertu de la Loi.

L'avocat de la Couronne prétend que le pouvoir du ministre d'établir des cotisations est clairement limité par la disposition du paragraphe 152(4). Cette disposition n'est pas ambiguë et elle empêche clairement le ministre d'établir des cotisations en dehors du délai de quatre ans sauf dans les circonstances précises prévues aux alinéas 152(4)a) et b), soit en cas de fraude ou de renonciation. Il ressort clairement de la lecture du paragraphe 152(4) que le contribuable qui ne produit aucun avis d'opposition ou d'appel à l'égard d'une cotisation conformément aux dispositions expresses de la Loi ne dispose d'aucun autre recours pour s'opposer à cette cotisation et que la question est réglée à jamais. C'est la position adoptée par la Cour d'appel fédérale dans *Ministre du Revenu national c. Parsons*, [1984] 2 C.F. 331; 84 DTC 6345, où le juge Pratte a conclu que, la Loi prévoyant certains droits d'appel à l'égard d'une cotisation, aucune autre procédure de réparation ou de dégrèvement n'est disponible.

Selon l'avocat, puisque la demanderesse n'a pas suivi la voie prévue, elle ne peut maintenant rétablir rétroactivement ses droits qui, s'ils avaient été exercés adéquatement, auraient pu permettre l'établissement de nouvelles cotisations.

L'autre argument présenté par la Couronne est que le contexte législatif du paragraphe 152(4) impose des limites aux pouvoirs du ministre d'établir des cotisations. L'avocat demande à la Cour

articulated by E. A. Driedger in *Construction of Statutes*, 2nd ed. (1983), at page 87, as endorsed by Estey J. of the Supreme Court of Canada in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at page 578; 84 DTC 6305, at page 6323, as follows:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act . . .

According to counsel, the context of the section 152 and specifically of subsection 152(4) indicates that the Minister cannot reassess outside the statutory limit unless certain requirements are met. Any action taken by him outside the scope of this provision is clearly invalid. Parliament's intention is clearly to impose such limit upon the Minister's otherwise unfettered power to assess at any time. Such limit is a statutory bar to any assessment made outside the four-year rule unless the taxpayer has filed a waiver in the prescribed form within that time. In asking the Court to intervene, the plaintiff is in effect requesting that subparagraph 152(4)(a) be read out of the Act.

Counsel for the Crown refers to another rule of interpretation in this respect as found in the Supreme Court of Canada decision in *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* (1919), 58 S.C.R. 315, where the Chief Justice said this at pages 320-321:

I cannot admit the right of the courts where the language of a statute is plain and unambiguous to practically amend such statute either by eliminating words or inserting limiting words unless the grammatical and ordinary sense of the words as enacted leads to some absurdity or some repugnance or inconsistency with the rest of the enactment, and in those cases only to the extent of avoiding that absurdity, repugnance and inconsistency.

Counsel for the Crown says that it is clear from the language of the statute that any attempt by the Minister to assess or reassess outside the limits imposed would be declared by the courts to be invalid and illegal. Such was the finding in *Lechter, Ben v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 Ex.C.R. 413; 64 DTC 5311, in *Bronze Memorials Ltd. [No. 2] v. M.N.R.* (1969), 69 DTC 5420 (Ex. Ct.) and in *Galway v. Minister of National Rev-*

d'appliquer la règle énoncée par E. A. Driedger dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la page 87, et reprise par le juge Estey de la Cour suprême du Canada dans *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la page 578; 84 DTC 6305, à la page 6323:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi . . .

Selon l'avocat, le contexte de l'article 152, et tout particulièrement celui du paragraphe 152(4), indique que le ministre ne peut établir de nouvelles cotisations en dehors du délai prévu par la Loi sauf si certaines conditions sont remplies. Toute mesure prise par lui en dehors des limites de cette disposition est manifestement invalide. L'intention du législateur est clairement d'imposer une telle limite au pouvoir, par ailleurs illimité, du ministre d'établir des cotisations en tout temps. Cette limite, prévue dans la Loi, empêche le ministre de procéder à toute cotisation en dehors de la règle des quatre années sauf lorsque le contribuable a adressé une renonciation dans la forme prescrite à l'intérieur du délai. En demandant à la Cour d'intervenir, la demanderesse cherche dans les faits à retrancher l'alinéa 152(4)a) de la Loi.

À cet égard, l'avocat de la Couronne cite une autre règle d'interprétation énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* (1919), 58 R.C.S. 315, où le juge en chef a déclaré ce qui suit, aux pages 320 et 321:

[TRADUCTION] Lorsque les termes d'une loi sont clairs et dépourvus d'ambiguïté, je ne peux admettre que les tribunaux aient le droit de la modifier pratiquement, soit en retranchant des mots, soit en apportant des restrictions, à moins que le sens grammatical et ordinaire du texte édicté conduise à quelque absurdité, ou à quelque incompatibilité ou contradiction avec les autres dispositions de la loi et, en ce cas, seulement dans la mesure nécessaire pour éviter cette absurdité, incompatibilité ou contradiction.

Selon l'avocat de la Couronne, il ressort clairement du libellé de la Loi que toute tentative par le ministre d'établir une cotisation ou une nouvelle cotisation en dehors des limites prévues serait déclarée invalide ou illégale par les tribunaux. Telle est la conclusion des décisions *Lechter, Ben v. Minister of National Revenue*, [1965] 1 R.C.É. 413; 64 DTC 5311, *Bronze Memorials Ltd. [No. 2] v. M.N.R.* (1969), 69 DTC 5420 (C. de l'É.) et

enue, [1974] 1 F.C. 593; 74 DTC 6247 (C.A.). In the *Galway* case, the Chief Justice of the Federal Court said at pages 596 F.C.; 6249 DTC:

It seems obvious that the Minister cannot, on a re-assessment, do anything other than assess in accordance with the authority conferred on him by the *Income Tax Act*.

The Chief Justice to add at pages 598 F.C.; 6250 DTC:

In those circumstances, we have grave doubt as to whether the Minister is legally entitled to re-assess for a part of the amount of tax in question. If he is not legally entitled to do so, the Court cannot require him to do so.

Pratte J., in *Cohen v. The Queen* (1980), 80 DTC 6250 (F.C.A.) adopted the reasoning in the *Galway* case respecting a taxpayer's appeal of a reassessment on the basis of a prior agreement with the Minister. The Court of Appeal had ruled [in *Galway v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 600, at page 602; (1974), 74 DTC 6355, at page 6357] that "the Minister has a statutory duty to assess the amount of tax payable on the facts as he finds them in accordance with the law as he understands it. It follows that he cannot assess for some amount designed to implement a compromise settlement". Pratte J. added this at page 6251:

The agreement whereby the Minister would agree to assess income tax otherwise than in accordance with the law would, in my view, be an illegal agreement. Therefore, even if the record supported the appellant's contention that the Minister agreed to treat the profit here in question as a capital gain, that agreement would not bind the Minister and would not prevent him from assessing the tax payable by the appellant in accordance with the requirements of the statute.

The principle to be derived from these cases, according to Crown counsel, is that the Minister cannot knowingly assess in contravention of the provisions of the Act.

Another weapon in the Crown's armoury is that, on a proper construction of the statutory scheme for the establishment of tax liability, it is in the public interest that there be some finality on the fixation of any such liability. That is why there are "limitations in the taxing and appeal provisions", as found by Addy J. in *Thyssen Mining Construction of Canada Ltd. v. The Queen*, [1975] F.C. 81

Galway c. Le ministre du Revenu national, [1974] 1 C.F. 593; 74 DTC 6247 (C.A.). Dans l'affaire *Galway*, le juge en chef de la Cour fédérale a déclaré ce qui suit, aux pages 596 C.F.; 6249 DTC:

Il semble évident qu'en établissant une nouvelle cotisation, le Ministre ne peut rien faire d'autre que l'établir en conformité du pouvoir que lui confère la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le juge en chef ajoute ce qui suit, aux pages 598 C.F.; 6250 DTC:

Dans ces circonstances, nous émettons des doutes sérieux quant à savoir si le Ministre est fondé en droit à établir une nouvelle cotisation pour ne réclamer qu'une partie du montant de l'impôt en cause. S'il n'est pas fondé en droit à le faire, la Cour ne peut exiger qu'il le fasse.

Dans l'affaire *Cohen c. La Reine* (1980), 80 DTC 6250 (C.A.F.), le juge Pratte a adopté le raisonnement de l'arrêt *Galway* à l'égard de l'appel d'un contribuable visant une nouvelle cotisation fondée sur une convention préalable avec le ministre. La Cour d'appel avait conclu [dans *Galway c. Ministre du Revenu national*, [1974] 1 C.F. 600, à la page 602; (1974), 74 DTC 6355, à la page 6357] que «le Ministre a l'obligation, aux termes de la Loi, de fixer le montant de l'impôt exigible d'après les faits qu'il établit et en conformité de son interprétation de la loi. Il s'ensuit qu'il ne peut établir une cotisation pour un certain montant fixé afin de donner effet à un compromis». Le juge Pratte a ajouté ce qui suit, à la page 6251:

La convention par laquelle le ministre accepterait de cotiser pour les fins de l'impôt sur le revenu autrement que suivant la loi serait à mon avis illicite. Il s'ensuit que même si le dossier corroborait la prétention de l'appellant lorsqu'il affirme que le ministre a accepté de considérer le gain en cause comme un gain de capital, cette convention ne saurait obliger le ministre et ne lui interdirait pas de cotiser la contribution que doit verser l'appellant conformément aux exigences de la loi.

Selon l'avocat de la Couronne, il faut déduire de ces décisions le principe selon lequel le ministre ne peut, sciemment, établir des cotisations en contravention des dispositions de la Loi.

Dans un autre argument, la Couronne prétend que, si l'on interprète fidèlement le régime prévu par la loi pour établir l'assujettissement à l'impôt, il est d'intérêt public de donner un certain caractère définitif à l'assujettissement à l'impôt. Voilà pourquoi il existe des «délais dans les mécanismes d'imposition et d'appel», comme a conclu le juge Addy dans *Thyssen Mining Construction of*

(T.D.), at page 89. As a consequence, the declaratory judgment requested by the plaintiff would frustrate and be in contravention of Parliament's intention as reflected in the statute as well as be contrary to jurisprudence dealing with the limits of the Minister's assessing process.

Counsel for the Crown also refers to the waiver filed by the plaintiff out of time. He submits that such a waiver cannot be permitted to extend the powers of the Minister since, to put it into counsel's own words,

(i) the waiver would in effect eliminate clear statutory limits to the assessing powers of the Minister and purport to validate what would be ultra vires acts on the part of the Minister;

(ii) the granting of a waiver outside the 3 year limit would clearly frustrate Parliament's intention which specifically restricted the time within which a waiver could be filed;

(iii) the relevant provision was not enacted for the exclusive benefit of the Plaintiff.

Citing *Halsbury's* 4th ed., vol. 1, paragraphs 23 to 25, counsel states that as a general rule, a waiver cannot give a public authority more power than it legitimately possesses under the relevant legislation. It can only be waived by a person where it can be said that the provision is a procedural requirement enacted solely for his benefit. Of assistance to the Court in this respect, says counsel, is the 1947 case of *Melahn, Elmer M. v. Commissioner of Internal Revenue*, 9 T. C. 769 (1947 U.S.T.C.). That Court rejected the notion that limitation provisions were for the benefit of the taxpayer and can be waived by him. The Court stated at page 777:

The very nature of the question in the case at bar, furthermore, shows that the statute of limitations involved herein is not exclusively for the benefit of the taxpayer, as petitioner contends. It is much to the interest of the Commissioner and to the stability of public revenue that the waiver of limitations be done only in the manner set forth by the statute. A principle of statutory construction of ancient lineage provides that, when a statute limits the method of performing an act, it thereby precludes other methods.

In the United Kingdom, the House of Lords in the case of *Kammins Ballrooms Co Ltd v Zenith Investment (Torquay) Ltd*, [1970] 2 All E.R. 871 (H.L.), decided that statutory time limits imposed

Canada Ltd. c. La Reine, [1975] C.F. 81 (1^{re} inst.), à la page 89. Par conséquent, le jugement déclaratoire sollicité par la demanderesse dérogerait et contreviendrait à l'intention du législateur manifestée dans la Loi et irait à l'encontre de la jurisprudence portant sur les limites du rôle du ministre en matière d'établissement de cotisations.

L'avocat de la Couronne mentionne également la renonciation signifiée hors délai par la demanderesse. Il fait valoir qu'une telle renonciation ne peut augmenter les pouvoirs du ministre puisque, pour reprendre les mots de l'avocat,

[TRADUCTION] (i) la renonciation aurait pour effet d'éliminer les limites claires auxquelles la Loi assujettit les pouvoirs de cotisation du ministre et viserait à valider des actes qui sont au-delà des pouvoirs du ministre;

(ii) le fait d'accorder une renonciation après l'expiration du délai de 3 ans dérogerait clairement à l'intention du législateur qui a expressément prévu un temps limité pour la production de la renonciation;

(iii) la disposition pertinente n'a pas été adoptée pour le bénéfice exclusif de la demanderesse.

En citant les paragraphes 23 à 25 du volume 1 de la 4^e édition d'*Halsbury*, l'avocat fait valoir qu'en règle générale, une renonciation ne peut donner à une autorité publique plus de pouvoir que celui dont elle dispose légitimement en vertu de la législation pertinente. Une personne ne peut faire une renonciation que lorsque la disposition est manifestement un mécanisme procédural adopté uniquement pour son bénéfice. Selon l'avocat, la Cour peut s'inspirer à cet égard de la décision *Melahn, Elmer M. v. Commissioner of Internal Revenue* rendue en 1947, 9 T. C. 769 (1947 U.S.T.C.). Dans cette affaire, la Cour a rejeté la notion selon laquelle les dispositions prévoyant des délais avaient été adoptées pour le bénéfice du contribuable, qui pouvait y renoncer. La Cour a déclaré ce qui suit, à la page 777:

[TRADUCTION] La nature même de la question dont est saisie la Cour montre de plus que le délai de prescription en cause n'est pas établi exclusivement pour le bénéfice du contribuable, comme le prétend le requérant. Il importe beaucoup pour le commissaire et pour la stabilité du revenu public que la renonciation aux délais n'ait lieu que de la façon prévue par la loi. Un principe d'interprétation législative ancien prévoit que, lorsqu'une loi prescrit limitativement la façon d'accomplir un acte, elle élimine par le fait même d'autres façons.

Au Royaume-Uni, la Chambre des lords a conclu dans l'affaire *Kammins Ballrooms Co Ltd v Zenith Investment (Torquay) Ltd*, [1970] 2 All E.R. 871 (H.L.), que les délais de prescription

by the *Landlord and Tenant Act 1954*, were merely procedural and could be waived by a party. In another case, however, Bristow J. of the Queen's Bench Division in *Howard v Secretary of State for the Environment*, [1972] 3 All E.R. 310 (Q.B.), decided that a time limit to file an appeal under the *Town and Country Planning Act 1968* was a mandatory provision and that the Secretary of State had no power to entertain an appeal made out of time.

Counsel for the Crown contends that the waiver provision in the *Income Tax Act* is not exclusively for the benefit of the taxpayer. It is there as a matter of public policy and the waiver must necessarily comply with the strict conditions which the statute imposes. A waiver filed under any other circumstances than those provided in the statute is of no consequence and cannot have the effect of clothing the Minister with a power which he does not otherwise possess.

THE CASE FOR THE PLAINTIFF

Counsel for the plaintiff submits as a general proposition that there is no statutory bar to the Minister issuing a reassessment. This proposition, counsel suggests, is reflected in the Minister's Circular No. 75-7R3 dated July 9, 1984, where paragraph 4 thereof reads as follows:

Reassessment to reduce tax payable

4. A reassessment to create a refund ordinarily will be made upon receipt of a written request by the taxpayer, even if a notice of objection has not been filed within the prescribed time, provided that

(a) the taxpayer has, within the four year filing period required by subsection 164(1), filed the return of income;

(b) the Department is satisfied that the previous assessment or reassessment was wrong;

(c) the reassessment can be made within the four-year period or the seven-year period, as the case may be, referred to in paragraph 1 above or, if that is not possible, the taxpayer has filed a waiver in prescribed form;

(d) the requested decrease in taxable income assessed is not based solely on an increased claim for capital cost allowances or other permissive deductions, where the taxpayer originally claimed less than the maximum allowable; and

prévus par la *Landlord and Tenant Act 1954* visaient uniquement la procédure et qu'ils pouvaient faire l'objet d'une renonciation par une partie. Dans l'affaire *Howard v Secretary of State for the Environment*, [1972] 3 All E.R. 310 (Q.B.), toutefois, le juge Bristow, de la Division du Banc de la Reine, a conclu que le délai prévu pour présenter un appel en vertu de la *Town and Country Planning Act 1968* était une disposition impérative et que le secrétaire d'État n'avait aucun pouvoir pour entendre l'appel interjeté après l'expiration du délai.

L'avocat de la Couronne prétend que la disposition de renonciation prévue dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas exclusivement au bénéfice du contribuable. Elle s'y trouve pour des raisons de politique publique et la renonciation doit nécessairement respecter les conditions strictes prévues dans la Loi. Une renonciation qui serait présentée dans d'autres circonstances que celles qui sont prévues dans la Loi n'entraînerait aucun effet et ne pourrait avoir pour conséquence de conférer au Ministre un pouvoir qu'il n'aurait pas autrement.

LES ARGUMENTS DE LA DEMANDERESSE

L'avocat de la demanderesse fait valoir à titre d'argument général qu'il n'existe dans la Loi aucune disposition empêchant le ministre d'établir une nouvelle cotisation. Selon l'avocat, ce principe est reflété dans la Circulaire n° 75-7R3 du ministre, datée du 9 juillet 1984, dont nous reproduisons le paragraphe 4:

8 Nouvelle cotisation visant à réduire l'impôt à payer

4. Sur réception d'une demande écrite du contribuable, le Ministère établit ordinairement une nouvelle cotisation pour donner un remboursement, même si un avis d'opposition n'a pas été produit dans le délai prescrit, pourvu:

a) que le contribuable ait produit la déclaration de revenu dans le délai de quatre ans mentionné au paragraphe 164(1);

b) que le Ministère soit convaincu que la cotisation ou nouvelle cotisation précédente était inexacte;

c) qu'il soit possible d'établir une nouvelle cotisation dans le délai de quatre ans ou de sept ans, selon le cas, dont il est fait mention au numéro 1 précédent ou, s'il n'est pas possible de remplir cette condition, que le contribuable ait produit une renonciation en la forme prescrite;

d) que la réduction du revenu imposable établi ne résulte pas uniquement d'une majoration des déductions pour amortissement ou d'autres déductions laissant une marge de manœuvre au contribuable, lorsque ce dernier a demandé au départ une déduction inférieure au maximum déductible; et

(e) the application for a refund is not based solely upon a successful appeal to the Courts by a taxpayer.

Ordinarily a taxpayer must set out specifically what is considered to be wrong in the assessment for the year.

The plaintiff argues that what must be kept in mind are the realities of the situation. The plaintiff is unjustly out-of-pocket. It has been unjustly charged with taxes which the Supreme Court of Canada has decided are not owing. Throughout the years from 1982 to 1986, when the plaintiff's challenge laboriously worked its way up the court system, both the Crown as well as the plaintiff were aware that the factual base provoking the conflict in statute interpretation of the plaintiff's investment income was being repeated from year to year. The Crown was a participant in the appeals taken by the plaintiff before the Federal Court of Canada, in both the Trial and the Appeal Divisions as well as before the Supreme Court of Canada. The Crown knew that the final determination, one way or the other, would settle the issue not only for the years under appeal but for the subsequent years as well.

It would therefore be in keeping with the whole scheme of income taxation for the Crown to have at least the legal right to reassess even though it might not have the statutory obligation to do so.

Counsel for the plaintiff suggests further that on a proper reading of the particular limitations found in subsection 152(4), one should conclude that they are there to protect the taxpayer. They are necessary safeguards to the wide and unfettered authority conferred on the Minister, by the opening words of the subsection, namely, to assess "at any time". Were it not for the prescriptive periods imposed, a taxpayer could be left in permanent limbo as to his tax position over any number of years. Taxes are debts due to the Crown and as a consequence, a taxpayer would never be able to define or certify the true amount of his liabilities.

Counsel urges the Court to find that the safeguards found in subsection 152(4) are there as a shield to protect the taxpayer. Outside of the limits

e) que la demande de remboursement ne se fonde pas uniquement sur un appel devant les tribunaux d'un autre contribuable ayant eu gain de cause.

D'ordinaire, le contribuable doit indiquer avec précision ce qu'il juge inexact dans la cotisation de l'année en cause.

a

La demanderesse prétend qu'il faut tenir compte de la réalité en cause. Elle est injustement dépossédée de certains montants. Elle a injustement été forcée de payer des impôts auxquels elle n'était pas assujettie selon l'arrêt de la Cour suprême du Canada. De 1982 à 1986, au moment où l'opposition de la demanderesse faisait laborieusement son chemin dans le système judiciaire, la Couronne et la demanderesse savaient toutes deux que l'ensemble des faits donnant lieu au différend sur l'interprétation de la Loi à l'égard du revenu d'investissement de la demanderesse se répétait d'année en année. La Couronne était partie aux appels interjetés par la demanderesse devant la Cour fédérale du Canada, Division de première instance et Division d'appel, tout comme devant la Cour suprême du Canada. La Couronne savait que la décision finale, dans un sens ou dans l'autre, réglerait la question non seulement pour les années visées par l'appel mais également pour les années subséquentes.

e

Il serait par conséquent logique, compte tenu de tout le régime de l'impôt sur le revenu, que la Couronne ait à tout le moins le droit légal d'établir de nouvelles cotisations même si elle n'y était pas obligée aux termes de la Loi.

f

L'avocat de la demanderesse fait de plus valoir qu'à la lecture des dispositions du paragraphe 152(4), qui prévoient expressément des délais, force est de conclure que les délais visent à protéger le contribuable. Ils constituent des garanties nécessaires compte tenu du pouvoir vaste et illimité de fixer des impôts qui est conféré au ministre par les mots «à une date quelconque» au début du paragraphe. S'il n'y avait aucun délai, le contribuable serait dans l'incertitude permanente quant à son assujettissement à l'impôt pour bon nombre d'années. L'impôt constitue une dette envers la Couronne et par conséquent, le contribuable ne serait jamais en mesure de définir ou de préciser le montant exact de ses obligations.

g

h

i

L'avocat demande à la Cour de conclure que les garanties prévues au paragraphe 152(4) constituent un bouclier visant à protéger le contribuable.

j

imposed, the Minister must prove either fraud or waiver. In the absence of either, the taxpayer can resist any notice of assessment and have it declared null and of no effect. It does not follow, however, that such notice of assessment would be void *ab initio*. It would simply be voidable and its voidable character would only be crystallized if the taxpayer decided to avail himself of his statutory defences.

This approach, says counsel, is consistent with other provisions of the Act including, *inter alia*, subsection 152(8) which declares that "An assessment ... shall ... be deemed to be valid and binding". It is also consistent with the statutory duty imposed on the Minister to fix the tax payable under the Act. No more, no less. As a generic principle, therefore, the protection afforded a taxpayer under subsection 152(4) is not one of public policy but in a nature of a private right which a taxpayer may exercise at will.

In fact, argues plaintiff's counsel, the situation is analogous to an action taken on a bill of exchange well after the applicable limitations period. The defendant is perfectly free to raise or not to raise this in his defence. If he fails to do so, it is no bar to the action proceeding on the merits. In any event, says counsel, the claim on the outstanding bill subsists. It is only the right of action which might be prescribed.

In support of his proposition that subsection 152(4) is a shield to protect a taxpayer and which a taxpayer may discard, counsel for the plaintiff refers to *Charron v. M.N.R.*, a Tax Review Board decision reported at (1981), 81 DTC 271 where, at page 273, member D. E. Taylor looks upon section 152 of the Act as a "special protection accorded taxpayers" and which cannot lightly be set aside by the Minister.

Counsel also refers to *Gunnar Mining Limited v. Minister of National Revenue* (1969), 70 DTC 1020, where J. O. Welden, Q.C. of the Tax Appeal Board states at page 1026 that "the waiver provision in section 46(4) of the Act was plainly intend-

En dehors des délais prévus, le ministre doit prouver qu'il y a fraude ou qu'il y a renonciation. En l'absence de ces deux circonstances, le contribuable peut s'opposer à tout avis de cotisation et le faire casser. Cela ne signifie toutefois pas que cet avis de cotisation soit intrinsèquement nul. Il serait plutôt simplement annulable et l'annulation ne se cristalliserait que si le contribuable décidait de se prévaloir des moyens de défense que lui accorde la Loi.

Selon l'avocat, cette façon d'aborder la question correspond à d'autres dispositions de la Loi, notamment au paragraphe 152(8) qui prévoit qu'«une cotisation est réputée être valide et exécutoire». Elle correspond également à l'obligation légale du ministre de fixer l'impôt payable en vertu de la Loi. Ni plus ni moins. À titre de principe général, par conséquent, la garantie accordée au contribuable aux termes du paragraphe 152(4) ne constitue pas une garantie en vertu de la politique publique, mais plutôt un droit personnel que le contribuable peut exercer à son gré.

En fait, selon l'avocat de la demanderesse, la situation est analogue à celle d'une action intentée à l'égard d'une lettre de change une fois expirés les délais applicables. Le défendeur est parfaitement libre d'invoquer ou non ce fait comme moyen de défense. S'il ne le fait pas, l'action peut être entendue sur le fond. De toute façon, fait valoir l'avocat, la réclamation fondée sur la lettre de change est toujours valable. Seul le droit d'action peut être prescrit.

Pour étayer son argument selon lequel le paragraphe 152(4) est un bouclier qui a pour objet de protéger le contribuable et auquel ce dernier peut renoncer, l'avocat de la demanderesse cite la décision *Charron c. M.R.N.*, de la Commission de révision de l'impôt, publiée au (1981), 81 DTC 271, dans laquelle D. E. Taylor, membre de la Commission, déclare, à la page que l'article 152 de la Loi accorde une «protection spéciale ... au contribuable», protection qui ne peut être retirée à la légère par le ministre.

L'avocat cite également la décision *Gunnar Mining Limited c. Le ministre du Revenu national* (1969), 70 DTC 1020, dans laquelle J. O. Welden, c.r., de la Commission d'appel de l'impôt déclare, à la page 1026, que «la disposition relative à la

ed for the sole benefit and protection of taxpayers and was not intended to prevent an assessment sought by a taxpayer”.

The Board's decision in that case goes on to say [at page 1026]:

... since Parliament obviously intended to give the Minister the broadest possible powers of assessment under section 46, the way appears to have been left open thereunder for him to make an assessment at any time at the request and with the consent of the taxpayer involved having regard to the Minister's almost impregnable position under subsection (7) of section 46 which purports to cure any error, defect or omission therein. It has not been possible for me to imagine how an assessment made under those circumstances could run counter to section 46 or the plain overall purpose thereof.²

The plaintiff also finds support with respect to the presumed validity of any tax assessment in the case of *Morch, Jacob John v. Minister of National Revenue*, [1949] Ex.C.R. 327; 49 DTC 649 where the President of the Exchequer Court at pages 333-334 Ex.C.R.; 652 DTC is quoted as saying that, until a taxpayer can discharge the onus that an assessment is erroneous in fact or in law, it remains a valid assessment, a statement substantially repeated by the Trial Division of the Federal Court in *R. v. Taylor*, [1985] 1 F.C. 331, at page 336; 84 DTC 6459 (T.D.), at page 6461.

Counsel further submits that indicative of the judicial approach to the legal character of an assessment and to the nature of the defences available to a taxpayer is the judgment of Reed J. of this Court in *Davis, W. W. v. The Queen* (1984), 84 DTC 6518 (F.C.T.D.). The taxpayer in that case had been reassessed in 1966 with respect to his 1950 taxation year and in so doing, the Crown alleged misrepresentation on the part of the taxpayer which removed the taxpayer from the protective limitation of subsection 152(4). The parties settled the issue before trial and, in 1968, minutes of a settlement were filed in Court and confirmed

² Section 46 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended by S.C. 1956, c. 39, s. 11, and by S.C. 1960, c. 43, s. 15, applied the six-year limitation. A 1960 amendment brought in the four-year waiver rule.

renonciation contenue au paragraphe 46(4) de la Loi a été manifestement édictée pour les seuls bénéficiaires et protection des contribuables et non dans le but de frustrer une demande de cotisation de la part de ceux-ci».

La décision de la Commission dans cette affaire se poursuit ainsi [à la page 1026]:

... il est manifeste que l'article 46 exprime la volonté du législateur de donner au Ministre les pouvoirs de cotisation les plus étendus possibles et que, par conséquent, il était loisible à ce dernier, en raison de la situation quasi inattaquable dans laquelle le place le paragraphe 7 de l'article 46 (qui vise à corriger toute erreur, tout vice de forme ou toute omission dans une cotisation), d'établir une cotisation à n'importe quel moment, à la demande et avec le consentement du contribuable en cause. Il m'est impossible de comprendre comment une cotisation établie dans ces circonstances pourrait aller à l'encontre de l'article 46 ou de la fin générale et manifeste recherchée par cet article².

La demanderesse s'appuie également, à l'égard de la validité présumée de toute cotisation d'impôt, sur la décision *Morch, Jacob John v. Minister of National Revenue*, [1949] R.C.É. 327; 49 DTC 649, dans laquelle le président de la Cour de l'Échiquier, aux pages 333 et 334 R.C.É.; 652 DTC, a déclaré que tant qu'un contribuable ne peut s'acquitter du fardeau de prouver que la cotisation est erronée en fait ou en droit, celle-ci demeure une cotisation valide, déclaration qui a été reprise en substance par la Division de première instance de la Cour fédérale dans l'affaire *R. c. Taylor*, [1985] 1 C.F. 331, à la page 336; 84 DTC 6459 (1^{re} inst.), à la page 6461.

L'avocat fait de plus valoir que la décision du juge Reed de cette Cour dans l'affaire *Davis, W. W. c. La Reine* (1984), 84 DTC 6518 (C.F. 1^{re} inst.), donne une bonne indication de l'attitude des tribunaux à l'égard du caractère légal d'une cotisation et de la nature des moyens de défense que le contribuable peut invoquer. Dans cette affaire, le contribuable a fait l'objet d'une nouvelle cotisation en 1966 à l'égard de son année d'imposition 1950; à cette occasion, la Couronne a prétendu que le contribuable avait fait de fausses déclarations, ce qui le privait de la protection du délai prévu au paragraphe 152(4). Les parties ont conclu une

² L'article 46 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, modifiée par S.C. 1956, chap. 39, art. 11, et par S.C. 1960, chap. 43, art. 15, prévoyait un délai de six ans. Une modification apportée en 1960 a introduit la règle de la renonciation dans les quatre ans.

by judgment. In December 1969, a notice of reassessment in conformity with the judgment was issued and the taxpayer appealed against that reassessment on the grounds that the Minister, prior to the filing of the judgment, had not proved misrepresentation on the taxpayer's part and that the reassessment was thereupon statute-barred.

In the face of this, Reed J. had this to say at page 6519:

I do not think this claim is well founded. The Minister is not required to prove misrepresentation before he sends out a notice of reassessment which is dated beyond the 4 year time period provided for in the statute. Misrepresentation must be proved only if the matter goes to trial.

Later, at page 6520, Reed J. notes that "If, as the plaintiff alleges, the Minister was required to prove misrepresentation before a settlement judgment could be entered, there would be no reason for him to engage in such a settlement . . . If the taxpayer's claim in this regard were right, it could undercut the whole purpose and rationale of settling claims without going to trial".

Counsel for the plaintiff urges me to conclude from the foregoing that no more than private interests are involved as far as a taxpayer's protection under subsection 152(4) is concerned. A taxpayer may, by consent, agree to respect a reassessment even though issued way out of time with no misrepresentation or fraud having been proven.

This, of course, was the view which had been taken by the Federal Court of Appeal in an earlier case, namely, *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, [1974] 1 F.C. 554; 74 DTC 6197 (C.A.), where the taxpayer had consented to terms of settlement of outstanding assessments covering some fifteen years, had admitted the correctness of the assessments and had waived his rights of appeal.

After ruling that, on the facts, the settlement terms could not be regarded as a thwarting of the statute or of the statutory scheme or as a substitution of taxation by contract for taxation according to statute, Thurlow J., as he then was, said this at pages 566 F.C.; 6203-6204 DTC:

transaction avant le procès et, en 1968, les termes de la transaction ont été produits devant la Cour et ratifiés par jugement. En décembre 1969, un avis de nouvelle cotisation conforme au jugement a été émis et le contribuable a interjeté appel de cet avis en prétendant que le ministre, avant le dépôt du jugement, n'avait pas prouvé les fausses déclarations du contribuable et que la nouvelle cotisation était prescrite en vertu de la Loi.

Voici ce que le juge Reed a déclaré à ce sujet, à la page 6519:

J'estime que cette prétention n'est pas fondée. Le ministre n'est pas tenu de prouver les fausses déclarations avant d'envoyer un avis de nouvelle cotisation établi après l'expiration du délai de quatre ans prévu par la loi. Les fausses déclarations n'ont à être prouvées que si l'affaire est instruite.

Plus loin, à la page 6520, le juge Reed déclare ce qui suit: «Si, comme le prétend le demandeur, le ministre était tenu de prouver les fausses déclarations avant que la Cour ne ratifie par jugement la transaction, le ministre n'aurait aucune raison de signer une telle transaction . . . Si on doit admettre la prétention formulée par le contribuable à cet égard, on sape à sa base tout l'objectif et la raison d'être des règlements à l'amiable.»

L'avocat de la demanderesse me demande de conclure de ce qui précède que la protection accordée au contribuable en vertu du paragraphe 152(4) se limite à des intérêts personnels. Le contribuable peut, à son gré, convenir de respecter une nouvelle cotisation même si celle-ci est établie longtemps après le délai et sans qu'il y ait preuve de fausses déclarations ou de fraude.

Il s'agit là, bien sûr, de la position adoptée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Smerchanski c. Le ministre du Revenu national*, [1974] C.F. 554; 74 DTC 6197 (C.A.), où le contribuable avait consenti à une transaction portant sur les cotisations de près de quinze années, admis l'exactitude des cotisations et renoncé à ses droits d'appel.

Après avoir conclu, selon les faits, que rien dans les termes de la transaction ne pouvait être considéré comme déjouant la Loi ou l'économie de la Loi ou comme substituant l'imposition par contrat à l'imposition selon la Loi, le juge Thurlow (tel était alors son titre) a déclaré ce qui suit, aux pages 566 C.F.; 6203 et 6204 DTC:

Turning to the second way in which the appellant's submission was put it appears to me, again, as a general proposition, that it is not open to the Minister to stipulate as a condition of making a re-assessment that the taxpayer admit liability for the amount to be assessed or that he waive his right of appeal. There is nothing in the statute which expressly or impliedly prohibits the making of such a stipulation by him but on the other hand nothing in the statute appears to me to expressly or impliedly authorize him to exercise his statutory powers in that way. To that extent I am in agreement with the appellant's proposition. However, if this is the correct view it appears to me that the right to object to such a stipulation is one that accrues to the taxpayer concerned and if for some reason of his own, such as the hope of avoiding a public prosecution, the taxpayer consents to such a stipulation or waives his right to object there appears to me to be no principle of public morality or of public policy which would intervene to protect him from the consequences of his own act in so consenting or waiving. I am also of the opinion that the right of a taxpayer under the Act to appeal from an assessment is not a public right or one conferred for the public benefit but is a private right of the taxpayer which he is entitled to forego or to waive if he sees fit to do so.

At pages 567 F.C.; 6204 DTC of the judgment, Thurlow J. added this:

Applying these considerations to the present situation it appears to me that if it can be said, as I think it may, that the Minister stipulated as a condition of his proceeding in the matter by way of re-assessment to recover penalties incurred, as well as taxes and interest, that the appellant admit his liability, pay the amounts assessed forthwith and waive his right of appeal, the appellant did not object thereto but, on the contrary, as evidenced both by his execution of the commitment of July 2, 1964 and by his execution of the document of July 10, 1964 and his immediate payment of the amounts assessed, consented to and approved of the stipulation. He did this in each instance with his eyes open and upon the advice of competent counsel and there is, in my view, no principle of public policy or public morality or of the policy of the statute which is offended by the assessments having been made upon such stipulation and consent or which would relieve the appellant from the consequences of his consent or of his formal waiver of his right to appeal from the assessments so made. I therefore agree with the conclusion of the learned Trial Judge that the appellant is bound by the waiver of appeal contained in the document executed by him and delivered on July 10, 1964.

This unfettered right of a taxpayer to waive his right of appeal, even when the threat of criminal prosecution hangs over him, was endorsed by the Supreme Court of Canada when the *Smerchanski* case went to appeal. Reported at [1977] 2 S.C.R. 23; 76 DTC 6247, the judgment of the Court was delivered by the Chief Justice who stated at pages 31 S.C.R.; 6251 DTC:

Since it is not contested that a taxpayer may validly waive his rights of appeal against a tax assessment and that no question of public policy is involved to preclude such a waiver,

Passons à la deuxième façon dont la prétention de l'appellant a été présentée. À nouveau, il me semble, d'un point de vue général, qu'il n'est pas loisible au Ministre de stipuler, comme condition pour établir une nouvelle cotisation, que le contribuable reconnaisse qu'il est débiteur du montant à déterminer ou qu'il renonce à son droit d'appel. Rien dans la loi ne lui interdit expressément ou tacitement de faire une telle stipulation, mais d'autre part rien dans la loi ne me semble l'autoriser expressément ou tacitement à exercer ses pouvoirs de cette façon. Dans cette mesure, je partage le point de vue de l'appellant. Cependant, s'il est valable, il me semble que le droit de s'opposer à cette stipulation appartient au contribuable concerné et que si, pour quelque motif personnel, comme l'espoir d'éviter une poursuite publique, le contribuable consent à une telle stipulation ou renonce à son droit de s'opposer, il me semble n'exister aucun principe d'ordre public ou de bonnes mœurs qui pourrait intervenir pour le protéger des conséquences de son propre acte de consentement ou de renonciation. J'estime également que le droit d'un contribuable d'interjeter appel d'une cotisation en vertu de la Loi ne constitue pas un droit d'ordre public ou un droit conféré à l'avantage du public, mais plutôt un droit personnel auquel il peut renoncer s'il juge bon de le faire.

Aux pages 567 C.F.; 6204 DTC du jugement, le juge Thurlow a ajouté ce qui suit:

Appliquant ces considérations à la situation actuelle, il m'apparaît que, si l'on peut dire, avec raison je crois, qu'avant de procéder par voie de nouvelles cotisations en vue de recouvrer les pénalités encourues, ainsi que les impôts et l'intérêt, le Ministre a fixé comme condition que l'appellant se reconnaisse débiteur, paie sans délai les montants exigibles et renonce à son droit d'appel, l'appellant ne s'y est pas opposé mais, au contraire, comme l'ont prouvé sa signature de l'engagement du 2 juillet 1964 et du document du 10 juillet 1964 ainsi que son paiement immédiat des montants exigibles, qu'il y a consenti et qu'il a approuvé la stipulation. En chaque cas, il l'a fait en pleine connaissance de cause et sur les conseils d'avocats compétents et, à mon sens, le fait d'établir les cotisations en se fondant sur cette stipulation et sur ce consentement ne porte atteinte à aucun principe d'ordre public, de bonnes mœurs ni aux principes contenus dans la loi; et aucun de ces principes ne saurait soustraire l'appellant aux conséquences de son consentement ou de sa renonciation formelle à son droit d'interjeter appel des cotisations ainsi établies. Je souscris donc à la conclusion du savant juge de première instance que l'appellant est lié par la renonciation au droit d'appel que comporte le document qu'il a signé et remis le 10 juillet 1964.

Ce droit illimité du contribuable de renoncer à son droit d'appel, même lorsque pèse sur lui la menace de poursuites criminelles, a été reconnu par la Cour suprême du Canada lorsqu'elle a été saisie du pourvoi dans l'affaire *Smerchanski*. L'arrêt de la Cour, [1977] 2 R.C.S. 23; 76 DTC 6247, a été rendu par le juge en chef qui a déclaré ce qui suit, aux pages 31 R.C.S.; 6251 DTC:

Comme il n'est pas contesté qu'un contribuable peut valablement renoncer à son droit d'appel contre une cotisation d'impôt et que l'intérêt public ne s'oppose pas à pareille renonciation, la

the only issue of importance in this appeal is whether the tax authorities, seriously contemplating prosecution, and by indictment as in the present case, are entitled to exact a waiver of rights of appeal as a binding term of settling a clear tax liability when overtures for settlement are made by the taxpayer and, in consequence, to abandon their intention to prosecute.

The Chief Justice went on to say at pages 34 S.C.R.; 6252 DTC:

The result to which I would come in this case is encased in broad statutory provisions in both England and the United States. Authorization for pecuniary settlements instead of instituting criminal proceedings has been part of the tax law in England since 1944 and is now found in the *Taxes Management Act*, 1970 (U.K.), c. 9, s. 105. In the United States, ss. 7121 and 7122 of the *Internal Revenue Code* of 1954 authorize settlements and compromises of tax liability as against civil or criminal proceedings prior to reference to the Department of Justice for prosecution or defence. I do not regard these provisions as necessarily pointing to the common law invalidity of all contractual settlements made in the knowledge of probable prosecution and in order to avoid it. Rather they represent an acknowledgement of practice by seeking to put beyond dispute the power of the tax collector to settle or compromise tax liability, even if there be wilful evasion leaving the taxpayer open to possible or probable prosecution.

I would dismiss the appeals with costs.

CONCLUSIONS

I should not wish to flatter counsel unduly but they have both convinced me that there is ambiguity in the statute dealing with the right of the Minister to reassess in the circumstances of the case at bar. To resolve that ambiguity is not without difficulty.

Subsection 152(1) states clearly that the Minister shall examine a taxpayer's return and assess tax for the year. Subsection 152(4), on the other hand, says that a minister may at any time assess tax.

Similarly, subsection 152(1) speaks of a taxpayer's tax return. So does subsection 152(4) and subsection 152(5) and subsection 152(6). All of them indicate that the Minister's duty or discretion under subsection 152(1) or subsection 152(4) respectively may only be exercised on the basis of tax returns having been previously filed. It is only in subsection 152(7) that the Minister may assess a tax even though no return has been filed. This might lead one to suggest that there is a duty on the Minister to assess where a return has been

seule question importante en litige dans le présent appel est de savoir si le fisc, lorsqu'il envisage sérieusement des poursuites, par voie d'acte d'accusation comme c'est le cas en l'espèce, peut, sur l'offre faite par le contribuable, imposer comme condition préalable au règlement d'une dette fiscale indubitable a la renonciation au droit d'appel et, par voie de conséquence, renoncer lui-même à toute poursuite.

Le juge en chef ajoute ce qui suit, aux pages 34 R.C.S.; 6252 DTC:

La conclusion à laquelle j'arrive en l'espèce fait l'objet de dispositions statutaires d'ordre général en droit anglais aussi bien qu'américain. En effet, depuis 1944, le droit fiscal anglais autorise le recours aux règlements financiers au lieu de poursuites criminelles, solution aujourd'hui consacrée par la *Taxes Management Act*, 1970 (U.K.), c. 9., art. 105. Aux États-Unis, les art. 7121 et 7122 du *Internal Revenue Code* de 1954 autorisent les règlements et les transactions en matière de dettes fiscales par opposition aux poursuites civiles ou criminelles, avant qu'il y ait renvoi au ministère de la Justice aux fins de poursuites ou de défense. Je ne crois pas que ces dispositions indiquent nécessairement l'invalidité en *common law* de tous les règlements contractuels conclus dans la crainte de poursuites possibles et dans l'intention de les éviter. Elles reflètent plutôt la pratique suivie, et ont pour but de soustraire à toute contestation le pouvoir du percepteur de conclure un règlement ou un compromis en matière de dette fiscale, même lorsque le contribuable s'expose à des poursuites possibles ou probables par suite de fraude délibérée.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens.

CONCLUSIONS

Sans vouloir trop flatter les avocats des parties, j je dois reconnaître qu'ils m'ont tous deux convaincu de l'ambiguïté de la Loi en ce qui a trait au droit du ministre d'établir de nouvelles cotisations dans les circonstances de l'espèce. Lever cette ambiguïté n'est pas tâche facile.

Le paragraphe 152(1) prévoit clairement que le ministre doit examiner la déclaration de revenu d'un contribuable et fixer l'impôt pour l'année. Par ailleurs, le paragraphe 152(4) énonce que le ministre peut, à une date quelconque, fixer des impôts.

De même, le paragraphe 152(1) parle de la déclaration de revenu d'un contribuable, tout comme les paragraphes 152(4), 152(5) et 152(6). Toutes ces dispositions indiquent que le devoir du ministre en vertu du paragraphe 152(1) ou son pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 152(4) ne peut être exercé que lorsque des déclarations de revenu ont été produites. Seul le paragraphe 152(7) prévoit que le ministre peut fixer l'impôt à payer même en l'absence d'une déclaration. Cela pourrait donner à penser que le ministre a

filed but he enjoys a statutory discretion when it is otherwise.

Those observations are not necessarily pertinent to the case before me but they nevertheless outline the difficulties one faces in dealing with such dichotomous terms in the context of the same section of the statute. So too with the limitations and waiver provisions found in subsection 152(4).

My initial interpretation of the Crown's argument is that if the Minister may only assess within certain limited periods of time unless misrepresentations or fraud is present or a waiver has been filed, he may not assess at any other time. As of the limitation dates prescribed in that subsection, the Minister's powers are exhausted and whether or not the situation calls for redress in favour of the Receiver General or in favour of the taxpayer, the tax liability is determined once and for all and with a finality that reality and logic will not displace.

In the eyes of the plaintiff, however, the issue is not so black and white. The plaintiff interprets the limitation period provided in subsection 152(4) as expressing the intention of Parliament to protect the taxpayer from the unruly exercise of the Minister's prerogatives to keep assessing or reassessing a taxpayer at will. It is not meant to close the door to an assessment at any time if the taxpayer should waive the protection which the subsection affords him.

As I view the arguments advanced by both sides, the issues may be broken down as follows:

1. In resolving the ambiguity in the text of subsection 152(4), should one read into it the intention of Parliament to write *finis* to the whole assessment scheme if the limitation periods mentioned therein are not respected? If so, that would be the end of the matter.

2. On the other hand, if it should be found that the limitations imposed are for the benefit of the taxpayer, it would continue to be the Minister's prerogative to assess at any time, leaving it to

l'obligation d'établir une cotisation lorsqu'une déclaration de revenu a été produite, mais qu'il a un pouvoir discrétionnaire dans le cas contraire.

Les observations qui précèdent ne sont pas nécessairement pertinentes à la question dont je suis saisi, mais elles illustrent néanmoins les difficultés découlant d'expressions dichotomiques à l'intérieur du même article de la Loi. Il en est de même des dispositions en matière de délai et de renonciation figurant au paragraphe 152(4).

Voici ma perception initiale de l'argument de la Couronne: si le ministre ne peut établir des cotisations qu'à l'intérieur de certains délais, sauf s'il y a présentation erronée des faits, fraude ou production d'une renonciation, il ne peut établir de cotisation en tout autre temps. Une fois expirés les délais prévus par ce paragraphe, les pouvoirs du ministre sont prescrits et, peu importe que la situation appelle un redressement en faveur du receveur général ou en faveur du contribuable, l'obligation fiscale est déterminée une fois pour toutes, avec une irrévocabilité que ni la réalité ni la logique ne peuvent entamer.

Aux yeux de la demanderesse toutefois, le point en litige n'est pas aussi noir sur blanc. La demanderesse interprète le délai prévu au paragraphe 152(4) comme l'expression de l'intention du législateur de protéger le contribuable contre l'exercice abusif du pouvoir du ministre d'établir à volonté des cotisations ou de nouvelles cotisations. La disposition n'a pas pour but d'empêcher l'établissement d'une nouvelle cotisation en tout temps si le contribuable renonce à la protection qu'elle lui accorde.

À la lumière des arguments présentés par les deux parties, je décomposerais ainsi les points en litige:

1. Pour lever l'ambiguïté de la formulation du paragraphe 152(4), faut-il voir dans cette disposition l'intention du législateur de mettre un point final à tout le mécanisme de l'établissement d'une cotisation si les délais qui y sont prévus ne sont pas respectés? Dans l'affirmative, la question serait tranchée.

2. Par contre, s'il s'avère que les délais prévus existent pour le bénéfice du contribuable, le pouvoir du ministre d'établir des cotisations à une date quelconque serait toujours en vigueur,

the taxpayer to avail himself of his defences if he so wishes.

In considering these alternatives, the factual basis on which these proceedings are taken cannot be completely overlooked. It is a fact that the assessments made by the Minister for the years 1973-1976 as well as for the years 1977-1981 are wrong, at least they are wrong in the sense that they are not according to law. It is admitted by the parties, and I have already referred to case law in that respect, that the Minister's powers only extend to fixing the tax liability under the Act. Therefore, whether or not the plaintiff is stuck with the assessments under review, namely for the years 1977-1981, the fact is that when the Supreme Court decision was handed down in 1986, it became evident that the tax liability imposed on the plaintiff was wrong in law and that the assessments had not been made under the Act. The plaintiff, in its returns for each of these years, declared its liability for tax. That declaration was a perfectly proper one. Next followed the assessments of 1983. As stated by Lord Dunedin in the case of *Whitney v. Inland Revenue Commissioners*, [1926] A.C. 37 (H.L.), at page 52, "there is the declaration of liability . . . Next, there is the assessment. Liability does not depend on assessment. That, ex hypothesi, has already been fixed. But assessment particularizes the exact sum which a person liable has to pay." It follows therefore that the tax liability of the plaintiff is in the amount declared by it and not in the amount fixed in the Minister's assessments.

The other elements which bemuses me somewhat is the position taken by the Crown when the plaintiff filed its waiver and requested that it be reassessed in conformity with the Supreme Court judgment. It seems to me, at first blush, that the decision of the Crown to accede to or refuse that request was purely discretionary. I have referred earlier to the mandatory and permissive authority of the Minister to assess under section 152. It appears to be mandatory under subsection 152(1) and subsection 152(2) but discretionary under sub-

et il serait loisible au contribuable d'invoquer les moyens de défense que lui accorde la Loi, s'il le désire.

^a Pour trancher cette alternative, il y a lieu de tenir compte, à tout le moins en partie, de la situation factuelle qui a donné lieu à la présente demande. Il est reconnu en fait que les cotisations établies par le ministre pour les années 1973 à ^b 1976 de même que pour les années 1977 à 1981 sont erronées, à tout le moins en ce sens qu'elles ne sont pas conformes à la loi. Les parties ont admis, et j'ai déjà cité des décisions à cet égard, que les pouvoirs conférés au ministre se limitent à l'éta- ^c blissement de l'obligation fiscale conformément à la Loi. Par conséquent, que la demanderesse soit ou non aux prises avec les cotisations visées par la présente demande, pour les années 1977 à 1981, la réalité c'est que lorsque l'arrêt de la Cour suprême ^d a été rendu en 1986, il est devenu évident que l'obligation fiscale imposée à la demanderesse était erronée en droit et que les cotisations n'avaient pas été établies conformément à la Loi. Dans ses ^e déclarations de revenu pour chacune de ces années, la demanderesse a déclaré son obligation fiscale. Cette déclaration était parfaitement convenable. Puis ont suivi les cotisations de 1983. Comme l'a ^f déclaré lord Dunedin dans l'affaire *Whitney v. Inland Revenue Commissioners*, [1926] A.C. 37 (H.L.), à la page 52, [TRADUCTION] «il y a ^g d'abord la déclaration d'obligation fiscale . . . Puis il y a la cotisation. L'obligation ne dépend pas de la cotisation. En théorie, cela est déjà établi. Toutefois, la cotisation précise la somme exacte qu'une ^h personne assujettie à l'impôt est tenue de payer.» Il s'ensuit donc que l'obligation fiscale de la demanderesse correspond au montant que celle-ci a déclaré et non au montant fixé dans les cotisations du ministre.

ⁱ L'autre élément qui m'étonne quelque peu est la position adoptée par la Couronne lorsque la demanderesse a produit sa renonciation et demandé l'établissement de nouvelles cotisations conformément à l'arrêt de la Cour suprême. À première vue, il me semble que la décision de la Couronne d'acquiescer ou de s'opposer à cette demande était purement discrétionnaire. J'ai déjà ^j mentionné le pouvoir impératif et facultatif du ministre d'établir des cotisations en vertu de l'article 152. Ce pouvoir semble être impératif en vertu

section 152(4). The Minister might conceivably have simply refused to exercise his discretion in favour of the plaintiff. The grounds would have been persuasive: the plaintiff having failed to file the requisite objections or appeals or waivers, the plaintiff is foreclosed and the Minister, for policy or other reasons, is not prepared to take any initiative which might provide relief.

The Crown, however, did not take that position. It refused to reassess on the grounds that the Minister was bereft of any statutory authority to do so. In essence, the message to the plaintiff was that notwithstanding the obvious error in the 1977-1981 assessments or a wrongly imposed tax liability or an unjust enrichment in his hands, the Minister had these same unjustly enriched hands tied under the statute and had no power to provide relief.

As will be seen from the arguments advanced, the debate on the issue seems to slide some distance away from the narrow field of statute interpretation on which a declaratory judgment may be founded. A waiver of a taxpayer's rights under subsection 152(4) may be a matter of public policy or simply a matter of private choice. That issue does not determine if the Minister has any residual power "to assess at any time".

Similarly, if the statute which provides an assessment, under subsection 152(8) is deemed to be valid and binding, it does not necessarily follow that an untimely reassessment is, on its face, beyond the Minister's powers.

Finally, a declaration from this Court that the Minister is not statute-barred from issuing an assessment does not necessarily imply that he has a duty to do so.

With these observations, nay ruminations, in mind, the Court must now come to terms with the questions. I should perhaps proceed as follows:

des paragraphes 152(1) et 152(2), mais facultatif en vertu du paragraphe 152(4). Le ministre aurait fort bien pu simplement refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de la demanderesse. Il aurait eu pour ce faire des motifs convaincants: la demanderesse ayant omis de produire les avis d'opposition, d'appel ou de renonciation prévus, ces recours sont prescrits et le ministre, pour des raisons de politique ou autres, n'est pas prêt à prendre quelque initiative qui puisse apporter un dégrèvement.

Toutefois, la Couronne n'a pas adopté cette position. Elle a refusé de procéder à une nouvelle cotisation en prétendant que le ministre n'était pas habilité à le faire. Elle se trouvait essentiellement à donner le message suivant à la demanderesse: nonobstant l'erreur manifeste dans les cotisations pour les années 1977 à 1981, une obligation fiscale erronée ou un enrichissement sans cause, le ministre, qui avait profité injustement de cet enrichissement, était empêché d'agir en vertu de la Loi et n'avait pas le pouvoir d'accorder un dégrèvement.

Ainsi qu'il ressort des arguments présentés, le débat sur la question en litige semble s'éloigner quelque peu du domaine étroit de l'interprétation des lois pouvant fonder un jugement déclaratoire. La renonciation d'un contribuable à ses droits en vertu du paragraphe 152(4) peut être une question de politique publique ou tout simplement une question de choix personnel. Ce point ne permet pas de trancher la question de savoir si le ministre a un pouvoir résiduaire de «fixer des impôts à une date quelconque».

De la même façon, si la Loi prévoit, au paragraphe 152(8), qu'une cotisation est réputée être valide et exécutoire, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'établissement hors délai d'une nouvelle cotisation se situe à première vue au-delà des pouvoirs du ministre.

Enfin, toute déclaration de cette Cour portant que le ministre n'est pas empêché par la Loi d'établir une cotisation ne signifie pas nécessairement qu'il a le devoir de le faire.

Ces observations ou ces ruminations en tête, la Cour doit maintenant trancher les questions. Il y aurait lieu de procéder comme suit:

(1) I should find that in accordance with the jurisprudence outlined in the plaintiff's case, the protection given to a taxpayer under subsection 152(4) is one which the plaintiff may waive. The cases of *Charron v. M.N.R.*, *Gunnar Mining Limited v. Minister of National Revenue*, *Davis, W. W. v. The Queen*, *Morch, Jacob John v. Minister of National Revenue*, *Smerchanski v. Minister of National Revenue*, (*supra*) consistently hold, and express in various ways, that doctrine.

(2) I subscribe to the view expressed by Welden, Q.C. in the *Gunnar* case that having regard to the Minister's almost impregnable position under subsection 46(7), now subsection 152(8), the way appears to have been left open to the Minister for him to make an assessment at any time at the request of and with the consent of the taxpayer. I have underlined the foregoing words to indicate that the ruling is not meant to impose on the Minister a duty to do so.

(3) Subsection 152(8) of the Act bears a close analysis. That subsection states that an assessment, which is always subject to a reassessment, is deemed to be valid and binding notwithstanding any error, defect or omission therein or in any proceeding under this Act relating thereto. This particular provision, in my view, expresses the intention of Parliament to confer a *prima facie* validity on any assessment action taken by the Minister, subject only to its enforceability *vis-à-vis* the taxpayer. This presumption of validity may only be defeated by a successful objection or appeal or by the taxpayer raising the shield of protection given him by subsection 152(4). This leads me to conclude that any assessment of the Minister is voidable, but would not be void *ab initio*.

(4) The strong point raised by counsel for the Crown is the one dealing with public policy. The main thrust of this particular argument is that under subsection 152(4), Parliament clearly intended to cut short any protracted suspense over a taxpayer's tax liability, in other words, to bring finality to the creditor-debtor relationship. I must acknowledge that standing alone, such an interpretation of subsection 152(4) is plausible. That provision, however, must be read in the light of its

(1) Conformément aux décisions citées par la demanderesse, je conclus que la protection accordée au contribuable en vertu du paragraphe 152(4) peut faire l'objet d'une renonciation par la demanderesse. Les décisions *Charron c. M.R.N.*, *Gunnar Mining Limited c. Le ministre du Revenu national*, *Davis, W. W. c. La Reine*, *Morch, Jacob John v. Minister of National Revenue*, et *Smerchanski c. Le ministre du Revenu national* précitées *b* reprennent systématiquement ce principe et l'expriment de diverses façons.

(2) Je souscris à l'avis exprimé par J. O. Welden, c.r., dans l'affaire *Gunnar*, selon lequel en raison de la situation quasi inattaquable dans laquelle le paragraphe 46(7), maintenant le paragraphe 152(8), place le ministre, il était loisible au ministre d'établir une cotisation à n'importe quel moment, à la demande et avec le consentement du contribuable. J'ai souligné les mots qui précèdent pour indiquer que la décision ne vise pas à imposer une obligation au ministre.

(3) Il y a lieu d'analyser à fond le paragraphe 152(8). Ce paragraphe prévoit qu'une cotisation, qui peut toujours faire l'objet d'une nouvelle cotisation, est réputée être valide et exécutoire nonobstant toute erreur, vice de forme ou omission dans cette cotisation ou dans toute procédure s'y rattachant en vertu de la présente Loi. À mon avis, cette disposition exprime l'intention du législateur d'accorder une présomption de validité à toute mesure prise par le ministre pour établir une cotisation, sous réserve des recours du contribuable. Cette présomption de validité ne peut être réfutée qu'au moyen d'une opposition ou d'un appel auquel il est fait droit ou de la renonciation par le contribuable à la protection que lui accorde le paragraphe 152(4). Je conclus donc de ce qui précède que toute cotisation du ministre est annulable sans toutefois être intrinsèquement nulle.

(4) Le point fort de l'argumentation de l'avocat de la Couronne porte sur la politique publique. La portée principale de cet argument est que par l'adoption du paragraphe 152(4), le législateur a manifestement voulu couper court à toute imprécision prolongée quant à l'assujettissement du contribuable à l'impôt, en d'autres termes, donner un certain caractère définitif à la relation créancier-débiteur. Je dois reconnaître qu'en elle-même, une telle interprétation du paragraphe 152(4) est plau-

opening words, namely that the "Minister may at any time assess tax" and in the light of the deemed validity of any assessment under subsection 152(8) to which I have earlier referred. Furthermore, on the issue before me, I do not see a clearly defined public policy. The declaration sought by the plaintiff is not such as to impose a duty on the Minister to reassess. It is only to declare that the Minister has the statutory power to assess, if following the dictates of public policy, he should find that it is proper and fitting that he should do so. The Minister can hide just as well behind policy and refuse to exercise his discretion to assess as he can hide behind the statute for the same purpose. In either case, I see no flaw in whatever policy context might be found in the statute in that regard.

(5) On the issue of waiver, counsel for the Crown invited me to consider a New Zealand case. It is *Reckitt and Colman (New Zealand) Ltd. v. Taxation Board of Review and Another*, [1966] N.Z.L.R. 1032 (C.A.). This case deals with the authority of the Commissioner of Inland Revenue to waive strict compliance with the 30-day delay under section 29 of the relevant statute within which the taxpayer may appeal from a Board of Review to the Supreme Court. The case cites the Exchequer Court of Canada decision in *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] Ex.C.R. 580; [1949] 1 D.L.R. 810 where Thorson P. stated as follows at pages 605 Ex.C.R.; 834 D.L.R.:

An appeal from an income tax assessment is not a private dispute between the appellant taxpayer and the Minister or a *lis* in the ordinary sense . . . ; the public has an interest in the disposition of the appeal and in seeing that taxpayers are held liable for the tax which Parliament has imposed upon them

The New Zealand Court of Appeal finds in the 30-day rule a matter of public policy which the Commissioner of Inland Revenue cannot waive. The Court says at page 1039:

sible. Toutefois, cette disposition doit être interprétée à la lumière de ses premiers mots, «le Ministre peut, à une date quelconque, fixer des impôts», et à la lumière de la présomption de validité de toute cotisation en vertu du paragraphe 152(8) dont j'ai traité plus haut. De plus, je ne perçois pas de politique publique clairement définie à l'égard de la question dont je suis saisi. La déclaration que cherche à obtenir la demanderesse n'est pas de nature à imposer au ministre l'obligation d'établir une nouvelle cotisation. Elle vise uniquement à faire déclarer que le ministre a le pouvoir en vertu de la Loi d'établir des cotisations s'il juge qu'il est approprié et opportun de le faire, compte tenu des normes de la politique publique. Pour refuser l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de fixer des impôts, le ministre peut tout aussi bien invoquer les impératifs de la politique que les dispositions de la Loi. Dans l'un et l'autre cas, je ne vois aucun vice dans le contexte de la politique qui peut être tiré de la Loi à cet égard.

(5) Sur la question de la renonciation, l'avocat de la Couronne m'a demandé d'analyser une décision de la Nouvelle-Zélande. Il s'agit de *Reckitt and Colman (New Zealand) Ltd. v. Taxation Board of Review and Another*, [1966] N.Z.L.R. 1032 (C.A.). Cette décision porte sur le pouvoir du commissaire du Revenu national de renoncer à l'application stricte du délai de 30 jours prévu à l'article 29 de la loi pertinente, à l'intérieur duquel le contribuable peut interjeter appel, devant la Cour suprême, de la décision d'une commission de révision. La décision cite un arrêt de la Cour de l'Échiquier du Canada dans l'affaire *Fasken, David v. Minister of National Revenue*, [1948] R.C.É. 580; [1949] 1 D.L.R. 810, dans lequel le président Thorson a déclaré ce qui suit, aux pages 605 R.C.É.; 834 D.L.R.:

[TRADUCTION] L'appel interjeté d'une cotisation d'impôt ne constitue pas un différend privé entre le contribuable appellant et le ministre, ou un litige au sens ordinaire du terme . . . ; le public a un intérêt à ce que l'appel soit entendu et que les contribuables soient reconnus débiteurs de l'impôt auquel le législateur les a assujettis . . .

La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a conclu que la règle du délai de 30 jours constitue une question de politique publique et que le commissaire du Revenu national ne peut y renoncer. La Cour a déclaré ce qui suit, à la page 1039:

In purporting to waive the time limit the Commissioner is putting the Crown in jeopardy once more, and that, in a general way, may react to the disadvantage of other taxpayers. Accordingly, in my opinion, the Commissioner could not lawfully waive the first requirement of section 29.

This decision might be consistent with our own jurisprudence. The case before me, however, is not whether the Crown can waive a statutory prescriptive period which the taxpayer has not met. It is a case where the shoe is on the other foot. Any waiver by the plaintiff of his rights under subsection 152(4) of the Act and which has been consistently declared by our courts to be for his own protection, does not finally determine the issue. The issue is only determined if, as and when the Minister, in his discretion, decides to reassess. It is at that stage, in my respectful view, that policy considerations, if any, apply.

(6) The other approach to public policy taken by the Crown is that if it should be found that the Minister may indeed assess at any time, tax liabilities would never be finally settled and the Minister would be deluged with invitations to reassess and, as it might be surmised, on grounds which are not so starkly respectable as the plaintiff's. The quick answer to this apprehension is that the Minister must take the statute as he finds it. If Parliament should bestow upon him unlimited power to assess and reassess, there is implied a burden on the Minister to exercise that power in accordance with the dictates of public policy. If public policy should lead him to conclude that on no account should he reassess outside of the limits imposed by subsection 152(4), no matter the grief to the taxpayer, such would be within his prerogative.

(7) One can easily imagine circumstances where a particular taxpayer who has filed neither a notice of objection nor an appeal, requests the Minister well within the limitation period, to issue a reassessment based on a recently declared judicial interpretation favourable to another taxpayer. It would be my view that the Minister has a

[TRANSLATION] En acceptant de renoncer au délai, le commissaire met encore une fois la Couronne en mauvaise posture et cela, de façon générale, peut causer un inconvénient aux autres contribuables. Par conséquent, à mon avis, le commissaire ne peut, légalement, renoncer à la première exigence de l'article 29.

Il se peut que cette décision corresponde à notre jurisprudence. Toutefois, en l'espèce, il ne s'agit pas de savoir si la Couronne peut renoncer à un délai de prescription prévu par la Loi et non respecté par le contribuable. Il s'agit en l'espèce de la situation contraire. Toute renonciation par la demanderesse aux droits que lui confère le paragraphe 152(4) de la Loi et qui, selon une jurisprudence constante, existent pour sa protection ne permet pas de trancher la question. La question ne peut être tranchée que si le ministre, le cas échéant et à sa discrétion, décide d'établir une nouvelle cotisation. C'est à cette étape, à mon avis, que les principes relatifs à la politique s'appliquent, s'il en est.

(6) L'autre argument invoqué par la Couronne à l'égard de la politique publique est le suivant: si la Cour conclut que le ministre peut effectivement fixer des impôts en tout temps, l'obligation fiscale ne serait jamais réglée définitivement et le ministre pourrait être inondé de demandes visant à obtenir de nouvelles cotisations, comme on pourrait le craindre, parfois pour des motifs qui ne sont pas aussi convenables que ceux de la demanderesse en l'espèce. On peut rapidement répondre à cette crainte en affirmant que le ministre doit s'accommoder de la Loi comme elle est. Si le législateur lui a accordé un pouvoir illimité de fixer des impôts et d'établir de nouvelles cotisations, cela suppose implicitement que le ministre a le fardeau d'exercer ce pouvoir conformément aux normes de la politique publique. Si la politique publique le porte à conclure qu'il ne devrait pour aucune raison établir de nouvelles cotisations en dehors du délai prévu au paragraphe 152(4), peu importe l'effet pour le contribuable, il lui serait loisible de s'en tenir à cette décision.

(7) Il est facile d'imaginer des circonstances dans lesquelles un contribuable, qui n'a présenté aucun avis d'opposition ou d'appel, demande au ministre, dans le délai prescrit, d'établir une nouvelle cotisation fondée sur une interprétation judiciaire récente ayant fait droit à la demande d'un autre contribuable. Il me semble que le ministre a

discretion to do so. It is part of his residual authority. He may exercise this discretion according to public policy. In this respect, it will be noted that the Minister has already stated policy in his Information Circular IC75-7R3 where he declares in paragraph 4(3) that he will not issue such reassessment in these circumstances.

(8) Again on the issue of a void as against a voidable assessment, I should refer to subparagraph 152(4)(a)(i) of this Act wherein the Minister may assess at any time in the case of misrepresentation or fraud. Once an assessment is made on those grounds, the Minister is required to prove them. Until the issue is decided, however, the assessment remains a valid one and it obliges the taxpayer to come to terms with it. The assessment cannot be attacked as being void *ab initio*. It is only voidable if the Minister cannot meet the burden of proof. In the same way, therefore, the Minister may assess at any time and that assessment is valid on its face, subject only to the taxpayer availing himself of his statutory defences in which event the assessment cannot stand.

(9) I interpret the waiver provisions under the Act as a signal to the Minister that a taxpayer will not raise limitations as a defence. This enables either party to complete on-going examinations so that a more proper assessment might ultimately be made. In the absence of a waiver, a taxpayer risks having to fight a more peremptory assessment. I do not see, however, where a taxpayer's failure to do so should be a statutory bar to the Minister making what is otherwise an untimely assessment.

One must not confuse the legality of an Act with its questionable effectiveness. In this respect, I should find no distinction between the waiver of a right of appeal as in the *Smerchanski* case or the kind of anticipatory waiver filed by the plaintiff in the case at bar. Both are options available to any taxpayer. The plaintiff, as in the *Gunnar* case, simply invites the Minister to reassess it in con-

le pouvoir discrétionnaire de le faire. Cela fait partie de son pouvoir résiduaire. Il peut exercer son pouvoir discrétionnaire conformément à la politique publique. À cet égard, il convient de souligner que le ministre a déjà précisé sa politique dans sa Circulaire d'information IC75-7R3, dans laquelle il déclare, au paragraphe 4(3), qu'il n'établira pas de nouvelles cotisations en pareil cas.

(8) En ce qui a trait à nouveau à la question d'une cotisation nulle par opposition à une cotisation annulable, il y a lieu de mentionner le sous-alinéa 152(4)a)(i) de la Loi en vertu duquel le ministre peut, à une date quelconque, fixer des impôts dans les cas de présentation erronée des faits ou de fraude. Dès le moment où une cotisation est établie pour ces motifs, le ministre doit en faire la preuve. Jusqu'à l'issue du litige, toutefois, la cotisation demeure valide et elle oblige le contribuable à agir. La cotisation ne peut être attaquée sous prétexte qu'elle serait intrinsèquement nulle. Elle est annulable uniquement si le ministre ne peut s'acquitter du fardeau de la preuve. Par conséquent, le ministre peut, de la même façon, établir une cotisation à une date quelconque et cette cotisation est présumée valide, sous réserve uniquement du droit du contribuable d'invoquer les moyens de défense que lui accorde la Loi, auquel cas la cotisation cesse d'avoir effet.

(9) J'interprète les dispositions de la Loi relatives à la renonciation comme un signal indiquant au ministre que le contribuable n'invoquera pas les délais comme moyen de défense. Cela permet aux deux parties de procéder à une analyse approfondie de façon à établir une cotisation plus appropriée. En l'absence d'une renonciation, le contribuable risque d'être confronté à une cotisation plus tranchante. Je ne puis toutefois conclure que l'omission du contribuable d'adresser une renonciation empêche le ministre en vertu de la Loi d'établir ce qui serait autrement une cotisation hors délai.

Il faut éviter de confondre la légalité d'un acte avec son défaut apparent d'efficacité. À cet égard, je ne vois aucune distinction entre la renonciation au droit d'appel comme dans l'affaire *Smerchanski* et la sorte de renonciation anticipée présentée par la demanderesse en l'espèce. Il s'agit dans les deux cas de choix qui s'offrent à tout contribuable. Comme dans l'affaire *Gunnar*, la

formity with the law laid down by the Supreme Court of Canada. The Minister's discretion to act on it, however, is not affected and his policy decision is not one in which this or any other Court would deign to intervene.

JUDGMENT

I should therefore declare that in accordance with my interpretation of the *Income Tax Act*, the Minister of National Revenue is not statute-barred from reassessing the plaintiff for the taxation years 1977-1981, notwithstanding the limitation and waiver provisions of subsection 152(4) of the Act.

It follows from the reasons given that I need make no finding respecting the validity of any waiver filed outside the time limits prescribed in the statute.

demanderesse invite simplement le ministre à établir une nouvelle cotisation conformément à l'interprétation de la loi donnée par la Cour suprême du Canada. Le pouvoir discrétionnaire du ministre d'agir à cet égard n'est toutefois pas touché et sa décision politique est à l'abri de toute intervention de cette Cour ou de toute autre cour.

JUGEMENT

b Je déclarerais par conséquent que, selon l'interprétation que je donne à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministre du Revenu national n'est pas empêché par la Loi d'établir une nouvelle cotisation de l'impôt de la demanderesse à l'égard des années d'imposition 1977 à 1981, nonobstant les dispositions relatives aux délais et à la renonciation du paragraphe 152(4) de la Loi.

d Compte tenu des motifs susmentionnés, je n'ai pas à me prononcer sur la validité de toute renonciation produite en dehors des délais prescrits par la Loi.

T-1929-87

T-1929-87

Jim Lacey of Maple Creek in the Province of Saskatchewan, Russell Larson of Outlook in the Province of Saskatchewan, Chris Boon of Lucky Lake in the Province of Saskatchewan, Leah MacDonald of Taber in the Province of Alberta, Les Prosser of Minburne in the Province of Alberta, Glenn Freadrich of Killam in the Province of Alberta and Gary Nestibo of Goodland in the Province of Manitoba (*Plaintiffs*)

v.

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

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

Trial Division, Joyal J.—Regina, March 15; Ottawa, August 30, 1989.

Agriculture — Sale of wheat through Canadian Wheat Board in 1985-1986 crop year — Profits and losses — Method of accounting — Whether Board may take profits from sales of particular grade of wheat to offset losses from sales of other grades in wheat pool (price pooling method of accounting) or whether Board must distribute profits from sales of particular grade among producers of that grade and have Crown cover losses from sales of other grades (grade by grade basis of accounting) — Act interpreted — Operation of Board must be revenue neutral — Board not price or income support agency — Statutory quid pro quo to sharing of profits: bearing risk of losses.

The Canadian Wheat Board is an agent of Her Majesty the Queen in right of Canada entrusted by Parliament to market and sell Western grain on behalf of grain producers. In the 1985-1986 crop year, the Board's operations resulted in a \$54,300,000 surplus on sales of the plaintiffs' grade of wheat and a \$77,300,000 loss on sales of other grades of wheat. The Board took the surplus to offset the losses and arrived at a net deficit of \$23,000,000, which, in accordance with the *Canadian Wheat Board Act*, was covered by Parliamentary appropriations. It was the plaintiffs' position that the Board's losses, according to law, must be calculated on a grade by grade basis and that the surplus enjoyed on the sales of their own grades of wheat should not be absorbed by the losses suffered through the sales of other grades of wheat. The plaintiffs submitted that the Crown was therefore bound to pay to the Board the total deficit of \$77,300,000 so that their own surplus may become available for distribution. The Crown refused. The plaintiffs sought declaratory relief with respect to the sums allegedly owing to them from the sales of their wheat during the crop year 1985-1986.

Jim Lacey de Maple Creek, province de la Saskatchewan, Russell Larson d'Outlook, province de la Saskatchewan, Chris Boon de Lucky Lake, province de la Saskatchewan, Leah MacDonald de Taber, province d'Alberta, Les Prosser de Minburne, province d'Alberta, Glenn Freadrich de Killam, province d'Alberta et Gary Nestibo de Goodland, province du Manitoba (*demandeurs*)

c.

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

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

Section de première instance, juge Joyal—Regina, 15 mars; Ottawa, 30 août 1989.

Agriculture — Vente de blé par l'entremise de la Commission canadienne du blé au cours de la campagne agricole 1985-1986 — Bénéfices et pertes — Méthode de comptabilité — La Commission peut-elle prendre les bénéfices tirés des ventes d'un grade particulier de blé pour compenser les pertes subies lors de la vente d'autres grades de blé dans le pool du blé (méthode comptable de mise en commun des prix) ou doit-elle distribuer les bénéfices réalisés parmi les producteurs de ce grade et faire supporter par la Couronne les pertes subies lors de la vente d'autres grades (mode de calcul grade par grade)? — Interprétation de la Loi — L'opération de la Commission doit être neutre en matière de recettes — La Commission n'est pas un organisme de soutien des prix et des revenus — La contrepartie prévue par la loi à l'égard du partage des bénéfices consiste dans le risque de pertes.

La Commission canadienne du blé est mandataire de Sa Majesté la Reine du chef du Canada. Le législateur lui confie la tâche de commercialiser et de vendre le grain de l'Ouest pour le compte des céréaliculteurs. Pendant la campagne agricole 1985-1986, les opérations de la Commission ont connu un excédent de 54 300 000 \$ provenant des ventes du grade de blé des demandeurs, et une perte de 77 300 000 \$ subie par suite de la vente d'autres grades de blé. La Commission a pris cet excédent pour compenser les pertes, ce qui a donné lieu à un déficit net de 23 000 000 \$ qui, conformément à la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, a été couvert par des crédits parlementaires. Les demandeurs soutiennent que les pertes de la Commission doivent, selon la Loi, être calculées en fonction de chacun des grades, et que l'excédent provenant de la vente de leurs propres grades de blé ne devrait pas être absorbé par les pertes subies lors de la vente d'autres grades de blé. Les demandeurs prétendent que la Couronne est tenue de verser à la Commission le déficit total de 77 300 000 \$ pour que leur propre excédent puisse être distribué, ce que la Couronne a refusé de faire. Les demandeurs concluent à un jugement déclaratoire portant sur les sommes qui leur seraient dues par suite de la vente de leur blé durant la campagne agricole 1985-1986.

Held, the action should be dismissed.

On the one hand, subsection 5(3) of the Act speaks of losses incurred from its operations under Part III in relation to any pool period, inferring of course that the wheat pool is to be regarded as a unit in the determination of losses.

On the other hand, subsection 26(5) seems to provide to any producer an assurance that whatever price he receives for his particular grade, it will bear a proper relationship to that for each other grade.

To add to the problem, there is the provision contained in subsection 26(2) which, in entitling a producer to share in any surplus according to grade, implies that each grade should be treated as a separate unit.

The major purpose in creating and maintaining the Canadian Wheat Board is the continued orderly marketing of grain at the best possible price under existing market conditions for both domestic and export trade. The cornerstone of the scheme to achieve an orderly marketing of grain and to provide to all producers equal access to the market is the concept of price pooling among producers. This offsets price fluctuations during any marketing year.

Prior to the crop year, the Board makes a calculated estimate as to what price each grade will command. It then fixes an initial payment price for each grade. Producers are paid accordingly when they sell their wheat to the Board. In effect, each producer, no matter what the downturn in market prices over the crop year, is assured of receiving no less than the initial payment. This not only guarantees a floor price to the producer but also provides him with the necessary cash flow pending final calculations at the end of the crop year. The 1985-1986 crop year was the only year over a period of twenty crop years that the wheat pool suffered a loss which had to be paid out of public monies.

The evidence is that Board expenses are calculated on a pool basis, irrespective of whether a certain grade might require more expenses than another. The reasonable conclusion is that the scheme of the Act envisages a sharing of risks and rewards between all wheat producers. As a result, it would be logical to conclude that Parliament's intention in adopting the statute was to create a wheat pool encompassing all grades of wheat from which all profits realized on all sales, minus expenses incurred on all sales, are distributed to the producers as final payment.

This is confirmed by the Act itself. Subsection 5(3) refers to operational losses covering the whole wheat pool: losses on certain grades of wheat as well as profits on other grades are pooled to arrive at a net surplus or net deficit position. Subsection 26(2) does not speak of losses or the method of calculating them. One must therefore go back to the more generic provisions of subsection 5(3) to discern Parliament's intentions.

Jugement: l'action devrait être rejetée.

D'une part, le paragraphe 5(3) de la Loi parle de pertes subies au cours de ses opérations sous le régime de la Partie III relativement à toute période de livraison en commun, ce qui porte à croire que le pool du blé doit être considéré comme une unité dans la détermination des pertes.

D'autre part, le paragraphe 26(5) semble donner à chaque producteur l'assurance que, quel que soit le prix qu'il reçoit pour son grade particulier, ce prix doit avoir un rapport approprié avec celui de chaque autre grade.

Pour compliquer le problème, il y a la disposition du paragraphe 26(2) qui, en permettant à un producteur de partager tout excédent selon la classe, implique que chaque grade doive être considéré comme une unité distincte.

La création et le maintien de la Commission canadienne du blé vise principalement à la commercialisation continue et ordonnée du grain au meilleur prix possible dans les conditions actuelles du marché, tant pour le commerce intérieur que pour le commerce extérieur. La pierre angulaire du programme visant à la commercialisation ordonnée du grain et à l'accès égal de tous les producteurs au marché est le concept de mise en commun des prix parmi ceux-ci. La mise en commun des prix compense les fluctuations des prix au cours d'une année de commercialisation.

Antérieurement à la campagne agricole, la Commission doit faire une estimation probable du prix que commandera chaque grade. Elle fixe alors un prix «paiement initial» pour chaque grade. Les producteurs sont donc payés lorsqu'ils vendent leur blé à la Commission. Cela signifie que chaque producteur, malgré la tendance à la baisse des prix sur le marché au cours de la campagne agricole, est certain de ne pas recevoir moins que le paiement initial. Cette mesure vise non seulement à garantir au producteur un prix plancher, mais aussi à lui fournir l'encaisse nécessaire en attendant les calculs définitifs à la fin de la campagne agricole. La campagne agricole 1985-1986 est la seule année au cours d'une période de vingt campagnes agricoles où le pool du blé a subi une perte qui devait être absorbée par des fonds publics.

D'après la preuve produite, les dépenses de la Commission sont calculées sur la base du pool, sans tenir compte de la question de savoir si un certain grade pourrait exiger davantage de dépenses qu'un autre. On peut en conclure raisonnablement que l'économie de la Loi prévoit un partage des risques et des récompenses entre tous les producteurs de blé. En conséquence, il serait logique de conclure que, en adoptant la Loi, le législateur a voulu créer un pool du blé comprenant tous les grades de blé, à partir duquel tous les bénéfices réalisés sur toutes les ventes, moins les dépenses engagées lors de toutes les ventes, doivent être distribués aux producteurs à titre de paiement final.

Tout cela se trouve confirmé par la Loi elle-même. Le paragraphe 5(3) fait état de pertes opérationnelles du pool du blé tout entier: les pertes subies pour ce qui est de certains grades de blé ainsi que les bénéfices réalisés sur d'autres grades sont mis en commun pour arriver à un excédent ou à un déficit net. Le paragraphe 26(2) ne parle pas de pertes ni de la méthode de calcul de celles-ci. Par conséquent, on doit recourir aux dispositions plus génériques du paragraphe 5(3) pour discerner les intentions du législateur.

Also basic to the scheme of the statute is that the operation of the Board must be revenue neutral. It does not function as a price or income support agency. The unrecoverable initial payment is the only element of price support. To extend that support in the manner suggested by the plaintiffs (entitlement to profits on a grade by grade basis) would mean that the producer would not have to bear the risks of losses on his grade of wheat but would nevertheless be entitled to all profits realized on that grade. Parliament would have said so more clearly if that had been its intention. The situation which faced the plaintiffs in 1985-1986 was an inherent risk which all producers, irrespective of grades, sooner or later, have to bear. It is, in essence, a statutory *quid pro quo*.

De même, l'économie de la Loi repose sur l'idée fondamentale que l'opération de la Commission doit être neutre en matière de recettes. La Commission ne joue pas le rôle d'un organisme de soutien des prix ou des revenus. Le paiement initial qui ne peut être recouvré constitue le seul élément du soutien des prix. Étendre ce soutien de la manière suggérée par les demandeurs (droit à des bénéfices en fonction de chaque grade) signifierait que le producteur n'aurait pas à courir les risques de pertes à l'égard de son grade de blé, mais qu'il aurait néanmoins droit à tous les bénéfices réalisés sur ce grade. Si telle était l'intention du législateur, il l'aurait manifestée de façon plus explicite. La situation dans laquelle les demandeurs se sont trouvés en 1985-1986 constitue un risque inhérent que tous les producteurs, indépendamment des grades, doivent tôt ou tard courir. Il s'agit essentiellement d'une contrepartie prévue par la Loi.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to amend The Canadian Wheat Board Act, 1935, S.C. 1942-43, c. 4.
An Act to amend the Canadian Wheat Board Act, S.C., 1967-68, c. 5, ss. 3, 6.
Canada Grain Act, R.S.C., 1985, c. G-10.
Canada Grain Act, R.S.C. 1970, c. G-16.
Canadian Wheat Board Act, R.S.C., 1985, c. C-24.
Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1970, c. C-12, ss. 5(2),(3), 25(1) (as am. by S.C. 1972, c. 16, s. 3; 1974-75-76, c. 109, s. 2), (1.1) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 109, s. 2(2)), 26(2) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 27, s. 1; 1976-77, c. 55, s. 2), (5), (as am. by S.C. 1976-77, c. 55, s. 2) 27, 35 (as am. by S.C. 1972, c. 16, s. 5; 1976-77, c. 55, s. 2).
Canadian Wheat Board Act, S.C. 1919-20, c. 40, s. 15.
Canadian Wheat Board Act, 1922, S.C. 1922, c. 14, ss. 16, 17.
Canadian Wheat Board Regulations, C.R.C., c. 397, s. 26(1) (as am. by SOR/85-413, s. 1).
Order in Council P.C. 1917-1604, C. Gaz. 1917.51.1581.
Prairie Grain Advance Payment Act, R.S.C., 1985, c. P-18.
The Canadian Wheat Board Act, 1935, S.C. 1935, c. 53.
Western Grain Stabilization Act, R.S.C., 1985, c. W-7.

c LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret C.P. 1917-1604, Gaz. C. 1917.51.1650.
Loi de la Commission canadienne du blé, 1922, S.C. 1922, chap. 14, art. 16, 17.
Loi de la Commission des blés du Canada, S.C. 1919-20, chap. 40, art. 15.
Loi de stabilisation concernant le grain de l'Ouest, L.R.C. (1985), chap. W-7.
Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé, S.C. 1967-68, chap. 5, art. 3, 6.
Loi modifiant la Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935, S.C. 1942-43, chap. 4.
Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. (1985), chap. C-24.
Loi sur la Commission canadienne du blé, S.R.C. 1970, chap. C-12, art. 5(2),(3), 25(1) (mod. par S.C. 1972, chap. 16, art. 3; 1974-75-76, chap. 109, art. 2), (1.1) (édicte par S.C. 1974-75-76, chap. 109, art. 2(2)), 26(2) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 27, art. 1; 1976-77, chap. 55, art. 2), (5) (mod. par S.C. 1976-77, chap. 55, art. 2), 27, 35 (mod. par S.C. 1972, chap. 16, art. 5; 1976-77, chap. 55, art. 2).
Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935, S.C. 1935, chap. 53.
Loi sur les grains du Canada, L.R.C. (1985), chap. G-10.
Loi sur les grains du Canada, S.R.C. 1970, chap. G-16.
Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies, L.R.C. (1985), chap. P-18.
Règlement sur la Commission canadienne du blé, C.R.C., chap. 397, art. 26(1) (mod. par DORS/85-413, art. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Kiist v. Canadian Pacific Railway Co., [1980] 2 F.C. 650 (T.D.).

REFERRED TO:

Westminster Bank Ltd. v. Zang, [1965] A.C. 182 (H.L.);
R. v. Mojelski (1968), 65 W.W.R. 565 (Sask. C.A.);
Jones v. A.G. of New Brunswick, [1975] 2 S.C.R. 182; 45

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Kiist c. Canadian Pacific Railway Co., [1980] 2 C.F. 650 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Westminster Bank Ltd. v. Zang, [1965] A.C. 182 (H.L.);
R. v. Mojelski (1968), 65 W.W.R. 565 (C.A. Sask.);
Jones c. P.G. du Nouveau-Brunswick, [1975] 2 R.C.S.

D.L.R. (3d) 583; (1974) 1 N.R. 582; 7 N.B.R. (2d) 526; 16 C.C.C. (2d) 297; *Goodman v. Criminal Injuries Comp. Bd.*, [1981] 2 W.W.R. 749 (Man. C.A.); *Attorney-General for Canada v. Hallet & Carey Ltd.*, [1952] A.C. 427 (P.C.); *Murphy v. Canadian Pacific Railway and The Attorney General of Canada*, [1958] S.C.R. 626; 15 D.L.R. (2d) 145; *The Queen v. Klassen* (1959), 20 D.L.R. (2d) 406 (Man. C.A.); *Oatway v. Can. Wheat Board*, [1944] 3 W.W.R. 337 (Man. C.A.).

AUTHORS CITED

Driedger E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

COUNSEL:

Aaron A. Fox for plaintiffs.
Duff F. Friesen, Q.C. for defendant.

SOLICITORS:

McDougall, Ready, Regina, for plaintiffs.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

JOYAL J.: The plaintiffs seek declaratory relief from this Court with respect to certain sums allegedly owing to them from the sales of their wheat to the Canadian Wheat Board during the crop year 1985-1986.

The plaintiffs contend that upon a proper interpretation of the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C. 1970, c. C-12, now R.S.C., 1985, c. C-24, the Canadian Wheat Board (the "Board") owes them the sum of \$54,300,000. This sum is the balance allegedly earned by the Board on the plaintiffs' sales of their particular grades of wheat. The Board took this amount to offset losses suffered on the sale of other grades of wheat and ruled that no further sums were owing to the plaintiffs.

The Canadian Wheat Board is an agent of Her Majesty the Queen in right of Canada. Losses suffered by the Board in its operations from year to year are covered by Parliamentary appropriations. In the year 1985-1986, the total wheat operations of the Board resulted in a deficit of \$23,000,000. This was the net deficit amount on

182; 45 D.L.R. (3d) 583; (1974) 1 N.R. 582; 7 N.B.R. (2d) 526; 16 C.C.C. (2d) 297; *Goodman v. Criminal Injuries Comp. Bd.*, [1981] 2 W.W.R. 749 (C.A. Man.); *Attorney-General for Canada v. Hallet & Carey Ltd.*, [1952] A.C. 427 (C.P.); *Murphy v. Canadian Pacific Railway and The Attorney General of Canada*, [1958] R.C.S. 626; 15 D.L.R. (2d) 145; *The Queen v. Klassen* (1959), 20 D.L.R. (2d) 406 (C.A. Man.); *Oatway v. Can. Wheat Board*, [1944] 3 W.W.R. 337 (C.A. Man.).

DOCTRINE

Driedger E. A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto: Butterworths, 1983.

AVOCATS:

Aaron A. Fox pour les demandeurs.
Duff F. Friesen, c.r. pour la défenderesse.

PROCUREURS:

McDougall, Ready, Regina, pour les demandeurs.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE JOYAL: Les demandeurs concluent à un jugement déclaratoire portant sur certaines sommes qui leur seraient dues par suite de la vente de leur blé à la Commission canadienne du blé durant la campagne agricole 1985-1986.

Les demandeurs font valoir que, d'après une interprétation appropriée de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, S.R.C. 1970, chap. C-12, maintenant L.R.C. (1985), chap. C-24, la Commission canadienne du blé (la «Commission») leur doit la somme de 54 300 000 \$. Cette somme constitue le solde que la Commission aurait tiré des ventes par les demandeurs de leurs grades particuliers de blé. La Commission a pris ces sommes pour compenser les pertes subies lors de la vente d'autres grades de blé, et elle a décidé qu'aucune autre somme n'était due aux demandeurs.

La Commission canadienne du blé est mandataire de Sa Majesté la Reine du chef du Canada. Les pertes subies par la Commission dans ses opérations annuelles sont couvertes par des crédits parlementaires. Dans l'année 1985-1986, les opérations totales de la Commission relatives au blé ont connu un déficit de 23 000 000 \$. Il s'agissait

all sales after accounting for a \$54,300,000 surplus on sales of the plaintiffs' grades of wheat and a \$77,300,000 loss on sales of other grades of wheat. That net deficit of \$23,000,000 was accordingly paid to the Board by the Crown.

It is the plaintiffs' position that the Board's losses, according to law, must be calculated on a grade by grade basis and that the surplus enjoyed on the sales of their own grades of wheat cannot be absorbed by the losses suffered through the sales of other grades of wheat. Plaintiffs submit that the Crown is therefore bound to pay to the Board the total deficit of \$77,300,000 so that their own surplus may become available for distribution. This, the Crown has refused to do.

After an exchange of pleadings both parties agreed to have the issue determined on the basis of an Agreed Statement of Facts and the trial proceeded accordingly.

The claim by the plaintiffs for declaratory relief cannot be defined as a simple action for debt. It involves an interpretation of certain provisions of the *Canadian Wheat Board Act*. These provisions must be read in relation to the complex operations of the Canadian Wheat Board which is entrusted by Parliament to market and sell Western grain on behalf of grain producers. For a better understanding of the issues, therefore, it might be appropriate to outline the background of this multi-billion dollar marketing agency which has been a part of the Western landscape for many years.

HISTORICAL BACKGROUND OF THE CANADIAN WHEAT BOARD

The marketing of Western grain by a public agency goes back to 1917 [Order in Council P.C. 1917-1604, C. Gaz. 1917.51.1581] with the appointment of the Board of Grain Supervisors [of Canada] to meet wartime exigencies and to exercise monopoly power over Canadian wheat.

du montant du déficit net par suite de toutes les ventes compte tenu d'un excédent de 54 300 000 \$ provenant des ventes des grades de blé des demandeurs et d'une perte de 77 300 000 \$ subie par suite de la vente d'autres grades de blé. La Couronne a donc payé ce déficit net de 23 000 000 \$ à la Commission.

Les demandeurs soutiennent que les pertes de la Commission doivent, selon la loi, être calculées en fonction de chacun des grades, et que l'excédent provenant de la vente de leurs propres grades de blé ne saurait être absorbé par les pertes subies lors de la vente d'autres grades de blé. Les demandeurs prétendent que la Couronne est donc tenue de verser à la Commission le déficit total de 77 300 000 \$ pour que leur propre excédent puisse être distribué, ce que la Couronne a refusé de faire.

Après échange de plaidoiries, les deux parties ont convenu de faire trancher le litige sur la base d'un exposé conjoint des faits, et le procès s'est déroulé dans ce sens.

On ne saurait qualifier l'action en jugement déclaratoire intentée par les demandeurs d'action en recouvrement de dettes. Elle implique l'interprétation de certaines dispositions de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*. Ces dispositions doivent être interprétées par rapport aux opérations complexes de la Commission canadienne du blé à laquelle le législateur confie la tâche de commercialiser le grain de l'Ouest pour le compte des céréaliculteurs. Pour mieux comprendre les points litigieux, il convient peut-être de souligner les antécédents de cet organisme de commercialisation qui manie plusieurs milliards de dollars et qui fait partie du paysage de l'Ouest depuis plusieurs années.

HISTORIQUE DE LA COMMISSION CANADIENNE DU BLÉ

La commercialisation du grain de l'Ouest par un organisme public remonte à 1917 [Arrêté en conseil, P.C. 1917-1604, Gaz. du Can. 1917.51.1650] avec la création de la Commission des surveillants du commerce du grain [du Canada] pour répondre aux exigences de guerre et pour exercer un monopole sur le blé canadien.

In 1919, Parliament adopted the *Canadian Wheat Board Act* [S.C. 1919-20, c. 40] with its own self-destruct system as of August 15, 1921 [section 15].

A new Act [*Canadian Wheat Board Act, 1922*], S.C. 1922, c. 14, followed in 1922. It was expressly provided in section 16 of this statute that the Government of Canada was not responsible for any deficits in the Board's operations. This Act also had a similar sunset clause [section 17].

Prairie wheat pools developed at about this time. These were based on cooperative marketing principles and through them a Central Selling Agency was established. Through voluntary contract pooling of grain, direct selling and the establishment of overseas selling agencies, the marketing arm for the three grain producing provinces marketed slightly over half of all wheat produced during its years of operation. The Central Selling Agency, however, encountered great difficulties during the depression years and this forced the government to intervene. A stabilization operation was established and this in turn led directly to the Canadian Wheat Board legislation of 1935 [*The Canadian Wheat Board Act, 1935*, S.C. 1935, c. 53].

The current Board structure derives from that legislation. Like its predecessor, it was intended to have a temporary existence and participation in it was optional. Yet it remained in existence through the war years and in 1943 [S.C. 1942-43, c. 4], the Board was granted its current marketing monopoly.

It may be said that it was only in 1967 that the Board took on the character of "permanent" institution. It was in that year that the provisions of the *Canadian Wheat Board Act* calling for a review of the Board's mandate every five years were repealed [S.C. 1967-68, c. 5, ss. 3, 6].

En 1919, le Parlement a adopté la *Loi de la Commission des blés du Canada* [S.C. 1919-20, chap. 40] avec son propre système de caducité à compter du 15 août 1921.

Une nouvelle loi [*Loi de la Commission canadienne du blé, 1922*], S.C. 1922, chap. 14, a été adoptée en 1922. Dans son article 16, cette Loi prévoyait expressément que le gouvernement du Canada n'était pas responsable des déficits dans les opérations de la Commission. Elle avait également une clause de temporarisation semblable [article 17].

À cette époque environ, on a mis sur pied des pools du blé dans les Prairies. L'organisation de ces pools reposait sur les principes de commercialisation des coopératives et par leur entremise, un Organisme central de ventes a été établi. Au moyen d'une mise en commun volontaire et contractuelle des grains, d'une vente directe et de l'établissement d'organismes de vente d'outre-mer, l'organisme de commercialisation pour les trois provinces productrices de grains vendait un peu plus que la moitié de tout le blé produit au cours de ses années d'opérations. L'organisme central de ventes a toutefois rencontré de grandes difficultés pendant les années de récession et le gouvernement a dû intervenir. Une opération de stabilisation a été lancée, et ceci, à son tour, a donné directement lieu à la loi de 1935 sur la Commission canadienne du blé [*Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935*, S.C. 1935, chap. 53].

La structure actuelle de la Commission découle de cette Loi. Comme son prédécesseur, elle devait exister temporairement, et la participation à ses activités était facultative. Cependant, elle a continué d'exister pendant les années de guerre et, en 1943 [S.C. 1942-43, chap. 4], la Commission a obtenu son monopole de commercialisation actuel.

On peut dire que c'est seulement en 1967 que la Commission a pris un caractère d'institution «permanente». C'est au cours de cette année que les dispositions de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* exigeant de réviser tous les cinq ans le mandat de la Commission ont été abrogées [S.C. 1967-68, chap. 5, art. 3, 6].

CURRENT OPERATIONS OF THE BOARD

The current mandate of the Board involves the marketing of Western grain at the best possible price under existing market conditions for both domestic and export markets. Grain is not stored to await an up-turn in world prices but is continuously moved. The cornerstone of the system is price pooling among producers to offset price fluctuations within any crop year. This price pooling has all the characteristics of the farmer-led cooperative movement during the 1920s and 1930s. Central to the pooling idea is the delivery quota system used by the Board to draw forward the specific types and grades of grain for which there is an immediate market.

There is no control over production. Neither are there restrictions or incentives for the production of any type or grade of grain. Producers are free to produce what they will but delivery quotas give access to the delivery system in relation to the assigned acreage in the producer's permit book.

The Board's transportation division recommends delivery quotas to control the flow of grain from the farmers in the kinds and grades required to meet sales commitments. The Board owns no elevators or other handling facilities because, from its inception as the modern Canadian Wheat Board in 1935, the Board was enjoined to employ existing facilities of the trade. The Board therefore acts through agents involved in elevator storage, processing and handling of Board grains.

The Board sells grain to virtually every grain importing nation in the world. Approximately 90% of the total volume of grain exported from western Canada is negotiated and coordinated by the Board. All Prairie grown wheat, oats and barley, for either domestic or export markets, is handled by the Board. If one remembers that in 1986 there

LES OPÉRATIONS ACTUELLES DE LA COMMISSION

Le mandat actuel de la Commission porte sur la commercialisation des grains de l'Ouest au meilleur prix possible, dans les conditions en cours du marché tant pour les marchés intérieurs que pour les marchés extérieurs. Le grain n'est pas emmagasiné pour attendre une hausse des prix mondiaux, mais il est vendu sans interruption. La pierre angulaire du système est la mise en commun des prix parmi les producteurs pour compenser les fluctuations des prix dans une campagne agricole. La mise en commun des prix a toutes les caractéristiques du mouvement coopératif dirigé par les fermiers au cours des années 1920 et 1930. L'élément central de l'idée de mise en commun est le système du contingent de livraison utilisé par la Commission pour lancer les types et grades particuliers de grain pour lesquels il existe un marché immédiat.

Il n'existe aucun contrôle sur la production. Il n'existe pas non plus de restrictions ni d'encouragement à la production d'un type ou d'un grade de grain. Les producteurs sont libres de produire ce qu'ils veulent, mais les contingents de livraison donnent accès au système de livraison selon la superficie attribuée dans le carnet de livraison du producteur.

La division de transport de la Commission recommande des contingents de livraison pour contrôler le mouvement des grains provenant des agriculteurs dans les genres et grades requis pour répondre aux engagements de ventes. La Commission ne dispose d'aucun silo ou d'autres installations de manipulation puisque, dès son début, en tant que la Commission canadienne du blé moderne en 1935, on a enjoint à la Commission de faire usage des installations existantes du commerce. La Commission agit alors par l'entremise de mandataires chargés de l'emmagasinage dans des silos, du traitement et de la manipulation des grains de la Commission.

La Commission vend des grains à pratiquement toutes les nations importatrices de grains dans le monde. Approximativement 90 % du volume total des grains exportés de l'Ouest du Canada est négocié et coordonné par la Commission. Tout le blé, l'avoine et l'orge plantés dans les Prairies, soit pour les marchés intérieurs, soit pour les marchés

were over 145,000 grain farmers in the Board's designated areas, handling some four types of grains and with each type classified into any number of grades carrying price spreads, the scope, complexity and sheer size of the Board's operations from year to year become evident.

The Board's duties and functions sometime include the administration of programs unrelated to the marketing of grain. For instance, since 1957, the Board has been responsible for the running of the *Prairie Grain Advance Payment Act*, R.S.C., 1985, c. P-18. This program ensures a cash flow for producers with farm-stored grain due to storage congestion in elevators. Their cost advances afford the Board greater latitude in establishing delivery quotas to meet market needs without having to worry as much over the cash requirements of producers.

The objective of income or price stabilization, as far as my authorities are concerned, does not fall within the purview of the Board. The Board's mandate does not encompass a price support system as that expression is commonly defined. Pooling of returns, as well as the equalization of delivery opportunities, may of course result in a limited form of stabilization within a given crop year. The year to year price, however, is governed by world market forces.

The Federal Government has nevertheless adopted some form of subsidization through the Western Grain Stabilization Program introduced in 1976. That program operates independently of the Board. It is funded jointly by the producers and by the government. Payments from the fund are triggered when the net cash flow to producers falls below the average received over the previous five years. In the 1988 crop year, some 89% of western producers participated in the program.

With all this in the background, it is necessary now to focus the issue before me on the underlying

extérieurs, relèvent de la Commission. Si on se rappelle qu'en 1986, il existait plus de 145 000 cultivateurs de grains dans les régions désignées de la Commission, qui s'occupaient de quelque quatre types de grains, chacun de ces types étant classé en de nombreux grades comportant des écarts de prix, la portée, la complexité et l'ampleur des opérations annuelles de la Commission deviennent évidentes.

Les fonctions de la Commission comportent parfois l'application de programmes qui n'ont aucun rapport avec la commercialisation des grains. À titre d'exemple, la Commission est, depuis 1957, responsable de l'application de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies*, L.R.C. (1985), chap. P-18. Ce programme assure des encaisses aux producteurs dont le grain est stocké à leur ferme en raison de la congestion d'emmagasinement dans les silos. Ces avances donnent à la Commission une plus grande latitude dans l'établissement des contingents de livraison sans pour autant se préoccuper des exigences de liquidités des producteurs.

L'objectif de la stabilisation du revenu ou des prix, autant que je sache, ne relève pas de la Commission. Le mandat de la Commission ne s'étend pas à un système de soutien des prix, selon la définition habituelle de cette expression. La mise en commun de profits, ainsi que l'égalisation des possibilités de livraison, peut, bien entendu, entraîner une forme limitée de stabilisation dans une campagne agricole donnée. Le prix annuel est toutefois fonction de la vigueur des marchés mondiaux.

Le gouvernement fédéral a néanmoins adopté une forme de subvention au moyen du Programme des mesures de stabilisation concernant le grain de l'Ouest introduit en 1976. Ce programme fonctionne indépendamment de la Commission. Son financement provient des producteurs et du gouvernement. Les paiements prélevés sur le fonds sont effectués lorsque l'encaisse nette pour les producteurs tombe au-dessous de la moyenne reçue au cours des cinq années précédentes. Dans la campagne agricole 1988, quelque 89 % des producteurs de l'Ouest ont participé à ce programme.

Compte tenu de cet historique, il est nécessaire maintenant de situer le point litigieux dont je suis

facts of the case and on which the parties have agreed.

SUMMARY OF AGREED STATEMENT OF FACTS

As we have seen, the plaintiffs are engaged in the production of wheat in western Canada.

The Canadian Wheat Board is, for all purposes relevant to this trial, an agent of Her Majesty the Queen in right of Canada. Also for purposes of this trial and to avoid confusion, I should refer to the Board's governing statute in terms of R.S.C. 1970, c. C-12.

The object of the Board is to market Canadian grain both for export and for domestic consumption. The marketing of this grain is according to grades. These different grades of grain are fixed by the Canadian Grain Commission which is established pursuant to the *Canada Grain Act*, R.S.C. 1970, c. G-16, now R.S.C., 1985, c. G-10.

The Board is required by the Act to buy all wheat and certain other grains produced in Manitoba, Saskatchewan, Alberta and certain parts of British Columbia referred to in the Act as "designated area" and offered by a producer for sale and delivery to the Board at an elevator or in a railway car.

The operations of the Board in that regard are carried on in part under agreements between the Board and companies which own and are licensed to operate primary elevators in western Canada. The applicable agreements prohibit the operators from purchasing wheat, barley or oats except for the account of the Board, when the quality or grade is higher than that for "feed grain".

Part III of the Act authorizes and requires the Board to undertake the marketing of wheat produced in the designated area in interprovincial and export trade and establishes rights and obligations of the Board in respect of its transactions and accounting with respect to such wheat. By virtue of section 35 [as am. by S.C. 1972, c. 16, s. 5; 1976-77, c. 55, s. 2] of the Act, Part III, as necessarily modified, can be made to apply to oats and barley as well.

saisi en fonction des faits fondamentaux de l'es-pèce et dont les parties sont convenues.

RÉSUMÉ DE L'ÉXPOSÉ CONJOINT DES FAITS

Ainsi que nous l'avons vu, les demandeurs produisent du blé dans l'Ouest du Canada.

La Commission canadienne du blé est, pour toutes les fins qui se rapportent à ce procès, mandataire de Sa Majesté la Reine du chef du Canada. De même, pour les fins de ce procès et pour éviter la confusion, je citerai la loi habilitante de la Commission dans sa version S.R.C. 1970, chap. C-12.

La Commission a pour objectif de commercialiser le grain canadien tant pour l'exportation que pour la consommation intérieure. La commercialisation de ce grain s'effectue selon les grades. Ces différents grades sont fixés par la Commission canadienne des grains, établie en vertu de la *Loi sur les grains du Canada*, S.R.C. 1970, chap. G-16, maintenant L.R.C. (1985), chap. G-10.

En vertu de la Loi, la Commission doit acheter tout le blé et certains autres grains produits au Manitoba, en Saskatchewan, en Alberta et dans certaines parties de la Colombie-Britannique, que la Loi appelle «région désignée», et offerts pour la vente et la livraison à la Commission à un silo ou dans un wagon.

Les activités de la Commission à cet égard s'exercent en partie en vertu d'ententes conclues entre la Commission et les sociétés qui possèdent et qui sont autorisées à exploiter des silos régionaux dans l'Ouest du Canada. Les ententes applicables interdisent aux exploitants d'acheter, sauf pour le compte de la Commission, du blé, de l'orge ou de l'avoine dont la qualité ou le grade est plus élevé que celui du «grain de provende».

La Partie III de la Loi autorise et oblige la Commission à commercialiser, dans le cadre du commerce interprovincial et extérieur, le blé produit dans la région désignée, et établit les droits et obligations de la Commission relativement à ses opérations et à sa comptabilité concernant ce blé. En vertu de l'article 35 [mod. par S.C. 1972, chap. 16, art. 5; 1976-77, chap. 55, art. 2] de la Loi, l'application de la Partie III, avec les modifications nécessaires, peut s'étendre à l'avoine et à l'orge.

Subsection 5(3) of the Act provides:

5. ...

(3) Losses, if any, sustained by the Board

(a) from its operations under Part III in relation to any pool period fixed thereunder, during such pool period, or

(b) from its other operations under this Act during any crop year,

for which no provision is made in any other Part, shall be paid out of moneys provided by Parliament.

A crop year or "pool period" (as defined by the Act) runs from August 1 to July 31. The Board purchases wheat or other grains and then sells them on the domestic or international markets.

Subsection 26(5) [as am. by S.C. 1976-77, c. 55, s. 2] states in part:

26. ...

(5) ... each producer shall receive, in respect of wheat sold and delivered to the Board during each crop year for the same grade thereof, the same price basis Thunder Bay or Vancouver and that each such price shall bear a proper price relationship to that for each other grade.

In determining the net market return to be attributed to each grade of grain marketed the Board uses a "price pool" method of accounting which (i) pools the grades of grain, to which it considers Part III of the Act applies, separately; and (ii) maintains the price relationships of each grade to the others established by transactions in domestic and international markets throughout the crop year.

This method of accounting also takes into account (i) all sales of all grades of grain in each pool and (ii) all direct and indirect costs of sales of all grades of grain in a pool so that any payment to producers will further the objective expressed in subsection 26(5).

The price pool method of accounting used by the Board does not take into account risks or rewards of short term fluctuations in market prices, or of unusual incidents affecting costs of sales. The risks and rewards are not charged or credited only to the account of the particular grade of grain affect-

Le paragraphe 5(3) de la Loi est ainsi rédigé:

5. ...

(3) Les pertes, s'il en est, subies par la Commission

a) au cours de ses opérations sous le régime de la Partie III, relativement à toute période de livraison en commun fixée aux termes de ladite Partie durant la période de livraison en commun précitée, ou

b) au cours de ses autres opérations prévues dans la présente loi durant toute campagne agricole,

au sujet desquelles aucune disposition n'est contenue dans une autre Partie, doivent être acquittées à même les deniers votés par le Parlement.

Une campagne agricole ou «période de livraison en commun» (définie par la Loi) va du 1^{er} août au 31 juillet. La Commission achète du blé et d'autres grains pour les vendre sur les marchés intérieurs et internationaux.

Le paragraphe 26(5) [mod. par S.C. 1976-77, chap. 55, art. 2] se lit notamment:

26. ...

(5) ... chaque producteur doit recevoir, à l'égard du blé vendu et livré à la Commission pendant chaque campagne agricole pour la même classe de blé, le même prix selon la base de Thunder Bay ou Vancouver, et que tout semblable prix doit avoir un rapport approprié avec celui de chaque autre classe.

Pour déterminer la part du profit net sur le marché à attribuer à chaque grade de grain commercialisé, la Commission recourt à la méthode comptable de «mise en commun des prix» qui i) met en commun séparément les grades de grain, auxquels, selon elle, la Partie III s'applique, et qui ii) maintient le rapport des prix de chaque grade avec celui établi par les opérations sur les marchés intérieurs et internationaux pendant la campagne agricole.

Cette méthode comptable prend en compte i) toutes les ventes de tous les grades de grain dans chaque pool et ii) tous les coûts directs et indirects de la vente de tous les grades de grain dans un pool, de sorte que tout paiement effectué aux producteurs va servir l'objectif visé au paragraphe 26(5).

La méthode comptable de «mise en commun des prix» utilisée par la Commission ne tient pas compte des risques ou récompenses des fluctuations à court terme des prix du marché, ni des incidents inhabituels touchant le coût des ventes. Les risques et les récompenses ne sont pas débités

ed but are absorbed by and distributed amongst the accounts of all grades of grain in a pool.

Subsection 26(1) of the Regulations [*Canadian Wheat Board Regulations*, C.R.C., c. 397 (as am. by SOR/85-413, s. 1)] fixes the sum certain per tonne to be paid to producers selling and delivering wheat of a base grade (No 1 Canada Western Red Spring-CWRS, is used as the reference point for all other grades of wheat) produced in the designated area. This payment is called an initial payment and may be increased during the crop year if the Governor in Council sees fit.

At the time of initial payment a producer is issued a Producer's Certificate indicating the number of tonnes of grain purchased and delivered and the grade thereof. This certificate entitles him "to share in the equitable distribution of the surplus, if any, arising from the operations of the Board with regard to the wheat produced in the designated area sold and delivered to the Board during the same pool period" (paragraph 25(1)(c) of the Act).

The Board subsequently has an obligation to distribute on or after the 1st day of January of the year commencing after the end of any pool period the "appropriate sum determined by the Board as provided in this Act for each tonne of wheat referred to therein according to grade" (subsection 26(2) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 27, s. 1; 1976-77, c. 55, s. 2] of the Act). A payment made under this provision is considered to be a final payment.

All the grades of wheat to which initial prices are set are treated as a pool called the "wheat pool" by the Board. Furthermore, Part III of the Act is to apply separately to the various designated grades of grain in accordance with subsection 26(2) and subsection 25(1) [as am. by S.C. 1972, c. 16, s. 3; 1974-75-76, c. 109, s. 2] of the Act. Thus the various grades of amber durum wheat, oats and barley are treated as three separate pools by the Board namely, the "amber durum" the "oat" and the "barley" pools.

ou crédités seulement au compte du grade particulier de grain touché, mais sont absorbés par les comptes de tous les grades de grain dans un pool et répartis parmi ceux-ci.

^a Le paragraphe 26(1) du Règlement [*Règlement sur la Commission canadienne du blé*, C.R.C., chap. 397 (mod. par DORS/85-413, art. 1)] fixe la somme déterminée à verser aux producteurs qui vendent et livrent du blé de grade de base (le blé rouge de printemps n° 1 de l'Ouest canadien-BRPOC n° 1 est utilisé comme point de repère pour tous les grades de blé) produit dans la région désignée. Ce paiement s'appelle paiement initial et ^c peut être augmenté au cours de la campagne agricole si le gouverneur en conseil le juge approprié.

Au moment du paiement initial, le producteur reçoit un certificat du producteur qui indique le nombre de tonnes de grain achetées et livrées et le grade du grain. Ce certificat lui donne le droit «de participer à la distribution équitable de l'excédent, s'il en est, résultant des opérations à l'égard du blé produit dans la région désignée, vendu et livré ^e pendant la même période de livraison en commun» (alinéa 25(1)c) de la Loi).

Par la suite, la Commission est tenue de distribuer, le 1^{er} janvier de l'année suivant la fin de la période de mise en commun ou à une date ultérieure, «la somme appropriée fixée par la Commission, ainsi que le stipule la présente loi, pour chaque tonne métrique de blé y mentionné, selon ^g la classe» (paragraphe 26(2) [mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 27, art. 1; 1976-77, chap. 55, art. 2] de la Loi). Un paiement effectué en vertu de cette disposition est considéré comme un paiement final.

^h Tous les grades de blé pour lesquels des prix initiaux sont fixés sont considérés comme un pool appelé «pool du blé» par la Commission. De plus, la Partie III de la Loi doit s'appliquer séparément ⁱ aux divers grades de grain désignés conformément au paragraphe 26(2) et au paragraphe 25(1) [mod. par S.C. 1972, chap. 16, art. 3; 1974-75-76, chap. 109, art. 2] de la Loi. Ainsi donc, les divers grades de blé durum ambré, d'avoine et d'orge sont ^j considérés comme trois pools distincts par la Commission, à savoir les pools de «blé durum ambré, d'avoine» et d'«orge».

During the 1985-1986 crop year (commencing August 1, 1985 and ending July 31, 1986) the Board fixed and the Governor in Council approved an initial price of \$160 per tonne for the base grade wheat (No. 1 CWRS) pursuant to subsection 26(1) of the Regulations and subsection 25(1) of the Act. Accordingly, the Board was also authorized and required to make initial payments with respect to the other grades of wheat on "a sum certain per tonne basis in storage Thunder Bay or Vancouver".

As it turned out, world grain prices generally fell sharply in the 1985-1986 crop year. There were, however, periods throughout that year when the selling price for high grade and high protein wheat was not as depressed as the other grades. However, in general, the net market return per tonne, for a number of grades of wheat, after deduction of the expenses incurred in connection with the operations of the Board attributable to the "wheat pool", was less than the initial payment in respect of those grades.

In utilizing the "pooling method of accounting" it was determined that a "surplus" of approximately \$54,300,000 was realized by the higher grades of wheat while a "loss" in the approximate amount of \$77,300,000 was incurred by the lower grades of wheat in the pool. Thus the Board determined that the "wheat pool" had sustained a deficit of \$22,994,777 from its operations thereto and, pursuant to subsection 5(3) of the Act, that amount was paid with respect to the pool's net losses by monies provided by Parliament.

The Board determined that in those circumstances there was no surplus arising from the operations of the Board in respect of the wheat pool to be distributed to the producers. Accordingly, the Governor in Council did not authorize a final payment to the producers pursuant to subsection 26(5) of the Act in respect of any grades of wheat included in the wheat pool.

The plaintiffs were producers of the higher quality wheat. They claim that the Government setting off the profits made from their high grade wheat

Au cours de la campagne agricole 1985-1986 (commençant le 1^{er} août 1985 et prenant fin le 31 juillet 1986), la Commission a fixé, avec l'approbation du gouverneur en conseil, un prix initial de 160 \$ par tonne métrique pour le blé de grade de base (BRPOC n° 1) en vertu du paragraphe 26(1) du Règlement et du paragraphe 25(1) de la Loi. En conséquence, la Commission pouvait également et devait effectuer des paiements initiaux pour ce qui est des autres grades de blé à l'égard de «la somme déterminée par la tonne métrique, en entrepôt à Thunder Bay ou à Vancouver».

En l'occurrence, les prix des grains dans le monde sont généralement et brusquement tombés dans la campagne agricole 1985-1986. Il y a eu toutefois, au cours de cette année, des périodes où le prix de vente du blé de haute qualité et à haute teneur de protéine n'est pas tombé aussi bas que celui des autres grades. Toutefois, en général, le profit net par tonne métrique sur le marché, pour certains grades de blé, après déduction des dépenses engagées relativement aux opérations de la Commission attribuables au «pool du blé», était inférieur au montant du paiement initial à l'égard de ces grades.

En utilisant la «méthode comptable de mise en commun», on a constaté un «excédent» d'environ 54 300 000 \$ pour les grades supérieurs de blé et une «perte» s'élevant approximativement à 77 300 000 \$ pour les grades inférieurs de blé dans le pool. La Commission a donc décidé que le «pool du blé» avait subi un déficit de 22 994 777 \$ dans ses opérations qui s'y rapportent et que, en vertu du paragraphe 5(3) de la Loi, cette somme a été payée, pour ce qui est des pertes nettes du pool, à l'aide des crédits votés par le Parlement.

La Commission a statué donc que, dans ces circonstances, il n'existait aucun excédent à distribuer aux producteurs qui découlerait des opérations de la Commission relatives au pool du blé. En conséquence, le gouverneur en conseil n'a pas autorisé un paiement final aux producteurs en vertu du paragraphe 26(5) de la Loi pour ce qui est de tous les grades de blé compris dans le pool du blé.

Les demandeurs étaient producteurs du blé de qualité supérieure. Ils prétendent que le fait pour le gouvernement de déduire des bénéfices tirés de

against the losses of the lower grade wheat was particularly inequitable on the producers of high quality wheat since the higher quality grades not only in effect subsidized the lower grades of wheat, but the producers of this better wheat generally also had lower crop yields than the producers of lower quality wheat.

THE PLAINTIFFS' POSITION

The plaintiffs submit that the defendant is required pursuant to subsection 5(3) of the Act to reimburse the Board for any losses sustained with respect to each and every grade of wheat, calculated on a grade-by-grade basis. The plaintiffs contend that, as the defendant failed to pay the Board the approximately \$77 million lost on the sale of all grades of wheat on which the Board incurred a loss, the Board was forced to apply the surplus of \$54,300,000 realized from the sale of higher grades of wheat against the loss incurred on the sale of the lower grades of wheat and thus this money was not available as a final payment to the producers of those grades of wheat. In essence, the plaintiffs' position is that if profits are to be distributed according to grade, it follows logically that losses are to be similarly treated.

THE DEFENDANT'S POSITION

The defendant submits that the reference to subsection 5(3) of the Act to the operations of the Board under Part III of the Act is directed to all of the operations of the Board to which Part III applies. The defendant submits that the operations of the Board in respect of wheat (and other grains) are governed by Part III of the Act without distinguishing on a grade-by-grade basis amongst the various grades of grain. Thus for the purposes of subsection 5(3) of the Act the financial results of the operations of the Board are to be determined separately for each pool for all the grades of each of the grains to which Part III of the Act applies separately.

THE ISSUE

Subsection 5(3) of the Act provides that "losses, if any, sustained by the Board from its operations

leur blé de grade supérieur les pertes imputables au blé de grade inférieur est particulièrement injuste pour les producteurs de blé de haute qualité, puisque non seulement les grades de qualité supérieure subventionnent en fait les grades inférieurs de blé, mais encore, en général, les producteurs de ce meilleur blé ont eu des productions inférieures à celles des producteurs de blé de qualité inférieure.

LA POSITION DES DEMANDEURS

Les demandeurs soutiennent que la défenderesse est tenue, en vertu du paragraphe 5(3) de la Loi, de rembourser la Commission de toutes pertes subies à l'égard de chacun des grades de blé, calculées grade par grade. Selon les demandeurs, puisque la défenderesse n'a pas versé à la Commission la somme approximative de 77 millions de dollars perdue lors de la vente des grades de blé ayant causé une perte à la Commission, celle-ci a dû déduire de l'excédent de 54 300 000 \$ provenant de la vente des grades supérieurs de blé la perte subie lors de la vente des grades inférieurs de blé, de sorte que cette somme n'a pu être versée, à titre de paiement final, aux producteurs de ces grades de blé. Les demandeurs prétendent essentiellement que, si les bénéfices doivent être distribués selon le grade, il est logique que les pertes reçoivent le même traitement.

LA POSITION DE LA DÉFENDERESSE

La défenderesse fait valoir que la mention au paragraphe 5(3) de la Loi des opérations de la Commission sous le régime de la Partie III vise toutes les opérations de celle-ci auxquelles la Partie III s'applique. Selon la défenderesse, les opérations de la Commission relatives au blé (et aux autres grains) relèvent de la Partie III de la Loi sans distinction de grade parmi les divers grades de grains. Ainsi donc, aux fins du paragraphe 5(3) de la Loi, les résultats financiers des opérations de la Commission sont déterminés séparément pour chaque pool pour tous les grades de chacun des grains auxquels la Partie III de la Loi s'applique séparément.

LE POINT LITIGIEUX

Le paragraphe 5(3) de la Loi prévoit que «les pertes, s'il en est, subies par la Commission au

under Part III . . . shall be paid out of moneys provided by Parliament”.

Subsection 26(5) provides that each producer is to receive for his wheat of a particular grade “the same price whether at Thunder Bay or Vancouver and such price shall bear a proper price relationship to that for each other grade”.

Subsection 26(2) of the Act provides that after the end of any pool period, the Board is to distribute the balance remaining in its account in respect of wheat it has purchased an appropriate sum for each tonne of wheat according to grade.

At first blush, there is an appearance of conflict or ambiguity in these provisions. On the one hand, the Act in subsection 5(3) speaks of losses incurred from its operations under Part III in relation to any pool period, inferring of course that the wheat pool is to be regarded as a unit in the determination of losses.

On the other hand, subsection 26(5) seems to provide to any producer an assurance that whatever price he receives for his particular grade, it will bear a proper relationship to that for each other grade.

To add to the problem, there is the provision contained in subsection 26(2) which, in entitling a producer to share in any surplus according to grade, implies that each grade should be treated as a separate unit.

An analysis of those provisions and the inferences which might be drawn from them require, in my view, the application of any number of alternative or concurrent rules of statute interpretation so as to determine whether the foregoing provisions are veritably in conflict or ambiguous, and if so, how can they be rationally reconciled in accordance with the scheme of the whole statute.

THE INTERPRETATION OF THE STATUTE AND THE CASE FOR THE PARTIES

E. A. Driedger's *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983, has become the vade-mecum of anyone involved in statute inter-

cours de ses opérations sous le régime de la Partie III . . . doivent être acquittées à même les deniers votés par le Parlement».

^a Il est prévu au paragraphe 26(5) que chaque producteur doit recevoir pour son blé d'un grade particulier le même prix selon la base de «Thunder Bay ou Vancouver, et que ce prix doit avoir un rapport approprié avec celui de chaque autre classe».

^b En vertu du paragraphe 26(2) de la Loi, la Commission doit, après la fin d'une période de mise en commun, procéder à la distribution du solde demeurant à son compte relativement au blé qu'elle a acheté en payant une somme appropriée pour chaque tonne métrique de blé selon la classe.

^c De prime abord, il semble qu'il y ait conflit ou ambiguïté dans ces dispositions. D'une part, dans son paragraphe 5(3), la Loi parle de pertes subies au cours de ses opérations sous le régime de la Partie III relativement à toute période de livraison en commun, ce qui porte à croire que le pool du blé doit être considéré comme une unité dans la détermination des pertes.

^d D'autre part, le paragraphe 26(5) semble donner à chaque producteur l'assurance que quel soit le prix qu'il reçoit pour son grade particulier, ce prix doit avoir un rapport approprié avec celui de chaque autre grade.

^e Pour compliquer le problème, il y a la disposition du paragraphe 26(2) qui, en permettant à un producteur de partager tout excédent selon la classe, implique que chaque grade doive être considéré comme une unité distincte.

^f En analysant ces dispositions et les conclusions qu'on pourrait en tirer, il faut, à mon avis, appliquer des règles d'interprétation facultatives ou concourantes afin de déterminer si les dispositions précédentes sont véritablement incompatibles ou ambiguës, et si, dans l'affirmative, elles peuvent être conciliées conformément à l'économie de la loi tout entière.

L'INTERPRÉTATION DE LA LOI ET LES ARGUMENTS DES PARTIES

^g L'ouvrage *Construction of Statutes* de Driedger, E. A. 2^e éd. Toronto: Butterworths, 1983, est devenu le vade-mecum de quiconque s'engage dans

pretation. The author, after reviewing the history of the various doctrines propounded from time to time states at page 87 that:

Today there is only one principle or approach, [to the interpretation of a statute or statutory provision,], namely the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The author adds that this principle is expressed repeatedly by modern judges, as for example, Lord Reid in *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1965] A.C. 182 (H.L.) and Culliton C.J., in *R. v. Mojelski* (1968), 65 W.W.R. 565 (Sask. C.A.).

Apart from doctrine, many maxims have been adopted over the years, *i.e.*, "that special words do not derogate from the general" or the reverse "general words do not derogate from the special". There is also the maxims "*expressio unius est exclusio alterius*" as well as "*abundans cautela non nocet*". In *Jones v. A.G. of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182; 45 D.L.R. (3d) 583; (1974) 1 N.R. 582; 7 N.B.R. (2d) 526; 16 C.C.C. (2d) 297, the late Chief Justice Laskin observed, however, that maxims provide at most merely a guide to interpretation and do not pre-ordain conclusions. In *Goodman v. Criminal Injuries Comp. Bd.*, [1981] 2 W.W.R. 749 (Man. C.A.), Hall J.A. stated that no matter how useful a tool a maxim may be, it cannot displace the duty to look at the statute as a whole.

To apply the current rules of interpretation to the case at bar, one must view whatever conflict or ambiguity which arises between subsection 5(3) and subsection 26(5) in the light of the words used and of Parliament's intention in adopting them. In this regard, Driedger at page 106 sets up a method of construction to deal with this, stressing however that the intention of Parliament usually denotes the intention of a statute as a whole rather than the intention of a particular provision. The author then divides Parliamentary intention into the following elements namely:

- (1) the expressed intention, *i.e.*, the intention expressed by the enacted words;

l'interprétation des lois. L'auteur, après avoir examiné l'historique des différentes doctrines proposées, s'exprime en ces termes à la page 87:

[TRADUCTION] De nos jours, un seul principe ou méthode prévaut [pour l'interprétation d'une loi ou d'une disposition législative]: les mots doivent être interprétés selon le contexte, dans leur acception logique courante en conformité avec l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur.

- ^b L'auteur ajoute que ce principe a été repris maintes fois par les juges de notre époque, tels que, par exemple, lord Reid dans *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1965] A.C. 182 (H.L.), et le juge en chef Culliton dans *R. v. Mojelski* (1968), 65 W.W.R. 565 (C.A. Sask.).

À part la doctrine, plusieurs maximes ont été adoptées au cours des années, savoir la maxime [TRADUCTION] «que les mots particuliers ne dérogent pas au général» ou l'inverse [TRADUCTION] «des mots généraux ne dérogent pas au particulier». Il y a également les maximes «*expressio unius est exclusio alterius*» et «*abundans cautela non nocet*». Dans *Jones c. P.G. du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; 45 D.L.R. (3d) 583; (1974) 1 N.R. 582; 7 N.B.R. (2d) 526; 16 C.C.C. (2d) 297, le feu juge en chef Laskin a toutefois fait remarquer que les maximes fournissent tout au plus un simple guide d'interprétation et ne prescrivent pas de conclusions. Dans l'affaire *Goodman v. Criminal Injuries Comp. Bd.*, [1981] 2 W.W.R. 749 (C.A. Man.), le juge d'appel Hall a dit que si utiles que puissent être les maximes, elles ne sauraient supplanter l'obligation d'examiner l'ensemble de la loi.

Pour appliquer à l'espèce les règles d'interprétation qui ont cours, on doit examiner le conflit ou l'ambiguïté qui existe entre le paragraphe 5(3) et le paragraphe 26(5) compte tenu de leur libellé et de l'intention du législateur en les adoptant. À cet égard, Driedger, à la page 106, établit une méthode d'interprétation pour régler ce problème, insistant toutefois sur le fait que l'intention du législateur dénote habituellement l'intention d'une loi tout entière, plutôt que l'intention d'une disposition particulière. L'auteur divise alors l'intention du législateur en les éléments suivants:

- 1) l'intention exprimée, c.-à-d. l'intention exprimée par les mots adoptés;

- (2) the implied intention, *i.e.*, the intention that may legitimately be implied from the enacted words;
- (3) the presumed intention, *i.e.*, the intention that the Courts, in the absence of an indication to the contrary, impute to Parliament; and
- (4) the declared intention, *i.e.*, the intention that Parliament itself has said may be or must be or must not be imputed to it.
- 2) l'intention implicite, c.-à-d. l'intention qu'on peut légitimement déduire des mots adoptés;
- 3) l'intention présumée, c.-à-d. l'intention que la Cour, en l'absence d'une indication contraire, prête au législateur; et
- 4) l'intention déclarée, c.-à-d. l'intention qui, selon le législateur lui-même, peut être ou doit être ou ne doit pas être attribuée à celui-ci.

The "presumed" intentions of Parliament are often the inventions of courts. For example, a statute will be presumed not to derogate from the common law except to the extent that it is essential for its purposes. Another presumption is that the liberty or property of a citizen against interference by the state is to be protected. Counsel for the plaintiffs in this regard argues that the Act should be interpreted in a fashion more favourable to the plaintiffs on the grounds that the compulsory feature of the scheme encroaches upon the rights of subjects. Counsel quotes in support the Privy Council decision in *Attorney-General for Canada v. Hallet & Carey Ltd.*, [1952] A.C. 427 (P.C.). Furthermore, according to plaintiffs' counsel, a court should not be guided in the matter of statute interpretation by what any board or agency administering it believes it to be. The true test is the Act itself.

Counsel advances the proposition that on a proper reading of section 26 of the Act, the grade by grade approach to profits and losses is a necessary inference to be drawn and makes clear Parliament's intention in that respect. The statute clearly states that surpluses are to be distributed according to grades. It follows, says counsel, that losses should be similarly treated.

Counsel for the plaintiffs also refers to certain interpretative comments by the courts when dealing with the Act's scheme and purpose and with the Board's duties and obligations thereunder.

Counsel cites the Supreme Court of Canada decision in *Murphy v. Canadian Pacific Railway*

Les intentions «présümées» du législateur sont souvent l'œuvre des tribunaux. Par exemple, une loi est présumée ne pas déroger au droit commun sauf dans la mesure où cela est essentiel à ses fins. Il existe une autre présomption, savoir que la liberté et les biens d'un citoyen doivent être protégés contre l'intervention de l'État. À cet égard, l'avocat des demandeurs soutient que la Loi doit être interprétée d'une façon plus favorable à ceux-ci parce que le caractère obligatoire du cadre législatif empiète sur les droits des sujets. L'avocat cite à l'appui la décision rendue par la Chambre des lords dans *Attorney-General for Canada v. Hallet & Carey Ltd.*, [1952] A.C. 427 (C.P.). De plus, selon l'avocat des demandeurs, un tribunal ne devrait pas se laisser guider, en matière d'interprétation d'une loi, par ce qu'en pense la commission ou l'organisme chargé de son application. Le vrai critère est la loi elle-même.

L'avocat des demandeurs avance l'idée que, si on interprète de façon appropriée l'article 26 de la Loi, il faut en déduire nécessairement l'approche grade par grade à l'égard des bénéfices et pertes, laquelle précise l'intention du législateur à cet égard. La loi dit clairement que les excédents doivent être distribués selon les grades. Il s'ensuit, selon l'avocat, que les pertes doivent recevoir le même traitement.

L'avocat des demandeurs renvoie également à certains commentaires en matière d'interprétation faits par les tribunaux lorsqu'il est question de l'objectif et de la fin visés par la Loi et des fonctions et obligations de la Commission sous son régime.

L'avocat cite l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Murphy v. Canadian Pacific Railway and*

and *The Attorney General of Canada*, [1958] S.C.R. 626; 15 D.L.R. (2d) 145, where the Act, in substantially the same terms, was under review. Locke J., at pages 630 S.C.R.; 156 D.L.R., said this:

The Board is required to undertake the marketing of all the grain delivered either to elevators or railway cars and the producers receive their proportionate share of the moneys realized from the sale of grain of the grade delivered by them less the expenses of the operation of the Board. [Emphasis added.]

Counsel also refers to another Canadian Wheat Board case in *The Queen v. Klassen* (1959), 20 D.L.R. (2d) 406 (Man. C.A.) where it is stated at page 414:

This submission ignores the other but equally essential feature of the controls, the equitable rationing of delivery opportunity and the ensuring that as nearly as may be all producers whose freedom to trade is interfered with by the scheme will get the same price at the same time for the like kind and quantity of grain. [Emphasis added.]

Again relying on the scheme of the Act which provides that all profits of the Board are to be distributed to the producers, a position adopted by MacPherson C.J.M., in *Oatway v. Can. Wheat Board*, [1944] 3 W.W.R. 337 (Man. C.A.), plaintiffs' counsel concludes that the interpretation suggested by the Crown would effectively generate a benefit of some \$54 millions to the Crown, a benefit which has in fact been earned by the plaintiffs. The intent of Parliament as disclosed in section 25 and section 26 of the Act is to the contrary: the grade by grade accounting method for determining profits or losses is clearly indicated in the language used. This interpretation, says counsel, is made clearer by section 25(1.1) [as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 109, s. 2(2)] of the Act which provides for a proper price relationship to the base grade of wheat, *i.e.* No. 1 CWRS. Such relationship requires that a producer receive a payment in accordance with his grade and that by implication this would apply not only to the calculation of his initial payment but to his final payment as well. Furthermore, the words used in section 27 of the Act, *i.e.*, "The Board shall maintain separate accounts with regard to its operations in respect of wheat" [emphasis added], clearly indicates, according to counsel, that accounting by grade is intended.

The Attorney General of Canada, [1958] R.C.S. 626; 15 D.L.R. (2d) 145, où la Loi, essentiellement dans les mêmes termes, a été examinée. Le juge Locke s'est prononcé en ces termes aux pages 630 R.C.S.; 156 D.L.R.:

[TRADUCTION] La Commission est tenue de commercialiser tout le grain délivré à des éleveurs ou wagons, et les producteurs reçoivent leur part proportionnelle du produit de la vente du grain de la classe qu'ils ont livré moins les dépenses engagées au cours des opérations de la Commission. [C'est moi qui souligne.]

L'avocat cite également une autre décision portant sur la Commission canadienne du blé dans l'affaire *The Queen v. Klassen* (1959), 20 D.L.R. (2d), 406 (C.A. Man.), où il est dit à la page 414:

[TRADUCTION] Cet argument ne tient pas compte de l'autre trait également essentiel des contrôles, c'est-à-dire la répartition équitable des possibilités de livraison et l'assurance que, aussi près que possible, tous les producteurs, dont la liberté commerciale est contrecarrée par le cadre législatif, vont obtenir le même prix au même moment pour le genre et la quantité semblables de grain. [C'est moi qui souligne.]

S'appuyant de nouveau sur l'économie de la Loi qui prévoit que tous les bénéfices de la Commission doivent être distribués aux producteurs, position adoptée par le juge MacPherson, juge en chef du Manitoba, dans *Oatway v. Can. Wheat Board*, [1944] 3 W.W.R. 337 (C.A. Man.), l'avocat des demandeurs conclut que l'interprétation suggérée par la Couronne générerait effectivement un bénéfice de quelque 54 millions de dollars au profit de celle-ci, bénéfice que les demandeurs ont dans les faits réalisé. L'intention du législateur qui se dégage des articles 25 et 26 de la Loi est l'inverse: la méthode comptable grade par grade utilisée pour déterminer les bénéfices ou les pertes se trouve clairement indiquée dans les termes choisis. Selon l'avocat, cette interprétation est précisée par l'article 25(1.1) [édicte par S.C. 1974-75-76, chap. 109, art. 2(2)] de la Loi qui prévoit un juste rapport de prix avec celui de la classe de base de blé, c.-à-d. BRPOC n° 1. Ce rapport exige qu'un producteur reçoive un paiement conforme au grade de son grain et que, par voie de conséquence, cela s'applique non seulement au calcul de son paiement initial mais aussi à son paiement final. De plus, les mots utilisés à l'article 27 de la Loi, c'est-à-dire «la Commission doit maintenir des comptes distincts concernant ses opérations à l'égard du blé» [c'est moi qui souligne], indiquent clairement, selon l'avocat, que la tenue d'une comptabilité par grade est voulue.

In reply, counsel for the Crown urges the Court to adopt the comments of Gibson J. in *Kiist v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1980] 2 F.C. 650 (T.D.), found at pages 655-656:

In carrying out such national policy however, the Board has not and does not function as a price or income support agency. Instead, the price paid to producers is that obtained by the Board from both domestic and foreign customers.

As to the overall operations of the Board in carrying out its statutory powers and duties, as I understand it however, it may be said that the Board implements its national grain marketing policy by employing five policy mechanics, namely: (1) by the use of year long price pools; (2) by the use of marketing quotas; (3) by the management of transportation; (4) by the use of the Winnipeg Commodity Exchange; and (5) by the use of a complex export selling system. [Emphasis added.]

Counsel for the Crown accordingly concludes that to adopt the interpretation urged by the plaintiffs, certain producers of certain grades of wheat would be entitled to any surplus, unexpected or not, while at the same time, other producers of other grades, in a market downturn, would not have to account for their losses. It would mean in effect that producers would absorb all the surpluses and, taking into account the non-refundable initial payment already received, would never have to bear any losses. Such an approach would in essence be a price and income support scheme which is not Parliament's intention, and which the statute does not create.

Counsel for the Crown further finds support in the same provisions of the Act relied on by the plaintiffs. He quotes subsection 26(2) which imposes "a duty on the Board to distribute the balance remaining in its account in respect of wheat" [emphasis added]. He also quotes subsection 26(5) which provides that the Board, with the approval of the Governor in Council, fixes the amounts to which producers are entitled per tonne according to grade in order that all producers, according to grade, receive the same price and that such price bears a proper price relationship to that for each other grade.

These provisions, according to the Crown, make it clear that it would be contrary to the scheme and terms of the legislation to treat the Board's operations under Part III as constituting distinct

En réponse, l'avocat de la Couronne insiste pour que la Cour adopte les commentaires faits par le juge Gibson dans *Kiist c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1980] 2 C.F. 650 (1^{re} inst.), et qui se trouvent aux pages 655 et 656:

Dans l'application de cette politique nationale, la Commission n'a toutefois jamais joué le rôle d'un organisme de soutien des prix ou des revenus. En fait, les producteurs reçoivent exactement le prix que la Commission obtient des clients du marché intérieur et extérieur.

Pour ce qui est cependant du fonctionnement d'ensemble de la Commission dans l'exercice de ses pouvoirs et attributions prévus par la Loi, on peut dire, à mon avis, que la Commission applique sa politique nationale de commercialisation des grains au moyen des cinq méthodes suivantes: (1) application de prix uniques annuels; (2) application des contingents de livraison; (3) contrôle du transport; (4) recours à la bourse des marchandises de Winnipeg; et (5) recours à un système compliqué de vente à l'exportation. [C'est moi qui souligne.]

L'avocat de la Couronne conclut donc que, pour adopter l'interprétation que les demandeurs ont vivement préconisée, certains producteurs de certains grades de blé auraient droit à tout excédent, imprévu ou non, alors que d'autres producteurs d'autres grades, dans un marché en régression, n'auraient pas à comptabiliser leurs pertes. Cela signifierait en fait que les producteurs absorberaient tous les excédents et, compte tenu du paiement initial non remboursable déjà reçu, ne subiraient jamais de pertes. Une telle approche constituerait essentiellement un programme de soutien des prix et des revenus qui n'est pas ce que vise le législateur, et que la Loi ne crée pas.

L'avocat de la Couronne s'appuie en outre sur les mêmes dispositions de la Loi que les demandeurs ont invoquées. Il cite le paragraphe 26(2) qui impose à la Commission l'obligation de «distribuer le solde demeurant à son compte relativement au blé» [c'est moi qui souligne]. Il cite également le paragraphe 26(5) qui prévoit que la Commission, avec l'approbation du gouverneur en conseil, fixe les sommes auxquelles les producteurs ont droit par tonne métrique selon le grade, pour que tous les producteurs, selon le grade, reçoivent le même prix et que ce prix ait un rapport approprié avec celui de chaque autre grade.

Selon l'avocat de la Couronne, ces dispositions précisent qu'il serait contraire à l'économie et aux termes de la Loi de considérer que les opérations de la Commission sous le régime de la Partie III

and separate operations for each separate grade of wheat for purposes of calculating losses recoverable under subsection 5(3).

Crown counsel finds that this interpretation achieves the purpose of the statute which is to pool all amounts realized from the sale of all grades of wheat. This in turn provides price stability to producers and ensures that each of them obtains a fair share of the market. The price pooling method of accounting permits the Board to make considered decisions relating to initial price, purchasing, storage, transportation and marketing. It enables it to minimize costs, to maintain price spreads and to assure a fair and equitable distribution.

CONCLUSIONS

Given the history of the Canadian Wheat Board, it appears evident that the major purpose in creating and maintaining an agency of that nature is the continued orderly marketing of grain at the best possible price under existing market conditions for both domestic and export trade. Grain is not hoarded in the hopes of receiving higher prices in the event of a market upturn. There is no rush to fill the bins when the market is buoyant nor is there the possibility that any major producer would dump his grain at any particular time and because of his economies of scale, still realize a profit at depressed prices.

The cornerstone of the scheme to achieve an orderly marketing of grain and to provide to all producers equal access to the market is the concept of price pooling among producers. Price pooling offsets price fluctuations during any marketing year. In this way, it matters not to the individual producer whether he delivers early or late in the crop year or whether, at time of delivery, grain prices are up or grain prices are down.

The ramifications of this basic pooling approach are many. The particular grade or quality of wheat is set by the Canadian Grain Commission. Prior to the crop year, the Board must make a calculated estimate as to what price each of the several

constituent des opérations distinctes pour chaque grade de blé dans le calcul des pertes réparables en vertu du paragraphe 5(3).

L'avocat de la Couronne conclut que cette interprétation correspond au but de la Loi, celui de mettre en commun le produit de la vente de tous les grades de blé. Cette mesure assure la stabilité aux producteurs et permet à chacun d'entre eux d'obtenir une juste part du marché. La méthode comptable de «mise en commun des prix» permet à la Commission de prendre des décisions motivées concernant le prix initial, l'achat, l'emmagasinage, le transport et la commercialisation. Elle lui permet de minimiser les coûts, de maintenir des écarts de prix et d'assurer une distribution équitable.

CONCLUSIONS

Compte tenu de l'historique de la Commission canadienne du blé, il semble évident que la création et le maintien d'un organisme de ce genre visent principalement à la commercialisation continue et ordonnée du grain au meilleur prix possible dans les conditions actuelles du marché, tant pour le commerce intérieur que pour le commerce extérieur. Le grain n'est pas stocké pour obtenir un prix plus élevé dans l'éventualité d'une hausse du marché. Il n'est pas urgent de remplir les coffres lorsque le marché est ferme; il n'est pas non plus possible qu'un producteur important vende à bas prix son grain à un moment donné et que, en raison de ses économies d'échelle, réalise quand même un bénéfice à des prix réduits.

La pierre angulaire du programme visant à la commercialisation ordonnée du grain et à l'accès égal de tous les producteurs au marché est le concept de mise en commun des prix parmi ceux-ci. La mise en commun des prix compense les fluctuations des prix au cours d'une année de commercialisation. De cette façon, il importe peu que le producteur individuel livre son grain tôt ou tard dans la campagne agricole ou que, au moment de la livraison, les prix du grain montent ou descendent.

Les ramifications de cette approche fondamentale de mise en commun sont nombreuses. Le grade particulier ou la qualité particulière du blé est fixée par la Commission canadienne des grains. Antérieurement à la campagne agricole, la Com-

grades will command, making sure that appropriate price spreads, based on market experience, are maintained. The Board then fixes an "initial payment" price for each grade, using No. 1 Canadian Western Red Spring as a base from which the spreads are calculated.

The initial payment must be approved by the Governor in Council and in fact, the payment set out for the year 1985-1986 is found in Order in Council 1985-1466 [SOR/85-413] dated May 2, 1985. Such a payment is the sum certain for wheat of the base grade to be paid. As I interpret the scheme, this sum certain triggers off the price for all the grades of wheat. In effect, therefore, each producer, no matter the downturn in market prices over the crop year, is assured of receiving no less than the initial payment. It is in effect a scheme which not only guarantees a floor price to the producer but at the same time provides him with the necessary cash flow pending final calculations at the end of the crop year.

Board decisions in this respect involve the balancing of delicate factors as well as the application of intricate mechanisms. The Board will not consciously recommend to the Governor in Council an unduly high initial price, thereby increasing the risk of deficits which Parliament would have to pick up. Nor will it fix an unduly low price, thus depriving the producer of his necessary cash requirements for his on-going expenses. The experience of the Board in respecting these competing pulls and drags over its many years of existence speaks highly of it: The year 1985-1986 is the only year over some twenty crop years that the "wheat pool" suffered a loss which had to be paid out of public monies.

The evidence before me is that Board expenses are calculated on a pool basis. All expenses for the wheat pool are charged to that pool, irrespective of whether expenses in relation to any particular grade of wheat or group of grades, might be otherwise disproportionate. It matters not if handling, transshipment, derailments or other vagaries impose additional cost burdens with respect to any particular grade, the total expenses are shared by

mission doit faire une estimation probable du prix que commandera chacun des nombreux grades, s'assurant du maintien des écarts de prix appropriés compte tenu de l'état du marché. La Commission établit alors un prix «paiement initial» pour chaque grade, utilisant le blé rouge du printemps n° 1 de l'Ouest canadien comme base servant au calcul des écarts de prix.

Le paiement initial doit être approuvé par le gouverneur en conseil et, en fait, le paiement établi pour l'année 1985-1986 se trouve dans le décret 1985-1466 [DORS/85-413] en date du 2 mai 1985. Ce paiement constitue la somme déterminée pour le blé de la classe de base à verser. Selon mon interprétation de l'économie de la loi, cette somme déterminée commande le prix de tous les grades de blé. En fait, chaque producteur, malgré la tendance à la baisse des prix sur le marché au cours de la campagne agricole, est certain de ne pas recevoir moins que le paiement initial. De fait, l'objet de la Loi est non seulement de garantir au producteur un prix plancher, mais aussi de lui fournir l'encaisse nécessaire en attendant les calculs définitifs à la fin de la campagne agricole.

Les décisions de la Commission à cet égard impliquent l'examen des facteurs délicats ainsi que l'application de mécanismes compliqués. La Commission ne va pas sciemment recommander au gouverneur en conseil un prix initial excessivement élevé pour augmenter ainsi le risque de déficits que le Parlement devrait assumer. Elle ne va pas non plus fixer un prix excessivement bas pour priver ainsi le producteur de ses demandes de liquidités nécessaires pour ses dépenses courantes. L'expérience de la Commission à concilier ces tendances opposées au cours de ses nombreuses années d'existence est éloquente: l'année 1985-1986 est la seule année au cours de quelque vingt campagnes agricoles où le «pool du blé» a subi une perte qui devait être absorbée par des fonds publics.

D'après la preuve produite, les dépenses de la Commission sont calculées sur la base du pool. Toutes les dépenses du pool du blé sont imputées à ce pool, sans tenir compte de la question de savoir si les dépenses relatives à un grade particulier de blé ou à un groupe de grades pourraient être par ailleurs disproportionnées. Peu importe que la manipulation, le transbordement, les déraillements ou d'autres caprices imposent un coût additionnel

all. The costs attributable to each grade are based on quantities only.

The reasonable conclusion to be drawn from this is that the scheme of the Act envisages a sharing of risks and rewards between all wheat producers. These producers, although entitled to returns dependant upon the various grades of wheat they sell, nevertheless submit their individual interests to the experience of the group as a whole. No producer has, of course, a choice in the matter, even though any producer might have the acumen and the clout to proceed independently. The statute, however, does provide for equitable, if shared, treatment of all of them. This is accomplished, at least in statutory terms, by a system of price pooling over the market experience of a whole crop year so as to determine the average yield no matter when individual deliveries and sales to the Board are made. It is reflected in the maintenance of price spreads between various grades of wheat so that high volume, lower-priced wheat will be treated in the same way as low-volume higher-priced wheat. It is further accomplished by a system of initial payments, essentially a guaranteed, non-refundable floor price, which again adopts the principle of price spreads between various grades.

As a result, it would be logical to conclude that Parliament's intention in adopting the statute was to create a wheat pool encompassing all grades of wheat from which all profits realized on all sales, minus expenses incurred on all sales, are distributed to the producers as final payment.

If there should be found a logical structure to this approach, it must nevertheless be measured against the provisions of the Act itself. I should find that these provisions are consonant with the features I have outlined.

The statute states in subsection 5(3) that losses in respect of the operations of the Board under Part III in relation to any pool period, shall be paid by Parliament. I believe it is a reasonable

pour ce qui est d'un grade particulier, les dépenses totales sont partagées par tous. Les coûts attribuables à chaque grade reposent sur les quantités seulement.

^a Tout cela permet de conclure raisonnablement que l'économie de la Loi prévoit un partage des risques et des récompenses entre tous les producteurs de blé. Ces producteurs, quoiqu'ayant droit aux bénéfices selon les différents grades de blé qu'ils vendent, soumettent leurs intérêts particuliers à l'expérience de l'ensemble du groupe. Aucun producteur n'a, bien entendu, le choix en la matière, même s'il se trouvait avoir la perspicacité et l'influence nécessaires pour agir indépendamment. La loi prévoit toutefois un traitement équitable pour tous, quoique partagé. Cela se fait, du moins selon les termes de la loi, au moyen d'un système de mise en commun des prix reposant sur l'expérience du marché acquise au cours d'une campagne agricole tout entière, de manière à déterminer le rendement moyen quelle que soit la date à laquelle sont effectuées les livraisons et les ventes individuelles à la Commission. On s'en aperçoit dans le maintien des écarts de prix entre différents grades de blé de telle sorte que le blé en grande quantité et à bas prix doive être traité de la même façon que le blé en petite quantité et à prix élevé. Cela se fait en outre au moyen d'un système de paiements initiaux, qui consiste essentiellement en un prix plancher garanti, non remboursable, qui adopte encore une fois le principe des écarts de prix entre divers grades.

^g En conséquence, il serait logique de conclure que, en adoptant la loi, le législateur a voulu créer un pool du blé comprenant tous les grades de blé, à partir duquel tous les bénéfices réalisés sur toutes les ventes, moins les dépenses engagées lors de toutes les ventes, doivent être distribués aux producteurs à titre de paiement final.

ⁱ S'il faut donner une structure logique à cette approche, elle doit néanmoins être mesurée par rapport aux dispositions de la Loi elle-même. Je devrais conclure que ces dispositions s'accordent avec les caractéristiques que j'ai soulignées.

^j La loi dit au paragraphe 5(3) que les pertes subies par la Commission au cours de ses opérations sous le régime de la Partie III relativement à toute période de livraison en commun doivent être

construction to place on this provision that it refers to operational losses covering the whole wheat pool. This would mean of course that losses on certain grades of wheat as well as profits on other grades of wheat are pooled together to arrive at a net surplus or net deficit position. I fail to see where, in providing as it does in very specific language for the recognition of price spreads between grades and for the distribution of profits according to grade, Parliament would not have been equally specific in requiring that losses be calculated on an identical basis.

I am furthermore of the view that an opinion more favourable to the plaintiffs cannot be founded on subsection 26(2). The provision therein speaks of a formula for distribution of the balance remaining in the Board's account in respect of wheat produced in the designated area. The method imposed brings in of course the grade by grade entitlement to different producers but nowhere does the subsection speak of losses. It only speaks of "balance remaining in its account in respect of wheat . . . purchased by it", or in the French version "*le solde demeurant à son compte relativement au blé . . . qu'elle a acheté*". That subsection, therefore, begs the question as to the method of calculating losses. As a consequence, one must go back to the more generic provisions of subsection 5(3) to discern Parliament's intentions.

I should also observe that basic to the scheme of the statute is that the operation of the Board must be revenue neutral. I adopt the thinking of Gibson J. in *Kiist v. Canadian Pacific Railway Co.*, (*supra*), that the Board has not and does not function as a price or income support agency. The only element of price support is the amount of initial payment set by the Governor in Council which constitutes a sum certain which the Board has to pay and which is unrecoverable no matter the downturn in prices over the crop year. To extend that support in the manner suggested by the plaintiffs would, in my view, constitute a form of price or income guarantee on a heads I win, tails you lose basis. The producer would not have to bear the risks of losses on his grade of wheat but would nevertheless be entitled to all profits realized on that grade. I should think that if such were

payées par le Parlement. Je crois qu'il est raisonnable d'interpréter cette disposition comme se rapportant aux pertes opérationnelles du pool du blé tout entier. Cela signifierait bien entendu que les pertes subies pour ce qui est de certains grades de blé ainsi que les bénéfices réalisés sur d'autres grades de blé sont mis en commun pour arriver à un excédent ou à un déficit net. Je ne vois pas comment, en prévoyant très expressément la reconnaissance des écarts de prix entre les grades et la distribution de bénéfices selon le grade, le législateur n'aurait pas été également explicite en exigeant que les pertes soient calculées sur une base identique.

J'estime encore que le paragraphe 26(2) ne sert pas davantage la cause des demandeurs. Il y est fait mention d'une formule de distribution du solde demeurant au compte de la Commission relativement au blé produit dans la région désignée. La méthode imposée introduit bien entendu le droit selon le grade pour différents producteurs, mais il n'y est nullement fait état de pertes. La disposition parle seulement du «solde demeurant à son compte relativement au blé . . . qu'elle a acheté» ou, dans la version anglaise, «*balance remaining in its account in respect of wheat . . . purchased by it*». Ce paragraphe présume résolue la question du calcul des pertes. Par conséquent, on doit recourir aux dispositions plus génériques du paragraphe 5(3) pour discerner les intentions du législateur.

Je devrais également faire remarquer que l'économie de la loi repose sur l'idée fondamentale que l'opération de la Commission doit être neutre en matière de recettes. Je fais mienne la pensée du juge Gibson dans l'affaire *Kiist c. Canadian Pacific Railway Co.* (susmentionnée), savoir que la Commission n'a jamais joué le rôle d'un organisme de soutien des prix et des revenus. Le seul élément du soutien des prix se trouve dans le montant du paiement initial fixé par le gouverneur en conseil qui constitue une somme déterminée que la Commission doit payer et qui ne peut être recouvrée malgré la baisse des prix pendant la campagne agricole. Étendre ce soutien de la manière suggérée par les demandeurs constituerait, à mon avis, une forme de garantie des prix ou des revenus sur la base «de toute façon je gagne». Le producteur n'aurait pas à courir les risques de pertes à l'égard

Parliament's intention, it would have expressed it in more unmistakable terms. Actually, Parliament's intention in respect of its price or income support policy for western grain producers is found in a discrete statute, namely the *Western Grain Stabilization Act* of 1976, and which is found in R.S.C., 1985, c. W-7.

Other indicia of the revenue-neutral stance found in the statute before me may be found in subsection 5(2) which provides that profits realized by the Board from its operations other than operations under Part III are to be paid to the Receiver General. I note also that subsection 26(3) provides that, in addition to the initial payment paid to a producer, the Governor in Council may authorize a further "interim payment" if it determines that such payment may be made without loss.

I should also discern Parliament's intention in the statutory provision dealing with the initial payment. Were it not for its non-refundable feature or were it simply an advance payment to be debited to any producer's account, subject to final debits and credits when all the accounts in respect of each grade of wheat have been finally calculated, a case might be made for the plaintiffs for the calculation of both profits and losses on a grade by grade basis. Such is not the situation before me.

Finally, I should find that there is no inherent conflict between the calculation of losses pursuant to subsection 5(3) of the Act and the grade by grade system for the distribution of balances in the wheat account under subsection 26(5). The two processes, in my view, are quite distinct. The first process is consonant with the formula assuring a fair yet as high as possible non-refundable initial payment to a producer without risking high losses recoverable from the Crown. The second process is to assure that, after all is said and done, there should be a fair and equitable distribution of any surplus according to grades. Certain it is, in my view, of the kind of pooling arrangement contemplated in the statute, that the situation which faced the plaintiffs in 1985-1986 is an inherent risk

de son grade de blé, mais il aurait néanmoins droit à tous les bénéfices réalisés sur ce grade. Je me permets de dire que si telle était l'intention du législateur, il l'aurait manifestée de façon plus explicite. En fait, l'intention du législateur à l'égard de la politique de soutien des prix ou des revenus pour les producteurs de grains de l'Ouest est manifestée dans une loi distincte, à savoir la *Loi de stabilisation concernant le grain de l'Ouest* de 1976, L.R.C. (1985), chap. W-7.

On peut trouver d'autres indices de la politique de neutralité en matière de recettes révélée par la Loi au paragraphe 5(2), qui prévoit que les bénéfices réalisés par la Commission du fait de ses opérations autres que ceux qui résultent de ses opérations sous le régime de la Partie III doivent être payés au receveur général. Je fais également remarquer que, en vertu du paragraphe 26(3), outre le paiement initial versé au producteur, le gouverneur en conseil peut autoriser encore un «paiement provisoire» s'il est d'avis qu'un tel paiement peut être versé sans perte.

Je devrais également dégager l'intention du législateur de la disposition législative portant sur le paiement initial. N'eût été son caractère non remboursable ou s'il s'agissait simplement d'une avance à porter au débit du compte du producteur, sous réserve des débits et des crédits finals lorsque tous les comptes à l'égard de chaque grade de blé ont été finalement calculés, l'argument des demandeurs concernant le calcul des bénéfices et pertes selon le grade pourrait être accueilli. Or tel n'est pas le cas dont je suis saisi.

En dernier lieu, je devrais conclure qu'il n'existe aucune incompatibilité inhérente entre le calcul des pertes en vertu du paragraphe 5(3) de la Loi et le système grade par grade pour la distribution des soldes dans le compte du blé sous le régime du paragraphe 26(5). Les deux procédés sont, à mon avis, bien distincts. Le premier procédé correspond à la formule qui consiste à assurer à un producteur un paiement initial non remboursable équitable et aussi élevé que possible sans courir le risque des pertes élevées qui peuvent être recouvrées de la Couronne. Le deuxième procédé vise à assurer que, tout compte fait, il devrait y avoir une distribution équitable de tout excédent selon les grades. À mon avis, il est certain, à propos du genre d'entente de mise en commun envisagé dans la loi, que la

which all producers, irrespective of grades, sooner or later, have to bear. It is, in essence, a statutory *quid pro quo*.

The plaintiffs' action must accordingly be dismissed, with costs.

situation dans laquelle les demandeurs se sont trouvés en 1985-1986 constitue un risque inhérent que tous les producteurs, indépendamment des grades, doivent tôt ou tard courir. Il s'agit essentiellement de la contrepartie prévue par la Loi.

En conséquence, l'action intentée par les demandeurs doit être rejetée, avec dépens.

A-899-88

A-899-88

Gurdev Singh Grewal (*Appellant*)

v.

Minister of Employment and Immigration and Secretary of State for External Affairs (*Respondents*)**INDEXED AS: GREWAL v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, Heald, Mahoney and MacGuigan J.J.A.—Toronto, June 21; Ottawa, June 26, 1989.

Immigration — Refusal by visa officer to grant application for Canadian Student Authorization — Visa officer applying s. 8(2) presumption of immigrant status as “not satisfied applicant not immigrant” — Appeal from Trial Division decision denying certiorari and mandamus allowed — Immigration Act contemplating two-stage procedure: (1) visa procedure (ss. 9-10) performed outside Canada by visa officers; (2) examination procedure (ss. 11-18) performed at port of entry by immigration officers — S. 8(2) presumption applicable to second stage procedure only — Presumption not binding on visa officers.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(i).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 2, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 72(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Attorney General of Canada v. Immigration Appeal Board, (T.D.), T-1240-85, Denault J., 5/7/85, not reported.

COUNSEL:

David Bruner for appellant.
Urszula Kaczmarczyk for respondents.

SOLICITORS:

Abraham Duggan Hoppe Niman Stott, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

Gurdev Singh Grewal (*appelant*)

c.

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et Secrétaire d'État aux Affaires extérieures (*intimés*)**RÉPERTORIÉ: GREWAL c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et MacGuigan, J.C.A.—Toronto, 21 juin; Ottawa, 26 juin 1989.

Immigration — Refus de l'agent des visas d'accorder la demande de permis de séjour au Canada pour étudiant — Application par l'agent des visas de l'art. 8(2) de la présomption du statut d'immigrant, le demandeur ne l'ayant pas convaincue «qui n'était pas un immigrant» — Appel de la décision de première instance qui a rejeté la demande de certiorari et de mandamus accueilli — La Loi sur l'immigration prévoit une procédure en deux étapes : (1) la procédure applicable aux visas (art. 9 et 10) s'effectue à l'extérieur du Canada par les agents des visas; (2) la procédure d'examen (art. 11 à 18) s'effectue à un point d'entrée par les agents d'immigration — La présomption de l'art. 8(2) ne s'applique qu'à la deuxième étape de la procédure — La présomption ne lie pas les agents des visas.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 52b)(i).
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 2, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 72(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISION CITÉE:

Procureur général du Canada c. Commission d'appel de l'immigration, (1^{re} inst.), T-1240-85, juge Denault, 5-7-85, non publiée.

AVOCATS:

David Bruner pour l'appelant.
Urszula Kaczmarczyk pour les intimés.

PROCUREURS:

Abraham Duggan Hoppe Niman Stott, Toronto, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HEALD J.A.: This is an appeal from an order of the Trial Division [(1988), 24 F.T.R. 126] wherein the appellant's application for an order in the nature of *certiorari* and for an order of *mandamus* was dismissed. The subject matter of the section 18 relief sought was the refusal by the respondents to grant the application of the appellant's nephew, Hardev Singh Grewal, for a Canadian Student Authorization to commence studies in grade 5 at a public school in Brantford, Ontario on September 8, 1987. The nephew was 11 years of age at that time.

The appellant is a Canadian citizen who has lived in Canada since 1969. He is a successful businessman in the Brantford area where he currently resides with his wife and three children. In 1971, the appellant's brother who is the father of Hardev Singh Grewal became totally blind. He is a citizen and a resident of India. As a consequence of this condition he was unable to work. The appellant has been fully supporting his brother's family since that time, including Hardev Singh Grewal, who lives in Ludhiana District in India where he attends school.

In 1987, the appellant was granted guardianship of Hardev Singh Grewal by order of an Indian Court. In the view of the appellant, the nephew's best interests would be better served were he allowed to come to Canada to attend school here and to live with the appellant and his family while attending school. The appellant had arranged for his nephew's admission to a school in Brantford at the grade 5 level.

On September 28, 1987, the nephew accompanied by an adult friend of the family attended at the Canadian High Commission in New Delhi and applied for temporary entry into Canada (student authorization.) The letter of refusal dated September 30, 1987 (Appeal Book, page 53) stated, *inter alia*:

Subsection 8(2) of the Immigration Act, 1976 provides that "Every person seeking to come into Canada shall be presumed to be an immigrant until he satisfies the immigration officer examining him . . . that he is not an immigrant." After thor-

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

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Appel est interjeté contre une ordonnance de la Section de première instance [(1988), 24 F.T.R. 126] rejetant la demande de l'appelant en vue d'obtenir une ordonnance de *certiorari* et une ordonnance de *mandamus*. La demande de redressement fondée sur l'article 18 découle de la décision des intimés de rejeter la demande de permis de séjour pour étudiant du neveu de l'appelant, Hardev Singh Grewal, qui voulait entreprendre des études de cinquième année dans une école publique de Brantford (Ontario), le 8 septembre 1987. Le neveu avait onze ans à l'époque.

L'appelant est citoyen canadien et vit au Canada depuis 1969. C'est un homme d'affaires prospère de la région de Brantford, où il habite actuellement avec sa femme et ses trois enfants. En 1971, le frère de l'appelant, qui est le père de Hardev Singh Grewal, est devenu totalement aveugle. Il vit en Inde, pays dont il a la citoyenneté. En raison de son état de santé, il n'est plus en mesure de travailler. Depuis ce temps, l'appelant pourvoit entièrement aux besoins de la famille de son frère, y compris à ceux de Hardev Singh Grewal, qui habite et étudie dans le district de Ludhiana, en Inde.

En 1987, un tribunal indien a attribué la garde de Hardev Singh Grewal à l'appelant. Celui-ci estime que l'enfant aurait tout intérêt à venir au Canada et à demeurer avec l'appelant et la famille de ce dernier pendant ses études. Il a pris les dispositions nécessaires pour que son neveu soit accepté en cinquième année dans une école de Brantford.

Le 28 septembre 1987, le neveu de l'appelant s'est rendu au Haut-commissariat du Canada à New Delhi en compagnie d'un adulte qui est un ami de la famille et a demandé l'autorisation de séjourner temporairement au Canada (permis de séjour pour étudiant). Il a reçu une lettre de refus datée du 30 septembre 1987 (dossier d'appel, page 53), dont voici un extrait:

[TRADUCTION] Aux termes du paragraphe 8(2) de la Loi sur l'immigration de 1976, «Toute personne désireuse d'entrer au Canada est présumée vouloir s'y établir tant qu'elle n'a pas démontré le contraire à la satisfaction de l'agent d'immigration

ough consideration of all factors in your application, it has been decided that you cannot be considered a genuine visitor.

The visa officer who refused the application filed an affidavit in the proceedings before the Trial Division in which she stated (Appeal Book, page 66):

That I refused the application because I presumed that the applicant was an immigrant pursuant to Section 8(2) of the Immigration Act (1976) as he had not satisfied me that he was not an immigrant.

It is the appellant's submission that the learned Motions Judge erred in law in concluding that the visa officer correctly applied the presumption set out in subsection 8(2) of the Act to the circumstances of this case.

In order to properly evaluate this submission, I think it necessary to have regard to the relevant portions of the scheme of the *Immigration Act, 1976*. Sections 8 to 18 inclusive are contained in Part II of the Act under the heading of "Admission to Canada". Within Part II, there are four sub-headings:

General Presumption (section 8);
Visas and Special Authorizations (sections 9 and 10);
Examinations (sections 11-17 inclusive); and
Visitors, Security Deposits (section 18).

Section 8 reads:

8. (1) Where a person seeks to come into Canada, the burden of proving that he has a right to come into Canada or that his admission would not be contrary to this Act or the regulations rests on him.

(2) Every person seeking to come into Canada shall be presumed to be an immigrant until he satisfies the immigration officer examining him or the adjudicator presiding at his inquiry that he is not an immigrant.

Section 9 requires, *inter alia*, that every visitor (except in prescribed cases) must apply for and obtain a visa before he appears at a point of entry. Such an applicant must be assessed by a visa officer to determine whether he may be granted entry. Subsection (4) of section 9 provides that in cases where a visa officer is satisfied that it would not be contrary to the Act or the regulations to grant entry to an applicant, the visa officer may grant a visa for the purpose of identifying the holder as a visitor and as a person who, in the

qui l'examine». Après avoir étudié attentivement tous les facteurs relatifs à votre demande, il a été décidé que vous ne pouvez être considéré comme un véritable visiteur.

L'agent des visas qui a rejeté la demande a produit un affidavit devant la Section de première instance dans lequel elle déclare (dossier d'appel, page 66):

[TRADUCTION] J'ai rejeté la demande parce que j'ai présumé que le demandeur était un immigrant au sens du paragraphe 8(2) de la Loi sur l'immigration de 1976, celui-ci ne m'ayant pas convaincue qu'il n'était pas un immigrant.

Le procureur de l'appelant a fait valoir que le juge qui a entendu la requête a commis une erreur de droit en concluant que l'agent des visas a eu raison d'appliquer la présomption énoncée au paragraphe 8(2) de la Loi aux circonstances de l'espèce.

Pour bien évaluer cette prétention, il m'apparaît nécessaire de prendre en considération les articles pertinents de la Loi sur l'immigration de 1976. Il s'agit des articles 8 à 18, qui figurent à la Partie II de la Loi, sous la rubrique «Admission au Canada». Cette Partie II comporte quatre intertitres:

Présomption d'ordre général (article 8)
Visas et autorisations spéciales (articles 9 et 10)
Examens (articles 11 à 17)
Dépôt de gage par les visiteurs (article 18)

L'article 8 est ainsi libellé:

8. (1) Il appartient à la personne désireuse d'entrer au Canada de prouver qu'elle a le droit d'y entrer ou que son admission ne contreviendrait ni à la présente loi ni aux règlements.

(2) Toute personne désireuse d'entrer au Canada est présumée vouloir s'y établir tant qu'elle n'a pas démontré le contraire à la satisfaction de l'agent d'immigration qui l'examine ou de l'arbitre qui mène l'enquête.

L'article 9 oblige tout visiteur (sauf dans les cas prévus par règlement) à demander et à obtenir un visa avant de se présenter à un point d'entrée. Le cas de ce demandeur est examiné par un agent des visas qui détermine s'il semble répondre aux critères de l'autorisation de séjour. Le paragraphe 9(4) précise que l'agent des visas qui constate que le séjour au Canada du demandeur ne contreviendrait pas à la Loi ni à ses règlements peut lui délivrer un visa attestant qu'à son avis, le titulaire

opinion of the visa officer, meets the requirements of the Act and regulations.

Section 10 requires, *inter alia*, that a person seeking entry to Canada for the purpose of taking educational training, shall make an application and obtain authorization from a visa officer to enter Canada for such purpose before he appears at a port of entry.

As noted *supra*, sections 11 to 17 inclusive, carry the sub-heading of "Examinations". "Examination" is defined in section 2 of the Act as meaning "an interview conducted by an immigration officer of a person seeking to come into Canada at a port of entry". The use of that term in the various sections of this sub-heading are consistent with that definition. In my view, sections 9 and 10 of the Act visualize and contemplate an earlier stage in the admission procedures under the Act than do sections 11 to 17. The procedures under sections 9 and 10 are, of necessity, procedures which take place outside of Canada and not at a port of entry. This is clear since those procedures are required to be before visa officers and since the Act defines visa officers as immigration officers stationed outside of Canada and authorized by the Minister to issue visas. Counsel for the respondents submitted that the general presumption contained in subsection 8(2) applies to all admissions to Canada and to every step or procedure leading to admission. I do not agree. The visa procedure authorized by sections 9 and 10 is a separate procedure in the sense that the issuance of a visa pursuant to those provisions creates a status which Parliament has recognized in the scheme of the statute. In this connection, I refer to subsection 72(2) of the Act. The relevant portion thereof reads:

72. ...

(2) Where a removal order is made against a person who

(b) seeks admission and at the time that a report with respect to him was made by an immigration officer pursuant to subsection 20(1) was in possession of a valid visa,

that person may, subject to subsection (3), appeal to the Board on either or both of the following grounds, namely,

(c) on any ground of appeal that involves a question of law or fact or mixed law and fact, and

(d) on the ground that, having regard to the existence of compassionate or humanitarian considerations, the person should not be removed from Canada.

est un visiteur qui satisfait aux exigences de la Loi et de ses règlements.

Conformément à l'article 10, quiconque veut suivre des cours de formation au Canada doit présenter une demande auprès de l'agent des visas et obtenir l'autorisation nécessaire avant de se présenter à un point d'entrée.

Comme on le précise plus haut, l'intertitre des articles 11 à 17 est «Examens». À l'article 2 de la Loi, on définit ainsi l'examen: «l'entrevue qu'un agent d'immigration fait subir à une personne qui se présente à un point d'entrée dans le but d'entrer au Canada». L'emploi de ce terme dans les différents articles de cet intertitre est conforme à cette définition. À mon avis, la procédure d'admission prévue par la Loi comporte deux étapes, celle des articles 9 et 10 étant antérieure à celle des articles 11 à 17. La première étape se déroule à l'étranger et non à un point d'entrée. Cela ne fait aucun doute car les formalités sont accomplies par des agents des visas, lesquels sont définis dans la Loi comme des agents d'immigration en poste à l'étranger et autorisés par arrêté du ministre à délivrer des visas. Le procureur des intimés a fait valoir que la présomption générale qui figure au paragraphe 8(2) s'applique à toutes les admissions au Canada et à toute étape ou procédure menant à l'admission. Je ne partage pas ce point de vue. La procédure relative à l'obtention d'un visa prévue aux articles 9 et 10 est distincte parce que la délivrance d'un visa sous le régime de ces dispositions crée un statut que le législateur a reconnu dans la loi. Voir à ce propos le paragraphe 72(2) de la Loi, dont l'extrait pertinent est ainsi libellé:

h 72. ...

(2) Toute personne, frappée par une ordonnance de renvoi, qui

b) demande l'admission et était titulaire d'un visa en cours de validité lorsqu'elle a fait l'objet du rapport visé au paragraphe 20(1),

peut, sous réserve du paragraphe (3), interjeter appel à la Commission en invoquant l'un ou les deux motifs suivants:

c) un moyen d'appel comportant une question de droit ou de fait ou une question mixte de droit et de fait;

d) le fait que, compte tenu de considérations humanitaires ou de compassion, elle ne devrait pas être renvoyée du Canada.

The status created by this subsection applies to the holders of a "valid visa" and includes the holder of an immigrant visa as well as a visitor's visa.¹ It confers a right of appeal on both groups where a removal order has been made. On the other hand, the second and separate stage envisaged by sections 11 to 18 inclusive addresses the examination procedures before an immigration officer at a port of entry or other designated place. It vests such an immigration officer with a number of incidental powers including, for example: the power to grant entry to a visitor subject to certain terms and conditions (subsection 14(3)); and, section 18 which empowers a senior immigration officer to require any visitor to post a security deposit as a guarantee of compliance with any terms and conditions imposed under the Act.

In summary, it is my conclusion that the *Immigration Act* envisages a two-stage procedure, and that, after compliance with both stages, a visitor may be granted entry to Canada. Stage one is performed outside of Canada by visa officers. Stage two is performed inside of Canada at a port of entry, for the most part. Acceptance of a visitor in stage one confers upon that individual a certain status including certain rights of appeal not otherwise available. Stage two involves "Examinations" by "immigration officers". When subsection 8(2) is considered in the light of this two-stage procedure, I have no difficulty in concluding that the presumption set out therein applies only to the examinations by an immigration officer at a port of entry as set out in sections 11 to 18. Had the legislators intended to extend this presumption to visa officers, it would have been a relatively simple matter to do so by the addition of a very few words making it clear that visa officers must have regard to the presumption of immigrant status when making their assessments and grants of valid visas pursuant to sections 9 and 10.

For these reasons, then, I conclude that the learned Motions Judge erred in law when he held

¹ Compare: *Attorney General of Canada v. Immigration Appeal Board*, Trial Division, T-1240-85, per Denault J., July 5, 1985, not reported.

Les dispositions de ce paragraphe s'appliquent aux titulaires d'un «visa en cours de validité», qu'il s'agisse du titulaire d'un visa d'immigrant ou du titulaire d'un visa de visiteur¹. Elles confèrent un droit d'appel à ces deux catégories de personnes lorsqu'une ordonnance de renvoi a été rendue. En revanche, l'étape subséquente et distincte prévue aux articles 11 à 18 porte sur les examens devant l'agent d'immigration à un point d'entrée ou à tout autre lieu désigné. Ces dispositions confèrent à l'agent d'immigration plusieurs pouvoirs accessoires, notamment le pouvoir d'accorder l'autorisation de séjour à un visiteur sous réserve de certaines conditions (paragraphe 14(3)). De plus, l'article 18 autorise un agent d'immigration supérieur à exiger des visiteurs qu'ils déposent un gage titre de garantie de l'observation des conditions qui pourraient leur être imposées en vertu de la Loi.

En résumé, j'en arrive à la conclusion que la *Loi sur l'immigration* prévoit une procédure comportant deux étapes et que le visiteur qui respecte les conditions qui y sont prévues peut obtenir l'autorisation de séjour au Canada. Ce sont des agents des visas en poste à l'étranger qui s'occupent de la première étape. La deuxième étape se déroule au Canada, la plupart du temps à un point d'entrée. Lorsqu'un visiteur est accepté après la première étape, il jouit alors d'un statut particulier et obtient de ce fait certains droits d'appel dont il ne bénéficierait pas autrement. La deuxième étape comprend l'examen mené par un «agent d'immigration». Si l'on analyse le paragraphe 8(2) dans le contexte de cette procédure en deux étapes, on en arrive facilement à la conclusion que la présomption s'applique uniquement aux examens effectués par un agent d'immigration à un point d'entrée, comme on le précise aux articles 11 à 18. Si le législateur avait voulu que cette présomption s'applique aux agents des visas, il aurait été facile pour lui de le dire en ajoutant quelques mots pour obliger les agents des visas à tenir compte de cette présomption au moment d'apprécier le cas d'un demandeur de visa et de délivrer un visa en cours de validité sous le régime des articles 9 et 10.

Pour ces motifs, j'estime que le juge qui a entendu la requête a commis une erreur de droit en

¹ Comparer avec: *Procureur général du Canada c. Commission d'appel de l'immigration*, Section de première instance, T-1240-85, juge Denault, 5 juillet 1985, non publiée.

that the visa officer correctly decided that she was bound by the presumption set out in subsection 8(2) of the Act.

Counsel for the appellant submitted a second ground of appeal to the effect that the appellant's nephew was not afforded a fair and impartial hearing and that the proceedings before the visa officer were invalid for this reason as well. Because of my conclusion that the appeal should succeed on the first ground advanced by counsel, it becomes unnecessary to deal with the submissions with respect to procedural unfairness.

In the result, the appeal is allowed, the order of the Trial Division dated October 7, 1988 is set aside and pursuant to subparagraph 52(b)(i) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], the following order is substituted therefor:

The decision of Visa Officer Patricia Fortier dated September 30, 1987 wherein she refused the application of Hardev Singh Grewal for a Canadian student authorization is set aside and the matter is remitted to the respondents to reconsider and redetermine the said application on the basis that the presumption set out in subsection 8(2) of the *Immigration Act, 1976*, does not apply to visa application proceedings pursuant to sections 9 and 10 of the Act.

The appellant is entitled to his costs both here and in the Trial Division.

MAHONEY J.A.: I agree.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

donnant raison à l'agent des visas, qui se considèrerait liée par la présomption énoncée au paragraphe 8(2) de la Loi.

Le procureur de l'appelant a invoqué un deuxième argument, soit le fait que le neveu de l'appelant n'a pas eu droit à une audience juste et impartiale et que la procédure devant l'agent des visas était également nulle pour cette raison. Comme j'en arrive à la conclusion que l'appel doit être accueilli en appuyant sur le premier argument invoqué par le procureur, il devient inutile d'examiner les prétentions des parties au sujet du traitement injuste en matière de procédure.

En bref, l'appel est accueilli, et l'ordonnance en date du 7 octobre 1988 de la Section de première instance est annulée et remplacée par l'ordonnance suivante, rendue conformément à l'alinéa 52b)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7]:

La décision en date du 30 septembre 1987 de l'agent des visas Patricia Fortier, qui a rejeté la demande de permis de séjour au Canada pour étudiant présentée par Hardev Singh Grewal, est annulée et l'affaire est renvoyée aux intimés pour qu'ils réexaminent et tranchent à nouveau ladite demande en tenant compte du fait que la présomption énoncée au paragraphe 8(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, ne s'applique pas aux procédures relatives à l'obtention d'un visa qui sont prévues aux articles 9 et 10 de la Loi.

L'appelant a droit aux dépens tant en cette instance que devant la Section de première instance.

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

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

A-621-88

A-621-88

Mount Royal/Walsh Inc. (Plaintiff)

v.

The Ship *Jensen Star*, Jensen Shipping Limited, and the owners and all others interested in the Ship *Jensen Star* (Defendants)

INDEXED AS: MOUNT ROYAL/WALSH INC. v. JENSEN STAR (THE) (C.A.)

Court of Appeal, Marceau, MacGuigan and Desjardins J.J.A.—Montréal, April 4; Ottawa, May 23, 1989.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Maritime law — Appeal from judgment allowing action in rem for materials supplied and repairs to ship — Ownership of ship transferred prior to commencement of action — New owners demise chartering ship to pre-transfer owners — S. 43(3) Federal Court Act requiring continuity of ownership as condition for exercise of Court's jurisdiction in rem with respect to claim based on s. 22(2)(m) and (n) of Act — "Beneficial owner" in s. 43(3) not encompassing demise charterer — Estoppel cannot be raised to confer jurisdiction expressly denied by statute — Pre-transfer claim not sustainable as s. 43(3) requirement not met — Post-transfer claim allowed.

Maritime law — Action in rem — Jurisdiction — Appeal from judgment allowing action in rem for repairs and materials supplied to ship — Transfer of ownership of vessel prior to commencement of action — S. 43(3) Federal Court Act requiring continuity of ownership for jurisdiction in rem to be exercised — Condition met only as to claim arising after transfer of ownership — Post-transfer claim raising issue of nature and extent of owner's involvement for right in rem to exist under Act, s. 43(3) — Involvement must be complete and direct enough to entail owner's personal liability — Owner's actions tacit authorization to charterer to contract on credit of vessel — Post-transfer claim allowed.

Maritime law — Practice — Phrase "owners and all others interested in" ship (R. 1002) indicative of manner to commence action in rem — For judgment in personam to issue, party must be personally impleaded.

This is an appeal against a judgment of the Trial Division granting an action brought by Mount Royal/Walsh Inc. for repairs done and materials supplied to the ship *Jensen Star*.

Mount Royal/Walsh Inc. (demanderesse)

c.

a Le navire *Jensen Star*, Jensen Shipping Limited, et les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire *Jensen Star* (défendeurs)

b RÉPERTORIÉ: MOUNT ROYAL/WALSH INC. c. JENSEN STAR (LE) (C.A.)

c Cour d'appel, juges Marceau, MacGuigan et Desjardins, J.C.A.—Montréal, 4 avril; Ottawa, 23 mai 1989.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Droit maritime — Appel interjeté contre un jugement accueillant une action en matière réelle pour matériaux fournis et réparations d'un navire — Propriété du navire transférée avant l'introduction de l'action — Les nouveaux propriétaires ont cédé le navire affrété aux propriétaires avant le transfert proprement dit — L'art. 43(3) de la Loi sur la Cour fédérale exige qu'il y ait continuité quant à la propriété pour que la Cour puisse exercer sa compétence en matière réelle relativement à une demande fondée sur l'art. 22(2)m) et n) de la Loi — L'expression «beneficial owner» de l'art. 43(3) ne comprend pas l'affrèteur par voie de cession à bail — On ne peut opposer une fin de non-recevoir pour conférer au tribunal une compétence que la loi lui refuse expressément — La réclamation antérieure au transfert ne peut être accueillie puisque la condition de l'art. 43(3) n'a pas été remplie — La réclamation postérieure au transfert est accueillie.

Droit maritime — Action en matière réelle — Compétence — Appel interjeté contre un jugement accueillant une action en matière réelle pour réparations et matériaux fournis à un navire — Transfert de la propriété du navire avant l'introduction de l'action — L'art. 43(3) de la Loi sur la Cour fédérale exige qu'il y ait continuité quant à la propriété pour que la Cour puisse exercer sa compétence en matière réelle — La condition n'est satisfaite qu'en ce qui concerne la réclamation postérieure au transfert de la propriété — Une telle réclamation soulève la question de la nature et de l'étendue de la participation de propriétaire pour que le droit in rem puisse exister en vertu de l'art. 43(3) de la Loi — La participation doit être complète et directe au point d'entraîner la responsabilité personnelle du propriétaire — Les actes du propriétaire constituent une autorisation tacite accordée à l'affrèteur de tirer du crédit du navire — La réclamation postérieure au transfert est accueillie.

Droit maritime — Pratique — L'expression «aux propriétaires et à toutes les autres personnes ayant un droit sur» le navire (Règle 1002) indique la façon d'introduire l'action in rem — Pour qu'un jugement puisse être rendu en matière personnelle, une partie doit être poursuivie personnellement.

j Il s'agit d'un appel interjeté contre un jugement de la Section de première instance qui a accueilli une action intentée par Mount Royal/Walsh Inc., pour réparations et matériaux four-

The claim was based on paragraphs 22(2)(m) and (v) of the *Federal Court Act*. Although the judgment under attack is one *in rem* against the ship and *in personam* against Jensen Shipping Ltd., only the *in rem* part of the judgment is challenged.

It was established at trial that, prior to the commencement of the action, Jensen Shipping transferred ownership of the vessel to Jensen Marine Holdings Ltd. The latter turned over the ship to Jensen Shipping under a demise bareboat charter. The appellants, relying on subsection 43(3) of the Act, contend that the Court cannot exercise its jurisdiction *in rem* since at the time the action was commenced, the ship was not beneficially owned by the person who was the beneficial owner at the time the cause of action arose. The Trial Judge affirmed the Court's jurisdiction *in rem* stating that, for the purposes of subsection 43(3), Jensen Shipping remained, at all times, the beneficial owner of the ship or, alternatively, that Jensen Shipping and Jensen Marine Holdings were estopped from asserting that Jensen Shipping was not the beneficial owner at the time the cause of action arose.

Held, the judgment of the Trial Division should be varied so as to limit the respondent's claim to the services and materials supplied to the ship after transfer of the ownership.

Neither of the propositions relied upon by the Trial Judge was legally correct. The expression "beneficial owner" in subsection 43(3) does not encompass a demise charterer. Whatever be the meaning of the qualifying term "beneficial", the word "owner" can only normally be used in reference to title in the *res* itself, a title characterized essentially by the right to dispose of the *res*. The French corresponding word "*propriétaire*" is clear in that regard.

Nor could it be held that the defendants were estopped from taking the position that Jensen Shipping was not the beneficial owner when action was commenced. It did not appear that the factual basis for estoppel was here present since no one had altered his position to his detriment due to any promise or assurance held out. In any event, the requirement of continuity of ownership imposed by subsection 43(3) to allow an action *in rem* goes to the very jurisdiction of the Court, and no estoppel can give a court jurisdiction expressly denied by statute.

The action *in rem* relating to the respondent's claim which arose prior to the transfer of ownership cannot be entertained. The requirement of subsection 43(3) had not been met. The statutory right *in rem* that the respondent could have exercised to secure payment was extinguished by the transfer of ownership.

The question raised with respect to the services and materials supplied to the ship after transfer of ownership is not one of jurisdiction since the subsection 43(3) condition for the exercise of the Court's jurisdiction in the case of the post-transfer invoices has clearly been met. The question is whether the nature and extent of the relationship between the owner of the

nis au navire *Jensen Star*. La réclamation était fondée sur les alinéas 22(2)m) et v) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Même si le jugement contesté a été prononcé, à la fois, en matière réelle contre le navire, et en matière personnelle contre Jensen Shipping Ltd., seule la portion du jugement prononcé en matière réelle est contestée.

Il a été établi en première instance qu'antérieurement à l'introduction de l'action, Jensen Shipping avait transféré la propriété du navire à Jensen Marine Holdings Ltd. Cette dernière a remis le navire à Jensen Shipping en vertu d'un contrat d'affrètement coque nue. En se fondant sur le paragraphe 43(3) de la Loi, les appelants prétendent que la Cour ne peut exercer sa compétence en matière réelle puisque, au moment où l'action a été intentée, le navire n'appartenait pas à la personne qui était le véritable propriétaire au moment où la cause d'action a pris naissance. Le juge de première instance a confirmé la compétence de la Cour en matière réelle lorsqu'il a déclaré que, pour les fins du paragraphe 43(3), Jensen Shipping était en tout temps demeurée la véritable propriétaire du navire ou, subsidiairement, que Jensen Shipping et Jensen Marine Holdings étaient empêchées de prétendre que Jensen Shipping n'était pas le véritable propriétaire du navire au moment où la cause d'action a pris naissance.

Arrêt: le jugement de la Section de première instance devrait être modifié de manière à limiter la réclamation de l'intimée aux services et aux matériaux fournis au navire à la suite du transfert de la propriété.

Ni l'une ni l'autre propositions invoquées par le juge de première instance n'étaient exactes en droit. L'expression «*beneficial owner*» qui figure au paragraphe 43(3) n'inclut pas l'affrètement par voie de cession à bail. Quel que soit le sens du qualificatif «*beneficial*», le terme «*owner*» est normalement utilisé uniquement pour désigner celui qui possède un titre dans la chose elle-même, titre qui comporte principalement le droit d'aliéner la chose. Le terme français correspondant «*propriétaire*» est clair à cet égard.

On ne pouvait non plus statuer que les défendeurs étaient empêchés de prétendre que Jensen Shipping n'était pas la véritable propriétaire au moment où l'action a été intentée. Les faits essentiels justifiant l'*estoppel* ne semblaient pas exister en l'espèce puisque personne n'a modifié sa position à son détriment par suite d'une promesse ou d'une garantie qui aurait été faite. De toute manière, le paragraphe 43(3) exige qu'il y ait continuité quant à la propriété du navire pour donner lieu à une action *in rem* et permettre à la Cour d'exercer sa compétence, et aucune fin de non-recevoir ne peut donner à un tribunal une compétence que la loi lui refuse expressément.

L'action *in rem* relative à la réclamation de l'intimée qui a pris naissance antérieurement au transfert de la propriété du navire ne peut être accueillie. La condition prévue au paragraphe 43(3) n'a pas été remplie. Le droit *in rem* que l'intimée aurait pu exercer pour se faire rembourser les sommes dues était éteint par suite du transfert de la propriété du navire.

La question soulevée à propos des services et matériaux fournis au navire par suite de son transfert de propriété n'a rien à voir avec la compétence de la Cour, puisque la condition prévue au paragraphe 43(3) pour que la Cour puisse exercer sa compétence relativement aux comptes postérieurs au transfert a été clairement remplie. La question est de savoir si la nature et

vessel and the supplier of necessities are such as to enforce a statutory right *in rem*.

The principle underlying subsection 43(3) is that, for the right *in rem* to come into existence, the owner must, in all cases, be involved in the contract under which the services were rendered. This condition is specific to Canadian law and what it involves cannot be determined by reference to English law.

The Trial Division of this Court has consistently held that the involvement of the owner in the supplying of necessities has to be complete and direct enough to entail his personal liability. An action *in rem* is sustainable only if the owner is personally liable for the amount claimed. To contend that an action *in rem* could be sustained even in the absence of any personal liability on the part of the owner would defeat the underlying principle which is the protection of the owner. Liability as a result of some personal behaviour and attitude on the part of the owner is required whether the latter contracted himself, or has authorized someone to contract on his personal credit or has expressly or implicitly authorized a person, in possession and control of a ship, to contract on the credit of the ship (rather than on the entirety of his personal assets).

The nature and extent of the involvement of Jensen Marine Holdings in the supplying of services by the respondent were such as to render valid the action *in rem*. That involvement consisted in acting through its president in such a manner as to authorize tacitly Jensen Shipping to contract on the credit of the vessel and engage, to that extent, its personal liability. It had to be kept in mind that the president of Jensen Marine Holdings was also president of Jensen Shipping, and that he did not treat those entities as separate but, on the contrary, never considered his legal authority over the ship to have changed.

In any event, Jensen Marine Holdings cannot dispute such an interpretation. It is well established that necessities supplied to a vessel are *prima facie* presumed to have been supplied on the credit of the vessel and its owner. No attempt was made to rebut that presumption.

The Trial Judge could not have done otherwise than render judgment *in personam* only against Jensen Shipping: no judgment *in personam* could have been pronounced against Jensen Marine Holdings since there was no formal order of the Court authorizing amendment of the statement of claim to implead it personally. The phrase "the owners and all others interested in" the ship is merely the manner indicated by Rule 1002 to commence an action *in rem* and it can only lead to a judgment *in rem*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1, s. 2.
Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 2.

l'étendue du lien entre le propriétaire du navire et le fournisseur d'approvisionnements sont telles qu'elles justifient l'exercice d'un droit *in rem*.

a Le principe qui sous-tend le paragraphe 43(3) est que le propriétaire doit, dans tous les cas, participer au contrat en vertu duquel les services ont été rendus pour que le droit *in rem* puisse exister. Cette condition est particulière au droit canadien et on ne saurait définir cette exigence en fonction du droit anglais.

b D'après toutes les décisions rendues par la Section de première instance de cette Cour, il faut que la participation du propriétaire dans la fourniture des approvisionnements nécessaires soit suffisamment complète et directe pour que celui-ci engage sa responsabilité personnelle. Une action *in rem* est possible seulement si le propriétaire a engagé personnellement sa responsabilité à l'égard de la somme réclamée. Prétendre qu'une action *in rem* pourrait être accueillie même en l'absence de toute responsabilité personnelle du propriétaire serait contraire au principe qui sous-tend le système, c'est-à-dire la protection du propriétaire. Le propriétaire doit avoir engagé sa responsabilité par un comportement ou une attitude quelconque, peu importe qu'il ait conclu le contrat lui-même ou qu'il ait autorisé quelqu'un à s'engager sur son crédit personnel ou qu'il ait autorisé expressément ou implicitement une personne qui a la possession et le contrôle du navire à tirer du crédit du navire (plutôt que de la totalité de ses biens personnels).

c La nature et l'étendue de l'intérêt de Jensen Marine Holdings concernant la prestation des services par l'intimée étaient telles qu'elles rendaient valide l'action *in rem*. Cet intérêt consistait à agir par l'intermédiaire de son président de manière à autoriser tacitement Jensen Shipping à tirer du crédit du navire et à engager, dans cette mesure, sa responsabilité personnelle. Il fallait garder à l'esprit que le président de Jensen Marine Holdings était également président de Jensen Shipping et qu'il ne considérait pas ces entités comme étant distinctes, bien au contraire, il n'a jamais pensé que ses droits sur le navire avaient changé.

d De toute manière, Jensen Marine Holdings ne peut contredire une telle interprétation. Il est bien établi que les approvisionnements nécessaires fournis à un navire sont présumés *prima facie* l'avoir été sur le crédit du navire et de son propriétaire. Aucune tentative n'a été faite pour réfuter cette présomption.

e Le juge de première instance ne pouvait faire autrement que de rendre un jugement *in personam* uniquement contre Jensen Shipping: aucun jugement *in personam* ne pouvait être prononcé contre Jensen Marine Holdings, puisqu'il n'y avait aucune ordonnance formelle de la Cour autorisant la modification de la déclaration et permettant de la poursuivre personnellement. L'expression «aux propriétaires et à toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire», est simplement la façon prévue par la Règle 1002 pour intenter une action *in rem*, qui ne peut aboutir qu'à un jugement *in rem*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

j *Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer*, 10 mai 1952, 439 R.T.N.U. 193.

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 654 (rep. and sub. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 6, s. 84).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 22(2)m),n), 43(2),(3).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1002.

International Convention Relating to the Arrest of a Seagoing Ships, May 10, 1952, 439 U.N.T.S. 193.

Supreme Court Act 1981, 1981, c. 54, s. 21(4) (U.K.).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 22(2)m),n), 43(2),(3).

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), chap. S-9, art. 654 (abrogé et remplacé par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 6, art. 84).

Loi sur les banques, L.R.C. (1985), chap. B-1, art. 2.

Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), chap. C-44, art. 2.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1002.

Supreme Court Act 1981, 1981, chap. 54, art 21(4) (R.-U.).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Thorne Riddell Inc. v. Nicolle N Enterprises Inc., [1985] 2 F.C. 31 (T.D.).

REFERRED TO:

I Congreso Del Partido, [1977] 1 Lloyd's Rep. 536 (Q.B. (Adm. Ct.)); *The Andrea Ursula*, [1971] 1 Lloyd's Rep. 145 (Adm.); *The Permina 3001*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 327 (Sing. C.A.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *The Mecca*, [1897] A.C. 286 (H.L.); *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The "Comer"*, [1970] Ex.C.R. 12; *The Henrich Björn* (1886), 11 App. Cas. 270 (H.L.); *The Castlegate*, [1893] A.C. 38 (H.L.); *Westcan Stevedoring Ltd. v. The "Armar"*, [1973] F.C. 1232 (T.D.); *Sabb Inc. v. Shipping Ltd.*, [1976] 2 F.C. 175 (T.D.); *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 F.C. 257 (T.D.); *McCain Produce Co. Ltd. v. The "Rea"*, [1978] 1 F.C. 686 (T.D.); *Logistec Corp. v. The "Sneland"*, [1979] 1 F.C. 497 (T.D.); *Kuhr v. The "Friedrich Busse"*, [1982] 2 F.C. 709 (T.D.); *Marlex Petroleum Inc. v. The Ship "Har Rai"*, [1984] 2 F.C. 345 (T.D.); *Imperial Oil Limited v. Ship "Expo Spirit" and Hoverwest Ferry Services Inc.* (1986), 6 F.T.R. 156 (F.C.T.D.); *Western Stevedoring Co. v. Ship "Anadolu Guney" Cargo et al.* (1988), 23 F.T.R. 117 (F.C.T.D.); *Foong Tai & Co. v. Buchheister & Co.*, [1908] A.C. 458 (P.C.); *The Banco*, [1971] 1 Lloyd's Rep. 49 (C.A.); *The August 8*, [1983] 2 A.C. 450 (P.C.).

AUTHORS CITED

Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 16, no. 1515. London: Butterworths, 1975.

Jackson, D. C. *Enforcement of Maritime Claims*. London: Lloyd's of London Press Ltd., 1985.

Snell, E. H. T. *Principles of Equity*, 27th ed. by R. Megarry and P. Baker. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1973.

Tetley, W. *Maritime Liens and Claims*. London: Business Law Communications Ltd., 1985.

COUNSEL:

Sean J. Harrington for plaintiff [respondent].

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Thorne Riddell Inc. c. Nicolle N Enterprises Inc., [1985] 2 C.F. 31 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

I Congreso Del Partido, [1977] 1 Lloyd's Rep. 536 (Q.B. (Adm. Ct.)); *The Andrea Ursula*, [1971] 1 Lloyd's Rep. 145 (Adm.); *The Permina 3001*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 327 (C.A. Sing.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; *The Mecca*, [1897] A.C. 286 (H.L.); *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The "Comer"*, [1970] R.C.É. 12; *The Henrich Björn* (1886), 11 App. Cas. 270 (H.L.); *The Castlegate*, [1893] A.C. 38 (H.L.); *Westcan Stevedoring Ltd. c. Le "Armar"*, [1973] C.F. 1232 (1^{re} inst.); *Sabb Inc. c. Shipping Ltd.*, [1976] 2 C.F. 175 (1^{re} inst.); *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. c. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 C.F. 257 (1^{re} inst.); *McCain Produce Co. Ltd. c. Le "Rea"*, [1978] 1 C.F. 686 (1^{re} inst.); *Logistec Corp. c. Le "Sneland"*, [1979] 1 C.F. 497 (1^{re} inst.); *Kuhr c. Le "Friedrich Busse"*, [1982] 2 C.F. 709 (1^{re} inst.); *Marlex Petroleum Inc. c. Le navire "Har Rai"*, [1984] 2 C.F. 345 (1^{re} inst.); *Imperial Oil Limited c. Navire "Expo Spirit" et Hoverwest Ferry Services Inc.* (1986), 6 F.T.R. 156 (C.F. 1^{re} inst.); *Western Stevedoring Co. c. Navire "Anadolu Guney" Cargo et autres* (1988), 23 F.T.R. 117 (C.F. 1^{re} inst.); *Foong Tai & Co. v. Buchheister & Co.*, [1908] A.C. 458 (P.C.); *The Banco*, [1971] 1 Lloyd's Rep. 49 (C.A.); *The August 8*, [1983] 2 A.C. 450 (P.C.).

DOCTRINE

Halsbury's Laws of England, 4th ed., vol. 16, no. 1515. London: Butterworths, 1975.

Jackson, D. C. *Enforcement of Maritime Claims*. London: Lloyd's of London Press Ltd., 1985.

Snell, E. H. T. *Principles of Equity*, 27th ed. by R. Megarry and P. Baker. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1973.

Tetley, W. *Maritime Liens and Claims*. London: Business Law Communications Ltd., 1985.

AVOCATS:

Sean J. Harrington pour la demanderesse [intimée].

Gerald P. Barry for defendants [appellants].

SOLICITORS:

McMaster Meighen, Montréal, for plaintiff.

Barry & Associates, Montréal, for defendants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A.: This appeal is taken against a judgment of the Trial Division [(1988), 17 F.T.R. 289 (F.C.T.D.)] which has granted an action brought by a ship repairer for work done and material supplied to a ship. Originally commenced as a pure action *in rem* against the ship for necessaries, the proceedings were later amended to implead personally, as a party defendant, the shipping company at the behest of which the services had been rendered. The judgment under attack is thus one *in personam* against the shipping company as well as *in rem* against the ship. Only its *in rem* part, however, is actually disputed, which permits us to leave aside some other grounds of defence raised with respect to the action as a whole but rejected by the Trial Judge and accept as it is the amount of condemnation, \$237,243.68, even if there are some difficulties with how the figure was reached. But even so limited, the appeal raises a very difficult question which relates to the treatment Canadian maritime law reserves to a claim for necessaries supplied to a ship and to the *in rem* jurisdiction of the Federal Court on its admiralty side.

The facts put in evidence before the Trial Judge were somewhat involved but, of course, there is no need to go over those pertaining to grounds of defence which have been finally disposed of, such as the contention by the shipping company that the charges made were excessive or the allegation that some of the amounts claimed were either not in

Gerald P. Barry pour les défendeurs [appellants].

PROCUREURS:

McMaster Meighen, Montréal, pour la demanderesse.

Barry et Associés, Montréal, pour les défendeurs.

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Appel est interjeté contre un jugement de la Section de première instance [(1988), 17 F.T.R. 289 (C.F. 1^{re} inst.)] qui a accueilli l'action intentée par la demanderesse relativement à des travaux de réparation qu'elle a faits et à des matériaux qu'elle a fournis à un navire. L'action a d'abord été prise en matière réelle contre le navire pour la fourniture d'approvisionnements nécessaires, mais la demanderesse a subséquemment modifié sa déclaration afin de poursuivre personnellement, à titre de partie défenderesse, la société de transport maritime qui avait requis les services en question. Le jugement de la Section de première instance a donc été prononcé à la fois en matière personnelle (*in personam*) contre la société de transport maritime et en matière réelle (*in rem*) contre le navire. Toutefois, seule la portion du jugement qui a été prononcée en matière réelle est contestée en l'espèce, ce qui nous permet de mettre de côté certains autres moyens de défense qui ont été soulevés au cours de l'action prise dans son ensemble, mais que le juge de première instance a rejetés, et d'accepter tel quel le montant de la condamnation, soit 237 243,68 \$, même si la façon dont cette somme a été calculée pose certaines difficultés. Quoi qu'il en soit, même ainsi délimité, l'appel soulève une question très difficile, à savoir le traitement que le droit maritime canadien réserve à une réclamation relative aux approvisionnements nécessaires fournis à un navire, ainsi que la compétence en matière réelle de la Cour fédérale s'agissant d'amirauté.

Les faits mis en preuve devant le juge de première instance sont assez compliqués, mais il n'est évidemment pas nécessaire de réexaminer ceux qui se rapportent aux moyens de défense qui ont, de façon définitive, été rejetés, par exemple l'affirmation de la société de transport maritime voulant que les sommes réclamées par la demanderesse

relation to maritime services or else had already been paid. What has to be known of the factual background to be able to deal with the issue that the appeal is concerned with is relatively simple.

Mount Royal/Walsh Inc., (hereinafter Mount Royal), the respondent (plaintiff in the Court below), is a company which carries on the business of marine and industrial repairs in Montréal. Over the period from August 1982 until June 1984, Mount Royal was requested by Niels Jorgensen, the president and principal shareholder of Jensen Shipping Limited, also of Montréal (hereinafter Jensen Shipping), to do approximately 25 separate jobs on five different ships operated by the company, among which was the *Jensen Star*. Seventeen of these 25 jobs, for a total amount of \$264,036.66, were in respect of the *Jensen Star*, the first and last invoices for which were dated August 30, 1982 and May 21, 1984. All that time, Mount Royal was working on credit, although some partial payments were received by it on two occasions (about which I will speak later). Such an extended period of credit may appear surprising for commercial operations but in fact there was a very special association between Jorgensen and the president and principal shareholder of Mount Royal, John Hynes. Jorgensen and Hynes had been partners in a marine repair and shipping business until 1982 when, quite amicably, they had decided to go their separate ways: Hynes, in the repair business with the existing but renamed firm, Jorgensen, in the shipping business with a newly incorporated company, Jensen Shipping, to which the *Jensen Star*, the one ship that belonged to the old operation, had been transferred. The patience of Mount Royal is, in that context, understandable. It was not limitless, however, and there came a time when legal proceedings finally appeared to be required.

As mentioned at the outset, the action was commenced, on August 9, 1984, as an action *in rem* directed against the *Jensen Star*, the ship defendant being described in the title of the state-

étaient trop élevées ou qu'une partie de ces sommes avait été payée ou ne concernait pas la prestation de services maritimes. Tout compte fait, les éléments qu'il convient de retenir de la preuve

a aux fins du présent appel sont assez simples.

L'intimée (demanderesse en première instance), Mount Royal/Walsh Inc. (ci-après appelée Mount Royal), est une société qui s'occupe de réparations navales et industrielles à Montréal. Durant la période d'août 1982 à juin 1984, elle a effectué, à la demande de Niels Jorgensen, président et principal actionnaire de Jensen Shipping Limited, société également située à Montréal (ci-après appelée Jensen Shipping), quelque vingt-cinq travaux sur cinq navires différents, dont le *Jensen Star*, qu'exploitait la société. Le *Jensen Star* a bénéficié de dix-sept de ces vingt-cinq travaux, dont le coût s'est élevé à 264 036,66 \$, comme l'attestent des factures dont la première remonte au 30 août 1982 et la dernière, au 21 mai 1984. Durant toute cette période, la demanderesse a effectué ces travaux à crédit, bien qu'elle ait reçu des paiements partiels à deux occasions (il en sera question plus loin). L'octroi d'une période de crédit aussi longue à une société commerciale peut surprendre, mais il ne faut pas oublier que Jorgensen et le président et principal actionnaire de Mount Royal, John Hynes, entretenaient des rapports très particuliers. En effet, Jorgensen et Hynes étaient, jusqu'en 1982, les actionnaires d'une entreprise qui s'occupait de réparations navales et de transport maritime. En 1982, les deux associés, qui étaient en bons termes, ont décidé de se séparer: Hynes est devenu l'actionnaire principal de la société demanderesse, qu'il a rebaptisée, et a continué de s'occuper de réparations navales, tandis que Jorgensen a conservé les activités de transport maritime et a constitué une nouvelle société appelé Jensen Shipping, à qui a été transférée la propriété du navire *Jensen Star*, qui appartenait à l'ancienne société. Dans ces circonstances, il est naturel que la demanderesse ait accepté de patienter. Toutefois, comme la défenderesse a dépassé les bornes, la demanderesse a dû se résoudre à intenter une poursuite contre elle.

Comme on l'a mentionné au début, l'action intentée le 9 août 1984 était une action *in rem* contre le navire *Jensen Star*, et dans l'intitulé de la déclaration, le navire défendeur a été décrit de la

ment of claim in the manner indicated by Rule 1002 of the Rules of this Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], namely: the owners and all others interested in the Ship *Jensen Star*. The action was brought under paragraphs 22(2)(*m*) and (*n*) and subsection 43(2) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], which give this Court jurisdiction to entertain a claim for materials and services supplied to a ship and provide for this jurisdiction to be exercised *in rem* against the ship.¹ Security was immediately given in order to avoid arrest, Jorgensen appearing in the Court's documents as the individual taking charge of the defence on behalf of the owners. On October 18, 1984, a statement of defence and counterclaim, alleging exaggerated accounts, partial payments and amounts due otherwise by plaintiff to "defendants", was filed in the name of the "defendants", referred to in the pleading as "Jensen". On April 29, 1985, the plaintiff sought and obtained leave to amend the statement of claim so as to implead Jensen Shipping personally as a party defendant and pray for a judgment against it *in personam* for the whole amount owed by it for all the jobs done, along with the condemnation *in rem* against the ship for those accounts directly related to it.

¹ Paragraphs 22(2)(*m*), 22(2)(*n*) and subsection 43(2) read as follows:

22. ...

(2) Without limiting the generality of subsection (1), it is hereby declared for greater certainty that the Trial Division has jurisdiction with respect to any claim or question arising out of one or more of the following:

(*m*) any claim in respect of goods, materials or services wherever supplied to a ship for her operation or maintenance including, without restricting the generality of the foregoing, claims in respect of stevedoring and lighterage;

(*n*) any claim arising out of a contract relating to the construction, repair or equipping of a ship;

43. ...

(2) Subject to subsection (3), the jurisdiction conferred on the Court by section 22 may be exercised *in rem* against the ship, aircraft or other property that is the subject of the action, or against any proceeds of sale thereof that have been paid into court.

façon prévue à la Règle 1002 des Règles de cette Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663], à savoir les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire *Jensen Star*.

a L'action était fondée sur les alinéas 22(2)(*m*) et (*n*) et le paragraphe 43(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10]. Ces dispositions donnent à la Cour compétence relativement à toute demande portant sur des matériaux et des services fournis à un navire et précisent que cette compétence peut être exercée en matière réelle contre le navire¹. Un cautionnement a immédiatement été versé afin d'éviter la saisie du navire, et c'est le nom de Jorgensen qui figure dans les documents de la Cour comme personne responsable de la défense au nom des propriétaires. Dans l'exposé de la défense et la demande reconventionnelle déposés le 18 octobre 1984 au nom des «défendeurs», appelés «Jensen», on a prétendu que d les comptes étaient excessifs, qu'une partie de ces comptes avait été payée et que la demanderesse devait par ailleurs des sommes aux «défendeurs». Le 29 avril 1985, la demanderesse a demandé et obtenu la permission de modifier sa déclaration e afin de poursuivre personnellement Jensen Shipping à titre de partie défenderesse et de prier la Cour de prononcer contre cette dernière un jugement en matière personnelle pour la totalité des sommes dues, outre la condamnation en matière f réelle contre le navire pour les comptes s'y rapportant directement.

¹ Les alinéas 22(2)(*m*) et (*n*) et le paragraphe 43(2) sont ainsi libellés:

22. ...

(2) Sans restreindre la portée générale du paragraphe (1), il est déclaré pour plus de certitude que la Division de première instance a compétence relativement à toute demande ou à tout litige de la nature de ceux qui sont ci-après mentionnés:

(*m*) toute demande relative à des marchandises, fournitures ou services fournis à un navire, où que ce soit, pour son exploitation ou son entretien, et notamment, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, les demandes relatives à l'aconage ou gabarage;

(*n*) toute demande née d'un contrat relatif à la construction, à la réparation ou à l'équipement d'un navire;

43. ...

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la compétence conférée à la Cour par l'article 22 peut être exercée en matière réelle pour toute demande relative à un navire, à un aéronef, à d'autres biens ou à tout produit de leur vente qui a été consigné au tribunal.

The amended statement of claim naturally elicited a renewed statement of defence. One was filed on July 12, 1985 by substituted counsel. It reiterated all the allegations of the original one including those relating to the counterclaim, and its prayer for relief was again a simple dismissal of the action. But there was in it an allegation completely novel. Its paragraph 4 read thus: "The beneficial ownership of Defendant vessel was sold by this Defendant [Jensen Shipping] to Jensen Marine Holdings Ltd. on 24 November 1983." Nothing else was said about this Jensen Marine Holdings Ltd., but the revelation in itself, if accurate, was no doubt of major consequence to the *in rem* side of the proceedings.

The allegation was accurate. It was established at trial that indeed a transfer of ownership of the vessel had taken place in 1983 as part of a refinancing scheme rendered necessary by the precarious situation of Jorgensen and his shipping operation. On November 24, 1983, by statutory bill of sale which had been regularly registered, the *Jensen Star* had been acquired by a recently formed corporation—Jensen Marine Holdings Ltd., the shares of which were equally divided between Jorgensen and the two individuals who had accepted to inject the money needed—which corporation had immediately demise chartered it to Jensen Shipping, for twelve years, by bareboat charterparty dated December 8, 1983.

As to the ground of defence that counsel drew from these facts, it was directly related to the limitation of the *in rem* jurisdiction of this Court in maritime matters imposed by subsection 43(3) of the *Federal Court Act*, which reads:

43. ...

(3) Notwithstanding subsection (2), the jurisdiction conferred on the Court by section 22 shall not be exercised *in rem* with respect to a claim mentioned in paragraph 22(2)(e), (f), (g), (h), (i), (k), (m), (n), (p) or (r) unless, at the time of the commencement of the action, the ship, aircraft or other property that is the subject of the action is beneficially owned by the person who was the beneficial owner at the time when the cause of action arose.

La modification de la déclaration a naturellement entraîné celle l'exposé de la défense. Un nouvel exposé a été déposé le 12 juillet 1985 par un avocat nouvellement constitué. On y a reproduit toutes les allégations du premier exposé, y compris celles relatives à la demande reconventionnelle et on s'est à nouveau contenté de demander dans les conclusions le rejet de l'action. L'exposé contenait cependant une allégation tout à fait nouvelle à l'alinéa 4: «Le droit de propriété en *equity* du navire défendeur a été vendu par la défenderesse [Jensen Shipping] à Jensen Marine Holdings le 24 novembre 1983.» Aucune autre précision n'était fournie à propos de Jensen Marine Holdings Ltd., mais il ne faisait aucun doute que cette mention allait être lourde de conséquences pour l'action *in rem* si elle s'avérait exacte.

L'allégation était exacte. La défenderesse a fait la preuve que le droit de propriété du navire avait effectivement été transféré en 1983 dans le cadre d'un plan de refinancement rendu nécessaire à cause de la situation précaire de Jorgensen et de son entreprise de transport maritime. Par acte de vente légal en date du 24 novembre 1983 qui a été dûment enregistré, le *Jensen Star* a été cédé à la nouvelle société Jensen Marine Holdings Ltd., dont les actions étaient réparties également entre Jorgensen et deux personnes qui avaient accepté de fournir les capitaux nécessaires. Jensen Marine Holdings Ltd. a aussitôt signé le 8 décembre 1983 un contrat d'affrètement coque nue faisant de Jensen Shipping l'affrèteur du navire pour une période de douze ans.

Le moyen de défense que le procureur a invoqué à partir de ces faits avait directement trait à la restriction que le paragraphe 43(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* impose à la compétence en matière réelle de la Cour pour ce qui touche les questions maritimes. Ce paragraphe est libellé ainsi:

43. ...

(3) Nonobstant le paragraphe (2), la compétence conférée à la Cour par l'article 22 ne peut être exercée en matière réelle relativement à une demande dont il est fait mention aux alinéas 22(2)e), f), g), h), i), k), m), n), p) ou r) à moins que, au moment où l'action est intentée, le navire, l'aéronef ou les autres biens qui font l'objet de l'action n'aient pour propriétaire en *equity* celui qui en était propriétaire en *equity* au moment où la cause d'action a pris naissance.

The contention was, of course, that the Court had no jurisdiction to entertain the proceedings against the ship, since there had occurred a change in the beneficial ownership of the *Jensen Star* between the time the cause of action had arisen and the time the action had been commenced.

The Trial Judge rejected the contention and affirmed his jurisdiction on the basis of a two-tier reasoning which he summarized in his reasons as follows:

In my view this Court has the right to exercise *in rem* jurisdiction notwithstanding the transfer because, for the purpose of subsection 43(3), Jensen Shipping remained the beneficial owner of the ship or, in the alternative, Jensen Shipping and Jensen Holdings are estopped from claiming that Jensen Shipping was not the beneficial owner of the ship at the time this action was commenced.

The appellants submit again before this Court that the Trial Judge lacked jurisdiction to condemn the ship and ask that this part of the judgment be set aside.

My first comments will be to express, with respect, my difficulty with the reasoning on the basis of which the Trial Judge has arrived at his conclusion. In fact, I do not think that either of the two propositions relied on by him is legally correct.

1. It seems to me impossible to hold that Jensen Shipping could have remained the beneficial owner of the ship for the purposes of subsection 43(3) of the *Federal Court Act*, unless the transfer from Jensen Shipping to Jensen Marine Holdings Ltd., on November 24, 1983, could be seen as only a sham aimed at concealing the true ownership of the vessel in order to shield it from risk of seizure as security, and the Trial Judge was satisfied that this was not so.

To arrive at his conclusion that Jensen Shipping had remained the beneficial owner of the ship, the Trial Judge accepted the view, expressed in *obiter* by Mr. Justice Addy in a previous case,² that the demise charter of a vessel should be regarded as carrying with it an ownership interest sufficient to support an action *in rem*, a position our courts should adopt, even if it meant departing from the

² *Thorne Riddell Inc. v. Nicolle N Enterprises Inc.*, [1985] 2 F.C. 31 (T.D.).

La défense a donc soutenu que la Cour n'avait pas la compétence voulue pour être saisie de la poursuite contre le navire parce que le droit de propriété du *Jensen Star* avait été transféré entre le moment où la cause d'action a pris naissance et le moment où la poursuite a été intentée.

Le juge de première instance a rejeté cette prétention et a fondé sa compétence sur les deux propositions suivantes qu'il a résumées ainsi dans ses motifs:

À mon avis, cette Cour a le droit d'exercer sa compétence en matière réelle malgré le transfert, parce que, pour les besoins du paragraphe 43(3), Jensen Shipping est demeurée la véritable propriétaire du navire ou, subsidiairement, Jensen Shipping et Jensen Holdings sont empêchées de prétendre que Jensen Shipping n'était pas la propriétaire véritable du navire au moment où l'action a été intentée.

Les appelants font de nouveau valoir devant cette Cour que le juge de première instance n'avait pas la compétence voulue pour condamner le navire et demandent que cette partie du jugement soit infirmée.

Je veux tout d'abord dire que j'ai de la difficulté à comprendre le raisonnement sur la base duquel le juge de première instance a pu en arriver à sa conclusion. À mon avis, ni l'une ni l'autre propositions invoquées par lui ne sont exactes en droit.

1. Il me semble impossible d'affirmer que Jensen Shipping a pu demeurer la véritable propriétaire du navire pour les fins du paragraphe 43(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, à moins de considérer la transaction du 24 novembre 1983 entre Jensen Shipping et Jensen Marine Holdings Ltd. comme un subterfuge destiné à dissimuler le vrai propriétaire et ainsi mettre le navire à l'abri d'une saisie à titre de garantie. Or, le juge de première instance a rejeté cette hypothèse.

Pour en arriver à la conclusion que Jensen Shipping est demeurée la propriétaire véritable du navire, le juge de première instance a souscrit à l'opinion incidente qu'a exprimée le juge Addy dans une cause antérieure², selon laquelle on devrait considérer que l'affrètement par voie de cession à bail d'un navire confère un droit de propriété suffisant pour justifier une action *in rem*.

² *Thorne Riddell Inc. c. Nicolle N Enterprises Inc.*, [1985] 2 C.F. 31 (1^{re} inst.).

English decisions which had refused to accept that a demise charterer could be the beneficial owner referred to in an English statutory provision akin to subsection 43(3) of the *Federal Court Act*.

That the English decisions referred to should be considered with caution is obvious since they were rendered in the context of a statutory framework quite different from ours. When section 43 of the *Federal Court Act* was adopted, the corresponding provision conferring Admiralty jurisdiction to the High Court in England was subsection 3(4) of the *Administration of Justice Act, 1956*, 1956, 4 & 5 Eliz. 2, c. 46 (U.K.).³ This provision had been enacted in the context of Britain's ratification of the *International Convention Relating to the Arrest of Seagoing Ships*, Brussels, May 10, 1952 [439 U.N.T.S. 193]; its aim was essentially to extend the *in rem* jurisdiction of the Court, not only to the ship in respect of which a maritime claim had arisen, but also to any sister ship, i.e. to any ship belonging to the same owner; and the reference in it was to the "beneficial owner of all the shares" in the ship. Canada has not adhered to the 1952 Brussels Convention; the *in rem* jurisdiction conferred by our provision is strictly limited to the ship to which the services have been rendered, and the text speaks of "beneficial owner of the ship", with no reference to shares. A passive importation of the English case law would no doubt be unwarranted. As to the preoccupations of

³ It read thus:

3. ...

(4) In the case of any such claim as is mentioned in paragraphs (d) to (r) of subsection (1) of section one of this Act, being a claim arising in connection with a ship, where the person who would be liable on the claim in an action in personam was, when the cause of action arose, the owner or charterer of, or in possession or in control of, the ship, the Admiralty jurisdiction of the High Court ... may ... be invoked by an action in rem against—

- (a) that ship, if at the time when the action is brought it is beneficially owned as respects all the shares therein by that person; or
- (b) any other ship which, at the time when the action is brought, is beneficially owned as aforesaid.

Selon le juge Addy, c'est une position que nos tribunaux devraient adopter même s'il faut pour cela s'écarter de certaines décisions anglaises dans lesquelles les tribunaux ont refusé de considérer qu'un affrèteur par voie de cession à bail pouvait être le propriétaire véritable visé par des dispositions législatives anglaises semblables à celles du paragraphe 43(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Il est bien évident qu'il faut consulter avec prudence ces décisions des tribunaux anglais car elles s'inscrivent dans un contexte législatif fort différent du nôtre. À l'époque où le législateur canadien a adopté l'article 43 de la *Loi sur la Cour fédérale*, il y avait en Angleterre des dispositions correspondantes qui conféraient à la Haute Cour une compétence en matière d'amirauté; elles figuraient au paragraphe 3(4) de l'*Administration of Justice Act, 1956*, 4 & 5 Eliz. 2, 1956, chap. 46 (R.-U.).³ Ces dispositions découlaient de la ratification par la Grande-Bretagne de la *Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer*, Bruxelles, le 10 mai 1952 [439 R.T.N.U. 193] et visaient principalement à assujettir à la compétence en matière réelle de la Cour non seulement le navire qui faisait l'objet d'une réclamation, mais aussi tout autre navire-jumeau, c'est-à-dire qui appartenait au même propriétaire. D'ailleurs, on désignait ce dernier comme le [TRADUCTION] «véritable propriétaire de la totalité» du navire. Le Canada n'a pas adhéré à la Convention de Bruxelles de 1952. La compétence en matière réelle que le paragraphe 43(3) confère à la Cour se limite donc au navire à l'égard duquel des services

³ Il était ainsi libellé:

[TRADUCTION] 3. ...

(4) Dans le cas des réclamations mentionnées aux alinéas d) à r) du paragraphe (1) de l'article premier de la présente Loi, si la réclamation se rapporte à un navire et que la personne qui serait tenue responsable dans une action personnelle était, au moment où la cause d'action a pris naissance, le propriétaire ou l'affrèteur du navire, ou encore la personne qui en avait la possession ou le contrôle, la Haute Cour ... peut ... exercer sa compétence en matière d'amirauté dans une action réelle contre—

- a) ce navire si ladite personne était la véritable propriétaire de la totalité du navire au moment où la poursuite a été intentée, ou
- b) tout autre navire dont ladite personne était la véritable propriétaire en totalité au moment où la poursuite a été intentée.

Mr. Justice Addy and the Trial Judge, who would want to assure a greater protection to the supplier of necessaries when there was nothing to warn him, at the time his services were requested, that the ship was not then in the possession and control of her owners or their employees, no one could deny their legitimacy.⁴

The problem, however, is that I simply do not see how a court could suppose that Parliament may have meant to include a demise charterer in the expression "beneficial owner" as it appears in subsection 43(3). Whatever be the meaning of the qualifying term "beneficial", the word owner can only normally be used in reference to title in the *res* itself, a title characterized essentially by the right to dispose of the *res*. The French corresponding word "*propriétaire*" is equally clear in that regard. These words are clearly inapt to describe

⁴ Addy J. could not express his views in this regard more forcefully [at pp. 37-38]:

Where an owner turns over a ship to another person under a demise bare boat charter, knowing full well that it will be sailing to foreign ports and that it will be obliged to take on fuel and other supplies from time to time, it would seem, at first sight, in any event, to be impractical and unnecessarily restrictive of commerce and of the movement of ships to expect that the suppliers in all these cases would be required to receive prepayment in specie or to check with the actual registered owners at or through the port of registry in whatever corner of the world it might be, to enquire whether proper authority had been granted before supplying that ship with the essential requirements to enable it to continue on its voyage. Whether it be by virtue of presumed or implied authority or otherwise, unless the supplier is put on notice or has reason to suspect that the actual owner has forbidden the credit of the ship to be pledged, then it would seem that an action for such necessaries might well be maintainable *in rem* against the ship when its owner *pro tempore*, that is, the charterer by way of demise, would be responsible at law for those supplies.

ont été rendus, et on parle du «propriétaire en *equity* du navire» sans faire allusion à la portion qu'il détient. Il ne serait certainement pas justifié d'introduire passivement dans notre droit la jurisprudence anglaise. Quant aux craintes exprimées par le juge Addy et le juge de première instance, qui voudraient bien assurer une meilleure protection au fournisseur d'approvisionnements nécessaires lorsque rien ne lui permet de savoir, au moment où ses services sont requis, que celui qui a la possession ou le contrôle du navire n'est ni le propriétaire ni le préposé de ce propriétaire, nul ne peut douter de leur légitimité⁴.

Le problème, toutefois, c'est que je ne comprends tout simplement pas comment un juge pourrait supposer que le législateur a pu vouloir inclure l'affrètement par voie de cession à bail dans l'expression «*beneficial owner*» qui figure au paragraphe 43(3). Quel que soit le sens du qualificatif «*beneficial*», le terme «*owner*» est normalement utilisé uniquement pour désigner celui qui possède un titre dans la chose elle-même, titre qui comporte principalement le droit d'aliéner la chose. Le terme français correspondant «propriétaire» est tout aussi clair. Ces mots ne sauraient désigner la possession d'un affrètement par voie de cession à

⁴ Le juge Addy aurait difficilement pu être plus catégorique sur cette question [aux p. 37 et 38]:

Lorsqu'un propriétaire livre un navire à une autre personne en vertu d'un affrètement coque nue, sachant parfaitement que ce navire mouillera dans des ports étrangers et que, de temps à autre, il devra se procurer du carburant et d'autres provisions, il serait, à première vue en tout cas, peu réaliste et ce serait restreindre inutilement le commerce et la mobilité des navires si l'on s'attendait à ce que les fournisseurs soient, dans tous ces cas, tenus d'être payés d'avance en espèces ou de vérifier auprès des véritables propriétaires inscrits au port d'immatriculation pouvant se trouver dans n'importe quel coin du monde ou par l'entremise de ce port pour savoir si une autorisation appropriée a été accordée avant de fournir au navire les approvisionnements nécessaires pour qu'il continue son voyage. Que ce soit en vertu d'un pouvoir présumé ou implicite ou autrement, à moins que le fournisseur ne soit avisé ou n'ait des raisons de soupçonner que le véritable propriétaire a interdit l'engagement du crédit du navire, il semble qu'une action en recouvrement de ces approvisionnements nécessaires puisse très bien être intentée *in rem* contre le navire lorsque son propriétaire *pro tempore*, c'est-à-dire l'affrètement par voie de cession à bail, est en droit responsable de ces approvisionnements.

the possession of a demise charterer.⁵ In my view, the expression “beneficial owner” was chosen to serve as an instruction, in a system of registration of ownership rights, to look beyond the register in searching for the relevant person. But such search cannot go so far as to encompass a demise charterer who has no equitable or proprietary interest which could burden the title of the registered owner. As I see it, the expression “beneficial owner” serves to include someone who stands behind the registered owner in situations where the latter functions merely as an intermediary, like a trustee, a legal representative or an agent. The French corresponding expression “*véritable propriétaire*” (as found in the 1985 revision, R.S.C., 1985, c. F-7) leaves no doubt to that effect.⁶

Only Parliament, in my view, can relax the constraints of subsection 43(3) by placing the demise charterer on the same level as a beneficial owner. This cannot be done by the courts.

2. It seems to me likewise impossible to hold that the defendants-appellants could be estopped from claiming that Jensen Shipping was not the beneficial owner of the ship at the time the action was commenced.

It is clear on the evidence that at no time did Jorgensen give Mount Royal notice of the transfer of ownership of the vessel, or act in such a way as

⁵ See the comments of Mr. Justice Goff in *I Congreso Del Partido*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 536 (Q.B. (Adm. Ct.)), at pp. 560 *et seq.* where he vigorously disputes the possibility to attribute to a demise charterer the characteristics of a beneficial owner, refusing to follow in that respect the previous decision of Mr. Justice Brandon in *The Andrea Ursula*, [1971] 1 Lloyd's Rep. 145 (Adm.). See also *The Permina 3001*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 327 (Sing. C.A.).

⁶ In both the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, section 2 and the *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1, section 2, where the expression “beneficial ownership”, again translated by “*véritable propriétaire*”, is also to be found, it is made clear there that it is used in the sense I suggest. Elsewhere, in that Part of the *Canada Shipping Act* dealing with pollution, prevention and control, when it is sought to give a name to “the person having for the time being, either by law or by contract, the rights of the owner of the ship as regards the possession and use thereof” (R.S.C. 1970, c. S-9, s. 727 (rep. and sub. by S.C. 1987, c. 7, s. 81)) [now R.S.C., 1985, c. S-9, s. 654 (rep. and sub. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 6, s. 84)], a special and express definition of the word “owner” is employed, rather than the addition of the qualifying term “beneficial”.

bail⁵. À mon avis, l'expression «*beneficial owner*» a été choisie pour indiquer que dans un système d'enregistrement des droits de propriété, il faut regarder au-delà du nom inscrit dans le registre. On ne saurait cependant remonter jusqu'à l'affrètement par voie de cession à bail, qui n'a aucun droit en *equity* ou à titre de propriétaire susceptible de grever le titre du propriétaire inscrit. Selon moi, cette expression permet d'inclure celui qui se dissimule derrière le propriétaire inscrit lorsque celui-ci sert purement d'intermédiaire, par exemple un fiduciaire, un ayant droit ou un mandataire. L'équivalent français «*véritable propriétaire*» (qui figure dans la refonte de 1985, L.R.C. (1985), chap. F-7) ne laisse subsister aucun doute à cet égard⁶.

Seul le législateur peut, à mon sens, adoucir les contraintes du paragraphe 43(3) en plaçant l'affrètement par voie de cession à bail sur le même pied que le véritable propriétaire. Les tribunaux n'ont pas ce pouvoir.

2. Il m'apparaît tout aussi impensable d'affirmer que les défendeurs-appellants pourraient être empêchés de prétendre que Jensen Shipping n'était pas la véritable propriétaire du navire au moment où l'action a été intentée.

Il ressort clairement de la preuve qu'à aucun moment Jorgensen n'a avisé Mount Royal du transfert de propriété du navire, ni agi de manière

⁵ Voir les remarques du juge Goff dans l'arrêt *I Congreso Del Partido*, [1977] 1 Lloyd's Rep. 536 (Q.B., Adm. Ct.), aux p. 560 et suivantes; il conteste vigoureusement la possibilité d'attribuer à un affrètement par voie de cession à bail les caractéristiques d'un propriétaire véritable et refuse de souscrire à ce propos à la décision du juge Brandon dans l'arrêt *The Andrea Ursula*, [1971] 1 Lloyd's Rep. 145 (Adm.). Voir aussi *The Permina 3001*, [1979] 1 Lloyd's Rep. 327 (C.A. Sing.).

⁶ Dans la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), chap. C-44, article 2 et dans la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), chap. B-1, article 2, l'expression «*véritable propriétaire*» est également l'équivalent français du «*beneficial ownership*» dont parle le législateur, et il est évident qu'elle est employée dans le sens que je lui donne.

Dans la partie de la *Loi sur la marine marchande du Canada* qui porte sur la prévention et le contrôle de la pollution, le législateur a préféré donner une définition particulière au terme «*propriétaire*» au lieu d'y ajouter le qualificatif «*véritable*» pour désigner «la personne qui, au moment considéré, a, en vertu de la loi ou d'un contrat, les droits du propriétaire du navire en ce qui a trait à l'usage et à la possession de celui-ci» (S.R.C. 1970, chap. S-9, art. 727 (abrogé et remplacé par L.C. 1987, chap. 7, art. 81)) [maintenant L.R.C. (1985), chap. S-9, art. 654 (abrogé et remplacé par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 6, art. 84)].

to suggest that his authority to bind the ship could have changed. It is also somewhat disturbing to see that Jensen Shipping presented itself in the proceedings as the owner of the ship, up until the filing of the amended statement of defence when the transfer was revealed. But nevertheless I do not see how the doctrine of estoppel could come into play here so as to preclude any effect flowing from the fact that the vessel had become the property of Jensen Marine Holdings Ltd. and was no longer that of Jensen Shipping.

Assuming that the conditions for an estoppel could be seen to be present here, which I seriously doubt since there was no promise or assurance having induced anyone to alter his position to his detriment; and assuming further that such an estoppel could have effect against Jensen Marine Holdings Ltd., the registered owners, which appears to me difficult to accept, since it, itself, has never expressly denied its title; even so, the requirement of continuity of ownership imposed by subsection 43(3) to allow an action *in rem* is one that goes to the very jurisdiction of the Court, and no estoppel can give a court a jurisdiction expressly denied by statute (*Halsbury's Laws of England*, Vol. 16, no. 1515, fn. 3; *Snell's Principles of Equity*, 27th ed., page 563).

I therefore conclude that the reasons given by the Trial Judge to reject the jurisdictional argument advanced against the action *in rem* are not valid. Does that mean that the conclusion itself was totally unjustified? I do not think so and I will try to explain why.

It will be recalled that Mount Royal claimed in its action *in rem* the aggregate of the amounts due to it for seventeen different jobs done on the *Jensen Star* at different dates between August 30, 1982 and May 21, 1984. Six of these seventeen jobs predated November 24, 1983, the date of sale of the vessel by Jensen Shipping to Jensen Marine Holdings Ltd. In my view of the situation, since I reject the possibility that Jensen Shipping be seen as having remained beneficial owner of the ship

à laisser croire que le pouvoir qu'il avait de grever le navire avait changé. Il est par ailleurs étonnant de constater que Jensen Shipping s'est identifiée comme propriétaire du navire dans les actes de procédure jusqu'au moment du dépôt de l'exposé de la défense modifié, dans lequel le transfert de propriété a été révélé. Quoi qu'il en soit, je ne vois pas comment on pourrait appliquer en l'espèce la doctrine de l'*estoppel* (fin de non-recevoir) de manière à effacer toute répercussion découlant du fait que le navire avait cessé d'appartenir à Jensen Shipping et était devenu la propriété de Jensen Marine Holdings.

Il faudrait supposer que les conditions nécessaires pour donner lieu à une fin de non-recevoir sont réunies, ce dont je doute fort car il n'y a pas eu de promesse ni de garantie qui aurait amené quelqu'un à modifier sa position à son détriment. Il faudrait aussi supposer qu'une telle fin de non-recevoir peut jouer contre la propriétaire inscrite, Jensen Marine Holdings Ltd., ce que j'ai de la difficulté à accepter car celle-ci n'a jamais expressément nié son titre de propriété. Malgré cela, le paragraphe 43(3) exige qu'il y ait continuité quant à la propriété pour donner lieu à une action *in rem* et permettre à la Cour d'exercer sa compétence, et aucune fin de non-recevoir ne peut donner à un tribunal une compétence que la loi lui refuse expressément (*Halsbury's Laws of England*, vol. 16, n° 1515, note 3; *Snell's Principles of Equity*, 27 éd., page 563).

J'en arrive donc à la conclusion que les motifs sur lesquels le juge de première instance s'est fondé pour rejeter l'argument relatif à la compétence de la Cour invoqué par les défendeurs pour contester l'action *in rem* ne sont pas valables. Cette décision est-elle entièrement mal fondée pour autant? Je ne le pense pas et je vais tenter d'expliquer pourquoi.

On se souviendra que Mount Royal a réclamé dans son action *in rem* la totalité des sommes qui lui étaient dues pour dix-sept travaux effectués sur le *Jensen Star* entre le 30 août 1982 et le 21 mai 1984. Six de ces dix-sept travaux ont été effectués avant le 24 novembre 1983, date à laquelle Jensen Shipping a vendu le navire à Jensen Marine Holdings Ltd. Comme je ne pense pas, vu ce qui précède, que Jensen Shipping soit demeurée la véritable propriétaire du navire après le 24 novem-

after November 24, 1983, the action *in rem* in regard to the costs involved in these six "pre-sale jobs" cannot be entertained. There is no doubt that the requirement of continuity of ownership established by paragraph 43(3) is not met. The statutory right *in rem* that Mount Royal could have exercised in order to secure payment of its due for the six first jobs it did on the *Jensen Star* has been definitely extinguished by the transfer of the vessel to new owners. The judgment *in rem* appealed from cannot stand with respect to those six jobs, the invoices for which amounted to the sum of \$102,875.66.

I need to pause here for a moment to say a few words about an alternative ground of appeal raised by the appellants in their submissions to which I have not yet made reference. In my review of the facts at the outset, I made allusion to some partial payments that Jensen Shipping had made to Mount Royal on account of its outstanding debts for all the jobs done to the several vessels it was operating. On making those partial payments, on December 31, 1983 and April 23, 1984, Jensen Shipping did not specify which particular accounts were to be discharged thereby. On June 20, 1984, Mount Royal sent to Jensen Shipping a statement of accounts in which the invoices were listed chronologically and the partial payments were entered, on their proper dates, as reducing the total debt then due, which appeared to mean that they were being attributed on the basis of "first invoice in—first out", but otherwise no express declaration was made by either party as to how the payments were to be imputed.

Upon commencing its action *in rem* before the Court, however, Mount Royal purported to apply the partial payments to accounts relating to vessels other than the *Jensen Star*, which permitted it to arrest the ship for most of the invoices relating to it, regardless of their dates (\$237,243.68). The defendants objected to such allocation claiming essentially that Mount Royal had already made an allocation in its June 1984 statement as a result of which the oldest accounts, including the six first relating to the *Jensen Star*, had been extinguished. The objection was denied by the Trial Judge on the basis that the common law principles relating to attribution of payments between debtor and

bre 1983, j'en conclus que l'action *in rem* visant les comptes relatifs aux six travaux antérieurs à la vente du navire ne peut être accueillie. En effet, il n'y a pas de doute que la condition prévue au paragraphe 43(3), à savoir l'existence d'un même propriétaire, n'a pas été remplie. Le transfert du navire à un nouveau propriétaire a définitivement éteint le droit *in rem* prévu dans la loi que Mount Royal aurait pu exercer afin de se faire rembourser les sommes dues pour les six premiers travaux faits sur le *Jensen Star*. Le jugement *in rem* dont il est interjeté appel ne peut être confirmé en ce qui concerne ces six travaux, dont le montant s'élève à 102 875,66 \$.

Je me permets ici d'ouvrir une parenthèse au sujet d'un autre moyen d'appel qu'ont invoqué les appelants dans leur mémoire et dont je n'ai pas encore parlé. Dans l'exposé des faits qui figure au début, j'ai fait état des paiements partiels que Jensen Shipping a versés à Mount Royal à l'égard des comptes en souffrance relatifs à tous les travaux effectués sur plusieurs navires exploités par Jensen Shipping. Lorsqu'elle a fait ces paiements partiels le 31 décembre 1983 et le 23 avril 1984, Jensen Shipping n'a pas précisé à quel compte ils devaient être imputés. Le 20 juin 1984, Mount Royal a fait parvenir à Jensen Shipping un relevé de compte dans lequel les factures étaient présentées par ordre chronologique et dans lequel on avait défalqué du total de la dette à l'époque les paiements partiels en question aux dates précitées. La demanderesse semble donc avoir imputé ces sommes aux factures les plus anciennes, et aucune déclaration expresse n'a été faite par l'une ou l'autre partie quant à l'imputation de ces sommes.

Toutefois, lorsqu'elle a intenté l'action *in rem* devant la Cour, Mount Royal a prétendu avoir imputé ces paiements aux comptes relatifs aux travaux effectués sur des navires autres que le *Jensen Star*, ce qui lui a permis de saisir ce navire pour la plupart des factures qui s'y rapportaient, indépendamment de leur date (237 243,68 \$). Les défendeurs se sont opposés à une telle répartition des paiements et ont surtout fait valoir que la demanderesse les avait déjà répartis dans son relevé de juin 1984, de sorte que les comptes plus anciens, y compris les six premiers comptes relatifs aux travaux effectués sur le *Jensen Star*, avaient été acquittés. Le juge de première instance a rejeté

creditor were applicable and that those principles had been illustrated in the judgment of the House of Lords in *The Mecca*, [1897] A.C. 286 (H.L.) where it had been decided that, in the absence of a specific appropriation by the debtor, the creditor remains free to elect at any time and may do so in bringing his action.

While the Trial Judge was no doubt correct in referring to the rules of common law as they are applied in Admiralty matters (*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752), I am not sure that the reasoning in *The Mecca* would necessarily lead to the conclusion he adopted and, more particularly, that the June 20, 1984 statements are not to be seen as a plain and irrevocable expression of intention to which effect should be given. But, be that as it may, it will be seen that my conclusion as to the lack of jurisdiction to entertain the action *in rem* for the “pre-sale invoices” (which include all those claimed by the appellants to have been extinguished by the initial appropriation) renders the issue moot.

I now revert to my analysis.

The “post-sale accounts”, for a total amount of \$145,582, are to be completely distinguished from the “pre-sale” ones. The problem they raise has nothing to do with jurisdiction. In their case, the condition, established by subsection 43(3) of the *Federal Court Act*, for the exercise by this Court of its jurisdiction *in rem* is obviously met. The problem with them is of a totally different order.

The problem with the “post-sale accounts” relates to the required relationship between the supplier of necessities and the owner of the vessel for the statutory right *in rem* to be eventually recognized and enforced. Here is what I mean.

cette objection en déclarant que les principes de *common law* concernant la répartition des paiements entre débiteur et créancier s’appliquaient et que ces principes étaient illustrés dans l’arrêt *The Mecca*, [1897] A.C. 286 (H.L.). La Chambre des lords a statué dans cette cause que si le débiteur ne donnait aucune précision quant à l’imputation des sommes dues, le créancier pouvait alors exercer n’importe quand le droit de répartition, même au moment d’intenter l’action.

Le juge de première instance a sans doute eu raison de se référer aux principes de *common law* qui s’appliquent en matière d’amirauté (*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752), mais je ne suis pas convaincu que le raisonnement formulé dans l’arrêt *The Mecca* permette nécessairement d’en arriver à la même conclusion que lui et, en particulier, d’affirmer que le relevé du 20 juin 1984 ne doit pas être considéré comme l’expression claire et irrévocable d’une intention à laquelle il faut donner effet. Quoi qu’il en soit, on constatera que cette question devient sans importance vu la conclusion à laquelle j’arrive quant à l’absence de compétence en matière réelle de la Cour au sujet des comptes relatifs aux travaux antérieurs à la vente (ce qui comprend tous les comptes qui, selon les appelants, ont été payés à la suite de la première imputation).

Je ferme cette parenthèse et je poursuis mon analyse.

Il faut bien faire la distinction entre les comptes relatifs aux travaux effectués après la vente, qui s’élèvent à 145 582 \$, et ceux qui concernent les travaux antérieurs à la vente. Les premiers n’ont rien à voir avec la compétence de la Cour. De fait, la condition prévue au paragraphe 43(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* quant à l’exercice de la compétence en matière réelle de cette Cour est remplie. Les difficultés que ces comptes posent sont d’un tout autre ordre.

Le problème avec les comptes relatifs aux travaux effectués après la vente, c’est qu’il doit y avoir un lien entre le fournisseur d’approvisionnements nécessaires et le propriétaire du navire pour que le droit *in rem* accordé par la loi finisse par être reconnu et appliqué. Voici ce que je veux dire.

As it is well known, the so-called statutory right *in rem* that the Canadian law accords to the supplier of necessaries is quite different from a maritime lien. A maritime lien is, in effect, a privilege against a ship which attaches and gains priority by pure effect of the law and travels with the ship wherever it goes and in whosever hands it comes. (See: William Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 1985, c. 1, more specially at page 40.) A statutory right *in rem* is merely a right to sue the ship itself to obtain payment. The action *in rem*, which, as noted by Noël J. in *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The "Comer"*, [1970] Ex.C.R. 12, originated in England as a procedural device whose object was to grant a claimant pre-judgment security and to safeguard by so doing the Admiralty Court jurisdiction against intrusions by the courts of common law, was in due course implanted in Canada where it has become a basic feature of our maritime law.

This so far is easy enough. But a question immediately arises. Does that right to sue *in rem* exist by the sole fact that necessaries were supplied? The difference between a statutory right *in rem* and a maritime lien, entrenched by the judgments in *The Henrich Björn* (1886), 11 App. Cas 270 (H.L.) and *The Castlegate*, [1893] A.C. 38 (H.L.), precludes an affirmative answer. The protection of the owners was seen to be more important than that of the suppliers. The provision of subsection 43(3) of the *Federal Court Act* may appear, at first, to be concerned only with the protection of a new owner, but it is clear that the theory behind it is that the owner must, in all cases, be directly involved in the creation of the cause of action. The broad answer to the question set forth is therefore that the supplier of necessaries will have the right to sue *in rem* if the owner of the vessel has been involved in the contract under which his services were rendered. But this answer needs to be completed, as it lacks precision as the nature and extent of the involvement required.

Comme on le sait très bien, le droit *in rem* accordé par le droit canadien aux fournisseurs d'approvisionnements nécessaires n'est pas du tout un privilège maritime, lequel est un avantage qui s'exerce sur le navire. Le privilège maritime confère à son titulaire un droit de préférence par le seul effet de la loi et lui permet de suivre le navire où qu'il soit et entre les mains de quelque personne qu'il passe. (Voir: William Tetley, *Maritime Liens and Claims*, 1985, chap. 1, en particulier la page 40). En revanche, le droit *in rem* prévu par la loi permet simplement à son titulaire d'intenter une action contre le navire comme tel pour se faire payer. Comme le fait remarquer le juge Noël dans l'arrêt *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The "Comer"*, [1970] R.C.É. 12, l'action *in rem* est une procédure qui a pris naissance en Angleterre dans le but d'accorder au créancier une garantie avant jugement et de protéger, par le fait même, la compétence de la Cour d'amirauté contre l'ingérence des tribunaux de *common law*. Elle a finalement été introduite au Canada et elle est devenue une caractéristique fondamentale de notre droit maritime.

Jusque-là, c'est assez clair. Toutefois, une question surgit immédiatement. Est-ce que ce droit d'intenter une action *in rem* existe du seul fait que des approvisionnements nécessaires ont été fournis? La distinction qui a été faite dans les arrêts *The Henrich Björn* (1886), 11 App. Cas 270 (H.L.) et *The Castlegate*, [1893] A.C. 38 (H.L.) entre un droit *in rem* prévu par la loi et un privilège maritime ne permet pas de répondre par l'affirmative. On a en effet considéré que la protection des propriétaires était plus importante que celle des fournisseurs. À première vue, le paragraphe 43(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* peut sembler ne se soucier que de la protection d'un nouveau propriétaire, mais il est clair, d'après la théorie qui le sous-tend, que le propriétaire doit, chaque fois, participer directement à la création de la cause d'action. Par conséquent, la réponse en termes généraux à la question formulée ci-dessus est que le fournisseur d'approvisionnements nécessaires pourra intenter une action *in rem* si le propriétaire du navire était partie au contrat en vertu duquel lesdits approvisionnements ont été fournis. Il convient cependant d'étoffer cette réponse, qui manque de précision quant à la nature et à l'étendue de cette participation.

As I have already mentioned, the United Kingdom has adopted in 1956 a special legislation respecting the right *in rem* of a claimant in maritime law. According to that legislation (which is now contained in the *Supreme Court Act 1981*, 1981, c. 54, (U.K.) at subsection 21(4)), the action *in rem* is only receivable if “the owner as respects all the shares in the vessel” or (a significant amendment) its demise charterer, at the time the action is commenced “would be liable on the claim in an action *in personam*”. In other words, whether the situation of the person at the behest of whom the services were rendered was that of owner, charterer, or mere possessor of the vessel, the action *in rem* lies if that person is owner or demise charterer at the time of the action.⁷ The focus is there put almost exclusively on the personal liability of the owner or the demise charterer at the time of the action, which is quite understandable since, as I said, the right of the supplier to sue *in rem* exists, not only with respect to the ship for the benefit of which the services were rendered, but also with respect to any sister ship. So, this condition that the owner of the vessel be involved in the supplying of the necessaries for the right *in rem* to come into existence, is now wholly peculiar to our law, and what it involves can in no way be determined by reference to English law.

⁷ I have already reproduced the text of subsection 3(4) of the *Administration of Justice Act, 1956*. Here is that of subsection 21(4) of the *Supreme Court Act 1981*.

21. ...

(4) In the case of any such claim as is mentioned in section 20(2)(e) to (r), where—

- (a) the claim arises in connection with a ship; and
- (b) the person who would be liable on the claim in an action in personam (“the relevant person”) was, when the cause of action arose, the owner or charterer of, or in possession or in control of, the ship,

an action in rem may (whether or not the claim gives rise to a maritime lien on that ship) be brought in the High Court against—

- (i) that ship, if at the time when the action is brought the relevant person is either the beneficial owner of that ship as respects all the shares in it or the charterer of it under a charter by demise; or

(Continued on next page)

Comme je l’ai déjà mentionné, le Royaume-Uni a adopté en 1956 des dispositions législatives portant spécifiquement sur le droit *in rem* du créancier en droit maritime. Conformément à ces dispositions (qui figurent maintenant au paragraphe 21(4) de la *Supreme Court Act 1981*, 1981, chap. 54 (R.-U.)), l’action *in rem* n’est recevable que si «le propriétaire de la totalité du navire» ou (ce qui constitue une modification importante) l’affréteur par voie de cession à bail du navire peut, au moment où l’action est intentée, «être tenus responsables dans une action *in personam*». Autrement dit, que les services aient été rendus sur l’ordre du propriétaire, de l’affréteur ou du simple possesseur du navire, l’action *in rem* est possible si cette personne est le propriétaire ou l’affréteur par voie de cession à bail au moment où la poursuite est intentée⁷. Ces dispositions mettent presque exclusivement l’accent sur la responsabilité personnelle du propriétaire ou de l’affréteur par voie de cession à bail au moment où l’action est intentée, ce qui est tout à fait compréhensible car, comme je l’ai mentionné, le droit qu’a le fournisseur d’intenter une action *in rem* existe non seulement à l’égard du navire au profit duquel les services ont été rendus, mais aussi à l’égard de tout autre navire-jumeau. Comme il est donc tout à fait particulier à notre droit d’exiger que le propriétaire du navire soit partie au contrat de fourniture des approvisionnements nécessaires pour que le droit *in rem* puisse exister, on ne saurait en aucune façon définir cette exigence en fonction du droit anglais.

⁷ J’ai déjà cité le texte du paragraphe 3(4) de l’*Administration of Justice Act, 1956*. Voici le texte du paragraphe 21(4) de la *Supreme Court Act 1981*.

[TRADUCTION] 21. ...

(4) Lorsqu’il s’agit d’une réclamation mentionnée aux alinéas 20(2)(e) à (r), et que—

- a) la réclamation concerne un navire,
- b) la personne qui peut être tenue responsable dans une action in personam («la personne concernée») était, au moment où la cause d’action a pris naissance, la propriétaire ou l’affréteur du navire, ou la personne qui en avait la possession ou le contrôle,

une action in rem peut être intentée (indépendamment de l’existence d’un privilège maritime sur ce navire) devant la Haute Cour contre

- (i) ce navire si, au moment où l’action est intentée, la personne concernée est la véritable propriétaire de la totalité du navire ou en est l’affréteur par voie de cession à bail; ou

(Suite à la page suivante)

Most of the decisions of the Trial Division of this Court rendered since 1970 have taken the view that the involvement of the owner in the supplying of the necessaries has to be complete and direct enough to entail his personal liability. These decisions repeat, in effect, that an action *in rem* is sustainable only if the owner is personally liable for the amount claimed. (See: *Westcan Stevedoring Ltd. v. The "Armar"*, [1973] F.C. 1232 (T.D.); *Sabb Inc. v. Shipping Ltd.*, [1976] 2 F.C. 175 (T.C.); *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. v. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 F.C. 257 (T.D.); *McCain Produce Co. Ltd. v. The "Rea"*, [1978] 1 F.C. 686 (T.D.); *Logistec Corp. v. The "Sneland"*, [1979] 1 F.C. 497 (T.D.); *Kuhr v. The "Friedrich Busse"*, [1982] 2 F.C. 709 (T.D.); *Marlex Petroleum Inc. v. The Ship "Har Rai"*, [1984] 2 F.C. 345 (T.D.); *Thorne Riddell Inc. v. Nicolle N Enterprises Inc.*, [1985] 2 F.C. 31 (T.D.); *Imperial Oil Limited v. Ship "Expo Spirit" and Hoverwest Ferry Services Inc.* (1986), 6 F.T.R. 156 (F.C.T.D.). Some doubts have occasionally been expressed as to the validity of this view (for instance *Thorne Riddell Inc.* referred to above, *Western Stevedoring Co. v. Ship "Anadolu Guney" Cargo et al.* (1988), 23 F.T.R. 117 (F.C.T.D.), and of course the decision under attack here), but I believe that it is basically indisputable. To contend that an action *in rem* could be sustained even in the absence of any personal liability on the part of the owner would go against the whole idea behind the system which is, again, the protection of the owner. A claim against a ship cannot be viewed apart from the owner; it is essentially a claim against the owner. It may be that the terms in which the principle has been put in many decisions was somewhat too broad. This personal liability of the owner could exist, I suggest, only in relation to the vessel, that is to say only to the extent to which the proceeds of sale of the vessel may be applied to the claim; in other words, a liability to be satisfied strictly out of the *res* (see in that respect the interesting decision of the Privy Council in *Foong Tai & Co. v. Buchheister & Co.*, [1908] A.C. 458 (P.C.)). It is not a fact that there are three possibilities which have to be reckoned: the owner may have contract-

(Continued from previous page)

(ii) any other ship of which, at the time when the action is brought, the relevant person is the beneficial owner as respects all the shares in it.

D'après la plupart des décisions rendues par la Section de première instance de cette Cour depuis 1970, il faut que la participation du propriétaire dans la fourniture des approvisionnements nécessaires soit suffisamment complète et directe pour que celui-ci engage sa responsabilité personnelle. Ces décisions confirment en fait qu'une action *in rem* est possible seulement si le propriétaire a engagé personnellement sa responsabilité à l'égard de la somme réclamée. (Voir: *Westcan Stevedoring Ltd. c. Le "Armar"*, [1973] C.F. 1232 (1^{re} inst.); *Sabb Inc. c. Shipping Ltd.*, [1976] 2 C.F. 175 (1^{re} inst.); *Waterside Ocean Navigation Co., Inc. c. International Navigation Ltd.*, [1977] 2 C.F. 257 (1^{re} inst.); *McCain Produce Co. Ltd. c. Le "Rea"*, [1978] 1 C.F. 686 (1^{re} inst.); *Logistec Corp. c. Le "Sneland"*, [1979] 1 C.F. 497 (1^{re} inst.); *Kuhr c. Le "Friedrich Busse"*, [1982] 2 C.F. 709 (1^{re} inst.); *Marlex Petroleum Inc. c. Le navire "Har Rai"*, [1984] 2 C.F. 345 (1^{re} inst.); *Thorne Riddell Inc. c. Nicolle N Enterprises Inc.*, [1985] 2 C.F. 31 (1^{re} inst.); *Imperial Oil Limited c. Navire "Expo Spirit" et Hoverwest Ferry Services Inc.* (1986), 6 F.T.R. 156 (C.F. 1^{re} inst.). Le bien-fondé de ce point de vue est parfois mis en doute (par exemple dans *Thorne Riddell Inc.* précité, dans *Western Stevedoring Co. c. Navire "Anadolu Guney" Cargo et autres* (1988), 23 F.T.R. 117 (C.F. 1^{re} inst.) et, bien entendu, dans la décision dont on interjette appel en l'espèce), mais sa justesse m'apparaît indiscutable. Le fait de prétendre qu'une action *in rem* pourrait être accueillie même en l'absence de toute responsabilité personnelle du propriétaire serait contraire au principe qui sous-tend le système, c'est-à-dire la protection du propriétaire. Une réclamation contre un navire ne peut être dissociée du propriétaire de ce navire; c'est avant tout une réclamation contre le propriétaire. C'est possible que ce principe ait été énoncé en des termes trop généraux dans bon nombre de décisions. À mon sens, cette responsabilité personnelle du propriétaire ne pourrait exister qu'en rapport avec le navire, c'est-à-dire seulement dans la mesure où le produit de la vente pourrait être affecté au paiement de la réclamation. En d'autres termes, c'est une responsabilité qui se limiterait strictement à la chose (voir à cet égard la décision

(Suite de la page précédente)

(ii) tout autre navire dont la personne concernée est, au moment où l'action est intentée, la véritable propriétaire en totalité.

ed himself, or he may have authorized someone to contract on his personal credit, or he may have expressly or implicitly authorized a person, in possession and control of a ship, to contract on the credit of the ship (rather than on the entirety of his personal assets). But, I essentially agree that liability as a result of some personal behaviour and attitude on the part of the owner is required. Would that mean, though, that a judgment *in rem* cannot be rendered without being accompanied by a judgment *in personam* against the owner? If it were so, the whole notion of a distinct action *in rem* would be defeated, it seems to me, and to my knowledge no one has ever contended that such could be the case (comp. D. C. Jackson, *Enforcement of Maritime Claims*, 1985, at page 59).

It is on the basis of that understanding of our law that I have come to the conclusion that, in the circumstances of this case, the action *in rem* must be sustained in respect of all of the "post-sale invoices". It should be recalled that Jensen Marine Holdings Ltd. was created for financing purposes only; that Jorgensen, who ran Jensen Shipping, was also president of Jensen Marine Holdings Ltd.; that Jorgensen himself did not treat Jensen Shipping and Jensen Marine Holdings Ltd. as two separate entities, but on the contrary showed, by his conduct at the moment of the contracts as well as his attitude at the time of the action, that he never considered his legal authority over the ship to have changed. I have no difficulty in finding that Jensen Marine Holdings Ltd., have had, in the supplying of the services by Mount Royal, the involvement required for the validity of the action *in rem*, involvement which consisted in acting through its president in such a manner as to authorize tacitly Jensen Shipping to contract on the credit of the vessel and engage, to that extent, its personal liability. Whether or not the terms of the charterparty governing the contractual relations *inter se* between the two corporations would bear that interpretation of the situation is immaterial.

intéressante du Conseil privé dans *Foong Tai & Co. v. Buchheister & Co.*, [1908] A.C. 458 (P.C.)). N'y a-t-il pas trois possibilités dont il faut tenir compte: le propriétaire peut avoir conclu le contrat lui-même, il peut avoir autorisé quelqu'un à s'engager sur son crédit personnel ou il peut avoir autorisé expressément ou implicitement une personne qui a la possession et le contrôle du navire à tirer du crédit du navire (plutôt que de la totalité de ses biens personnels). J'admets parfaitement que le propriétaire doit avoir engagé sa responsabilité par un comportement ou une attitude quelconque. Mais faut-il en conclure qu'un tribunal ne peut rendre un jugement *in rem* contre le propriétaire sans obligatoirement prononcer un jugement *in personam*? Dans l'affirmative, il me semble que l'action *in rem* perdrait tout à fait son caractère distinct; à ma connaissance, nul n'a jamais prétendu que tel pourrait être le cas (comp. D. C. Jackson, *Enforcement of Maritime Claims*, 1985, à la page 59).

Interprétant ainsi notre droit, j'en conclus que dans les circonstances de l'espèce, il faut accueillir l'action *in rem* à l'égard de tous les comptes relatifs aux travaux postérieurs à la vente. Il convient de rappeler que Jensen Marine Holdings Ltd. a été constituée en société à des fins de financement seulement; que Jorgensen, qui dirigeait Jensen Shipping, était également président de Jensen Marine Holdings Ltd.; que Jorgensen lui-même ne considérait pas Jensen Shipping et Jensen Marine Holdings Ltd. comme deux entités distinctes, bien au contraire, car d'après sa conduite à l'époque où les contrats ont été exécutés et son attitude durant l'instance, il n'a jamais pensé que ses droits sur le navire avaient changé. Je n'ai aucune hésitation à conclure que Jensen Marine Holdings Ltd., lorsqu'elle a demandé à Mount Royal de fournir les services en question, possédait l'intérêt requis pour que l'action *in rem* soit valide, cet intérêt consistant à agir par l'intermédiaire de son président de manière à autoriser tacitement Jensen Shipping à tirer du crédit du navire et à engager, dans cette mesure, sa responsabilité personnelle. Il importe peu que les clauses de la charte-partie qui régissaient les rapports contractuels entre les deux sociétés confirment ou non cette interprétation de la situation.

In fact, I do not even believe that Jensen Marine Holdings Ltd. can now dispute such an interpretation. It is well established that necessities supplied to a vessel are *prima facie* presumed to have been supplied on the credit of the vessel and its owner. The presumption is a rebuttable one, of course, but here, not only was it not in fact rebutted, no attempt was even made to do so. It is true that the Trial Judge did not formally pronounce on the question of the personal liability of Jensen Marine Holdings Ltd. and rendered judgment *in personam* only against Jensen Shipping; but, in my view, he could not do otherwise, since, on the action as it came before him, judgment *in personam* could issue against the latter company only, and not the former which had never been personally impleaded.

In relation to that last statement of mine, I must say here the surprise I felt when I noticed, in the course of analyzing the file, that the style of cause on the appeal book (which had been prepared by counsel for the appellants) was not the same as the one appearing on the Trial Division documents, including the judgment: Jensen Marine Holdings Ltd. had been added as a party defendant. Apparently the change was explained to the registry as being based on the following passage in the judgment [at page 296]:

There remains to consider the defendant's third line of defence, that the plaintiff has no claim *in rem* against the ship because the beneficial owner of the ship at the time this action was commenced was not the beneficial owner of the ship at the time the claim arose.

Before I deal with that submission on the part of the defendant, however, I must deal with an application made by counsel for the defendant in the course of the trial to amend the statement of defence to show Jensen Shipping Limited and Jensen Marine Holdings Limited as defendants. Counsel for the defendant claimed it was his intention, when he filed his defence in July of 1985, to file it on behalf of Jensen Holdings as well as on behalf of Jensen Shipping and that he made that fact clear in paragraph 4 of the defence which pleaded the following:

4. The beneficial ownership of defendant vessel was sold by this defendant to Jensen Marine Holdings Ltd. on 24 November 1983;

Counsel for the plaintiff opposed the application to show Jensen Holdings as a defendant on the grounds that having previously identified Jensen Shipping as the owner of the vessel Jensen Shipping was precluded from later claiming that Jensen

De fait, je ne pense pas que Jensen Marine Holdings Ltd. puisse maintenant contredire une telle interprétation. Il est bien établi que les approvisionnements nécessaires fournis à un navire sont *prima facie* l'avoir été sur le crédit du navire et de son propriétaire. C'est une présomption que l'on peut réfuter mais, en l'espèce, non seulement elle ne l'a pas été, mais aucune tentative dans ce sens n'a été faite. Il est vrai que le juge de première instance ne s'est pas prononcé officiellement sur la question de la responsabilité personnelle de Jensen Marine Holdings Ltd. et a prononcé un jugement *in personam* contre Jensen Shipping seulement. Toutefois, il n'avait pas d'autre choix, selon moi, car vu l'action dont il a été saisi, le jugement *in personam* pouvait être prononcé contre Jensen Shipping seulement, Jensen Marine Holdings Ltd. n'ayant jamais été poursuivi personnellement.

À ce propos, je dois dire ici qu'en consultant le dossier, j'ai constaté avec surprise que l'intitulé de la cause dans le dossier d'appel (qui a été préparé par le procureur des appelants) n'était pas le même que celui qui figurait dans les documents de la Section de première instance, y compris dans le jugement: Jensen Marine Holdings Ltd. avait été constituée partie défenderesse. Selon l'explication qu'a reçue le greffe, cette modification résulterait de l'extrait suivant du jugement [à la page 296]:

[TRADUCTION] Il reste à examiner le troisième moyen de défense invoqué, soit que la demanderesse ne peut faire de réclamation réelle contre le navire parce que le propriétaire *in equity* du navire au moment où l'action a été intentée n'était pas le propriétaire *in equity* du navire au moment où la réclamation a pris naissance.

Avant de traiter l'argument de la défenderesse, je dois disposer d'une requête que son avocat a déposée au cours du procès pour modifier l'exposé de la défense afin que les défenderesses inscrites soient Jensen Shipping Limited et Jensen Marine Holdings Limited. Il prétend que lors du dépôt de sa défense au mois de juillet 1985, son intention était de déposer pour Jensen Holdings autant que pour Jensen Shipping et qu'il a expliqué ce point à l'alinéa 4 de la défense comme suit:

4. Le droit de propriété *in equity* du navire défendeur a été vendu par la défenderesse à Jensen Marine Holdings le 24 novembre 1983.

L'avocat de la demanderesse s'est opposé à la demande visant à faire inscrire Jensen Holdings comme défenderesse en soutenant que, puisque Jensen Shipping s'était déjà identifiée comme propriétaire du navire, elle ne pouvait pas ultérieurement décla-

Holdings was the owner. Counsel for the defendant Jensen Shipping appeared to be concerned that unless Jensen Holdings was made a party to the action he, as counsel for Jensen Shipping, might not be able to argue that Jensen Holdings was the owner.

I must confess that I did not appreciate the significance of the application by counsel for Jensen Shipping at the time nor did I appreciate the significance of the opposition to the motion by counsel for the plaintiff.

For whatever reason counsel for Jensen Shipping sometimes filed documents as solicitor for the defendant and sometimes as solicitor for the defendants. The defence itself was filed as the "statement of defence of Jensen Shipping Limited" and filed by "solicitors for the defendants". It appears that counsel was laying the grounds for claiming either that Jensen Holdings was or was not before the court depending on which submission would be most advantageous at the time it had to be made.

In view of the documents filed with the court showing the transfer of the ship from Jensen Shipping to Jensen Holdings on November 24, 1983, the fact that counsel claims he intended to act on behalf of Jensen Holdings as well as Jensen Shipping, and the fact that the owner is named as one of the defendants, I am satisfied that Jensen Holdings is a party to the action and is represented by Barry & Associates as its solicitors.

While the last words used by the Trial Judge were somewhat equivocal, it was nevertheless clear that what was meant was that the defendants were entitled to argue that the ship was owned by Jensen Marine Holdings Ltd. The phrase "the owners and all others interested in" the ship is, I repeat, merely the manner indicated by the Rules of the Court (Rule 1002) to commence an action *in rem*, which by itself can only lead to a judgment *in rem*. To implead the owner so as to obtain against him a judgment *in personam*, a plaintiff, it seems to me, has to amend, with leave, his statement of claim, specially the style of cause thereof and the prayer for relief. On the other hand, if it must be accepted, as it seems to be in England, that by raising a defence to the action *in rem* on the basis of absence of liability on his part, an owner submits himself to the jurisdiction of the Court with the result that the action continues against him as an action *in personam* as well as *in rem* (see *The Banco*, [1971] 1 Lloyd's Rep. 49 (C.A.) and *The August 8*, [1983] 2 A.C. 450 (P.C.), at page 456), it would appear to me difficult to understand that, by simply coming before the Court to reveal his ownership, without raising the issue of his personal liability, as here, an owner would automatically become a party defendant against whom judgment *in personam* must be

rer que Jensen Holdings en était la propriétaire. L'avocat de Jensen Shipping semblait craindre de ne pouvoir, en sa qualité de représentant de cette défenderesse, faire valoir que Jensen Holdings était la propriétaire du navire, si cette dernière n'était pas partie à l'action.

a Je dois avouer que je n'ai pas compris l'importance de la requête de l'avocat de Jensen Shipping à ce moment, pas plus que de l'opposition à la requête soulevée par l'avocat de la défenderesse.

b Pour je ne sais quelle raison, l'avocat de Jensen Shipping a déposé des documents tantôt comme procureur de la défenderesse, tantôt comme procureur des défenderesses. L'exposé de la défense déposé par les «procureurs des défenderesses» était intitulé «Exposé de la défense de Jensen Shipping Limited». Il semble que l'avocat préparait le terrain pour faire valoir que Jensen Holdings était ou n'était pas partie à l'action devant cette cour selon l'argument qui serait le plus favorable en temps voulu.

c Compte tenu des documents déposés devant la Cour attestant le transfert du navire de Jensen Shipping à Jensen Holdings le 24 novembre 1983, du fait que l'avocat prétend avoir voulu agir pour le compte de Jensen Holdings aussi bien que pour Jensen Shipping, et du fait que la propriétaire est désignée comme étant l'une des défenderesses, je suis convaincu que Jensen Holdings est partie à l'action et qu'elle est représentée par Barry & Associates.

d Même si les derniers mots du juge de première instance sont équivoques, il est néanmoins clair qu'il a voulu dire que les défendeurs étaient en droit de prétendre que le navire appartenait à Jensen Marine Holdings Ltd. Après tout, l'expression «aux propriétaires et à toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire» est simplement la façon prévue dans les Règles de la Cour (Règle 1002) pour intenter une action *in rem* qui, par la force des choses, ne peut aboutir qu'à un jugement *in rem*. Selon moi, celui qui veut poursuivre le propriétaire pour obtenir un jugement *in personam* doit demander la permission de modifier sa déclaration, en particulier l'intitulé de la cause et la demande de redressement. Par contre, si l'on admet, comme cela semble être le cas en Angleterre, que le propriétaire qui, ne s'estimant pas responsable, invoque un moyen de défense à l'encontre de l'action *in rem* puisse tomber sous la compétence de la Cour de sorte que l'action devient une action à la fois *in personam* et *in rem* contre lui (voir *The Banco*, [1971] 1 Lloyd's Rep. 49 (C.A.) et *The August 8*, [1983] 2 A.C. 450 (P.C.), à la page 456), j'ai de la difficulté à comprendre comment ce propriétaire, en dévoilant simplement à la Cour son titre de propriété sans soulever la question de sa responsabilité personnelle, comme c'est le cas en l'espèce, deviendrait

entered, failing which the judgment *in rem* could not stand. In any event, he who prepared the appeal book should know that a change in the style of cause requires a formal order of the Court. I repeat that, in my view, no judgment *in personam* could have been pronounced against Jensen Marine Holdings Ltd.

My conclusion therefore is that if the judgment *in rem* rendered by the Trial Judge is not sustainable with respect to the "pre-sale jobs", it is, on the contrary, well founded with respect to all of the "post-sale invoices". I would then vary the judgment *a quo* so as to limit the amount to \$145,582. I do not think an award for costs would in the circumstances be warranted.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I concur.

automatiquement une partie défenderesse à l'égard de laquelle il faudrait rendre un jugement *in personam*, à défaut de quoi aucun jugement *in rem* ne pourrait être prononcé. Quoi qu'il en soit, celui qui a préparé le dossier d'appel devrait savoir qu'il faut un ordre formel de la Cour pour modifier l'intitulé d'une cause. Je répète qu'à mon sens, aucun jugement *in personam* n'aurait pu être prononcé contre Jensen Marine Holdings Ltd.

J'en arrive donc à la conclusion que le jugement *in rem* que le juge de première instance a prononcé ne peut être accueilli à l'égard des comptes relatifs aux travaux qui ont précédé la vente, mais qu'il est bien fondé en ce qui concerne les comptes relatifs aux travaux postérieurs à la vente. Je modifierais donc le jugement de première instance de façon à ramener le montant de la réclamation à 145 582 \$. Je ne crois pas qu'il soit justifié dans les circonstances d'adjuger les dépens.

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

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

A-16-89

A-16-89

Apotex, Inc. (Appellant) (Defendant)

v.

Imperial Chemical Industries PLC and I.C.I. Pharma, Division Atkemix Inc. (Respondents) (Plaintiffs)**INDEXED AS: IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES PLC v. APOTEX, INC. (C.A.)****Court of Appeal, Heald, Mahoney and Stone J.J.A.—Ottawa, September 13 and October 24, 1989.**

Patents — Infringement — Pharmaceutical products — Appeal from grant of interlocutory injunction prohibiting sale in Canada of drug imported under interim licence prior to coming into force of legislative amendments limiting rights under compulsory licence to import medicine "in the preparation or production of which the invention has been used, if the medicine is for sale for consumption in Canada" — Whether interpretation of Patent Act, s. 39.11(1)(a) serious issue to be tried — Appeal allowed — Irreparable harm not shown as plaintiffs adequately compensated by award of damages.

Injunctions — Appeal from grant of interlocutory injunction for infringement of pharmaceutical patent — Whether construction of Patent Act, s. 39.11(1)(a) serious issue to be tried — No irreparable harm as plaintiffs adequately compensated by award of damages.

This was an appeal from the grant of an interlocutory injunction preventing Apotex Inc. from importing for sale for consumption in Canada the drug atenolol, which was the subject of a patent belonging to the respondent, Imperial Chemical Industries PLC. Apotex imported into Canada 1,050 kg of atenolol under an interim licence prior to the coming into force of amendments to the *Patent Act* (December 7, 1987), which prohibited the exercise of rights under a compulsory licence "to import the medicine in the preparation or production of which the invention has been used, if the medicine is for sale for consumption in Canada". A compulsory licence and notice of compliance were issued to Apotex shortly thereafter. The issues were whether the Trial Judge erred in finding that there was a serious issue to be tried, irreparable harm not compensable in damages, and that the balance of convenience favoured the respondents.

Held, the appeal should be allowed. The interlocutory injunction should be varied to exclude from its application the use and sale of the atenolol imported before December 7, 1987.

Per Heald J.A.: This application contained both "conflicts of evidence on affidavit" and "difficult questions of law". There

Apotex, Inc. (appelante) (défenderesse)

c.

a* Imperial Chemical Industries PLC et I.C.I. Pharma, Division Atkemix Inc. (intimées) (demandereses)**b* RÉPERTORIÉ: IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES PLC c. APOTEX, INC. (C.A.)****Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Stone, J.C.A.—Ottawa, 13 septembre et 24 octobre 1989.**

c *Brevets — Contrefaçon — Produits pharmaceutiques — Appel formé contre une injonction interlocutoire interdisant la vente au Canada de médicaments importés, aux termes d'une licence temporaire, avant l'entrée en vigueur de modifications législatives interdisant de se prévaloir d'une licence obligatoire pour exercer le droit d'importer «pour vente au Canada le médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée» — L'interprétation de l'art. 39.11(1)a de la Loi sur les brevets est-elle une question sérieuse à trancher? — Il est fait droit à l'appel — Les demandereses n'ont pas établi qu'elles subiront un préjudice irréparable puisqu'elles pourraient obtenir des dommages-intérêts les indemnisant adéquatement.*

d *Injunctions — Appel interjeté d'une injonction interlocutoire interdisant la contrefaçon d'un brevet relatif à un produit pharmaceutique — Il s'agit de savoir si l'interprétation de l'art. 39.11(1)a de la Loi sur les brevets est une question sérieuse à trancher — Les demandereses ne subiront pas de préjudice irréparable car elles pourraient obtenir des dommages-intérêts les indemnisant adéquatement.*

f Appel a été interjeté de l'injonction interlocutoire empêchant Apotex Inc. d'importer pour vente au Canada le médicament Atenolol, qui faisait l'objet d'un brevet appartenant à l'intimée, Imperial Chemical Industries PLC. Apotex a importé au Canada 1 050 kilos d'Aténolol, aux termes d'une licence temporaire, avant l'entrée en vigueur de modifications apportées à la *Loi sur les brevets* (le 7 décembre 1987), et tendant à interdire de se prévaloir d'une licence obligatoire pour exercer le droit «d'importer pour vente au Canada le médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée». Peu après, une licence obligatoire et un avis de conformité ont été délivrés à Apotex. Trois questions se posaient en appel: le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant qu'il y avait une question sérieuse à trancher, qu'il y aurait un préjudice irréparable à l'égard duquel des dommages-intérêts ne sauraient constituer une indemnisation, et que la balance des inconvénients penchait en faveur des intimées?

h *Arrêt*: il devrait être fait droit à l'appel. Il y aurait lieu de modifier l'injonction interlocutoire afin d'exclure de son application l'utilisation et la vente de l'Aténolol importé au Canada avant le 7 décembre 1987.

j Le juge Heald, J.C.A.: Cette demande exigeait l'examen tant des «contradictions de la preuve soumise par affidavit» que

was a serious issue to be tried, as indicated by the disagreement between the Trial and Appeal Judges as to the proper interpretation of paragraph 39.11(1)(a) and the considerable time which the parties themselves devoted to the matter. However, the respondents did not establish that they would suffer irreparable harm as they could be adequately compensated by an award of damages. The Trial Judge found that although lost sales to the plaintiffs due to the injunction were quantifiable and compensable in damages, the loss of market position allowing it to establish reputation and goodwill in the market place was not compensable in damages. He concluded that the plaintiffs might well suffer irreparable harm. The evidence as to irreparable harm was not clear and likely accounts for the Trial Judge's use of such a speculative expression. The appellant agreed to keep an accounting of all sales of its atenolol and there was no suggestion that the appellant would not be financially able to pay any damages awarded.

Per Mahoney J.A.: The Trial Judge erred in his interpretation of paragraph 39.11(1)(a), which is not ambiguous. It prohibits only importation. It has no retrospective application to importations prior to it coming into force and it does not prohibit the exercise of rights under a compulsory licence. The construction of paragraph 39.11(1)(a) as it applied to the facts did not present a difficult question of law. Since there was no serious issue to be tried, it was unnecessary to address other considerations, such as irreparable harm and balance of convenience.

Per Stone J.A.: In their *American Cyanamid* decision, the House of Lords intended to shift the emphasis from the threshold test — a (strong) *prima facie* case — to a search for the balance of convenience. While there were still interlocutory injunction applications which could fail at the threshold as untenable on the basis of statutory construction, this was not one such case. In any event, the issue here was not merely one of construction in that certain of the facts were not agreed upon. The trial judge will be better able to interpret the statute having heard the evidence and submissions.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.).
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 39, 39.11 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 15).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc., [1989] 2

d'«épineuses questions de droit». Il y avait une question sérieuse à trancher, comme en font foi le désaccord entre le juge de première instance et les juges d'appel à propos de l'interprétation qu'il convient de donner à l'alinéa 39.11(1)a), et le fait que les parties ont longuement débattu cette question. Toutefois, les intimées n'ont pas établi qu'elles subiraient un préjudice irréparable car les dommages-intérêts qu'elles pourraient obtenir les indemniserait adéquatement. Le juge de première instance a conclu que, bien qu'il soit possible de chiffrer et de compenser au moyen de dommages-intérêts les ventes perdues par les demanderesse à cause de l'injonction, il n'était pas possible de compenser au moyen de dommages-intérêts la perte de la position commerciale des demanderesse, qui leur permettrait d'établir leur réputation et de s'assurer une clientèle sur le marché. Il a conclu que les demanderesse pourraient subir un préjudice irréparable. La preuve du préjudice irréparable n'était pas claire et c'est vraisemblablement pourquoi le juge de première instance n'a voulu exprimer qu'une simple supposition. L'appelante s'était engagée à tenir une comptabilité de toutes les ventes de son Atenolol et il n'était pas allégué que l'appelante n'aurait pas les moyens de payer les dommages-intérêts accordés.

Le juge Mahoney, J.C.A.: Le juge de première instance a mal interprété l'alinéa 39.11(1)a), lequel n'est pas ambigu. Il n'interdit que l'importation. Il n'a pas d'effet rétroactif à l'égard des médicaments importés avant son entrée en vigueur et il n'interdit pas de se prévaloir d'une licence obligatoire pour exercer des droits. L'interprétation de l'alinéa 39.11(1)a), dans l'optique de son application aux faits, ne posait aucune question de droit épineuse. Comme il n'y avait pas de question sérieuse à trancher, il n'était pas nécessaire de considérer d'autres facteurs, tels le préjudice irréparable et la balance des inconvénients.

Le juge Stone, J.C.A.: Dans l'arrêt *American Cyanamid*, la Chambre des lords avait l'intention de mettre l'accent sur la balance des inconvénients plutôt que sur le critère préliminaire — une (forte) apparence de droit. Certes, des demandes d'injonction interlocutoire pouvaient être rejetées faute de satisfaire au critère préliminaire, parce qu'elles étaient indéfendables à la lumière de l'interprétation du texte de loi, mais l'espèce n'appartenait pas à cette catégorie. De toute façon, la question de l'interprétation n'était pas la seule en litige puisque certains des faits étaient contestés. Le juge du procès sera plus en mesure d'interpréter la loi, ayant entendu les témoignages et les plaidoiries.

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, chap. 11 (R.-U.).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 39, 39.11 (édicte par L.R.C. (1985) (3^e Suppl.), chap. 33, art. 15).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc., [1989] 2

F.C. 451; 24 C.P.R. (3d) 1 (C.A.); *American Cyanamid Co. v Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.).

REVERSED:

Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex Inc., [1989] 2 F.C. 608; 23 C.P.R. (3d) 1 (T.D.).

REFERRED TO:

Cutter Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et al. (1980), 47 C.P.R. (2d) 53 (F.C.A.); *Smith v Inner London Education Authority*, [1978] 1 All ER 411 (C.A.); *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1983] 1 A.C. 191 (H.L.); *Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board*, [1984] A.C. 130 (H.L.).

COUNSEL:

Malcolm Johnston, Q.C. and *Harry B. Radomski* for appellant (defendant).
James D. Kokonis, Q.C. and *Gunars Gaikis* for respondents (plaintiffs).

SOLICITORS:

Malcolm Johnston & Associates, Toronto, for appellant (defendant).
Smart & Biggar, Ottawa, for respondents (plaintiffs).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HEALD J.A.: I have had an opportunity to consider the reasons for judgment in draft form prepared by my brother, Mahoney J.A. herein. I agree with him that the appeal should be allowed with costs and that the interlocutory injunction granted on January 12, 1989 [[1989] 2 F.C. 608; 23 C.P.R. (3d) 1], should be varied to exclude from its application the use and sale of the 1,050 kg of atenolol imported into Canada before December 7, 1987. However, since I reach this conclusion on different grounds than those relied upon by Mr. Justice Mahoney, I would like to explain the basis upon which I would allow the appeal.

The relevant facts are sufficiently and accurately summarized in the reasons of Mr. Justice Mahoney. The main issue argued on the appeal was whether the learned Motions Judge erred in granting an interlocutory injunction and, in so doing, finding that the respondents had:

C.F. 451; 24 C.P.R. (3d) 1 (C.A.); *American Cyanamid Co. v Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.).

DÉCISION INFIRMÉE:

Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex Inc., [1989] 2 C.F. 608; 23 C.P.R. (3d) 1 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Cutter Ltd. c. Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et autres (1980), 47 C.P.R. (2d) 53 (C.A.F.); *Smith v Inner London Education Authority*, [1978] 1 All ER 411 (C.A.); *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1983] 1 A.C. 191 (H.L.); *Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board*, [1984] A.C. 130 (H.L.).

AVOCATS:

Malcolm Johnston, c.r. et *Harry B. Radomski* pour l'appelante (défenderesse).
James D. Kokonis, c.r. et *Gunars Gaikis* pour les intimées (demanderesses).

PROCUREURS:

Malcolm Johnston & Associates, Toronto, pour l'appelante (défenderesse).
Smart & Biggar, Ottawa, pour les intimées (demanderesses).

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

LE JUGE HEALD, J.C.A.: J'ai eu l'occasion de lire à l'état d'ébauche les motifs du jugement de mon collègue, le juge Mahoney, J.C.A., dans le présent appel. Comme lui, je conclus qu'il devrait être fait droit à l'appel avec dépens et qu'il y aurait lieu de modifier l'injonction interlocutoire décernée le 12 janvier 1989 [[1989] 2 C.F. 608; 23 C.P.R. (3d) 1] afin d'exclure de son application l'utilisation et la vente des 1 050 kilos d'Aténolol importés au Canada avant le 7 décembre 1987. Néanmoins, comme ma conclusion est fondée sur des motifs différents de ceux du juge Mahoney, j'aimerais expliquer les raisons pour lesquelles je ferais droit à l'appel.

Le juge Mahoney a donné dans ses motifs un résumé exact et suffisant des faits pertinents. La principale question soulevée en appel consistait à savoir si le juge saisi de la requête a commis une erreur en décernant l'injonction interlocutoire et en concluant, pour ce faire, que les intimées avaient accompli ce qui suit:

- (i) met the threshold test as to the strength of their case;
- (ii) demonstrated irreparable harm not compensable in damages; and
- (iii) demonstrated that the balance of convenience favoured the respondents rather than the appellant.¹

It was the view of my brother, Mahoney J.A. [at page 14] that the only issue in the appeal was

... whether Apotex is entitled under the compulsory licence issued February 15, 1988, to use and sell in Canada the 1,050 kg of atenolol imported under the interim licence before December 7, 1987.

He went on to explain that the proper determination of this issue depends upon the construction to be put on paragraphs 39.11(1)(a) and (2)(b) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 15]. Those paragraphs read as follows:

39.11 (1) Subject to this section but notwithstanding anything in section 39 or in any licence granted under that section, no person shall under a licence granted under that section in respect of a patent for an invention pertaining to a medicine, regardless of when the licence was granted, have or exercise any right,

(a) where the invention is a process, to import the medicine in the preparation or production of which the invention has been used, if the medicine is for sale for consumption in Canada; or

(2) The prohibition under subsection (1) expires in respect of a medicine

(b) eight years after the date of the notice of compliance that is first issued in respect of the medicine, where, on June 27, 1986, the notice of compliance has been so issued and neither a licence under section 39 has been granted in respect of the medicine nor a notice of compliance has been issued in respect of the medicine to a person other than the patentee; and

¹ The appellant advised the Court that it would not be raising in the appeal the constitutional validity of the amendments to the *Patent Act* or the matter of infringement 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.)] or the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III]. These were matters which were raised *in extenso* in the Appellant's Memorandum of Fact and Law. The memorandum also raised the question as to the jurisdiction of this Court to adjudicate the *lis* at bar. This matter was not raised in oral argument by counsel for the appellant.

- (i) satisfaire au critère préliminaire concernant le bien-fondé de la cause;
- (ii) faire la preuve d'un préjudice irréparable à l'égard duquel des dommages-intérêts ne sauraient constituer une indemnisation;
- (iii) démontrer que la balance des inconvénients penche en faveur des intimées plutôt que de l'appelante¹.

De l'avis de mon collègue Mahoney, J.C.A. [à la page 14], la seule question à trancher en appel était

... à savoir si Apotex a le droit, conformément à la licence obligatoire délivrée le 15 février 1988, d'utiliser et de vendre au Canada les 1 050 kilos d'Aténolol qu'elle a importés, en exécution de la licence temporaire, avant le 7 décembre 1987.

Puis, il a expliqué que la réponse à cette question reposait sur l'interprétation à donner aux alinéas 39.11(1)a) et (2)b) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), chap. P-4 [éditée par L.R.C. (1985) (3^e Suppl.), chap. 33, art. 15], qui sont ainsi conçus:

39.11 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article et par dérogation à l'article 39 ou à toute licence délivrée sous son régime, il est interdit de se prévaloir d'une licence, peu importe la date de délivrance, accordée sous son régime relativement à un brevet portant sur une invention liée à un médicament pour revendiquer ou exercer le droit, si l'invention est un procédé, d'importer pour vente au Canada le médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée ...

(2) L'interdiction est levée à l'expiration des délais suivants:

b) huit ans après la délivrance du premier avis de conformité si, au 27 juin 1986, l'avis était délivré et si aucune licence n'a été accordée pour le médicament et aucun avis de conformité n'a été délivré à une personne autre que le breveté;

¹ L'appelante a informé la Cour qu'elle ne contesterait pas en appel la constitutionnalité des modifications apportées à la *Loi sur les brevets* et qu'elle ne soulèverait pas la question de la violation 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, chap. 11 (R.-U.)] ou de la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III]. L'appelante a consacré à ces questions de larges pans de son exposé des faits et du droit. Cet exposé mettait aussi en doute la compétence de cette Cour pour juger le litige. Or l'avocat de l'appelante n'en a pas traité dans sa plaidoirie orale.

The learned Motions Judge expressed the view (at pages 625 F.C.; 15 C.P.R.) that the effect of paragraph 39.11(1)(a) was to preclude the sale for consumption in Canada of medicine made from imported drugs whenever such importation took place. My brother, Mahoney J.A. disagreed [at page 15] with this interpretation. In his view that paragraph:

... is not open to the interpretation the learned Trial Judge has given it. The provision prohibits the exercise of rights under a compulsory licence "to import the medicine in the preparation or production of which the invention has been used, if the medicine is for sale for consumption in Canada". It prohibits only importation. It has no retrospective application to importations prior to it coming into force and it does not prohibit the exercise of rights under a compulsory licence other than the right to import.

Accordingly, and relying on this Court's judgment in *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451; 24 C.P.R. (3d) 1, Mr. Justice Mahoney held that the other considerations to be taken into account (such as irreparable harm and balance of convenience) in deciding whether or not to issue an interlocutory injunction are only relevant in cases where there is a serious issue to be tried. Since, in his opinion, there was no serious issue to be tried in this case, it was not necessary to address those other issues.

With deference, I do not share the view expressed by my brother Mahoney J.A. that there is not a serious issue to be tried in the circumstances of the case at bar.² All that is required at this juncture, is that the Court be satisfied that: "the claim is not frivolous or vexatious; in other words, that there is a serious question to be tried."³ I agree particularly with the statement by Lord Diplock (page 407) that:

It is no part of the court's function at this stage of the litigation to try to resolve conflicts of evidence on affidavit as to facts on which the claims of either party may ultimately depend nor to decide difficult questions of law which call for detailed argument and mature considerations. These are matters to be dealt with at the trial.

² In the *Turbo Resources* decision, this Court held that, generally speaking, the threshold test established by Lord Diplock in *American Cyanamid Co. v Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.), was the appropriate test.

³ Per Lord Diplock in *American Cyanamid*, at p. 407.

Le juge qui a entendu la requête s'est dit d'avis (aux pages 625 C.F.; 15 C.P.R.) que l'alinéa 39.11(1)(a) a pour effet d'interdire la vente à la consommation au Canada de médicaments fabriqués à partir de médicaments importés, peu importe la date de leur importation. Mon collègue le juge Mahoney, J.C.A. ne souscrit pas [à la page 15] à cette interprétation. Selon lui, cet alinéa:

... ne se prête pas à l'interprétation que le juge de première instance lui a donnée. Cette disposition interdit de se prévaloir d'une licence pour exercer le droit «d'importer pour vente au Canada le médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée». Elle n'interdit que l'importation. Elle n'a pas d'effet rétroactif à l'égard des médicaments importés avant son entrée en vigueur et elle n'interdit pas de se prévaloir d'une licence obligatoire pour exercer d'autres droits que celui d'importer des médicaments.

Par voie de conséquence, le juge Mahoney a décidé, en s'appuyant sur le jugement de cette Cour dans *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451; 24 C.P.R. (3d) 1, que les autres facteurs qu'il faut considérer (tels le préjudice irréparable et la balance des inconvénients) pour statuer sur l'opportunité de décerner une injonction interlocutoire ne sont pertinents que lorsqu'il y a une question sérieuse à trancher. Puisque d'après lui, il n'y avait pas de question sérieuse à trancher en l'espèce, il n'était pas nécessaire d'étudier ces autres questions.

Je ne saurais souscrire à l'opinion émise par mon collègue le juge Mahoney, J.C.A., selon qui il n'y a pas de question sérieuse à trancher en l'espèce, étant donné les circonstances². Il suffit à cette étape, que la Cour soit convaincue que «la demande n'est ni futile ni vexatoire ou, en d'autres termes, que la question à trancher est sérieuse»³. Je souscris en particulier à l'affirmation suivante de lord Diplock (à la page 407):

[TRADUCTION] La cour n'a pas, en cet état de la cause, à essayer de résoudre les contradictions de la preuve soumise par affidavit, quant aux faits sur lesquels les réclamations de chaque partie peuvent ultimement reposer, ni à trancher les épineuses questions de droit qui nécessitent des plaidoiries plus poussées et un examen plus approfondi. C'est au procès qu'il faut trancher ces questions.

² Dans la décision *Turbo Resources*, cette Cour a dit qu'en général, le critère approprié était le critère préliminaire énoncé par lord Diplock dans *American Cyanamid Co. v Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.).

³ Lord Diplock dans *American Cyanamid*, à la p. 407.

In my view, this application for interlocutory injunctive relief contains both “conflicts of evidence on affidavit” and “difficult questions of law”. It is noted that, based on the memoranda of fact and law filed by the parties on this appeal, there are conflicts on the affidavit evidence as between the parties. I say this because portions of the Laskin affidavit and the cross-examination thereon and the undertakings given thereunder, as well as portions of the Sherman affidavit, have been put in issue (see, paragraphs 14, 15, 16, 19, 21 and 26 of the appellant’s memorandum of fact and law, which were not admitted by the respondents.) Furthermore, I think the application raises “difficult questions of law” as well. The learned Motions Judge put the argument advanced on behalf of the respondents clearly and succinctly as follows at pages 625 F.C.; 15 C.P.R. of his reasons:

It is impossible, having regard to the clear language and intent of the legislation to read the words “import” and “sale” disjunctively [*sic*] as suggested by the defendant. My reading of the legislation leads me to suspect that the defendant may continue to import Atenolol and to enlarge its inventory of the medicine if it so desires. But it may not, until 1991, offer the medicine for sale for consumption in Canada because of the limited monopoly the plaintiffs enjoy as a result of the amendments to s. 41.11 of the *Patent Act* (now R.S.C., 1985, c. P-4, s. 39.11).

On the other hand, my brother Mahoney J.A. in the portion of his reasons quoted *supra*, reaches the opposite conclusion. At the hearing of the appeal, the appellant devoted some eight paragraphs of its memorandum to the interpretation of this particular section. The respondents replied with equally detailed submissions. This problem of statutory interpretation occupied considerable time at the hearing of the appeal as well. In my view, the matter is fairly arguable and, accordingly, I refrain from expressing any concluded view thereon. For these reasons, I have no difficulty in concluding that the serious issue threshold test has been met in the circumstances of this case.

My brother Stone J.A. in the *Turbo Resources* case has accurately depicted the situation after the threshold test has been satisfied. At pages 467 F.C.; 14 C.P.R. he said:

À mon sens, cette demande d’injonction interlocutoire exige l’examen tant des «contradictions de la preuve soumise par affidavit» que d’«épineuses questions de droit». La Cour remarque que la preuve par affidavit soumise par les parties comporte des contradictions qui ressortent de l’exposé des faits et du droit produit par les parties dans cet appel. Je dis cela parce que des parties de l’affidavit de Laskin, de son contre-interrogatoire à ce sujet et des engagements pris dans ce contexte, ainsi que des parties de l’affidavit de Sherman, ont été contestées (voir les paragraphes 14, 15, 16, 19, 21 et 26 de l’exposé des faits et du droit de l’appelante, que les intimées n’ont pas admis). Par surcroît, je pense que la demande soulève aussi d’«épineuses questions de droit». Le juge saisi de la requête a formulé avec clarté et concision l’argument avancé par les intimées, aux pages 625 C.F.; 15 C.P.R. de ses motifs:

Vu la clarté de la lettre et de l’esprit du texte de loi, il est impossible de séparer les deux mots «importer» et «vente» comme le suggère la défenderesse. On pourrait conclure de ce texte que la défenderesse peut continuer à importer de l’Aténolol et à accroître son stock de ce médicament si elle le souhaite. Mais d’ici à 1991, elle ne peut pas mettre ce médicament en vente à la consommation au Canada, étant donné le monopole limité dont jouissent les demandereses en application des modifications apportées à l’article 41.11 de la Loi (maintenant L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 39.11).

En revanche, mon collègue Mahoney, J.C.A. en arrive à la conclusion contraire, dans la partie de ses motifs précitée. Lors de l’audition de l’appel, l’appelante a consacré quelque huit paragraphes de son exposé à l’interprétation de cette disposition. Les intimées y ont répondu par un exposé tout aussi détaillé. Ce problème d’interprétation de la Loi a en outre été longuement débattu lors de l’audition de l’appel. Selon moi, il est tout à fait possible de défendre l’un ou l’autre parti et, par conséquent, je m’abstiens de me prononcer là-dessus. Pour ces raisons, je n’ai aucune difficulté à conclure que vu les circonstances de la présente affaire, il a été satisfait au critère préliminaire de la question sérieuse.

Dans la décision *Turbo Resources*, mon collègue le juge Stone, J.C.A. a bien caractérisé l’état de la cause une fois qu’il a été satisfait au critère préliminaire. Aux pages 467 F.C.; 14 C.P.R., il dit ce qui suit:

Satisfying the threshold test of "a serious question to be tried" does no more, so to speak, than unlatch the door to a plaintiff; it neither opens it nor, less still, permits him to pass on through.

After proceeding to quote what Lord Diplock had to say about the other factors which have to be weighed in the event a Trial Judge concludes that there exists a serious question to be tried in the sense that it was neither frivolous, nor vexatious, Mr. Justice Stone proceeds to analyze the main features of the factors discussed by Lord Diplock in *American Cyanamid*. His analysis reads as follows (pages 473-474 F.C.; 19-20 C.P.R.):

- (a) Where a plaintiff's recoverable damages resulting in the continuance of the defendant's activities pending trial would be an adequate remedy that the defendant would be financially able to pay, an interlocutory injunction should not normally be granted;
- (b) where such damages would not provide the plaintiff an adequate remedy but damages (recoverable under the plaintiff's undertaking) would provide the defendant with such remedy for the restriction of his activities, there would be no ground for refusing an interlocutory injunction;
- (c) where doubt exists as to the adequacy of these remedies in damages available to either party, regard should be had to where the balance of convenience lies;
- (d) where other factors appear to be evenly balanced, it is prudent to take such measures as will preserve the *status quo*;
- (e) where the evidence on the application is such as to show one party's case to be disproportionately stronger than the others, this factor may be permitted to tip the balance of convenience in that party's favour provided the uncompensatable disadvantage to each party would not differ widely;
- (g) (*sic*) other unspecified special factors may possibly be considered in the particular circumstances of individual cases.

In my view, having regard to all the relevant circumstances in the instant case, the respondents have not established that they will suffer irreparable harm. I think the record herein shows that the respondents can be adequately compensated by an award of damages for any recoverable loss sustained because the appellants offered for sale for consumption in Canada the 1,050 kg's of atenolol imported under the interim licence prior to December 7, 1987. The learned Motions Judge addressed the issue of irreparable harm as follows (at pages 631-632 F.C.; 20-21 C.P.R.):

Le fait pour un demandeur de satisfaire au critère de la «question sérieuse à trancher» a pour seul effet de déloqueter la porte du redressement à recherché; il ne lui ouvre pas cette porte et ne lui permet surtout pas d'en franchir le seuil.

^a Après avoir cité les paroles de lord Diplock au sujet des autres facteurs que doit apprécier le juge de première instance une fois qu'il a conclu qu'il y a une question sérieuse à trancher, en ce sens qu'elle n'est ni futile ni vexatoire, le juge Stone ^b analyse les éléments principaux des facteurs discutés par lord Diplock dans *American Cyanamid*. Voici l'analyse qu'il en fait (aux pages 473-474 C.F.; 19 et 20 C.P.R.):

- ^c a) lorsque les dommages-intérêts que le demandeur pourrait obtenir à l'égard de la poursuite par le défendeur de ses activités pendant l'instance indemniserait adéquatement le demandeur et seraient à la mesure des moyens financiers du défendeur, l'injonction interlocutoire ne devrait normalement pas être accordée;
- ^d b) lorsque de tels dommages-intérêts n'indemniserait pas le demandeur adéquatement mais que des dommages-intérêts (recouvrables en vertu de l'engagement du demandeur) suffiraient à compenser le préjudice subi par le défendeur à la suite de la limitation de ses activités, il n'existerait aucun motif justifiant le refus d'une injonction interlocutoire;
- ^e c) lorsqu'il est douteux que le redressement en dommages-intérêts pouvant s'offrir à l'une ou à l'autre partie soit adéquat, il doit être tenu compte de la répartition des inconvénients;
- ^f d) lorsque les autres facteurs en jeu tendent à s'équilibrer, il est prudent de prendre des mesures qui préserveront le *statu quo*;
- ^g e) lorsque les éléments de preuve présentés avec la requête font apparaître la cause d'une partie comme beaucoup plus forte que celle de l'autre, la répartition des inconvénients pourra être considérée comme favorisant cette première partie pourvu que les préjudices irréparables subis par les parties respectivement ne soient pas très disproportionnés;
- g) (*sic*) d'autres facteurs particuliers qui ne sont pas précisés peuvent être considérés dans les circonstances particulières des différentes espèces.

^h À mon avis, eu égard à toutes les circonstances pertinentes de cette affaire, les intimées n'ont pas établi qu'elles subiront un préjudice irréparable. Je pense que le dossier montre, en l'espèce, que les dommages-intérêts que les intimées pourraient ⁱ obtenir les indemniserait adéquatement de toutes les pertes recouvrables qu'elles subiraient du fait que les appelantes ont mis en vente à la consommation au Canada les 1 050 kilos d'Aténolol importés, en application de la licence provisoire, avant le 7 décembre 1987. Voici le passage dans lequel le juge saisi de la requête étudie la question du préjudice irréparable (aux pages 631-632 C.F.; 20 et 21 C.P.R.):

In the case at bar, the sales of Atenolol represent the plaintiff ICI Pharma's source of income. Allowing the defendant to exercise its right under the compulsory licence will diminish these sales by as much as fifty percent. Although those lost sales may be quantifiable and compensable in damages, what cannot be compensated is the plaintiffs' loss of market position which will allow it to establish its reputation and goodwill in the market place. It is my view that the plaintiffs might well suffer irreparable harm if the defendant is permitted to commence selling Atenolol in the Canadian market. [Emphasis added.]

It is thus clear that the learned Motions Judge made two findings in respect of this issue:

(a) any lost sales to the plaintiffs due to the injunction are quantifiable and compensable in damages; and

(b) the plaintiffs' loss of market position allowing it to establish reputation and goodwill in the market place is not compensable in damages and, as a consequence, the plaintiffs might well suffer irreparable harm.

It is my opinion that since the Motions Judge found that damages due to lost sales were quantifiable and compensable, there remained to be considered only the matter of loss of market position. The learned Motions Judge did not make a specific finding that the plaintiffs would suffer irreparable harm because of loss of its market position. He used the tentative expression "might well". The jurisprudence in this Court establishes that the evidence as to irreparable harm must be clear and not speculative.⁴ In my view, the evidence before the learned Motions Judge does not satisfy this test and this likely accounts for the Motions Judge's use of such a speculative expression. It is not disputed that the price charged by the appellant for its atenolol was 21% to 25% lower than the price charged by the respondents for the atenolol sold by them. According to the affidavit of Mr. Sherman, the President and Operations Manager of the appellant, the appellant made a commitment to the various provincial Ministries of Health to supply its atenolol at prices lower than the prices charged by the respondents for their atenolol.

⁴ Compare *Cutter Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et al.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 53, at p. 57 per Thurlow C.J.

En l'espèce, les ventes d'Aténolol représentent pour la demanderesse ICI Pharma une source de revenu. Autoriser la défenderesse à exercer le droit qu'elle tient de la licence obligatoire pourrait réduire ces ventes de moitié. Bien que ce manque à gagner puisse être chiffré et indemnisé au moyen de dommages-intérêts, ce qui ne peut être indemnisé est la perte de la position commerciale des demanderesse, laquelle position leur permettra d'établir leur réputation et de s'assurer une clientèle sur le marché. J'estime que les demanderesse pourraient subir un préjudice irréparable si l'on permettait à la défenderesse de commencer à vendre l'Aténolol au Canada. [Non souligné dans le texte original.]

De toute évidence, le juge saisi de la requête a tiré deux conclusions relativement à cette question:

a) il est possible de chiffrer et de compenser au moyen de dommages-intérêts les ventes perdues par les demanderesse à cause de l'injonction;

b) il n'est pas possible de compenser au moyen de dommages-intérêts la perte de la position commerciale des demanderesse, qui leur permettrait d'établir leur réputation et de s'assurer une clientèle sur le marché, et, en conséquence, les demanderesse pourraient subir un préjudice irréparable.

Puisque le juge saisi de la requête a conclu qu'il était possible de chiffrer et de compenser les ventes perdues, il ne reste à statuer que sur la question de la perte de la position commerciale. Le juge saisi de la requête n'a pas conclu expressément que les demanderesse subiraient un préjudice irréparable à cause de la perte de leur position commerciale. Il s'est contenté d'exprimer une possibilité par le mot «pourraient». Il ressort de la jurisprudence de cette Cour que la preuve du préjudice irréparable doit être claire et ne pas tenir de la conjecture⁴. À mon avis, la preuve soumise au juge saisi de la requête ne satisfait pas à ce critère et c'est vraisemblablement pourquoi celui-ci n'a voulu exprimer qu'une simple supposition. Un fait n'est pas contesté: le prix demandé par l'appelante pour son Atenolol était de 21% à 25% moins élevé que celui demandé par les intimées pour l'Aténolol qu'elles vendaient. Suivant l'affidavit de M. Sherman, président et directeur de l'exploitation de la société appelante, celle-ci a pris envers les divers ministères provinciaux de la Santé l'engagement de fournir son Atenolol à des prix moins élevés que ceux

⁴ Cf. *Cutter Ltd. c. Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et autres* (1980), 47 C.P.R. (2d) 53, à la p. 57, le juge en chef Thurlow.

lol. Thus, in the opinion of Mr. Sherman, if the appellant is unable to supply the provincial Ministries, there will be enormous increased cost to those Ministries in the administration of drug benefit programs which will result in increased cost to the consuming public as well as inconvenience to the pharmacists involved. In so far as the mathematical evidence is concerned, it does not assist the respondents either. Far from demonstrating irreparable harm to the respondents, it merely demonstrates a loss of sales somewhere in the realm of some 16% based on the respondent's reported sales in 1988 and their projected sales in 1989. In any event, such losses are calculable and thus compensable by an award of damages.

I referred earlier to the *Cutter* case. In that case, Chief Justice Thurlow (as he then was) said (pages 55 and 56):

In this Court the grant of an interlocutory injunction in a patent infringement action is not a common occurrence in most instances, the result of an application for an interlocutory injunction, where infringement and validity are in issue, is that the defendant gives a satisfactory undertaking to keep an account and upon that being done the application is dismissed with costs in the cause. The same practice has been followed in industrial design actions and was the ultimate result of the application in *Lido Industrial Products Ltd. v. Melnor Mfg. Ltd. et al.* (1968), 55 C.P.R. 171, 69 D.L.R. (2d) 256, [1968] S.C.R. 769. The principal reason for this practice is, in my opinion, the fact that in most instances the nature of the patent rights involved is such that damages (provided there is some reasonably accurate way of measuring them) will be an adequate remedy for such infringement of the rights as may occur pending the trial and because when the matter turns on the balance of convenience if the defendant undertakes to keep an account and there is no reason to believe that he will be unable to pay such damages as may be awarded, the balance will generally be in favour of refusing the injunction. It is always necessary to bear in mind that the damages that can be caused to a defendant in being restrained, for a period that may run into several years, from doing what, if he succeeds, he was, but for the injunction, entitled to do in the meantime, may have consequences that are as serious for him as any that his infringement, if he does not succeed, may have for the patentee.

In my view, those comments are particularly apposite to the case at bar. It is noted that Mr. Sherman gave an undertaking on behalf of the appellant "to keep an accounting of all sales of its Apo-Atenolol tablets up to and until any judgment

demandés par les intimées pour le leur. Par conséquent, de l'avis de M. Sherman, si l'appelante n'est pas en mesure de fournir ce produit aux ministères provinciaux, ceux-ci devront supporter une hausse extraordinaire des frais d'application des programmes de médicaments, qui se répercutera sur le prix payé par les consommateurs et causera des désagréments aux pharmaciens. Les calculs versés en preuve ne sont pas non plus à l'avantage des intimées. Loin de démontrer que les intimées subissent un préjudice irréparable, ils font simplement état d'un manque à gagner atteignant environ 16 %, d'après le chiffre d'affaires des intimées en 1988 et leur chiffre d'affaires projeté en 1989. De toute façon, il est possible de chiffrer ces pertes et donc de les compenser au moyen de dommages-intérêts.

Je me suis reporté plus tôt à la décision *Cutter*. Dans cette affaire, le juge en chef Thurlow (tel était alors son titre) a dit ce qui suit (aux pages 55 et 56):

Il est rare que dans une action en contrefaçon de brevet la Cour de céans décerne une injonction interlocutoire. Dans la plupart des cas, une requête en injonction interlocutoire introduite dans le cours d'une action en contrefaçon de brevet ou en contestation de validité, a pour effet d'amener le défendeur à s'engager à tenir une comptabilité à la satisfaction du demandeur, ce qui entraîne le rejet de la requête avec dépens réservés. C'est ce qui a été observé dans les actions en contrefaçon de dessin industriel et qui a été la suite donnée à la requête introduite dans l'affaire *Lido Industrial Products Ltd. c. Melnor Mfg. Ltd. et al.* (1968), 55 C.P.R. 171, 69 D.L.R. (2d) 256, [1968] R.C.S. 769. À mon avis, cet usage tient surtout à ce que dans la plupart des cas, la nature de la propriété industrielle en cause est telle que des dommages-intérêts (à condition que ceux-ci soient évalués de manière raisonnablement exacte) constituent une réparation adéquate de la violation de cette propriété, qui pourrait se produire pendant le procès. Il s'explique par le fait que si l'on considère la balance des inconvénients, et si le défendeur s'engage à tenir une comptabilité et qu'il n'y ait aucune raison de penser qu'il ne sera pas en mesure de payer les dommages-intérêts alloués, l'on doit pencher pour le rejet de la requête en injonction. Il ne faut jamais oublier que l'interdiction faite au défendeur, durant une période susceptible de se prolonger pendant des années, de faire ce que, n'eût été l'injonction, il aurait le droit de faire s'il avait gain de cause, pourrait avoir pour lui des effets tout aussi graves que le préjudice causé au breveté par suite de la contrefaçon, si le défendeur devait succomber.

Ces remarques sont, à mon sens, particulièrement pertinentes en l'espèce. Il y a lieu de remarquer que M. Sherman a pris l'engagement suivant au nom de l'appelante: [TRADUCTION] «[...] tenir une comptabilité de toutes les ventes de ses com-

that may be rendered in this cause or the action is otherwise disposed of". (See, Appeal Book Volume 2, page 262, paragraph 35, affidavit of Bernard C. Sherman).

Finally, returning to Mr. Justice Stone's analysis *supra* of the *American Cyanamid* factors, I conclude, pursuant to paragraph (a) of that analysis, that since damages would be an adequate remedy and since there is no suggestion that the appellant would not be financially able to pay any damages awarded, (which, by its undertaking it has agreed to pay) the interlocutory injunction should not have been granted. Accordingly, I would allow the appeal with costs in this Court. I would not disturb the award of costs to the respondents in the Trial Division since only a portion of the injunction granted by the Trial Division is being revoked on appeal. I would amend the order of the Trial Division dated January 12, 1989 by deleting paragraph 1 therefrom and substituting therefor the following:

1. The Defendant shall be restrained and prohibited until March 10, 1991 from importing for sale for consumption in Canada Atenolol protected by Canadian Patent No. 945,172, provided that the Defendant be allowed to sell in Canada the balance of the 1050 kg of Atenolol imported by it prior to December 7, 1987, under Canada Customs document, Entry Nos. E484770 and K006686.

In all other respects, I would confirm the order of the Trial Division.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.A.: This is an appeal from the grant of an interlocutory injunction by the Trial Division. It is concerned with Canadian patent no. 945,172 for an invention relating to atenolol, the active ingredient of the heart medicine marketed in Canada under the trade name Tenormin by the respondent Atkemix, Inc. Atkemix Inc. is a wholly owned subsidiary of the respondent, Imperial Chemical Industries PLC, the patentee of the invention in issue. I.C.I. Pharma is a division of Atkemix Inc. and has no legal status independent of it.

primés Apo-Atenolol jusqu'à ce que soit rendu le jugement dans cette cause ou jusqu'à ce qu'il soit mis un terme à l'action». (Voir dossier d'appel, volume 2., page 262, paragraphe 35, affidavit de Bernard C. Sherman).

Finalemment, je reviens à l'analyse précitée que le juge Stone a faite des facteurs énoncés dans *American Cyanamid*, et j'en conclus, en application de l'alinéa a) de cette énumération, que, puisque les dommages-intérêts constitueraient une indemnité adéquate et puisqu'il n'est pas allégué que l'appellante n'aurait pas les moyens de payer les dommages-intérêts accordés (qu'elle s'est engagée à payer), l'injonction interlocutoire n'aurait pas dû être décernée. En conséquence, je ferais droit à l'appel avec dépens dans cette Cour. Je ne toucherais pas à l'adjudication des dépens aux intimées devant la Section de première instance car seulement une partie de l'injonction accordée par la Section de première instance est révoquée en appel. Je modifierais l'ordonnance de la Section de première instance datée du 12 janvier 1989 par la suppression du paragraphe 1 et par son remplacement par ce qui suit:

1. Il est interdit à la défenderesse, jusqu'au 10 mars 1991, d'importer pour vente à la consommation au Canada de l'Aténolol couvert par le brevet canadien n° 945,172, à la condition qu'il soit permis à la défenderesse de vendre au Canada le reste des 1 050 kilos d'Aténolol qu'elle a importés avant le 7 décembre 1987, conformément aux déclarations n°s E484770 et K006686 faites à la douane canadienne.

Je confirmerais par ailleurs l'ordonnance de la Section de première instance à tous égards.

* * *

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Appel est interjeté de la décision de la Section de première instance de décerner une injonction interlocutoire. L'appel porte sur le brevet canadien n° 945,172 délivré pour la protection d'une invention relative à l'Aténolol, ingrédient actif du médicament pour les maladies cardiaques commercialisé au Canada, sous le nom commercial de Tenormin, par l'intimée Atkemix, Inc. Celle-ci est une filiale en propriété exclusive de l'intimée, Imperial Chemical Industries PLC, détentrice du brevet en cause. I.C.I. Pharma est une succursale d'Atkemix Inc. et n'a pas de personnalité juridique distincte.

The following provisions of the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, apply to the transactions in issue.

39. ...

(4) Where, in the case of any patent for an invention intended or capable of being used for medicine or for the preparation or production of medicine, an application is made by any person for a licence to do one or more of the following things as specified in the application, namely,

(a) where the invention is a process, to use the invention for the preparation or production of medicine, import any medicine in the preparation or production of which the invention has been used or sell any medicine in the preparation or production of which the invention has been used, or

(b) where the invention is other than a process, to import, make, use or sell the invention for medicine or for the preparation or production of medicine,

the Commissioner shall grant to the applicant a licence to do the things specified in the application except such, if any, of those things in respect of which he sees good reason not to grant a licence.

(6) Any time after the expiration of six months after the day on which a copy of an application to the Commissioner pursuant to subsection (4) is served on the patentee in prescribed manner, the applicant may, if the Commissioner has not finally disposed of the application, request the Commissioner to grant to him an interim licence to do such one or more of the things specified in the application as are specified in the request, and the Commissioner shall, on receipt of the request, forthwith serve on the patentee a notice stating that he may, within such period as is specified by the Commissioner in the notice, not exceeding twenty-one days from the day the notice is served on the patentee, make representations with respect to the request.

39.11 (1) Subject to this section but notwithstanding anything in section 39 or in any licence granted under that section, no person shall under a licence granted under that section in respect of a patent for an invention pertaining to a medicine, regardless of when the licence was granted, have or exercise any right,

(a) where the invention is a process, to import the medicine in the preparation or production of which the invention has been used, if the medicine is for sale for consumption in Canada; or

(b) where the invention is other than a process, to import the invention for medicine or for the preparation or production of medicine, if the medicine is for sale for consumption in Canada.

Les dispositions qui suivent de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), chap. P-4, visent les faits en litige.

a 39. ...

(4) Si, dans le cas d'un brevet portant sur une invention destinée à des médicaments ou à la préparation ou à la production de médicaments, ou susceptible d'être utilisée à de telles fins, une personne présente une demande pour obtenir une licence en vue de faire l'une ou plusieurs des choses suivantes comme le spécifie la demande:

a) lorsque l'invention consiste en un procédé, utiliser l'invention pour la préparation ou la production de médicaments, importer tout médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée ou vendre tout médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée;

b) lorsque l'invention consiste en autre chose qu'un procédé, importer, fabriquer, utiliser ou vendre l'invention pour des médicaments ou pour la préparation ou la production de médicaments,

d le commissaire accorde au demandeur une licence pour faire les choses spécifiées dans la demande à l'exception de celles pour lesquelles il a, le cas échéant, de bonnes raisons de ne pas accorder une telle licence.

e (6) Après l'expiration d'un délai de six mois à compter du jour où une copie de la demande adressée au commissaire en conformité avec le paragraphe (4) est signifiée, de la manière prescrite, au breveté, le demandeur peut, si le commissaire n'a pas statué définitivement sur la demande, présenter au commissaire une requête aux fins d'obtenir une licence temporaire pour faire, parmi celles que spécifie la demande, la ou les choses spécifiées dans sa requête, et le commissaire, dès réception d'une telle requête, signifie immédiatement au breveté un avis lui indiquant qu'il peut, dans le délai spécifié par le commissaire dans l'avis, délai ne dépassant pas vingt et un jours à compter du jour où l'avis est signifié au breveté, faire des observations concernant la requête.

h 39.11 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article et par dérogation à l'article 39 ou à toute licence délivrée sous son régime, il est interdit de se prévaloir d'une licence, peu importe la date de délivrance, accordée sous son régime relativement à un brevet portant sur une invention liée à un médicament pour revendiquer ou exercer le droit, si l'invention est un procédé, d'importer pour vente au Canada le médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée, ou, si elle n'est pas un procédé, d'importer l'invention pour des médicaments ou pour la préparation ou la production de médicaments pour vente à la consommation au Canada.

(2) The prohibition under subsection (1) expires in respect of a medicine

(b) eight years after the date of the notice of compliance that is first issued in respect of the medicine, where, on June 27, 1986, the notice of compliance has been so issued and neither a licence under section 39 has been granted in respect of the medicine nor a notice of compliance has been issued in respect of the medicine to a person other than the patentee; and

Paragraphs 39.11(2)(a) and (c) refer respectively to cases where a compulsory licence had issued on or before June 27, 1986, and where the first notice of compliance had issued after that date. It is common ground that paragraph 39.11(2)(b) applies in the present circumstances.

A chronology of the pertinent facts follows:

April 9, 1974—Canadian patent no. 945,172 issued.

March 10, 1983—first notice of compliance issued to I.C.I. Pharma.

December 5, 1985—Apotex applied for a notice of compliance.

March 3, 1986—Apotex applied for a compulsory licence.

June 27, 1986—Proposed amendments to the *Patent Act* announced.

July 15, 1987—Interim licence, valid for six months, under subsection 39(6) issued to Apotex authorizing it “to import and sell medicine in the preparation or production of which the invention has been used and to import, use and sell the invention for medicine or for the preparation or production of medicine, the sale thereof not being restricted to Canada only,” subject to terms and conditions compliance with which is not in issue.

August-September, 1987—Apotex imported 1,050 kg of atenolol into Canada.

December 7, 1987—The amendments to the *Patent Act* including section 39.11 were proclaimed in force.

(2) L'interdiction est levée à l'expiration des délais suivants:

b) huit ans après la délivrance du premier avis de conformité si, au 27 juin 1986, l'avis était délivré et si aucune licence n'a été accordée pour le médicament et aucun avis de conformité n'a été délivré à une personne autre que le breveté;

Les alinéas 39.11(2)a) et c) portent respectivement sur le cas où une licence obligatoire aurait été délivrée au plus tard le 27 juin 1986 et sur le cas où la délivrance du premier avis de conformité serait survenue après cette date. Tous s'accordent pour dire que l'alinéa 39.11(2)b) s'applique aux faits de l'espèce.

Voici la chronologie des faits pertinents:

Le 9 avril 1974—Délivrance du brevet canadien n° 945,172.

Le 10 mars 1983—Délivrance du premier avis de conformité à I.C.I. Pharma.

Le 5 décembre 1985—Demande d'avis de conformité présentée par Apotex.

Le 3 mars 1986—Demande de licence obligatoire présentée par Apotex.

Le 27 juin 1986—Annonce du projet de modification de la *Loi sur les brevets*.

Le 15 juillet 1987—Délivrance à Apotex d'une licence temporaire, valide pendant six mois, en application du paragraphe 39(6), l'autorisant à [TRADUCTION] «importer et vendre des médicaments dans la préparation ou la production desquels l'invention a été utilisée, et à importer, utiliser et vendre l'invention pour des médicaments ou pour la préparation ou la production de médicaments, dont la vente n'est pas limitée au territoire canadien», sous réserve de conditions dont l'observation ne fait pas l'objet du présent litige.

Août et septembre 1987—Importation par Apotex de 1 050 kilos d'Aténolol au Canada.

Le 7 décembre 1987—Proclamation de l'entrée en vigueur des modifications apportées à la *Loi sur les brevets*, y compris l'article 39.11.

February 15, 1988—Compulsory licence issued to Apotex pursuant to paragraph 39(4)(a), authorizing it “to import, make, use and sell the medicine whose chemical or proper name is atenolol under [patent no. 945,172] owned by Imperial Chemical Industries PLC.”

June 30, 1988—Notice of compliance in respect of atenolol issued to Apotex.

While other matters were raised before the learned Trial Judge, the only issue in this appeal is whether Apotex is entitled under the compulsory licence issued February 15, 1988, to use and sell in Canada the 1,050 kg of atenolol imported under the interim licence before December 7, 1987. The questions on appeal are whether he erred in his construction of section 39.11(1) and (2)(b) and, thereby, erred in law in concluding that there was a serious issue to be tried as to the 1,050 kg and, secondly, whether he erred in concluding that the respondents would suffer irreparable harm if the interlocutory injunction were not granted in terms that covered the 1,050 kg. In my view of this matter, it is not necessary to deal with the second issue.

In his reported decision, ([1989] 2 F.C. 608 at page 625; 23 C.P.R. (3d) 1, at page 15), the learned Trial Judge summarily dismissed the argument which, with respect, it seems to me must prevail. He said:

The second argument put forward by the defendant, that the legislative amendments apply only to Atenolol imported into the country after December 7, 1987 is indeed a novel one, but cannot in my opinion, succeed. The defendant maintains that it is entitled to sell in Canada the Atenolol which it acquired prior to the effective date of the legislation. Paragraphs [39.11(1)(a) and (b)] clearly restrict the importation of Atenolol for sale for consumption in Canada regardless of when the medicine was imported into the country. It is impossible, having regard to the clear language and intent of the legislation to read the words “import” and “sale” disjunctively [*sic*] as suggested by the defendant. My reading of the legislation leads me to suspect that the defendant may continue to import Atenolol and to enlarge its inventory of the medicine if it so desires. But it may not, until 1991, offer the medicine for sale for consumption in Canada because of the limited monopoly the plaintiffs enjoy as a result of the amendments to section [39.11] of the *Patent Act*.

Le 15 février 1988—Délivrance à Apotex d'une licence obligatoire en application de l'alinéa 39(4)a), l'autorisant à [TRADUCTION] «importer, fabriquer, utiliser et vendre le médicament, qui est un produit chimique, connu sous le nom générique d'Aténolol, couvert par le [brevet n° 945,172] dont est titulaire Imperial Chemical Industries PLC».

Le 30 juin 1988—Délivrance à Apotex de l'avis de conformité à l'égard de l'Aténolol.

Bien que d'autres questions aient été soulevées devant le juge de première instance, la seule question en litige dans cet appel consiste à savoir si Apotex a le droit, conformément à la licence obligatoire délivrée le 15 février 1988, d'utiliser et de vendre au Canada les 1 050 kilos d'Aténolol qu'elle a importés, en exécution de la licence temporaire, avant le 7 décembre 1987. Deux questions se posent en appel: premièrement, le juge a-t-il mal interprété les dispositions du paragraphe 39.11(1) et de l'alinéa 39.11(2)b) et a-t-il ainsi commis une erreur de droit en concluant qu'il y avait une question sérieuse à trancher relativement aux 1 050 kilos et, deuxièmement, s'est-il trompé lorsqu'il a conclu que les intimées subiraient un préjudice irréparable si l'injonction interlocutoire décernée ne visait pas les 1 050 kilos? Étant donné la conclusion que je tire au sujet de cette affaire, il n'est pas nécessaire d'étudier la seconde question.

Dans sa décision, qui est publiée ([1989] 2 C.F. 608; 23 C.P.R. (3d) 1), le juge de première instance a rejeté sommairement l'argument qui, à mon sens, devrait prévaloir (aux pages 625 C.F.; 15 C.P.R.). Il dit:

Le second argument avancé par la défenderesse, savoir que les modifications législatives dont il s'agit ne s'appliquent qu'à l'Aténolol importé dans le pays après le 7 décembre 1987, est fort original mais ne saurait, à mon avis, être accueilli. La défenderesse soutient qu'elle a le droit de vendre au Canada l'Aténolol dont elle a fait l'acquisition avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi. Les alinéas [39.11(1)a) et b)] interdisent clairement l'importation de l'Aténolol aux fins de vente à la consommation au Canada, quelle qu'en soit la date. Vu la clarté de la lettre et de l'esprit du texte de loi, il est impossible de séparer les deux mots «importer» et «vente» comme le suggère la défenderesse. On pourrait conclure de ce texte que la défenderesse peut continuer à importer de l'Aténolol et à accroître son stock de ce médicament si elle le souhaite. Mais d'ici à 1991, elle ne peut pas mettre ce médicament en vente à la consommation au Canada, étant donné le monopole limité dont jouissent les demanderessees en application des modifications apportées à l'article [39.11] de la Loi.

Paragraph 39.11(1)(a) is not ambiguous and, in my respectful opinion, it is not open to the interpretation the learned Trial Judge has given it. The provision prohibits the exercise of rights under a compulsory licence "to import the medicine in the preparation or production of which the invention has been used, if the medicine is for sale for consumption in Canada". It prohibits only importation. It has no retrospective application to importations prior to it coming into force and it does not prohibit the exercise of rights under a compulsory licence other than the right to import.

This Court recently considered in great detail, in *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451; 24 C.P.R. (3d) 1, what is sometimes referred to as the *American Cyanamid* threshold test. Only if it is determined that there is a serious issue to be tried are other considerations to be taken into account in deciding whether or not an interlocutory injunction ought to issue. If it is found that there is no serious issue to be tried, the application fails at that point.

The respondents rely particularly on the following *dicta* of Lord Diplock in *American Cyanamid Co. v Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.), at page 407:

It is no part of the court's function at this stage of the litigation to try to resolve conflicts of evidence on affidavit as to facts on which the claims of either party may ultimately depend nor to decide difficult questions of law which call for detailed argument and mature considerations. These are matters to be dealt with at the trial.

They say that, fairly read, that means that difficult questions of law ought not be resolved on an interlocutory injunction application even where there is no issue as to the material facts. It follows, in their submission, that we ought not interfere with the learned Trial Judge's exercise of discretion based on his construction of paragraph 39.11(1)(a).

In my opinion, the construction of that provision, as it applies to the undisputed facts here, presents no difficult question of law. I am content to rest my decision on that basis and to leave to

L'alinéa 39.11(1)(a) n'est pas ambigu et j'estime qu'il ne se prête pas à l'interprétation que le juge de première instance lui a donnée. Cette disposition interdit de se prévaloir d'une licence pour exercer le droit «d'importer pour vente au Canada le médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée». Elle n'interdit que l'importation. Elle n'a pas d'effet rétroactif à l'égard des médicaments importés avant son entrée en vigueur et elle n'interdit pas de se prévaloir d'une licence obligatoire pour exercer d'autres droits que le droit d'importer des médicaments.

Dans l'affaire récente *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451; 24 C.P.R. (3d) 1, cette Cour a examiné minutieusement le critère que l'on appelle parfois le critère préliminaire de l'arrêt *American Cyanamid*. Pour statuer sur l'opportunité de décerner une injonction interlocutoire, il n'y a lieu de prendre en considération d'autres facteurs qu'une fois que le tribunal a décidé qu'il y avait une question sérieuse à trancher. S'il conclut qu'il n'y a pas de question sérieuse à trancher, il rejette la demande, sans plus.

Les intimées se fondent en particulier sur l'opinion incidente qu'a émise lord Diplock dans *American Cyanamid Co. v Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.), à la page 407:

[TRADUCTION] La cour n'a pas, en cet état de la cause, à essayer de résoudre les contradictions de la preuve soumise par affidavit, quant aux faits sur lesquels les réclamations de chaque partie peuvent ultimement reposer, ni à trancher les épineuses questions de droit qui nécessitent des plaidoiries plus poussées et un examen plus approfondi. C'est au procès qu'il faut trancher ces questions.

D'après les intimées, cette opinion signifie, si on l'interprète correctement, qu'il ne convient pas de résoudre d'épineuses questions de droit à l'occasion d'une demande d'injonction interlocutoire, même quand les faits importants ne sont pas contestés. Selon leur thèse, il s'ensuit qu'il n'y aurait pas lieu de toucher à la décision que le juge de première instance a prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, en fonction de son interprétation de l'alinéa 39.11(1)(a).

À mon avis, l'interprétation de cette disposition, dans l'optique de son application aux faits de l'espèce, lesquels ne sont pas contestés, ne pose aucune question de droit épineuse. Je vais me

another day the respondents' argument should a
 a difficult question of law be in play. I must confess, however, to considerable doubt as to the validity of the proposition. If there is no issue as to relevant facts, why cannot detailed argument and mature consideration be as well directed to a difficult question of law on an interlocutory injunction application as after trial? A trial does not change the law; it establishes the facts and applies the law to them.

I would allow the appeal with costs and vary the interlocutory injunction made January 12, 1989, to exclude from its application use and sale of the 1,050 kg of atenolol imported into Canada before December 7, 1987.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: I have been able to read in draft the reasons for judgment proposed by both my colleagues, and desire to add only a few of my own.

Without wishing to repeat what I had to say in *Turbo*⁵ about the importance of the House of Lords' decision in *American Cyanamid*⁶ on this branch of the law, I would observe that their Lordships clearly intended to shift much of the emphasis away from the threshold test (theretofore regarded as a "prima facie" or "strong prima facie" case) to that of searching for the balance of convenience as between the parties. Formerly, many interlocutory injunction applications foundered at the threshold. The new threshold test, being somewhat easier to satisfy, means that the decision to grant or refuse the relief sought will oftentimes depend upon a weighing up of the balance of convenience in the matter. An applicant who suffers no irreparable loss because damages would be an adequate remedy could not normally

⁵ *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451; 24 C.P.R. (3d) 1.

⁶ *American Cyanamid Co. v Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.).

contenter de fonder ma décision sur cette raison et de remettre à plus tard l'examen de la thèse des intimées, s'il s'avérait qu'une question de droit épineuse se pose en l'espèce. Je dois cependant avouer que je doute fort de la vérité de cette assertion. Si les faits pertinents ne sont pas contestés, pourquoi une épineuse question de droit ne pourrait-elle pas faire l'objet de plaidoiries poussées et d'un examen approfondi à l'étape de la demande d'injonction interlocutoire comme à celle du procès? Le procès ne change pas le droit; il sert à établir les faits et y appliquer le droit.

Je ferais droit à l'appel avec dépens et modifierais l'injonction interlocutoire décernée le 12 janvier 1989, afin d'exclure de son application l'utilisation et la vente des 1 050 kilos d'Aténolol importés au Canada avant le 7 décembre 1987.

* * *

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: J'ai eu l'occasion de lire à l'état d'ébauche les motifs du jugement de mes deux collègues et je désire seulement y ajouter quelques motifs.

Sans vouloir répéter ce que j'ai dit dans *Turbo*⁵ au sujet de l'importance de la décision de la Chambre des lords dans *American Cyanamid*⁶ sur cette question de droit, je ferai observer que leurs Seigneuries avaient de toute évidence l'intention de mettre l'accent avant tout sur la balance des inconvénients pour les parties plutôt que sur le critère préliminaire (qui consistait jusque-là dans la preuve de l'existence d'une «apparence de droit» ou d'une «forte apparence de droit»). Antérieurement, nombre de demandes d'injonction interlocutoire étaient rejetées faute de satisfaire au critère préliminaire. Le nouveau critère préliminaire, auquel il est un peu plus facile de satisfaire, implique que la décision d'accorder ou de refuser la réparation demandée reposera souvent sur l'appréciation de la balance des inconvénients. Le requérant qui n'a subi aucune perte irréparable parce que des dommages-intérêts l'indemniseront adéquatement ne

⁵ *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451; 24 C.P.R. (3d) 1.

⁶ *American Cyanamid Co. v Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.).

show that the balance of convenience lies with him.

It is, of course, not too difficult to imagine cases being so utterly untenable as a matter of statutory construction that applications for interlocutory injunctive relief dependent upon that construction should fail at the threshold. However I have not been able to persuade myself that this is one of those cases. The statutory language at issue is not without some difficulty, but I agree that this Court could well answer the question of construction if it alone were at issue.⁷ However, some of the facts are not agreed upon. It would therefore be proper to leave the matter for the trial judge who will be better positioned to interpret the statute in the light of all the evidence adduced and the submissions made.

Like Mr. Justice Heald, I am also satisfied that the respondent would not suffer irreparable loss if injunctive relief did not go in the full terms of paragraph 1 of the judgment below. I agree with his reasoning for interfering with the exercise of the Motions Judge's discretion in this regard. It appears to fall well within the permissible bounds of interference by an appellate court in a case of this kind.⁸

I would therefore dispose of this appeal in the manner proposed by Mr. Justice Heald and for the reasons he gives.

pourra habituellement pas démontrer que la balance des inconvénients est en sa faveur.

Bien entendu, il n'est pas trop difficile d'imaginer des causes qui seraient si complètement indéfendables, à la lumière de l'interprétation du texte de loi, qu'il y aurait lieu de rejeter, en fonction du critère préliminaire, la demande d'injonction interlocutoire fondée sur cette interprétation. Toutefois, je n'ai pas pu me persuader que l'espèce appartient à cette catégorie. Le langage employé dans la Loi en cause n'est pas sans présenter quelque difficulté, mais je suis d'avis que cette Cour serait à même de résoudre la question de l'interprétation si elle était la seule en litige⁷. Cependant, certains des faits sont contestés. Il conviendrait donc de laisser le juge du procès statuer sur la question car il sera mieux en mesure d'interpréter la Loi à la lumière de tous les éléments de preuve produits et des plaidoiries.

Comme le juge Heald, je suis aussi convaincu que l'intimée ne subirait pas de préjudice irréparable si l'injonction décernée ne comportait pas tous les éléments du paragraphe 1 du jugement de première instance. Je souscris aux motifs qu'il a avancés pour lesquels il serait opportun de modifier la décision rendue par le juge saisi de la requête, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à l'égard de cette question. Ces motifs semblent bel et bien rester dans les limites du pouvoir de révision d'une cour d'appel dans une cause de cette nature⁸.

Je statuerais donc sur cet appel de la manière proposée par le juge Heald et pour les motifs qu'il a énoncés.

⁷ See e.g. *Smith v Inner London Education Authority*, [1978] 1 All ER 411 (C.A.) where it was found as a matter of statutory construction that the power of a public authority to act in a given way was unquestionably conferred by the language of the statute and, hence, that there was no "serious question" to be tried.

⁸ See *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1983] 1 A.C. 191 (H.L.), per Lord Diplock at p. 220; *Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board*, [1984] A.C. 130 (H.L.), at p. 137.

⁷ Voir par exemple *Smith v Inner London Education Authority*, [1978] 1 All ER 411 (C.A.), dans laquelle le tribunal a décidé, sur une question d'interprétation de la loi, que le pouvoir de l'Administration d'agir d'une manière donnée était indiscutablement conféré par les termes même de la loi et que, par conséquent, il n'y avait pas de «question sérieuse» à trancher.

⁸ Voir *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1983] 1 A.C. 191 (H.L.), lord Diplock, à la p. 220; *Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board*, [1984] A.C. 130 (H.L.), à la p. 137.

T-173-89

T-173-89

Pater International Automotive Franchising Incorporated (Plaintiff)

v.

Mister Mechanic Inc. and René LeTendre (Defendants)**INDEXED AS: PATER INTERNATIONAL AUTOMOTIVE FRANCHISING INC. v. MISTER MECHANIC INC. (T.D.)**

Trial Division, Jerome A.C.J.—Toronto, March 13; Ottawa, November 7, 1989.

Trade marks — Practice — Action for expungement of trade mark and for finding director of infringing corporation personally liable — Motion to strike statement of claim — Even though criteria to establish personal liability of director fairly stringent, absence of precise allegations in statement of claim not justifying striking action against director — Consequences of fact plaintiff's mark not registered matter of law better dealt with at trial — Inappropriate to decide here whether protection of certification provisions extend to general entrepreneur as opposed to independent association.

In the main action, the plaintiff sought the expungement of the defendants' trade mark "Mister Mechanic" and design on the ground that it created confusion with its "Master Mechanic" and design certification mark, and a finding of liability against the defendant LeTendre personally. This was an application under Rule 419 to strike certain portions of the statement of claim and to strike the entire action as against the defendant, LeTendre, a director of the defendant corporation.

Held, the application should be dismissed.

The standard to be applied in motions of this kind was set out in *Operation Dismantle*: is it plain and obvious that the action cannot succeed? On this basis, the action against LeTendre should not be struck. Although a finding of personal liability against the director of a company requires evidence of a deliberate and wilful pursuit of a course of conduct constituting infringement, and although the statement of claim contains no such allegations, it is far from obvious that the language of the statement of claim fails to establish the basis for a finding of liability against LeTendre. Nor would the Court strike mere surplus statements in an attack under Rule 419(1)(b) where no prejudice was established.

The defendants also argued that since the plaintiff's mark was not registered, the plaintiff could not prevent its use by unlicensed persons as per subsection 23(3), nor was an action under paragraph 7(b) possible. It was inappropriate to decide

Pater International Automotive Franchising Incorporated (demanderesse)

a c.

Mister Mechanic Inc. et René LeTendre (défendeurs)**RÉPERTORIÉ: PATER INTERNATIONAL AUTOMOTIVE FRANCHISING INC. c. MISTER MECHANIC INC. (1^{re} INST.)**

Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Toronto, 13 mars; Ottawa, 7 novembre 1989.

Marques de commerce — Pratique — Action en radiation d'une marque de commerce et en vue de faire déclarer personnellement responsable un administrateur de la compagnie contrevenante — Requête en radiation de la déclaration — Même si les critères utilisés pour établir la responsabilité personnelle de l'administrateur sont vraiment stricts, l'absence d'allégations précises dans la déclaration ne justifiait pas la radiation de l'action contre l'administrateur — Les conséquences découlant du fait que la marque de la demanderesse n'a pas été déposée constituent une question de droit qui serait mieux traitée, au moment du procès — Il ne convient pas de décider ici si la protection prévue par les dispositions relatives à la certification s'étend à l'entrepreneur général par opposition à l'association indépendante.

Dans l'action principale, la demanderesse sollicitait premièrement la radiation de la marque de commerce «Mister Mechanic» et du dessin des défendeurs pour le motif qu'ils créaient de la confusion avec sa marque de certification «Master Mechanic» et son dessin, et deuxièmement la reconnaissance de la responsabilité personnelle du défendeur LeTendre. Il s'agissait d'une requête fondée sur la Règle 419 en vue de la radiation de certains passages de la déclaration ainsi que de la radiation de toute l'action contre le défendeur LeTendre, l'un des administrateurs de la compagnie défenderesse.

Jugement: la requête est rejetée.

La norme à appliquer dans les requêtes de ce genre a été exposée dans l'arrêt *Operation Dismantle*: est-il évident que l'action n'a aucune chance de succès? Dans ces conditions, l'action ne devrait pas être radiée contre LeTendre. Bien que, pour conclure à la responsabilité personnelle de l'administrateur d'une compagnie, il faille prouver la poursuite délibérée d'un comportement constituant de la contrefaçon et que la déclaration ne contienne aucune allégation de ce genre, il est loin d'être évident que le libellé de la déclaration ne permette pas de conclure à la responsabilité de LeTendre. La Cour ne radierait pas non plus de simples déclarations faites en trop dans une contestation en vertu de la Règle 419(1)b) où l'on aurait prouvé l'existence d'aucun préjudice.

Les défendeurs ont soutenu également que, vu que la marque de la demanderesse n'était pas déposée, celle-ci ne pouvait pas empêcher que ladite marque soit utilisée par des personnes non autorisées conformément au paragraphe 23(3) et qu'une action

on this motion whether the protection of the certification provisions extended to the general entrepreneur as opposed to an independent association. Since the arguments raised herein regarding paragraph 7(b) and subsection 23(3) had not been examined in the case relied upon by the defendants, the plaintiff's right to have these questions determined should not be denied.

The issue of whether Master Mechanic could be validly licensed to use an unregistered certification mark pursuant to subsection 23(2), or whether such marks are subject to the provisions relating to permitted use of registered trade marks was primarily a question of law which should be decided at trial.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 408, 419(1)(a),(b),(c),(d).
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7(b), 16(3)(a), 18(1), 23(2),(3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al., [1985] 1 S.C.R. 441; *Mentmore Manufacturing Co., Ltd. et al. v. National Merchandising Manufacturing Co. Inc. et al.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195; 40 C.P.R. (2d) 164 (F.C.A.); *C. Evans & Sons Ltd. v. Spritebrand Ltd.*, [1985] F.S.R. 267 (Eng. C.A.); *Belanger Inc. v. Keglonda Investments Ltd.* (1986), 1 F.T.R. 238; 8 C.P.R. (3d) 557; 8 C.I.P.R. 123 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Life Underwriters Association of Canada v. Provincial Association of Quebec Life Underwriters, [1989] 1 F.C. 570; (1988), 20 F.T.R. 274; 22 C.P.R. (3d) 1; 33 C.C.L.I. 62 (T.D.); *Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 F.C. 544; (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 80 N.R. 9; 14 C.P.R. (3d) 314; 13 C.I.P.R. 263 (C.A.); *Wool (The) Bureau of Canada, Ltd. v. Queenswear (Canada) Ltd.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 11 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Fox, Harold G. *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*. 3rd ed. Toronto: The Carswell Company Limited, 1972.

COUNSEL:

Daniel Hitchcock for plaintiff.
Gunars Gaikis for defendants.

n'était pas possible non plus en vertu de l'alinéa 7b). Il ne convenait pas de trancher à l'occasion de la présente requête la question de savoir si la protection prévue par les dispositions relatives à la certification s'étendait à l'entrepreneur général par opposition à l'association indépendante. Étant donné que les allégations présentées ici relativement à l'alinéa 7b) et au paragraphe 23(3) n'avaient pas été examinées dans l'affaire invoquée par les défendeurs, il ne faudrait pas refuser à la demanderesse qu'il soit répondu à ses questions.

La question de savoir si Master Mechanic pouvait être valablement autorisée à utiliser une marque de certification non déposée en conformité avec le paragraphe 23(2) ou si de telles marques sont assujetties aux dispositions relatives à l'utilisation autorisée de marques de commerce déposées était tout d'abord une question de droit qui devait être tranchée au procès.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 7b), 16(3)a), 18(1), 23(2),(3).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 408, 419(1)a),b),c),d).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres, [1985] 1 R.C.S. 441; *Mentmore Manufacturing Co., Ltd. et autre c. National Merchandising Manufacturing Co. Inc. et autre* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195; 40 C.P.R. (2d) 164 (C.A.F.); *C. Evans & Sons Ltd. v. Spritebrand Ltd.*, [1985] F.S.R. 267 (C.A. Angl.); *Belanger Inc. c. Keglonda Investments Ltd.* (1986), 1 F.T.R. 238; 8 C.P.R. (3d) 557; 8 C.I.P.R. 123 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Association des Assureurs-vie du Canada c. Association provinciale des Assureurs-vie du Québec, [1989] 1 C.F. 570; (1988), 20 F.T.R. 274; 22 C.P.R. (3d) 1; 33 C.C.L.I. 62 (1^{re} inst.); *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 C.F. 544; (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 80 N.R. 9; 14 C.P.R. (3d) 314; 13 C.I.P.R. 263 (C.A.); *Wool (The) Bureau of Canada, Ltd. c. Queenswear (Canada) Ltd.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 11 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Fox, Harold G. *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*. 3^e éd. Toronto: The Carswell Company Limited, 1972.

AVOCATS:

Daniel Hitchcock pour la demanderesse.
Gunars Gaikis pour les défendeurs.

SOLICITORS:

Riches, McKenzie & Herbert, Toronto, for plaintiff.

Smart & Biggar, Toronto, for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

JEROME A.C.J.: This application to strike certain portions of the statement of claim and to strike the entire action as against the defendant LeTendre came on for hearing in Toronto, Ontario on March 13, 1989. The plaintiff brings this action for expungement of the defendants' trade mark "Mister mechanic" and design pursuant to paragraphs 7(b), 16(3)(a) and subsection 18(1) of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13. During the course of argument, counsel withdrew the original attack on paragraph 24 of the statement of claim.

The relevant portions of the statement of claim are paragraphs 3, 5, 17, 18, 20-23 and 25-34:

3. The Defendant René LeTendre ("LeTendre") is an individual residing in Ontario. The Defendant LeTendre owns, operates and directs the Defendant Mister Mechanic.

5. The Defendant Mister Mechanic opposed the registration of the Plaintiff's MASTER MECHANIC & Design certification mark by filing a Statement of Opposition on January 22, 1988 relying on several grounds of opposition. One of those grounds is that the Defendant alleges the Plaintiff's certification mark is not registerable pursuant to section 12(1)(d) of the *Trade Marks Act* because it is confusing with the Defendant's MISTER MECHANIC & Design trade mark which was registered under registration number 334,518 on the Canadian Trade Marks Register on November 20, 1987. A printed copy of Registration 334,518 showing the Defendants' MISTER MECHANIC & Design trade mark is attached hereto as Appendix "A".

17. Since 1986, The Master Mechanic displays whenever possible the MASTER MECHANIC & Design mark in the colours orange and blue/purple.

18. The telephone number of The Master Mechanic has been since 1985 and continues to be 629-1222.

20. By reason of the facts pleaded herein, the Plaintiff had acquired prior to 1987 in Canada, and particularly in Ontario, and was and is rightfully entitled to the benefit of the reputation and goodwill in association with the MASTER MECHANIC & Design mark.

21. By reason of the facts pleaded herein, the Plaintiff has the exclusive right to the use of and to license others to use, throughout Canada, the MASTER MECHANIC & Design mark.

PROCUREURS:

Riches, McKenzie & Herbert, Toronto, pour la demanderesse.

Smart & Biggar, Toronto, pour les défendeurs.

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

LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: L'audition de la présente requête en radiation de certains passages de la déclaration et en radiation de toute l'action contre le défendeur LeTendre a eu lieu à Toronto (Ontario), le 13 mars 1989. La demanderesse intente la présente action en vue de la radiation de la marque de commerce «Mister Mechanic» et du dessin des défendeurs conformément aux alinéas 7b) et 16(3)a) et du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), chap. T-13. Au cours des plaidoiries, l'avocat a retiré la contestation initiale du paragraphe 24 de la déclaration.

Les passages pertinents de la déclaration sont les paragraphes 3, 5, 17, 18, 20 à 23 et 25 à 34:

[TRADUCTION] 3. Le défendeur René LeTendre («LeTendre») est un particulier qui réside en Ontario. Il possède, exploite et dirige la défenderesse Mister Mechanic.

5. La défenderesse Mister Mechanic s'est opposée à l'enregistrement de la marque de certification MASTER MECHANIC et du dessin de la demanderesse en déposant le 22 janvier 1988 une opposition fondée sur plusieurs motifs. D'après l'un d'entre eux, la défenderesse allègue que la marque de certification de la demanderesse n'est pas enregistrable conformément à l'alinéa 12(1)d) de la *Loi sur les marques de commerce* parce qu'elle crée de la confusion avec la marque de commerce MISTER MECHANIC et le dessin de la défenderesse qui ont été inscrits sous le numéro 334,518 sur le registre canadien des marques de commerce le 20 novembre 1987. Une copie imprimée de l'enregistrement 334,518 illustrant la marque de commerce MISTER MECHANIC et le dessin de la défenderesse est annexée à la présente déclaration sous la cote «A».

17. Depuis 1986, l'entreprise The Master Mechanic arbore aussi souvent que possible la marque MASTER MECHANIC et le dessin aux couleurs orange et bleu/pourpre.

18. Le numéro de téléphone de The Master Mechanic est le 629-1222 depuis 1985.

20. En raison des faits invoqués ci-dessus, la demanderesse avait acquis avant 1987 au Canada, et tout particulièrement en Ontario, et avait et a légalement le droit de tirer avantage de la réputation et de l'achalandage attachés à la marque MASTER MECHANIC et au dessin.

21. En raison des faits invoqués ci-dessus, la demanderesse a le droit exclusif d'utiliser et de permettre à d'autres d'utiliser, partout au Canada, la marque MASTER MECHANIC et le dessin.

22. Some time in about January 1987, knowing that The Master Mechanic was performing and advertising services of repairing, maintaining and servicing motorized and non-motorized vehicles in association with the mark MASTER MECHANIC & Design, the Defendant Mister Mechanic began at 3443 Wolfedale Road, Mississauga, Ontario performing and advertising to the general public services of automobile repair and maintenance in association with the trade mark MISTER MECHANIC and has continued to do so.

23. Some time in late 1988, knowing that The Master Mechanic was performing and advertising the services of repairing, maintaining and servicing motorized and non-motorized vehicles in association with the mark MASTER MECHANIC & Design, the Defendant Mister Mechanic began at 3443 Wolfedale Road, Mississauga, Ontario performing and advertising to the general public services of automobile repair and maintenance in association with the trade mark MISTER MECHANIC & Design and has continued to do so.

25. The Defendant LeTendre, knowing that The Master Mechanic was performing and advertising the services of repairing, maintaining and servicing motorized and non-motorized vehicles in association with the mark MASTER MECHANIC & Design, authorized and directed the Defendant Mister Mechanic to perform and advertise to the general public its services in association with the trade marks MISTER MECHANIC and MISTER MECHANIC & Design.

26. Some time in about 1987, knowing that the telephone number of The Master Mechanic was 629-1222, the Defendant Mister Mechanic specifically requested and received the telephone number 897-1222 and has continued to use that telephone number.

27. Some time in 1987, knowing the Master Mechanic displayed the mark MASTER MECHANIC & Design in the colours orange and blue/purple, the Defendant Mister Mechanic began using the colours orange and blue/purple in association with its trade mark MISTER MECHANIC & Design and in association with its business and has continued to do so.

28. Knowing that the telephone number of The Master Mechanic was 629-1222, and knowing that The Master Mechanic used the colours orange and blue/purple in association with its business and in association with the mark MASTER MECHANIC & Design, the Defendant LeTendre authorized, ordered and directed the Defendant Mister Mechanic to request and use the telephone number 897-1222, and to adopt and use the colours orange and blue/purple in association with its business and the trade mark MISTER MECHANIC & Design.

29. By reason of the facts pleaded herein, the Defendant Mister Mechanic has directed public attention to its services and business in such a way to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time it commenced to so direct attention to them and continuously since then, between its services and business and the services and business of the Plaintiff and its licensee The Master Mechanic, and the Defendant Mister Mechanic knew at the time of such directing that such directing would cause or be likely to cause confusion.

30. By reason of the facts pleaded herein, the Defendant LeTendre has authorized, ordered and directed the Defendant Mister Mechanic to direct public attention as identified above.

22. À une certaine époque aux environs de janvier 1987, tout en sachant que The Master Mechanic effectuait et offrait en réclame la réparation et l'entretien des véhicules motorisés ou non motorisés en liaison avec la marque MASTER MECHANIC et le dessin, la défenderesse Mister Mechanic a commencé, au 3443 Wolfedale Road, à Mississauga (Ontario), à effectuer et à offrir en réclame au grand public la réparation et l'entretien des automobiles en liaison avec la marque de commerce MISTER MECHANIC et a continué de le faire.

23. À une certaine époque à la fin de l'année 1988, tout en sachant que The Master Mechanic effectuait et offrait en réclame la réparation et l'entretien des véhicules motorisés ou non motorisés en liaison avec la marque MASTER MECHANIC et le dessin, la défenderesse Mister Mechanic a commencé, au 3443 Wolfedale Road, à Mississauga (Ontario), à effectuer et à offrir en réclame au grand public la réparation et l'entretien des automobiles en liaison avec la marque de commerce MISTER MECHANIC et le dessin et a continué de le faire.

25. Le défendeur LeTendre, tout en sachant que The Master Mechanic effectuait et offrait en réclame la réparation et l'entretien des véhicules motorisés ou non motorisés en liaison avec la marque MASTER MECHANIC et le dessin, a autorisé et incité la défenderesse Mister Mechanic à effectuer et à offrir en réclame au grand public ses services en liaison avec la marque de commerce MISTER MECHANIC et avec la marque de commerce MISTER MECHANIC et le dessin.

26. À une certaine époque aux environs de 1987, tout en sachant que le numéro de téléphone de The Master Mechanic était le 629-1222, la défenderesse Mister Mechanic a demandé et obtenu précisément le numéro de téléphone 897-1222 et a continué d'utiliser ce numéro de téléphone.

27. À une certaine époque en 1987, tout en sachant que The Master Mechanic arborait la marque MASTER MECHANIC et le dessin aux couleurs orange et bleu/pourpre, la défenderesse Mister Mechanic a commencé à utiliser les couleurs orange et bleu/pourpre en liaison avec sa marque de commerce MISTER MECHANIC et son dessin et en liaison avec son entreprise et a continué de le faire.

28. Tout en sachant que le numéro de téléphone de The Master Mechanic était le 629-1222 et que celle-ci utilisait les couleurs orange et bleu/pourpre en liaison avec son entreprise et en liaison avec la marque MASTER MECHANIC et le dessin, le défendeur LeTendre a autorisé et incité la défenderesse Mister Mechanic à demander et à utiliser le numéro de téléphone 897-1222 et à adopter et à utiliser les couleurs orange et bleu/pourpre en liaison avec son entreprise et la marque de commerce MISTER MECHANIC et le dessin.

29. En raison des faits invoqués ci-dessus, la défenderesse Mister Mechanic a appelé l'attention du public sur ses services et son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'elle a commencé à y appeler l'attention et de manière continue depuis lors, entre ses services et son entreprise et les services et l'entreprise de la demanderesse et de la titulaire de permis The Master Mechanic, et la défenderesse Mister Mechanic savait à l'époque où elle a posé ce geste que celui-ci causerait ou risquerait de causer de la confusion.

30. En raison des faits invoqués ci-dessus, le défendeur LeTendre a autorisé et incité la défenderesse Mister Mechanic à appeler l'attention du public ainsi qu'il est mentionné ci-dessus.

31. By reason of the facts pleaded herein, the Defendant Mister Mechanic has wrongfully directed public attention to its services and business contrary to section 7(b) of the *Trade Marks act*.

32. By reason of the facts pleaded herein, the Defendant LeTendre has wrongfully ordered, authorized and directed the Defendant Mister Mechanic to wrongfully direct public attention to its services and business contrary to section 7(b) of the *Trade Marks Act*.

33. By reason of the Defendants' wrongful acts as pleaded herein, the Plaintiff has suffered and will continue to suffer loss and damage, including damage to its reputation and goodwill; and each of the Defendants has made and will continue to make a profit.

34. Each of the Defendants threatens to continue its wrongful acts as pleaded herein unless restrained by this Honourable Court.

The *Federal Court Rules*, [C.R.C., c. 663] relied on by the defendants are Rules 408 and 419(1)(a),(b),(c) and (d):

Rule 408. (1) Every pleading must contain a precise statement of the material facts on which the party pleading relies.

(2) Without limiting the generality of paragraph (1), the effect of any document or the purport of any conversation referred to in the pleading must, to the extent that it is material, be briefly stated, and the precise words of the document or conversation should not be stated, except in so far as those words are themselves material.

(3) A party need not plead any fact if it is presumed by law to be true or as to which the burden of proof lies on the other party (e.g. consideration for a bill of exchange), unless the other party has specifically denied it in his pleading.

(4) A statement that a thing has been done or that an event has occurred, being a thing or event the doing or occurrence of which, as the case may be, constitutes a condition precedent necessary for the case of a party, is to be implied in his pleading.

(5) Whenever it is material to allege notice to any person of any fact, matter or thing, it shall be sufficient to allege such notice as a fact unless the form or precise terms of such notice be material.

Rule 419. (1) The Court may at any stage of an action order any pleading or anything in any pleading to be struck out, with or without leave to amend, on the ground that

- (a) it discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be,
- (b) it is immaterial or redundant,
- (c) it is scandalous, frivolous or vexatious,
- (d) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action,

31. En raison des faits invoqués ci-dessus, la défenderesse Mister Mechanic a illicitement appelé l'attention du public sur ses services et son entreprise en contravention de l'alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce*.

32. En raison des faits invoqués ci-dessus, le défendeur LeTendre a illicitement incité et autorisé la défenderesse Mister Mechanic à appeler illicitement l'attention du public sur ses services et son entreprise en contravention de l'alinéa 7b) de la *Loi sur les marques de commerce*.

33. En raison des faits illicites commis par les défendeurs et allégués ci-dessus, la demanderesse a subi et continuera de subir des pertes et des dommages, notamment à sa réputation et à son achalandage; et chacun des défendeurs a fait et continuera de faire des profits.

34. Chacun des défendeurs menace de continuer de poser les actes illicites invoqués ci-dessus à moins que la Cour ne les en empêche.

Les *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] invoquées par les défendeurs sont les Règles 408 et 419(1)(a),(b),(c) et d):

Règle 408. (1) Chaque plaidoirie doit obligatoirement contenir un exposé précis des faits essentiels sur lesquels se fonde la partie qui plaide.

(2) Sans restreindre la portée générale de l'alinéa (1), l'effet de tout document et l'incidence de tout entretien mentionnés dans la plaidoirie doivent obligatoirement, dans la mesure où ils sont essentiels, être brièvement énoncés, et les termes mêmes du document ou de la conversation ne devraient pas être énoncés sauf dans la mesure où ces termes sont eux-mêmes essentiels.

(3) Une partie n'a pas besoin de plaider un fait si ce dernier est légalement présumé être vrai ou s'il incombe à l'autre partie de prouver le contraire (par exemple la cause ou considération pour une lettre de change), à moins que l'autre partie n'ait expressément nié le fait dans sa plaidoirie.

(4) La déclaration qu'une chose a été faite ou qu'un événement s'est produit, lorsque ce fait constitue une condition préalable sur laquelle doivent nécessairement se fonder les conclusions d'une partie, doit être considérée comme implicite énoncée dans sa plaidoirie.

(5) Lorsqu'il est essentiel d'alléguer qu'une personne a été avisée d'un fait ou d'autre chose, il suffit d'alléguer cet avis comme un fait à moins que la forme ou le libellé de cet avis ne soient essentiels.

Règle 419. (1) La Cour pourra, à tout stade d'une action ordonner la radiation de tout ou partie d'une plaidoirie avec ou permission d'amendement, au motif

- a) qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou de défense, selon le cas,
- b) qu'elle n'est pas essentielle ou qu'elle est redondante,
- c) qu'elle est scandaleuse, futile ou vexatoire,
- d) qu'elle peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action,

In the decision of the Supreme Court of Canada in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, the standard in motions of this sort was clearly stated at pages 486 and 487 by Madam Justice Wilson:

The law then would appear to be clear. The facts pleaded are to be taken as proved. When so taken, the question is do they disclose a reasonable cause of action, *i.e.* a cause of action "with some chance of success" (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) or, as Le Dain J. put it in *Dowson v. Government of Canada* (1981), 37 N.R. 127 (F.C.A.), at p. 138, is it "plain and obvious that the action cannot succeed?"

It is convenient to deal first with the action against the defendant LeTendre. The attack is based on the standard to be applied in any finding of personal liability for infringement on a director or officer of a corporation. As counsel for the defendants so ably argued, *Mentmore Manufacturing Co., Ltd. et al. v. National Merchandising Manufacturing Co. Inc. et al.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195; 40 C.P.R. (2d) 164 (F.C.A.) expresses the principle that personal liability requires evidence of more than simply running the infringing company. There must be a question of a deliberate, wilful pursuit of a course of conduct constituting infringement. Since the statement of claim contains no such allegations it should be struck. However, the Court of Appeal went on to say in *Mentmore*, *supra*, at page 205 D.L.R.:

The precise formulation of the appropriate test is obviously a difficult one. Room must be left for a broad appreciation of the circumstances of each case to determine whether as a matter of policy they call for personal liability.

This flexibility was approved by the English Court of Appeal in *C. Evans & Sons Ltd. v. Spritebrand Ltd.*, [1985] F.S.R. 267, at page 280, where Lord Justice Slade commented:

The Federal Court of Appeal of Canada in *Mentmore* eschewed any attempt to give a precise definition of the nature and extent of participation in the tortious act which will render a director who has directed or authorised it personally liable as a joint tortfeasor. As it rightly observed, this is an "elusive question," a "question of fact to be decided on the circumstances of each case."

Dans la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, Madame le juge Wilson a clairement indiqué, aux pages 486 et 487, quelle était la norme dans les requêtes de ce genre:

Le droit donc paraît clair. Les faits articulés doivent être considérés comme démontrés. Alors, la question est de savoir s'ils révèlent une cause raisonnable d'action, *c.-à-d.* une cause d'action «qui a quelques chances de succès» (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) ou, comme dit le juge Le Dain dans l'arrêt *Dowson c. Gouvernement du Canada* (1981), 37 N.R. 127 (C.A.F.), à la p. 138, est-il «évident et manifeste que l'action ne saurait aboutir»?

Il convient de juger d'abord l'action en ce qui concerne le défendeur LeTendre. La contestation porte sur la norme à appliquer pour conclure à la responsabilité personnelle d'un administrateur ou d'un dirigeant de compagnie en cas de contrefaçon. Comme l'avocat des défendeurs l'a si habilement soutenu, l'arrêt *Mentmore Manufacturing Co., Ltd. et autre c. National Merchandising Manufacturing Co. Inc. et autre* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195; 40 C.P.R. (2d) 164 (C.A.F.), énonce la règle selon laquelle l'établissement de la responsabilité personnelle d'un administrateur exige qu'on prouve plus que le simple fait qu'il a dirigé la compagnie ayant fait de la contrefaçon. Il doit y avoir une question de poursuite délibérée d'un comportement constituant de la contrefaçon. Vu que la déclaration ne comporte pas d'allégation de ce genre, elle devrait être radiée. Cependant, la Cour d'appel a ajouté dans l'arrêt *Mentmore*, précité, à la page 205 D.L.R.:

De toute évidence, il est difficile de formuler précisément le critère approprié. Il convient de pouvoir dans chaque cas apprécier toutes les circonstances pour déterminer si celles-ci entraînent la responsabilité personnelle.

Cette souplesse a été approuvée par la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *C. Evans & Sons Ltd. v. Spritebrand Ltd.*, [1985] F.S.R. 267, à la page 280, où le lord juge Slade fait la remarque suivante:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Mentmore*, la Cour d'appel fédérale du Canada s'est abstenue absolument de donner une définition précise de la nature et de la portée de la participation à un acte délictuel qui rendra l'administrateur qui l'a ordonné ou autorisé personnellement responsable en tant qu'auteur conjoint du délit. Ainsi qu'on l'a fait remarqué avec justesse, c'est une «question évasive», une «question de fait à trancher selon les circonstances de chaque affaire».

It is far from plain and obvious that the language of the statement of claim fails to establish the basis for a finding of liability against Mr. LeTendre personally. I am not satisfied that the action against him in his personal capacity should be struck.

Turning to the attack on the statement of claim, the defendants advance four arguments, two of which can be dealt with quickly. They are essentially that the chronology of the opposition proceedings is irrelevant as is the extensive reference throughout the pleading to use of telephone numbers or colours. While the statement of claim does make extensive reference to deliberate acts to use telephone numbers and colours as close as possible to those of the plaintiff, it quite properly does not allege any property in the plaintiff in them. Bearing in mind that the relief sought here is equitable or discretionary in nature, a good deal of latitude must be permitted with respect to facts that may establish bad faith on the part of a defendant.

In *Belanger Inc. v. Keglonda Investments Ltd.* (1986), 1 F.T.R. 238; 8 C.P.R. (3d) 557; 8 C.I.P.R. 123 (F.C.T.D.) the Federal Court refused to strike mere surplus statements in an attack pursuant to Rule 419(1)(b) where no prejudice was established and I think that is the appropriate disposition here.

The submission with respect to paragraphs 20-23, 29, 31-34 and 40(b)-(g) is that since the plaintiff's mark is not registered, the plaintiff cannot prevent its use by unlicensed persons as per subsection 23(3), nor is an action under paragraph 7(b) possible. These sections read as follows:

7. No person shall

(b) direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time he commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business and the wares, services or business of another;

Il est loin d'être évident que le libellé de la déclaration ne permet pas de conclure à la responsabilité personnelle de M. LeTendre. Je ne suis pas convaincu que l'action intentée contre lui en sa qualité personnelle devrait être radiée.

Quant à la contestation de la déclaration, les défendeurs avancent quatre allégations, dont deux peuvent être tranchées rapidement. Ils exposent essentiellement que la chronologie de la procédure d'opposition n'est pas pertinente, comme ne l'est pas non plus l'insistance, tout au long de la plaidoirie, sur l'utilisation des numéros de téléphone ou des couleurs. Bien que la déclaration n'insiste pas sur l'utilisation délibérée de numéros de téléphone et de couleurs ressemblant le plus possible à ceux de la demanderesse, elle n'allègue pas de façon tout à fait adéquate un quelconque droit de propriété de la demanderesse à leur égard. Compte tenu du fait que le redressement demandé en l'espèce relève de l'*equity* ou est de nature discrétionnaire, il faut permettre une grande latitude en ce qui concerne les faits qui peuvent établir la mauvaise foi d'un défendeur.

Dans l'affaire *Belanger Inc. c. Keglonda Investments Ltd.* (1986), 1 F.T.R. 238; 8 C.P.R. (3d) 557; 8 C.I.P.R. 123 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour fédérale a refusé de radier de simples déclarations faites en trop dans une contestation de la Règle 419(1)(b) où l'on n'avait prouvé l'existence d'aucun préjudice, et j'estime que c'est la décision appropriée en l'espèce.

L'allégation en ce qui concerne les paragraphes 20 à 23, 29, 31 à 34 et 40(b) à g) est la suivante: vu que la marque de la demanderesse n'est pas enregistrée, celle-ci ne peut pas empêcher que ladite marque soit utilisée par des personnes non autorisées conformément au paragraphe 23(3), et une action n'est pas possible non plus en vertu de l'alinéa 7b). Cet alinéa et ce paragraphe sont libellés ainsi:

7. Nul ne peut

b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre;

23. ...

(3) The owner of a registered certification mark may prevent its use by unlicensed persons or in association with any wares or services in respect of which the mark is registered but to which the licence does not extend.

As authority for these arguments the defendants rely on a decision of my colleague Mr. Justice Dubé: *Life Underwriters Association of Canada v. Provincial Association of Quebec Life Underwriters*, [1989] 1 F.C. 570; (1988), 20 F.T.R. 274; 22 C.P.R. (3d) 1; 33 C.C.L.I. 62 (T.D.). The reasoning in that case is that as a certification mark is not a creature of the common law, it cannot benefit from any protection inherent in the common law that is available for other trade marks but is limited to the protection offered in the Act which in the instance of subsection 23(3) requires registration. As regards paragraph 7(b) litigation, Mr. Justice Dubé held on page 585 F.C.:

Following the judgment of the Supreme Court of Canada in *MacDonald et al. v. Vapor Canada Ltd.*, ([1977] 2 S.C.R. 134) it is now established that this Court does not have jurisdiction to make a finding of passing off under this paragraph without the support of appropriate legislation. The federal legislation in the matter, namely the *Trade Marks Act*, provides no right of action for an unregistered certification mark. Such a mark therefore cannot benefit from the protection provided by paragraph 7(b) of the Act.

The defendants further point out that if it is found that the plaintiff has no cause of action under paragraph 7(b) and subsection 23(3), the plaintiff will be required to commence proceedings again by way of notice of motion since expungement relief alone is not available on a statement of claim.

The plaintiff argues that *Life Underwriters* was wrongly decided and notes that an appeal from that decision has been instituted (F.C.A. No. A-744-88). Counsel refers to *Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 F.C. 544; (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 80 N.R. 9; 14 C.P.R. (3d) 314; 13 C.I.P.R. 263 (C.A.) for the principle that both registered and unregistered trade marks are protected under paragraph 7(b). He contends that since section 2 of the *Trade-marks Act* defines "trade mark" to include certification mark, pursuant to the reasoning in *Asbjorn*,

23. ...

(3) Le propriétaire d'une marque de certification déposée peut empêcher qu'elle soit employée par des personnes non autorisées ou en liaison avec des marchandises ou services à l'égard desquels cette marque est déposée, mais auxquels l'autorisation ne s'étend pas.

À l'appui de ces allégations, les défendeurs invoquent une décision rendue par mon collègue le juge Dubé: *Association des Assureurs-vie du Canada c. Association provinciale des Assureurs-vie du Québec*, [1989] 1 C.F. 570; (1988), 20 F.T.R. 274; 22 C.P.R. (3d) 1; 33 C.C.L.I. 62 (1^{re} inst.). Dans cette affaire, le raisonnement adopté est le suivant: vu que la marque de certification ne vient pas de la *common law*, elle ne peut pas bénéficier de la protection inhérente à la *common law* qui existe dans le cas des autres marques de commerce mais est limitée à la protection offerte dans la Loi qui, dans le cas du paragraphe 23(3), exige l'enregistrement. En ce qui concerne la contestation de l'alinéa 7b), le juge Dubé conclut à la page 585 C.F.:

... à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *MacDonald et autre c. Vapor Canada Ltd.* ([1977] 2 R.C.S. 134), il est maintenant établi que cette Cour n'a pas la compétence de traiter de *passing off* ou de confusion en vertu de ce seul alinéa, sans l'appui d'une législation appropriée. Or la législation fédérale en la matière, à savoir la *Loi sur les marques de commerce*, ne prévoit aucuns recours à une marque de certification non enregistrée. Donc, une telle marque ne peut bénéficier de la protection offerte par l'alinéa 7b) de la Loi.

Les défendeurs signalent également que, si la Cour conclut que la demanderesse n'a pas de cause d'action en vertu de l'alinéa 7b) et du paragraphe 23(3), ladite demanderesse devra intenter une procédure au moyen d'un avis de requête étant donné qu'on ne peut pas, au moyen d'une déclaration, demander uniquement un redressement pour contrefaçon.

La demanderesse soutient que la décision *Association des Assureurs-vie* a été rendue à tort et elle fait remarquer qu'il a été interjeté appel de cette décision (C.A.F. n° A-744-88). L'avocat cite l'arrêt *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.*, [1987] 3 C.F. 544; (1987), 38 D.L.R. (4th) 544; 80 N.R. 9; 14 C.P.R. (3d) 314; 13 C.I.P.R. 263 (C.A.) en ce qui concerne la règle selon laquelle tant les marques déposées que les marques non déposées sont protégées en vertu de l'alinéa 7b). Il prétend que, vu que l'article 2 de la *Loi sur les marques de commerce* définit l'expres-

unregistered certification marks are protected by paragraph 7(b). He defends this interpretation by arguing that paragraph 7(b) provides a basic protection for all owners of registered or unregistered trade marks, including certification marks, while subsection 23(3) offers a broader scope of protection open only to owners of registered certification marks. In the plaintiff's view, this section will apply not only to wares and services bearing the mark which are in actual use by the licensees, but also to wares and services not presently in use by licensees, but which are within the scope of the registration and in use by third parties. The plaintiff finds support for this interpreted in the final words of subsection 23(3): "wares or services in respect of which the mark is registered but to which the license does not extend".

In *Wool (The) Bureau of Canada, Ltd. v. Queenswear (Canada) Ltd.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 11 (F.C.T.D.), Mr. Justice Cattanach outlines at page 15 the manner in which certification marks have been traditionally used:

It is defined in s. 2 of the Act. Basically it is the mark of persons or associations who examine and certify goods and services as being of a defined standard with respect to quality, produced under defined working conditions by a defined class of persons or in a defined area. It is tantamount to the conferment of a seal of approval and would naturally enhance the sale of a product so identified in accordance with the good repute acquired by the certification mark.

The purpose of the certification mark is to distinguish the wares so marked from those which are not of the defined standard with respect to the matters specified in the definition in s. 2.

By virtue of s. 23 a certification mark can be adopted and registered only by a person or association not engaged in dealing in the wares with which the mark is associated. Therefore a registered owner of a certification cannot be the user thereof in the ordinarily accepted sense. The registered owner may license others to use the trade mark when satisfied that the licensee deals in wares which meet the defined standards.

sion «marque de commerce» de manière à comprendre la marque de certification, en conformité avec le raisonnement suivi dans l'arrêt *Asbjorn*, les marques de certification non déposées sont protégées par l'alinéa 7b). Il défend son interprétation en déclarant que l'alinéa 7b) prévoit une protection de base pour tous les propriétaires de marques de commerce déposées ou non, dont les marques de certification, tandis que le paragraphe 23(3) offre une protection plus étendue réservée seulement aux propriétaires de marques de certification déposées. Selon la demanderesse, cette disposition législative ne s'appliquera pas seulement aux marchandises et aux services qui portent la marque et sont vraiment utilisés par les titulaires d'un permis, mais également aux marchandises et aux services qui ne sont pas utilisés actuellement par les titulaires de permis, mais qui sont visés par l'enregistrement et sont utilisés par des tiers. La demanderesse trouve un appui en faveur de son interprétation dans les derniers mots du paragraphe 23(3): «marchandises ou services à l'égard desquels cette marque est déposée, mais auxquels l'autorisation ne s'étend pas».

Dans l'affaire *Wool (The) Bureau of Canada, Ltd. c. Queenswear (Canada) Ltd.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 11 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Cattanach expose, à la page 15, de quelle manière les marques de certification ont toujours été utilisées:

Elle est définie à l'article 2 de la Loi. Il s'agit essentiellement d'une marque employée par des personnes ou associations qui examinent des biens et services et attestent qu'ils sont d'une norme définie quant à la qualité, qu'ils sont produits dans des conditions de travail définies, par une catégorie de personnes définie ou dans une région déterminée. Ce qui équivaut à l'apposition d'un sceau d'approbation, favorisant naturellement la vente d'un produit ainsi identifié, suivant la réputation de la marque de certification.

La marque de certification a pour objet de distinguer les marchandises qui la portent de celles qui ne sont pas d'une norme définie en ce qui concerne les éléments mentionnés dans la définition de l'article 2.

En vertu de l'article 23, une marque de certification ne peut être adoptée et déposée que par une personne ou association qui ne se livre pas au commerce de marchandises auxquelles la marque est associée. Par conséquent, le propriétaire inscrit d'une marque de certification ne peut en être l'utilisateur au sens que l'on donne ordinairement à ce terme. Le propriétaire inscrit peut autoriser d'autres personnes à employer la marque à condition d'être convaincu que la personne autorisée fasse le commerce de marchandises qui se conforment aux normes définies.

The plaintiff's success in this litigation depends upon an interpretation broader than the one expressed above. But surely, it would be inappropriate for me to attempt to decide on this motion whether the protection of the certification provisions extend to the general entrepreneur as opposed to an independent association. In any case, bearing in mind that the *Life Underwriter* decision is under appeal and that the arguments presented by plaintiff's counsel here regarding paragraph 7(b) and subsection 23(3) were not put before Mr. Justice Dubé, I am loathe to deny the plaintiff's right to have these questions determined.

Finally, with respect to paragraphs 17, 18, 26 and 27 of the statement of claim, the defendants contend that subsection 23(2) of the *Trade-marks Act* cannot provide the plaintiff authority to validly license others to use the mark in the absence of registration. But similarly, the issue of whether Master Mechanic could be validly licensed to use an unregistered certification mark pursuant to subsection 23(2), or whether such marks are subject to the provisions relating to permitted use of registered trade marks is primarily a question of law which should be decided upon proper factual basis in the more comprehensive setting of a trial. The following comment at pages 277-278 in *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition* by Harold G. Fox indicates that certification mark licensing is handled differently than that of trade mark licensing:

Sections 19 and 20 of the Trade Marks Act emphasize the fact that a trade mark is intended to denote that the goods or services come from one source and from one source only, and provisions are contained in the Act to deal with exceptional cases, such as those arising under permitted use and the like, or in certification cases, where a mark is in fact used by a number of different dealers.

In addition, Cattanach J. in *Wool (The) Bureau of Canada, Ltd. v. Queenswear (Canada) Ltd.*, *supra*, interprets subsection 23(2) as not being limited in scope to the situation described by the defendant. On page 15, he states that "by virtue of ss. 23(2) use of a certification mark by a licensee

La victoire de la demanderesse en l'espèce dépend d'une interprétation plus large que celle qui est formulée ci-dessus. Mais certes, il ne conviendrait pas que j'essaie de trancher à l'occasion de la présente requête la question de savoir si la protection prévue par les dispositions relatives à la certification s'étend à l'entrepreneur général par opposition à une association indépendante. De toute façon, compte tenu du fait qu'il a été interjeté appel de la décision *Association des Assureurs-vie* et que les allégations présentées ici par l'avocat de la demanderesse relativement à l'alinéa 7b) et au paragraphe 23(3) ne l'avaient pas été devant le juge Dubé, il me répugne de refuser à la demanderesse qu'il soit répondu à ses questions.

Enfin, quant aux paragraphes 17, 18, 26 et 27 de la déclaration, les défendeurs soutiennent que le paragraphe 23(2) de la *Loi sur les marques de commerce* ne peut pas conférer à la demanderesse le pouvoir d'autoriser valablement d'autres personnes à utiliser la marque en l'absence d'enregistrement. Mais de la même façon, la question de savoir si Master Mechanic pouvait être valablement autorisée à utiliser une marque de certification non déposée en conformité avec le paragraphe 23(2) ou si de telles marques sont assujetties aux dispositions relatives à l'utilisation autorisée de marques de commerce déposées est tout d'abord une question de droit qui devrait être tranchée en se fondant sur des faits appropriés au cours de l'audition plus générale d'une instance. La remarque suivante qui figure aux pages 277 et 278 de l'ouvrage de Harold G. Fox intitulé *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition* indique bien que l'autorisation d'utiliser une marque de certification est traitée différemment de l'autorisation d'utiliser une marque de commerce:

[TRADUCTION] Les articles 19 et 20 de la Loi sur les marques de commerce soulignent le fait qu'une marque de commerce vise à indiquer que les marchandises ou les services proviennent d'une source, et d'une source seulement, et la Loi contient des dispositions pour les cas exceptionnels, tels que ceux qui se posent en vertu d'une utilisation autorisée et ceux du même genre, ou dans les cas de certification, lorsqu'une marque est de fait utilisée par un certain nombre de vendeurs.

En outre, dans la décision *Wool (The) Bureau of Canada Ltd. c. Queenswear (Canada) Ltd.*, précitée, le juge Cattanach interprète le paragraphe 23(2) comme ne se limitant pas à la situation décrite par la défenderesse. À la page 15, il déclare que «en vertu du paragraphe 23(2), l'emploi de la

shall be deemed to be use by the owner” and places no restrictions on the scope or purpose of the use.

For these reasons, the application to strike the whole or any portions of the statement of claim must fail. Costs in the cause.

marque de certification par une personne autorisée est réputé un emploi par le propriétaire» et n'entraîne aucune restriction quant à la portée ou au but de cet emploi.

^a Pour ces motifs, la requête en radiation de la totalité ou de certains passages de la déclaration doit être rejetée. Les dépens suivront l'issue de la cause.

T-865-89

T-865-89

Friends of the Oldman River Society (Applicant)

v.

Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans (Respondents)*

INDEXED AS: FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY v. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT) (T.D.)

Trial Division, Jerome A.C.J.—Edmonton, August 11; Ottawa, October 4, 1989.

Environment — Construction of dam on Oldman River, Alberta — Application for certiorari to stop construction and for mandamus to order respondents to comply with Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order — Neither respondent Minister bound by Guidelines Order and neither having authority to require environmental review — Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment) distinguished — Delay in launching attack and comprehensive environmental review by Alberta make it inappropriate to grant discretionary relief.

Judicial review — Prerogative writs — Construction of dam on Oldman River, Alberta — Neither respondent Minister bound by Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order and neither having authority to require environmental review — Certiorari and mandamus denied.

In March, 1986, after ten years of studies, reports and public meetings, the Alberta Department of the Environment applied under the *Navigable Waters Protection Act* (NWPA) for approval for the construction of a dam on the Oldman River. In May, 1986, the governments of Alberta and Canada entered into an agreement concerning environmental impact assessments of projects in the Province whereby Alberta would apply its environmental assessments procedures where primary responsibility for the approval of development initiatives was within its constitutional jurisdiction. Alberta carried out a

* Editor's Note: This decision has been reversed on appeal. The reasons for judgment of the Federal Court of Appeal (A-395-89), rendered on March 13, 1990, will be published in the Reports. It was held that both the Minister of Transport and the Minister of Fisheries and Oceans were bound by the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* and that this was an appropriate case to grant the discretionary relief sought. Furthermore, it was held that the Federal Court had jurisdiction over the provincial Crown and that the latter was not immune from the provisions of the *Navigable Waters Protection Act*.

Friends of the Oldman River Society (requérante)

c.

a **Ministre des Transports et Ministre des Pêches et des Océans (intimés)***RÉPERTORIÉ: FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY c. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (1^{re} INST.)**b** Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Edmonton, 11 août; Ottawa, 4 octobre 1989.

Environnement — Construction d'un barrage sur la rivière Oldman, en Alberta — La demande sollicite un bref de certiorari qui arrêterait la construction du barrage et un bref de mandamus qui ordonnerait aux intimés de se conformer au Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement — Ni l'un ni l'autre des ministres intimés n'est lié par le Décret sur les lignes directrices et ni l'un ni l'autre n'est habilité à exiger un examen des incidences environnementales du projet — Distinction faite avec la décision Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement) — En raison du retard mis à entamer la contestation et de l'examen exhaustif des incidences environnementales effectué par l'Alberta, il n'est pas approprié d'accorder le redressement discrétionnaire sollicité.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Construction d'un barrage sur la rivière Oldman, en Alberta — Ni l'un ni l'autre des ministres intimés n'est lié par le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, et ni l'un ni l'autre n'est habilité à exiger un examen des incidences environnementales du projet — Les brefs de certiorari et de mandamus sont refusés.

En mars 1986, après dix années d'études, de rapports et d'assemblées publiques, le ministère de l'Environnement de l'Alberta a présentée une demande sous le régime de la *Loi sur la protection des eaux navigables* pour faire approuver la construction d'un barrage sur la rivière Oldman. En mai 1986, le gouvernement de l'Alberta et celui du Canada ont conclu une entente concernant les évaluations des incidences environnementales de projets réalisés dans cette province. Cette entente prévoyait que les procédures d'évaluation environnementale de l'Alberta seraient appliquées lorsque l'approbation des initiati-

* Note de l'arrêstiste: Cette décision a été infirmée en appel. Les motifs de jugement de la Cour d'appel (A-395-89), rendus le 13 mars 1990, seront publiés dans le Recueil. La Cour d'appel a conclu que le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* liait à la fois le ministre des Transports et le ministre des Pêches et Océans et que la présente espèce est de celles dans lesquelles la réparation discrétionnaire sollicitée devrait être accordée. Il a, en outre, été conclu que la Cour fédérale était compétente à l'égard de la Couronne provinciale et que cette dernière ne pouvait se soustraire aux dispositions de la *Loi sur la protection des eaux navigables*.

comprehensive environmental impact review for the Oldman River project. In September, 1987, the federal Minister of Transport approved construction of the dam.

As of March, 1989 construction of the dam was 40% complete. It was expected that the reservoir created by the dam would be filled in the spring of 1991.

Notice of motion in the instant case was filed in April, 1989. This was an application for *certiorari* quashing the approval issued by the Minister of Transport pursuant to the NWPA; for *mandamus* directing the Minister of Transport to comply with the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*; for a declaration that the Department of Fisheries and Oceans was the initiating department for the purposes of the Guidelines Order; and for *mandamus* requiring the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the Guidelines Order.

The four main issues were 1) the standing of the applicant to bring this application; 2) whether the Ministers of Transport and Fisheries and Oceans were bound to invoke the Guidelines Order with regards to the Oldman River project; 3) the applicability of the decision in *Canadian Wildlife Federation* to the facts of this case; and 4) whether this was an appropriate situation to favourably exercise the Court's discretion and grant the requested remedies.

Held, the application should be dismissed.

For the purposes of this application only, it was assumed that the applicant had sufficient status.

It was argued that the Minister's approval under subsection 5(1) of the NWPA should be set aside for his failure to trigger environmental review pursuant to the Guidelines Order. The difficulty with this, however, was that the NWPA set out no requirement for environmental review of any sort, nor did the *Department of Transport Act* require the Minister to consider environmental factors in carrying out his duties. And the Minister of Transport being restricted to consideration of factors affecting marine navigation when issuing approval, he was without authority to require environmental review. *Mandamus* therefore could not be granted. Nor did the approval fall under any of the conditions for the issuance of a writ of *certiorari*.

The Minister of Fisheries and Oceans cannot be required to proceed with environmental review because his department has not undertaken a project. The Department is not bound by the Guidelines Order because it is not an "initiating department" within the meaning of the Order and because it has not received a proposal requiring its approval. *Mandamus* therefore cannot issue to order the Minister to proceed with such a review.

Les de développement ressortirait au premier chef à sa compétence constitutionnelle. L'Alberta a effectué un examen exhaustif des incidences environnementales du projet de la rivière Oldman. En septembre 1987, le ministre fédéral des Transports a approuvé la construction du barrage.

^a En mars 1989, la construction du barrage était terminée à 40%. Selon les prévisions, le réservoir créé par le barrage devrait être rempli pour le printemps 1991.

L'avis de requête en l'espèce a été déposé en avril 1989. La demande sollicite: un bref de *certiorari* cassant l'approbation donnée par le ministre des Transports conformément à la *Loi sur la protection des eaux navigables*; un bref de *mandamus* ordonnant au ministre des Transports de se conformer au *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*; une conclusion déclaratoire portant que le ministère des Pêches et des Océans est le ministère responsable pour les fins du *Décret sur les lignes directrices*; et un bref de *mandamus* enjoignant au ministre des Pêches et des Océans de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*.

Les quatre questions principales soulevées en l'espèce sont les suivantes: 1) la requérante a-t-elle la qualité voulue pour présenter la demande en l'espèce? 2) le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans sont-ils tenus d'invoquer le *Décret sur les lignes directrices* à l'égard du projet de la rivière Oldman? 3) l'arrêt *Fédération canadienne de la Faune* s'applique-t-il aux faits de la présente espèce? et 4) la présente situation justifie-t-elle la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de la requérante en lui accordant les redressements sollicités?

Jugement: la demande devrait être rejetée.

^f Pour les seules fins de la présente demande, il est tenu pour acquis que la requérante possède la qualité voulue en l'espèce.

Il est soutenu que l'approbation donnée par le ministre sous le régime du paragraphe 5(1) de la *Loi sur la protection des eaux navigables* doit être annulée au motif que le ministre a omis de déclencher un examen des incidences environnementales conformément au *Décret sur les lignes directrices*. Ce raisonnement se fonde sur une prémisse erronée puisque la *Loi sur la protection des eaux navigables* n'oblige à aucun examen environnemental que ce soit et puisque la *Loi sur le ministère des Transports* n'exige pas que le ministre prenne en considération les facteurs environnementaux dans l'accomplissement des fonctions de sa charge. Comme les facteurs touchant la navigation sont les seuls à pouvoir être considérés par le ministre lorsqu'il décide de l'approbation d'un projet, le ministre n'était pas habilité à exiger un examen des incidences environnementales. Le bref de *mandamus* demandé ne peut donc être accordé. L'approbation en cause ne présente aucune des conditions permettant la délivrance d'un bref de *certiorari*.

^j Le ministre des Pêches et des Océans ne peut être obligé à procéder à un examen environnemental parce que son ministère n'a pas entrepris de réaliser un projet. Le ministère n'est pas lié par le *Décret sur les lignes directrices* parce qu'il ne constitue pas un «ministère responsable» au sens du *Décret* et parce qu'il n'a pas reçu de proposition exigeant son approbation. Un bref de *mandamus* ne peut donc être délivré pour ordonner au ministre de procéder à un tel examen.

Environmental factors are not raised under either of the *Fisheries Act* or the *Department of Fisheries and Oceans Act* and there would be no justification for the Minister of Fisheries and Oceans to involve the Minister of the Environment, nor to trigger the Guidelines Order.

In the case of *Canadian Wildlife Federation, certiorari* and *mandamus* were granted to stop construction of dams on the Souris, an international river. That case was clearly distinguishable. The applicable legislation therein was the *International River Improvements Act* and it required the prior approval of the Minister of the Environment. Here, no prior approval of any federal Minister was necessary. In that case, the Guidelines Order was brought into play because the Minister of the Environment was directly involved.

This was not a situation where the Court should favourably exercise its discretion and grant the remedies sought. Many of the members of the applicant were individually aware of and opposed to the project from the early 1970's. Yet this motion was not filed until April 1989, nearly two years after approval was granted and when the project was 40% complete. There was no justification for allowing all of this activity to take place before launching the present attack. Furthermore, the extent and comprehensive nature of the environmental review carried out by the Province of Alberta negated the need for the exercise of discretion by granting the relief sought. It would only bring about needless repetition of a process which has been exhaustively canvassed over the past twenty years.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1), [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] s. 91(12).
- Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C., 1985, c. F-15.
- Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10, s. 6.
- Department of Transport Act*, R.S.C., 1985, c. T-18.
- Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, ss. 2, 3, 5, 6, 8, 10, 12, 13, 21, 22.
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 603.
- Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 35, 37(1),(2), 40(1).
- International River Improvements Act*, R.S.C., 1985, c. I-20.
- Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22, ss. 4, 5(1), 6(4).
- Navigable Waters Works Regulations*, C.R.C., c. 1232, ss. 4, 5, 6, 7.
- Water Resources Act*, R.S.A. 1980, c. W-5.

Les facteurs environnementaux ne sont soulevés ni par la *Loi sur les pêcheries* ni par la *Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, et le ministre des Pêches et des Océans ne serait justifié d'aucune manière de mettre en cause le ministre de l'Environnement ou de déclencher l'application du Décret sur les lignes directrices.

Dans l'affaire *Fédération canadienne de la faune*, un bref de *certiorari* et un bref de *mandamus* ont été accordés pour arrêter la construction de barrages sur la rivière Souris, un cours d'eau international. Cette affaire est clairement différente de l'espèce. La loi applicable dans cette affaire était la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*, qui exige l'approbation préalable des projets par le ministre de l'Environnement. En l'espèce, aucune approbation préalable d'un ministre fédéral n'est nécessaire. Dans cet arrêt, le Décret sur les lignes directrices est entré en jeu parce que le ministre de l'Environnement se trouvait directement concerné.

L'espèce ne présente pas une situation justifiant le tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder les redressements recherchés. Un grand nombre des membres de la requérante étaient au courant de l'existence du projet et s'y étaient opposés depuis le début des années 1970. La présente requête n'a cependant pas été déposée avant avril 1989, presque deux ans après que l'approbation ait été accordée et alors que le projet était déjà complété à 40%. Rien ne justifie la requérante d'avoir permis le déroulement de toutes ces activités avant d'entamer la présente contestation. De plus, en raison de l'étendue et du caractère exhaustif de l'examen des incidences environnementales effectué par la province d'Alberta, il n'est pas nécessaire que le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire en accordant le redressement sollicité. Cette mesure entraînerait inutilement la répétition d'une procédure qui a fait l'objet d'un examen complet au cours des vingt dernières années.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, art. 2, 3, 5, 6, 8, 10, 12, 13, 21, 22.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), Appendice II, No. 5], art. 91(12).
- Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), chap. N-22, art. 4, 5(1), 6(4).
- Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), chap. E-10, art. 6.
- Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. (1985), chap. F-15.
- Loi sur le ministère des Transports*, L.R.C. (1985), chap. T-18.
- Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*, L.R.C. (1985), chap. I-20.
- Loi sur les pêcheries*, L.R.C. (1985), chap. F-14, art. 35, 37(1),(2), 40(1).
- Règlement sur les ouvrages construits dans les eaux navigables*, C.R.C., chap. 1232, art. 4, 5, 6, 7.
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 603.
- Water Resources Act*, R.S.A. 1980, chap. W-5.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment), [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 26 F.T.R. 245 (T.D.), aff'd by (1989), 99 N.R. 72 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Finlay v. Canada (Minister of Finance), [1986] 2 S.C.R. 607; 33 D.L.R. (4th) 321; (1986), 71 N.R. 338; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 C.P.C. (2d) 289; 23 Admin. L.R. 197.

COUNSEL:

Kim C. Roberts for applicant, Friends of the Oldman River Society.

Brian J. Saunders for respondents, Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans.

Andrea B. Moen for respondent, Her Majesty the Queen in Right of Alberta as represented by the Minister of Public Works, Supply and Services.

SOLICITORS:

Nadler, Thau, Roberts & Lee, Vancouver, for applicant, Friends of the Oldman River Society.

Deputy Attorney General of Canada for respondents, Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans.

Milner & Steer, Edmonton, for respondent, Her Majesty the Queen in Right of Alberta as represented by the Minister of Public Works, Supply and Services.

The following are the reasons for order rendered in English by

JEROME A.C.J.: This matter came on for hearing at Edmonton, Alberta on July 21, 1989. On August 11, 1989 I dismissed the application from the bench and indicated that these written reasons would follow. The application is for:

- 1) an order by way of *certiorari* quashing the approval issued by the Minister of Transport pursuant to the *Navigable Waters Protection*

JURISPRUDENCE

DÉCISION DISTINGUÉE:

Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement), [1989] 3 C.F. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 26 F.T.R. 245 (1^{re} inst.); confirmée par (1989), 99 N.R. 72 (C.A.F.).

DÉCISION MENTIONNÉE:

Finlay c. Canada (Ministre des Finances), [1986] 2 R.C.S. 607; 33 D.L.R. (4th) 321; (1986), 71 N.R. 338; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 C.P.C. (2d) 289; 23 Admin. L.R. 197.

AVOCATS:

Kim C. Roberts pour la requérante Friends of the Oldman River Society.

Brian J. Saunders pour le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans intimés.

Andrea B. Moen pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta représentée par le ministre des Travaux publics, des Approvisionnements et des Services.

PROCUREURS:

Nadler, Thau, Roberts & Lee, Vancouver, pour la requérante Friends of the Oldman River Society.

Le sous-procureur général du Canada pour le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans intimés.

Milner & Steer, Edmonton, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta représentée par le ministre des Travaux publics, des Approvisionnements et des Services.

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

LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: La présente affaire a été entendue à Edmonton, en Alberta, le 21 juillet 1989. Le 11 août 1989, j'ai rejeté à l'audience la demande présentée, en indiquant que les présents motifs suivraient. La demande sollicitée:

- 1) une ordonnance cassant par voie de *certiorari* l'approbation donnée par le ministre des Transports conformément à la *Loi sur la protection*

Act, R.S.C., 1985, c. N-22 (hereinafter NWP) granting permission to carry out works in relation to construction of a dam on Oldman River;

2) a writ of *mandamus* directing the Minister of Transport to comply with the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467 (hereinafter, the "Guidelines Order") in relation to the application by the Alberta Department of the Environment for an approval under the NWP;

3) a declaration that construction and operation of the dam has had and/or may have an environmental effect in the area of federal responsibility relating to inland and coastal fisheries and that the Department of Fisheries & Oceans is the initiating department for the purposes of the Guidelines Order; and

4) a writ of *mandamus* requiring the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the Guidelines Order, in relation to construction of the dam.

The facts in this matter are outlined in the affidavits filed in support of each of the parties' positions and the cross-examinations conducted thereupon.

In May, 1958 as part of a preliminary analysis of potential water storage sites, the Alberta government requested the Prairie Farm Rehabilitation Administration (PFRA) of the federal Department of Agriculture to determine the feasibility of constructing a water storage reservoir at a site called Livingstone Gap. The PFRA submitted its report in December, 1966 raising doubts about the Livingstone Gap site but suggesting the Three Rivers site on the Oldman River (the site eventually chosen) for further investigation. Accordingly the Alberta Department of the Environment, through the formation of an eighteen member Technical Committee, initiated Phase I of the Oldman River Planning Studies in July, 1974 which dealt with water demand and potential storage sites on the Oldman River and its tributaries.

des eaux navigables, L.R.C. (1985), chap. N-22 pour autoriser l'exécution des travaux relatifs à la construction d'un barrage sur la rivière Oldman;

^a 2) un bref de *mandamus* ordonnant au ministre des Transports de se conformer au *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467 (ci-après appelé le «Décret sur les lignes directrices») en ce qui concerne la demande présentée par le ministère de l'Environnement de l'Alberta pour obtenir une approbation sous le régime de la *Loi sur la protection des eaux navigables*;

^b 3) une conclusion déclaratoire portant que la construction et l'exploitation du barrage a eu et/ou risque d'avoir des incidences environnementales sur le champ de compétence fédérale que constituent les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur, et que le ministère des Pêches et des Océans est le ministère responsable pour les fins du Décret sur les lignes directrices; et

^c 4) un bref de *mandamus* enjoignant au ministre des Pêches et des Océans de se conformer au Décret sur les lignes directrices en ce qui a trait à la construction du barrage.

^d Les faits de la présente affaire se trouvent exposés dans les affidavits déposés à l'appui des prétentions des différentes parties ainsi que dans les contre-interrogatoires menés à leur égard.

^e En mai 1958, dans le cadre d'une étude préliminaire concernant des emplacements susceptibles d'être utilisés pour l'emmagasinement des eaux, le gouvernement de l'Alberta a demandé à la Prairie Farm Rehabilitation Administration [devenue l'Administration du rétablissement agricole des prairies (ARAP)] du ministère fédéral de l'Agriculture d'apprécier la faisabilité de la construction d'un réservoir d'emmagasinement des eaux sur un emplacement appelé Livingstone Gap. L'ARAP a remis son rapport en décembre 1966. Elle y énonçait des doutes au sujet de Livingstone Gap mais suggérait que des études plus poussées soient menées relativement à l'emplacement de Three Rivers de la rivière Oldman (qui a finalement été choisi). Donnant suite à ces recommandations, le ministère de l'Environnement de l'Alberta a initié

In July, 1976 the reports of the Technical Committee dealing with water demand, water supply and environmental considerations including parks, recreation, fish, wildlife, archaeology, sedimentation and water quality were released to the public. Volume Three of the report dealt with preliminary environmental and social impacts of identified water storage sites.

The public was given the opportunity to respond to those reports in public meetings and through written submissions. From these responses, issues were identified and Phase II Planning Studies were commenced. The Phase II studies were carried out by a six member Management Committee, the purpose of which was to make recommendations regarding overall water management in the Oldman River Basin, incorporating the concerns of area residents, including such issues as salinization, sedimentation, recreation, fish habitat and other environmental issues relating to various dam sites. The Management Committee provided for information exchange with the public through various forums:

- press releases and conferences;
- open house public information exchange sessions;
- twenty-two meetings on local levels;
- public workshops addressing concerns raised by the public; and
- meetings with various affected groups, as well as public interest groups.

The final report of the Phase II studies was released in August, 1978 and over 3,000 copies

la Phase I des études de planification prévisionnelles de la rivière Oldman en juillet 1974 en mettant sur pied un comité technique de dix-huit membres et en lui confiant le mandat d'examiner les besoins en eau et de déterminer quels emplacements de la rivière Oldman et de ses affluents seraient susceptibles de servir à l'emmagasinement de l'eau. En juillet 1976, les rapports du comité technique touchant les besoins en eau, les approvisionnements en eau et les considérations environnementales en cause, notamment celles ayant trait aux parcs, aux loisirs, au poisson, à la faune, à l'archéologie, à la sédimentation et à la qualité de l'eau, ont été rendus publics. Le troisième volume de ce rapport comportait une appréciation préliminaire des incidences environnementales et sociales liées au choix de certains emplacements déterminés pour l'emmagasinement de l'eau.

La population s'est vu accorder la possibilité de manifester sa réaction à ces rapports en se prononçant à cet égard lors d'assemblées publiques et en présentant des observations écrites. Les réactions obtenues ont permis de préciser certains enjeux, et la Phase II des études de planification prévisionnelles a été entamée. Les études de la Phase II ont été menées par un comité de gestion composé de six personnes, qui avait pour mandat de présenter des recommandations concernant la gestion générale du bassin de la rivière Oldman qui traiteraient des préoccupations des résidents de cette région, notamment de celles ayant trait à la salinisation, à la sédimentation, aux loisirs, à l'habitat du poisson et à d'autres questions environnementales touchant différents emplacements envisagés pour le barrage. Le comité de gestion a utilisé diverses tribunes pour échanger des renseignements avec le public:

- des communiqués et des conférences de presse;
- des séances publiques ouvertes d'échange de renseignements;
- vingt-deux assemblées locales;
- des ateliers publics portant sur des questions soulevées par la population; et
- des rencontres avec divers groupes de personnes touchées par l'ouvrage envisagé et avec des associations de défense du public.

Le rapport final des études de la Phase II a été divulgué en août 1978; plus de 3 000 copies de

were distributed to libraries, groups and individuals. Information centres were established across the Basin to provide residents with the opportunity to review and comment on the report.

In July, 1978 the Environment Council of Alberta (ECA) was ordered to hold public hearings on the management of water resources within the Oldman River Basin. The terms of reference included consideration of conservation, management and utilization of water resources within the Basin, and the merits of alternative means of providing for future water requirements. Ten public meetings were held in an informal, non-judicial atmosphere and 200 presentations were received representing the interests of businesses, agricultural committees, Indian Bands, local governments, environmental and other special interest groups and individuals. In its report submitted August, 1979 the ECA recommended that if a dam was necessary, the Brockett site be considered over the Three Rivers site.

The Alberta government announced plans in August, 1980 to build a dam on the Oldman River but the decision regarding the exact site was deferred until submissions were received from the Peigan Indian Band, as the Brockett site suggested by the ECA was located on the Peigan Reserve. The Weasel Valley Studies conducted by the Peigan Indian Band covered matters including: social-economic impacts, water use for industry, land irrigability classification, wildlife resources, historical resources inventory, water quality, fish resources and potential recreational development.

In 1981 the Regional Screening and Co-ordinating Committee (RSCC), a committee of the federal Department of the Environment, registered and reviewed the Alberta proposal to construct a dam on the Oldman River. The RSCC is composed of officials from Environment Canada, the Depart-

celui-ci ont été distribuées aux bibliothèques, aux groupes et aux particuliers. Des centres de renseignements ont été établis à travers la région du bassin de la rivière Oldman pour permettre aux résidents d'examiner le rapport et de faire valoir leur point de vue à son sujet.

En juillet 1978, il a été ordonné à l'Environment Council of Alberta (ECA) de tenir des audiences publiques sur la gestion des ressources en eau du bassin de la rivière Oldman. Le mandat confié à cet organisme prévoyait l'examen des questions relatives à la conservation, à la gestion et à l'utilisation des ressources en eau du bassin; il comprenait également l'appréciation des autres moyens susceptibles de satisfaire les besoins en eau futurs. Dix assemblées publiques ont été organisées. Dans une atmosphère informelle et non judiciaire, 200 présentations ont été reçues, qui faisaient valoir les intérêts de commerces, de comités agricoles, de bandes d'Indiens, de gouvernements locaux, d'associations vouées à la protection de l'environnement et d'autres groupes à revendications spéciales ainsi que de particuliers. Dans son rapport, qui a été soumis en août 1979, l'ECA a recommandé que l'emplacement de Brockett soit préféré à celui de Three Rivers, dans l'hypothèse où un barrage était nécessaire.

Le gouvernement de l'Alberta a annoncé en août 1980 son projet de construire un barrage sur la rivière Oldman; le choix du site exact de cet ouvrage a cependant été reporté jusqu'à la réception des observations de la Bande indienne de Peigan, dont la réserve comprenait le site de Brockett suggéré par l'ECA. Les études de Weasel Valley menées par la Bande indienne de Peigan traitaient de questions touchant notamment les incidences socio-économiques du projet, l'utilisation de l'eau à des fins industrielles, la classification du sol selon la possibilité de l'irriguer, les ressources fauniques, l'inventaire des éléments historiques, la qualité de l'eau, les ressources de poisson, et la mise en valeur des possibilités récréatives de la région.

En 1981, le Comité régional de sélection et de coordination (CRSC), qui relève du ministère fédéral de l'Environnement, a enregistré et examiné le projet de l'Alberta de construire un barrage sur la rivière Oldman. Le CRSC, qui est composé de fonctionnaires d'Environnement

ments of Fisheries and Oceans and Forestry Canada and its purpose is to ensure that proposals, initiatives, undertakings or activities which may have environmental implications of concern to the federal government are subjected to appropriate environmental review. All projects which may have environmental implications for federal lands or other federal interests are registered and examined to determine the exact federal lands or interests affected, potential environmental impacts, and possible action to address the concerns of the participating bodies of the RSCC. The project on the Oldman River was actively followed by the RSCC until 1984 when it was decided that the dam would not be built on Indian lands. In 1987 the RSCC received a request from the Department of Indian and Northern Affairs to evaluate the impact of the project on the Peigan Indian Reserve located a short distance downstream from the Three Rivers site. It was concluded that generally the effects would be either favourable or mitigable.

On August 8, 1984 the Alberta government announced that a dam would be built at the Three Rivers site on the Oldman River. At this point, design of the dam commenced and development of an Environmental Mitigation/Opportunities Action Plan (the Plan) was initiated. The Plan generated numerous studies relating to all areas of environmental concern. Mechanisms were established providing for ongoing dissemination of information to and input from the public. Six sub-committees were formed focusing on recreation, agriculture, land use, fish, wildlife, historical resources and transportation which carried out reviews and environmental assessments.

The Alberta Ministry of the Environment appointed a Local Advisory Committee (LAC) in January, 1985 to provide input on Regional and Municipal District interests and area farming matters, the relocation of reservoir crossings, local fish and wildlife concerns, recreational opportunities and the development of a reservoir land use plan.

Canada, du ministère des Pêches et des Océans et de Forêts Canada, a pour objet d'assurer que les projets, les initiatives, les entreprises ou les activités qui peuvent avoir des incidences environnementales intéressant le gouvernement fédéral soient soumis à l'examen qui convient à cet égard. Tous les projets pouvant avoir des incidences environnementales touchant des terres fédérales ou d'autres intérêts fédéraux sont enregistrés et examinés afin que soient circonscrits avec exactitude les terres et les intérêts fédéraux visés, les incidences possibles de ces projets sur l'environnement et les mesures qui s'offrent à l'égard des préoccupations des organismes participant au CRSC. Le projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman a été suivi activement par le CRSC jusqu'à ce qu'il soit décidé, en 1984, que le barrage ne serait pas construit sur des terres indiennes. En 1987, le ministère des Affaires indiennes et du Nord a demandé au CRSC d'évaluer les incidences du projet sur la réserve indienne de Peigan située à une courte distance en aval de l'emplacement de Three Rivers. Il a été conclu que, de façon générale, ces incidences seraient soit favorables, soit susceptibles d'être atténuées.

Le 8 août 1984, le gouvernement de l'Alberta a annoncé la construction d'un barrage sur l'emplacement de Three Rivers de la rivière Oldman. La conception du barrage et l'élaboration d'un plan d'atténuation ou d'exploitation des incidences environnementales (que nous appellerons «le plan») qui en découlaient ont alors commencé. Ce plan a généré de nombreuses études touchant toutes les questions environnementales en cause. Des mécanismes ont été établis pour renseigner le public et recevoir ses réactions de façon continue. Six sous-comités ont été constitués qui ont respectivement mené des études et procédé à des évaluations environnementales du projet en ce qui touchait les loisirs, l'agriculture, l'utilisation des terres, le poisson, la faune, les éléments historiques et le transport.

En janvier 1985, le ministère de l'Environnement de l'Alberta a nommé un comité consultatif local (CCL) en lui confiant le mandat de fournir des données sur les intérêts du district municipal et régional concerné et sur les questions agricoles régionales, le remplacement des passages du réservoir, les intérêts locaux touchant le poisson et la

As the Peigan Indian Reserve is located approximately three kilometres downstream from the dam site, the Alberta government agreed in 1986 to fund the Peigan Band for an independent study on the impact of the dam on the Band. For the purposes of this study the Peigans were given access to technical data, studies and Alberta personnel and departments.

An application for approval under the NWSA was made by the Alberta Department of the Environment on March 10, 1986 and in August of that same year advertisements appeared in local newspapers regarding this application. Approval for construction of the dam was issued by the federal Minister of Transport on September 18, 1987. The approval authorizes work in terms of its effect on marine navigation, and a number of conditions were imposed with regards to measures to be taken to ensure vessel safety during and after construction. The approval also required that the work commence within six months and be completed within three years from the date of issuance of the approval.

In May, 1986 the governments of Alberta and Canada entered into an agreement concerning environmental impact assessments of projects in the province. Alberta was to apply its environmental assessment procedures where primary responsibility for the approval of development initiatives was within its constitutional jurisdiction. It was agreed that Alberta shall ensure that the relevant interests and concerns of the federal government are included and addressed in any environmental impact assessment procedures undertaken.

Construction of works related to the dam was commenced in the fall, 1986 and the contract for the construction of the dam was awarded to Stevenson Construction in February, 1988. In that same month the Alberta Minister of the Environment issued an interim licence pursuant to the

faune, les possibilités offertes en matière de loisirs ainsi que l'élaboration d'un plan d'utilisation des terrains du réservoir. La réserve indienne de Peigan se trouvant située à environ trois kilomètres en aval de l'emplacement du barrage, le gouvernement de l'Alberta a convenu en 1986 d'octroyer à la bande des Indiens de Peigan les fonds nécessaires à la tenue d'une étude indépendante sur les incidences que le barrage aurait sur elle. Pour les fins de cette étude, les Indiens de Peigan se sont vu accorder l'accès à des données techniques, à des études de même qu'aux ministères et au personnel du gouvernement de l'Alberta.

Une demande d'approbation a été présentée sous le régime de la *Loi sur la protection des eaux navigables* par le ministère de l'Environnement de l'Alberta le 10 mars 1986, et, au cours du mois d'août de cette même année, des annonces ont paru dans les journaux locaux concernant cette demande. Le 18 septembre 1987, le ministère fédéral des transports délivrait une approbation relativement à la construction du barrage. Cette approbation autorise les travaux compte tenu de leurs incidences sur la navigation maritime; elle impose également l'adoption de plusieurs mesures visant à assurer la sécurité des bateaux pendant et après la construction. De plus, les travaux devaient commencer dans les six mois de la date de délivrance de l'approbation et être complétés dans les trois ans de celle-ci.

En mai 1986, le gouvernement de l'Alberta et le gouvernement du Canada ont conclu une entente au sujet des évaluations visant les incidences environnementales des projets réalisés dans cette province. Cette entente prévoyait que les procédures d'évaluation environnementales de l'Alberta seraient appliquées lorsque l'approbation des initiatives de développement ressortirait au premier chef à sa compétence constitutionnelle. Selon cet accord, l'Alberta s'assurerait que les procédures d'évaluation des incidences gouvernementales qui seraient entreprises traitent des préoccupations et des intérêts du gouvernement fédéral.

La construction d'ouvrages reliés au barrage a commencé à l'automne 1986, et le contrat de construction du barrage a été accordé à Stevenson Construction en février 1988. Au cours de ce même mois, sous le régime de la *Water Resources Act* [R.S.A. 1980, chap. W-5] de l'Alberta, le

Alberta *Water Resources Act* [R.S.A. 1980, c. W-5] authorizing construction of the dam for the purpose of impounding water for water management, flood control, flow regulation, conservation and recreation. The licence imposed conditions pertaining to the monitoring and measuring of the water flow and elevation, complaints relating to water supply sources affected by the dam, bridge and utility modifications, as well as requiring an operation strategy including an instream flow release plan, a fishery and wildlife mitigation plan, a flood action plan, a normal operations plan and an emergency preparedness plan.

Following the issuance of the licence, construction on the dam commenced. It is expected that the reservoir created by the dam will be filled in the spring of 1991. As of March, 1989 construction of the dam was 40% complete. The estimated budget for the dam and its related works was \$353.3 million.

The applicant, Friends of the Oldman River Society, was formed in 1987 to oppose construction of the dam on the Oldman River. Current membership is approximately 500 and includes people who allegedly are or will be affected by construction of the dam, those that used to live on the land that will be flooded or who use the land for fishing, hunting, canoeing and other activities.

The Southern Alberta Environmental Group forwarded a letter to the Minister of Fisheries and Oceans in August, 1987 setting out concerns regarding construction of the dam and requesting that an initial environmental assessment and public review be established pursuant to the Guidelines Order. The Minister responded that he would not be intervening in the matter since his regional staff had consulted with provincial government biologists who are responsible in Alberta for the day to day administration of fisheries management issues and potential problems

ministère de l'Environnement de cette province a délivré un permis provisoire qui autorisait la construction du barrage et l'endiguement de l'eau aux fins de permettre sa gestion, la régulation de son débit, sa conservation, le contrôle des inondations ainsi que la pratique d'activités récréatives. Le permis délivré imposait certaines conditions en ce qui concernait le contrôle et le mesurage du débit et du niveau de l'eau, les plaintes qui viseraient les sources d'approvisionnement en eau touchées par le barrage, le pont et les services publics devant être modifiés; de plus, il exigeait la mise sur pied d'une stratégie d'exploitation comportant un plan d'évacuation des débits excédentaires des eaux de ruissellement; un plan d'atténuation des incidences de l'ouvrage sur les pêches et sur la faune, un plan établissant les mesures à prendre au cas d'inondation, un plan d'exploitation courante et un plan sur les mesures d'urgence.

Une fois le permis délivré, la construction du barrage a commencé. Selon les prévisions, le réservoir créé par le barrage devrait être rempli pour le printemps 1991. En mars 1989, la construction du barrage était terminée à 40%. Le budget prévu pour la construction du barrage et de ses ouvrages accessoires était de 353,3 millions de dollars.

La requérante, Friends of the Oldman River Society, a été constituée en 1987 pour contester la construction d'un barrage sur la rivière Oldman. Elle compte environ 500 membres à l'heure actuelle; ce groupe comprend des personnes qui prétendent qu'elles sont ou seront touchées par la construction du barrage, des personnes qui vivaient sur des terrains dont l'inondation est prévue ainsi que des personnes qui utilisent les sites visés pour la pêche, la chasse, le canotage ou d'autres activités.

Le Southern Alberta Environmental Group a adressé une lettre au ministre des Pêches et des Océans en août 1987 pour lui faire part des inquiétudes que suscitait chez lui la construction du barrage et pour demander qu'une évaluation initiale des incidences environnementales et un examen public soient effectués conformément au décret sur les lignes directrices. Le ministre a répondu qu'il n'interviendrait pas dans ce dossier puisque son personnel régional avait été en contact avec les biologistes du gouvernement provincial qui sont responsables de la gestion courante des pêche-

associated with the dam were being addressed. Later that same year the applicant forwarded a letter to the federal Minister of the Environment setting out its concerns regarding the dam and referring to the unwillingness of the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the Guidelines Order and requesting that the Minister of the Environment ensure compliance with the said Order.

The Office of the Minister of the Environment responded that as the federal government is not directly involved with the proposal it would be inappropriate for Environment Canada or Fisheries and Oceans Canada to intervene directly. It was noted that Environment Canada had responsibility to ensure that the pollution control provisions of the *Fisheries Act* [R.S.C., 1985, c. F-14] are implemented and reviews had already been carried out in that regard. In her letter the Minister's Special Assistant concluded that: "In view of the long-standing administrative arrangements that are in place for the management of the environmental impact assessment proposals and the fisheries in Alberta, and because the potential problems associated with the dam are being addressed, it is not appropriate for Environment Canada to intervene."

The applicant again requested the federal Minister of the Environment in February, 1988 that the project be the subject of review under the Guidelines Order. The Minister's Special Assistant reiterated that: "the Oldman River dam project is a provincial initiative involving provincial land, and is not subject to the federal Environmental Assessment and Review Process. The federal government, therefore, has no authority to intervene and stop construction of the diversion tunnels and dam."

It is the applicant's position that the Guidelines Order mandates a consideration of the environmental impact of the project as it applies to areas of federal responsibility. As the dam will have environmental effects in federal areas of responsibility such as navigable waters and fisheries, the Ministers of Fisheries and Oceans and Transport have failed to meet their statutory obligations

ries de l'Alberta et que des dispositions seraient prises à l'égard des problèmes pouvant être reliés au barrage. Dans une lettre adressée au ministre fédéral de l'Environnement plus tard au cours de cette même année, la requérante évoquait ses inquiétudes concernant le barrage et le refus du ministre des Pêches et des Océans de se conformer au Décret sur les lignes directrices, pour demander au ministre de l'Environnement d'assurer le respect dudit décret.

Le cabinet du ministre de l'Environnement a répondu que le gouvernement fédéral n'était pas directement visé par la proposition en cause; selon lui, Environnement Canada ou Pêches et Océans Canada aurait été malvenu d'intervenir de façon directe. L'on a observé qu'il incombait à Environnement Canada d'assurer l'application des dispositions sur le contrôle de la pollution de la *Loi sur les pêcheries* [L.R.C. (1985), chap. F-14], en ajoutant que des examens avaient déjà été effectués à cet égard. Dans sa lettre, l'adjointe spéciale du ministre a conclu: [TRADUCTION] «Considérant les arrangements administratifs qui régissent depuis longtemps la réception des propositions relatives aux incidences environnementales et aux pêcheries de l'Alberta, et considérant que des mesures sont prises pour régler les problèmes susceptibles d'être causés par le barrage, Environnement Canada n'est pas justifié d'intervenir.»

En février 1988, la requérante a réitéré au ministre de l'Environnement sa demande que le projet soit assujéti à une révision conformément au Décret sur les lignes directrices. L'adjointe spéciale du ministre a répété que: [TRADUCTION] «le projet du barrage de la rivière Oldman est une initiative provinciale et vise des terres provinciales; il n'est pas assujéti à la procédure de l'évaluation et de l'examen environnementaux. En conséquence, le gouvernement fédéral n'est pas compétent à intervenir pour arrêter la construction des tunnels de dérivation et du barrage.»

La requérante soutient que le Décret sur les lignes directrices commande un examen des incidences environnementales du projet parce qu'il s'applique à des matières relevant de la responsabilité fédérale. Comme les incidences environnementales du barrage concerneront des matières ressortissant à la compétence fédérale, telles les eaux navigables et les pêcheries, le ministre des Pêches

under the Guidelines Order by not carrying out the required environmental assessment.

In response to the province's position that it is not bound by the NWPA, the applicant maintains that the province is required to seek the approval of the Minister of Transport pursuant to section 4 of that Act. In the alternative, it is argued that the province is bound since it has already subjected itself to the Act by applying for and obtaining approval under section 5. The applicant also points out that the federal government has authority for sea coast and inland fisheries pursuant to subsection 91(12) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982, Item I*] [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] and according to the provisions of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 any work that would result in harmful alteration of fish habitat must be authorized by the Minister. It is submitted that the province has not sought this approval, nor can the federal government delegate this authority to the province.

Once federal responsibility for these areas of concern is established, the applicant argues that pursuant to sections 2, 3, 10, 12, 13, 21, and 22 of the Guidelines Order, the Ministers of Fisheries and Oceans and Transport are "decision making" authorities with regards to this proposal. They become therefore "initiating departments" and are required to subject this proposal to an initial screening, and then refer it to the federal Minister of the Environment for public review since there are significant environmental implications and public concern is such that public review is desirable. Since the Minister of Transport has not complied with the Guidelines Order, *certiorari* should issue to quash the approval issued under the NWPA and *mandamus* should issue against the Ministers of Transport and Fisheries and Oceans to compel compliance with the Guidelines Order.

et des Océans et le ministre des Transports ont fait défaut de respecter les obligations que leur impose le Décret sur les lignes directrices en n'effectuant pas l'examen environnemental requis par ces dispositions.

Contestant le point de vue de la province selon lequel ce ressort n'est pas lié par les dispositions de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, la requérante soutient que la province est tenue de demander l'approbation du ministre des Transports en vertu de l'article 4 de cette Loi. Subsidiativement, la requérante prétend que la province est liée par cette Loi puisqu'elle s'est déjà placée sous son régime en demandant et en obtenant une approbation conformément à l'article 5. La requérante souligne également que le gouvernement fédéral possède la compétence en matière de pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur en vertu du paragraphe 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 5]] et que, sous le régime des dispositions de la *Loi sur les pêcheries*, L.R.C. (1985), chap. F-14, tout ouvrage susceptible d'entraîner la détérioration de l'habitat du poisson doit être autorisé par le ministre. Il est soutenu que la province n'a pas demandé cette approbation et que le gouvernement n'est pas habilité à déléguer un tel pouvoir à la province.

Selon la requérante, une fois la compétence fédérale établie à l'égard des matières sur lesquelles portent les préoccupations concernées, le ministre des Pêches et des Océans et le ministre des Transports «exercent le pouvoir de décision» à l'égard de cette proposition en vertu des articles 2, 3, 10, 12, 13, 21 et 22 du Décret sur les lignes directrices. Ils deviennent donc les «ministères responsables», et ils doivent soumettre la proposition concernée à un examen préalable, pour ensuite la soumettre au ministre fédéral de l'Environnement pour examen public, puisque ses incidences environnementales seraient importantes et que les préoccupations du public rendent un tel examen souhaitable. Le ministre ne s'étant pas conformé au Décret sur les lignes directrices, un bref de *certiorari* devrait être délivré pour casser l'approbation délivrée sous le régime de la *Loi sur la*

The applicant further contends that section 8 of the Guidelines Order regarding duplication avoidance is not applicable here as the Ministers and Departments of Transport and Fisheries and Oceans are not a board, agency or regulatory body as defined by the Order. Even if the section was applicable, there would be no duplication because the proposal has not been reviewed by a body having the responsibilities of the Ministers of Transport and Fisheries and Oceans, nor has there been a public review as contemplated by the Order.

On the question of the Court's discretionary nature of the relief sought, the applicant advances three arguments. First, the purpose of the Guidelines Order to provide an opportunity for environmental review will be defeated if this application is not granted. Second, the applicant has been diligent in requesting public review since its formation, and did not bring this application sooner due to legal advice that *mandamus* would not lie with respect to non-compliance with the Guidelines Order. With the decisions in *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 26 F.T.R. 245 (T.D.); (aff'd by (1989), 99 N.R. 72 (F.C.A.)); *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; 33 D.L.R. (4th) 321; (1986), 71 N.R. 338; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 C.P.C. (2d) 289; 23 Admin. L.R. 197, the applicant realized the possibility of the availability of these remedies to a public interest group and the failure to file sooner was not a result of bad faith. Third, *mandamus* issued in the *Canadian Wildlife* case and the facts here are not dissimilar.

protection des eaux navigables et un bref de *mandamus* devrait délivré contre le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans pour les enjoindre de se conformer au Décret sur les lignes directrices. La requérante soutient également que l'article 8 du Décret sur les lignes directrices, qui veut éviter le chevauchement des responsabilités, n'est pas applicable en l'espèce; selon elle, ni les ministres des Transports et des Pêches et des Océans ni leurs ministères ne constituent une commission, un organisme ou un organisme de réglementation au sens de la définition du Décret. Même dans l'hypothèse où cet article serait applicable, il n'y aurait pas de chevauchement puisque la proposition visée n'a pas été examinée par un organisme investi des responsabilités du ministre des Transports et du ministre des Pêches et des Océans et que l'examen public prévu dans l'ordonnance n'a pas eu lieu.

La requérante présente trois arguments au sujet du caractère discrétionnaire du redressement recherché auprès de la Cour. Premièrement, l'objet du Décret, qui est de rendre possible un examen des questions environnementales en cause, serait contrecarré si la demande était rejetée. Deuxièmement, une fois constituée, la requérante a fait montre de diligence dans sa demande d'un examen public; la présente demande n'a pas été présentée plus tôt parce que la requérante s'était fondée sur une opinion juridique concluant que l'omission de se conformer au Décret sur les lignes directrices ne donnait pas lieu à un recours en *mandamus*. La requérante n'a constaté la possibilité que des associations de défense du public aient accès à de tels redressements qu'avec le prononcé des arrêts *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 26 F.T.R. 245 (1^{re} inst.); (confirmé par (1989), 99 N.R. 72 (C.A.F.)); et *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; 33 D.L.R. (4th) 321; (1986), 71 N.R. 338; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 C.P.C. (2d) 289; 23 Admin. L.R. 197; ainsi l'omission de présenter sa demande plus tôt n'était-elle pas due à de la mauvaise foi. Troisièmement, un bref de *mandamus* a été délivré dans l'affaire *Fédération canadienne de la faune*, dont les faits sont semblables à ceux de la présente espèce.

Finally, the applicant relies on *Finlay* for the principle that public interest standing is a matter of judicial discretion that must be exercised within the parameters of the following four fold test:

- 1) Is there a justiciable issue?
- 2) Is there a serious issue?
- 3) Does the plaintiff have a genuine interest in the issue?
- 4) Is there no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court?

The applicant maintains it satisfies this test and has standing to bring this motion.

Counsel for the respondents, the Ministers of Transport and Fisheries and Oceans argues that federal departments are not obliged to invoke the process of the Guidelines Order just because a project may have environmental impact on an area over which Parliament has legislative competence. In order for the Guidelines to apply, a federal department must participate in the sense of making a decision in connection with a provincial project, as was held in the *Canadian Wildlife* case. Furthermore, it is contended that while the province is bound by the NWPA, the Guidelines Order does not apply to the Minister of Transport making decisions under the NWPA. Approval under that Act authorizes work only in terms of its effect on marine navigation and in granting such approval under subsections 5(1) or 6(4) the Minister may only take into consideration matters relating to the project's effect on marine navigability. In addition, the NWPA provides for approval either before, during or after construction of a project and is thereby inconsistent with the Guidelines Order which contemplates occurrence of the

Finally, la requérante, s'appuyant sur l'arrêt *Findlay*, allègue le principe selon lequel la qualité pour agir dans l'intérêt public fait l'objet d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire qui doit s'exercer en respectant les quatre paramètres du critère suivant:

- a 1) Existe-t-il une question relevant de la compétence des tribunaux?
- b 2) Existe-t-il une question sérieuse à trancher?
- 3) La partie demanderesse possède-t-elle un intérêt véritable dans la question soulevée?
- c 4) Existe-il un autre moyen raisonnable et efficace qui permette de porter la question soulevée devant la Cour?

La requérante soutient qu'elle satisfait à ce critère et qu'elle possède la qualité voulue pour présenter la requête en l'espèce.

L'avocat du ministre des Transports et du ministre des Pêches et des Océans intimés soutient que les ministères fédéraux ne sont pas tenus d'invoquer le processus prévu au Décret sur les lignes directrices dès lors qu'un projet risque d'avoir des incidences environnementales à l'égard d'une matière de compétence législative fédérale. Ainsi qu'il a été décidé dans l'arrêt *Fédération canadienne de la faune*, pour que les lignes directrices s'appliquent, la participation d'un ministère fédéral, c'est-à-dire le fait qu'il prenne une décision en liaison avec un projet provincial, est nécessaire. Il est également soutenu que, bien que la province soit assujettie à la *Loi sur la protection des eaux navigables*, le Décret sur les lignes directrices n'est pas applicable au ministre des Transports lorsqu'il prend des décisions sous le régime de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. L'approbation prévue à cette Loi autorise l'ouvrage dans la seule mesure de ses conséquences sur la navigation maritime, et, lorsqu'il accorde une telle approbation conformément aux paragraphes 5(1) ou 6(4), le ministre ne peut prendre en considération que les questions se rapportant aux incidences du projet sur la navigabilité des eaux. De plus, l'approbation stipulée à la *Loi sur la protection des eaux navigables* est donnée soit avant, soit pendant, soit après la construction de l'ouvrage projeté, en sorte qu'elle est incompatible avec le Décret sur les lignes directrices, qui prévoit que le processus

environmental review process before irrevocable decisions are taken.

Similarly, it is contended that the Department of Fisheries and Oceans is not bound by the provisions of the Guidelines Order in that it is not an "initiating department" faced with a "proposal" thereunder as the Minister has not been called upon to make a decision pertaining to the project, nor has he made one. In addition, section 35 of the *Fisheries Act* is inconsistent with the Guidelines Order since the Minister's considerations thereunder are limited by the purpose of the section and an application could not be refused for other reasons.

Counsel for the Ministers of Transport and Fisheries and Oceans further contends, based on the reasoning in the *Canadian Wildlife* case, that the Guidelines Order should not be applied where a duplication of efforts undertaken by another authority would occur. It is pointed out that in conducting its environmental studies, Alberta has examined areas of both federal and provincial interest, as did the Peigan Indian Band.

It is also submitted that pursuant to Rule 603 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] a declaration is not available by way of an originating motion absent special circumstances, which do not exist here.

Finally, this respondent argues that the discretionary remedies sought by the applicant should be refused based on the unreasonable delay of the applicant in bringing this application before the Court and the duplication of the environmental review process that would occur should the application be allowed.

The respondent, Minister of Public Works, Supply and Services for the Province of Alberta argues that in the absence of clear language binding the Crown in the right of any province, the provisions of the NWPA do not require a province

d'examen des incidences environnementales d'un projet se déroulera avant que des décisions irrévocables ne soient prises.

^a De la même manière, il est prétendu que le ministère des Pêches et des Océans n'est pas lié par les dispositions du Décret sur les lignes directrices parce que, n'ayant pas été appelé à prendre une décision concernant le projet et n'ayant pas pris de telle décision, il ne constitue pas un «ministère responsable» saisi d'une «proposition» présentée sous le régime de celui-ci. De plus, l'article 35 de la *Loi sur les pêcheries* est incompatible avec le Décret sur les lignes directrices puisque les éléments pouvant être pris en considération par le ministre en vertu de cet article sont limités par l'objet de celui-ci et qu'une demande ne pourrait être rejetée pour des motifs autres que ceux qu'il prévoyait.

^d L'avocat des ministres des Transports et des Pêches et des Océans, s'appuyant sur le raisonnement tenu dans l'arrêt *Fédération canadienne de la faune*, soutient également que le Décret sur les lignes directrices ne devrait pas s'appliquer là où il y aurait chevauchement des efforts entrepris par une autre autorité. Il souligne que, en effectuant ses études environnementales, l'Alberta, comme la Bande indienne de Peigan, a examiné des questions intéressantes à la fois le gouvernement provincial et le gouvernement fédéral.

^g Il est également soutenu que la Règle 603 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] ne rend un jugement déclaratoire accessible par voie de requête introductive d'instance qu'en présence de certaines circonstances particulières, non rencontrées en l'espèce.

^h Finalement, le présent intimé soutient que les redressements discrétionnaires recherchés par la requérante devraient être refusés parce que cette dernière a mis un temps déraisonnable à présenter la demande en l'espèce à la Cour et qu'il y aurait chevauchement de processus d'examen des incidences environnementales si la demande était accueillie.

^j Un autre intimé, le ministre des Travaux publics, des Approvisionnements et des Services de la province d'Alberta, soutient que, si elles ne comportent des termes liant clairement la Couronne du chef d'une province, les dispositions de la

to seek approval. If that proposition is sound, it cannot be prejudiced by the mere fact that the province has already sought and obtained such approval nor could an order from this Court quashing such approval in any way adversely affect the right of the province to proceed with the project. Counsel underlines the fact that Alberta has withdrawn its application to the Minister and indeed an order of this Court quashing it would be welcomed by the province. Certainly should such an order issue, the province has no intention of making a fresh application. As a minimum result, there is certainly no current proposal before the Minister of Transport which could properly form the basis of an order of *mandamus*.

Counsel for the province maintains that the Minister of Fisheries and Oceans has no jurisdiction to order public review under the Guidelines Order. Based on a plain and common sense reading of the provisions of the Guidelines Order and the interpretation adopted by the Court in *Canadian Wildlife*, a federal department must have a "proposal" before it on which a decision must be made before that department has jurisdiction to implement the Guidelines Order, and the Minister of Fisheries and Oceans is not in that position here. In *Canadian Wildlife*, it is argued, the Court held that a "decision making responsibility" under the Guidelines Order means issuing a licence or approval on a particular aspect of a proposal.

All of the environmental assessments and public review hearings that have occurred since the building of the dam was initially discussed have been outlined by the province and it is submitted that this demonstrates that not only duplication, but triplication, would occur if the Guidelines Order was enforced. Furthermore, most of the activity contemplated by it took place prior to the enactment of the "Guidelines Order" legislation. Should

Loi sur la protection des eaux navigables n'obligent pas cette dernière à demander l'approbation qu'elles prévoient. Dans l'hypothèse où cette proposition serait fondée, elle ne saurait être écartée pour le seul motif que la province a déjà demandé et obtenu une telle approbation, et une ordonnance de cette Cour annulant une telle approbation ne saurait nuire d'aucune façon au droit de la province de réaliser son projet. L'avocate de cet intimé souligne que l'Alberta a retiré la demande qu'elle avait présentée au ministre, en faisant valoir que cette province serait certes heureuse que notre Cour rende une ordonnance annulant une telle approbation. Il est certain que la province ne projette pas de présenter une nouvelle demande dans l'hypothèse où une telle ordonnance serait prononcée. En conséquence, à tout le moins, il est certain qu'aucune proposition pouvant valablement fonder une ordonnance de *mandamus* ne se trouve actuellement soumise au ministre.

L'avocate de la province prétend que le ministre des Pêches et des Océans ne possède pas la compétence voulue pour ordonner un examen public sous le régime du Décret sur les lignes directrices. Si l'on interprète les dispositions du Décret sur les lignes directrices de façon simple et suivant leur sens commun, tout en tenant compte de l'interprétation adoptée par la Cour dans l'arrêt *Fédération canadienne de la faune*, un ministère fédéral ne devient investi de la compétence nécessaire à l'application du Décret sur les lignes directrices qu'une fois saisi d'une «proposition» commandant une décision de sa part. En l'espèce, telle n'est pas la situation du ministre des Pêches et des Océans. Dans l'arrêt *Fédération canadienne de la faune*, est-il soutenu, la Cour a conclu que le terme «participe à la prise de décisions» du Décret sur les lignes directrices désigne la délivrance d'un permis ou le prononcé d'une approbation concernant un aspect particulier d'une proposition.

Toutes les évaluations d'incidences environnementales et toutes les audiences relatives à des examens publics qui se sont déroulées depuis les discussions initiales sur la construction du barrage ont été décrites dans leurs lignes générales par la province, et il est prétendu que l'application du Décret sur les lignes directrices ferait non seulement double emploi mais «triple emploi». De plus, la plupart des activités envisagées par celle-ci ont

the Court now enforce it, it would give the Order retroactive effect, and ignore the effect of the federal/provincial agreement intended to avoid duplication. Retroactive force should not be ascribed to new laws unless the law is clear that it intends to have such effect. Here, that effect is not clear and the Guidelines Order should not be enforced on a project where the decision to proceed was made prior to its enactment.

Further, the province maintains that the applicant cannot establish standing under *Finlay* as it does not meet the test outlined therein. Neither the applicant nor any of its members will be directly affected by the building of the dam, nor do they have any direct proprietary interest in the land over which the dam is being built. In addition, the issue relating to the Department of Fisheries and Oceans could be dealt with by the criminal courts under sections 35 and 40 of the *Fisheries Act*. It is further argued that the applicant, which did not exist throughout the planning stages of the dam, should not now be able to challenge a project close to completion on which millions of dollars of public funds have been expended. Finally, it is contended that standing should not be accorded to single issue groups that simply challenge projects at any time with impunity and without liability, thereby creating an uncertain climate for government and business.

Finally, the province contends that based on the equitable principle of *laches* it would be unjust to grant the remedy sought in the circumstances of this case. The applicant knew of the NWPA approval fifteen months before contesting it, which constitutes an unreasonable delay. In addition, the position of the parties has altered since the approval was granted, the dam now being 40% complete. Finally the applicant's explanation that it did not apply earlier because it did not have a legal opinion that the Guidelines Order could be enforced by

eu lieu avant l'entrée en vigueur des dispositions législatives du «Décret sur les lignes directrices». Si la Cour devait maintenant les appliquer, elle donnerait un effet rétroactif au Décret et ne tiendrait pas compte de l'entente fédérale-provinciale, dont l'objet est d'éviter le double emploi ou chevauchement. Les nouvelles dispositions législatives ne devraient recevoir un effet rétroactif que lorsqu'elles disent clairement qu'un tel effet doit leur être attribué. En l'espèce, la rétroactivité n'est pas clairement stipulée, et le Décret sur les lignes directrices ne devrait pas être appliqué à un projet dont la réalisation a été décidée avant qu'il ne soit édicté.

De plus, selon la province, la requérante ne peut établir sa qualité pour agir sur le fondement de l'arrêt *Finlay* puisqu'elle ne satisfait pas au critère qu'il énonce à cet égard. Ni la requérante, ni l'un ou l'autre de ses membres ne seront directement touchés par la construction du barrage ou ne possèdent un droit de propriété direct dans les terrains sur lesquels a lieu sa construction. De plus, la question concernant le ministère des Pêches et des Océans pourrait être jugée par les cours criminelles en vertu des articles 35 et 40 de la *Loi sur les Pêcheries*. Il est également prétendu que la requérante, n'existant pas à l'époque où se succédaient les différentes étapes de la planification du barrage, ne saurait maintenant avoir le droit de contester un projet qui est près d'être achevé et dans lequel des millions de dollars de fonds publics ont déjà été investis. Enfin, l'on soutient que la qualité pour agir ne devrait pas être accordée à des groupes à revendication particulière qui, impunément et sans encourir de responsabilité, entreprennent de contester des projets peu importe le stade auquel ils sont parvenus, créant un climat d'incertitude nuisible au gouvernement et au milieu des affaires.

Finalement, la province prétend que, eu égard au principe qui a cours en *equity* en ce qui concerne le défaut de diligence [*laches*], il serait injuste d'accorder le redressement recherché dans les circonstances de la présente espèce. La requérante était au courant de l'approbation donnée sous le régime de la *Loi sur la protection des eaux navigables* quinze mois avant de la contester, et un tel retard est déraisonnable. De plus, la situation des parties s'est modifiée depuis que l'approbation a été accordée: le barrage est à présent achevé à

mandamus amounts to reliance on an ignorance of the law excuse.

The relevant statutory provisions in this matter are subsections 5(1) and 6(4) of the *Navigable Waters Protection Act*:

5. (1) No work shall be built or placed in, on, over, under, through or across any navigable water unless

(a) the work and the site and plans thereof have been approved by the Minister, on such terms and conditions as the Minister deems fit, prior to commencement of construction;

(b) the construction of the work is commenced within six months and completed within three years after the approval referred to in paragraph (a) or within such further period as the Minister may fix; and

(c) the work is built, placed and maintained in accordance with the plans, the regulations and the terms and conditions set out in the approval referred to in paragraph (a).

6. ...

(4) The Minister may, subject to deposit and advertisement as in the case of a proposed work, approve a work and the plans and site of the work after the commencement of its construction and the approval has the same effect as if given prior to commencement of the construction of the work.

Section 6 of the *Department of the Environment Act* [R.S.C., 1985, c. E-10]:

6. For the purposes of carrying out his duties and functions related to environmental quality, the Minister may, by order, with the approval of the Governor in Council, establish guidelines for use by departments, boards and agencies of the Government of Canada and, where appropriate, by corporations named in Schedule III to the *Financial Administration Act* and regulatory bodies in the exercise of their powers and the carrying out of their duties and functions.

Portions of sections 2, 3, 5 and 6 of the Guidelines Order:

2. ...

“initiating department” means any department that is, on behalf of the Government of Canada, the decision making authority for a proposal;

“proponent” means the organization or the initiating department intending to undertake a proposal;

“proposal” includes any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility.

40 %. Enfin, en expliquant son défaut de présenter sa demande plus tôt par le fait qu'elle n'avait pas reçu d'opinion juridique concluant à la possibilité de faire appliquer le Décret sur les lignes directrices par voie de *mandamus*, la requérante invoquerait en fait son ignorance de la loi.

Au nombre des dispositions législatives pertinentes à la présente question figurent les paragraphes 5(1) et 6(4) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*:

5. (1) Il est interdit de construire ou de placer un ouvrage dans des eaux navigables ou sur, sous, au-dessus ou à travers de telles eaux à moins que:

a) préalablement au début des travaux, l'ouvrage, ainsi que son emplacement et ses plans, n'aient été approuvés par le ministre selon les modalités qu'il juge à propos;

b) la construction de l'ouvrage ne soit commencée dans les six mois et terminée dans les trois ans qui suivent l'approbation visée à l'alinéa a) ou dans le délai supplémentaire que peut fixer le ministre;

c) la construction, l'emplacement ou l'entretien de l'ouvrage ne soit conforme aux plans, aux règlements et aux modalités que renferme l'approbation visée à l'alinéa a).

6. ...

(4) Le ministre peut, sous réserve de dépôt et d'annonce comme dans le cas d'un ouvrage projeté, approuver un ouvrage, ainsi que ses plans et son emplacement, après le début de sa construction; l'approbation a alors le même effet que si elle avait été donnée avant le début des travaux.

Est également pertinent l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* [L.R.C. (1985), chap. E-10]:

6. Au titre de celles de ses fonctions qui portent sur la qualité de l'environnement, le ministre peut par arrêté, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des directives à l'usage des ministères et organismes fédéraux et, s'il y a lieu, à celui des sociétés d'État énumérées à l'annexe III de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et des organismes de réglementation dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions.

Certaines parties des articles 2, 3, 5 et 6 du Décret sur les lignes directrices entrent aussi en jeu:

2. ...

«ministère responsable» Ministère qui, au nom du gouvernement du Canada, exerce le pouvoir de décision à l'égard d'une proposition.

«promoteur» L'organisme ou le ministère responsable qui se propose de réaliser une proposition.

«proposition» S'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions.

Scope

3. The Process shall be a self assessment process under which the initiating department shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals for which it is the decision making authority are fully considered and where the implications are significant, refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

5. (1) Where a proposal is subject to environmental regulation, independently of the Process, duplication in terms of public reviews is to be avoided.

(2) For the purpose of avoiding the duplication referred to in subsection (1), the initiating department shall use a public review under the Process as a planning tool at the earliest stages of development of the proposal rather than as a regulatory mechanism and make the results of the public review available for use in any regulatory deliberations respecting the proposal.

Application

6. These Guidelines shall apply to any proposal

- (a) that is to be undertaken directly by an initiating department;
- (b) that may have an environmental effect on an area of federal responsibility;
- (c) for which the Government of Canada makes a financial commitment; or
- (d) that is located on lands, including the offshore, that are administered by the Government of Canada.

And section 35 and subsections 37(1),(2) and 40(1) of the *Fisheries Act*:

35. (1) No person shall carry on any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat.

(2) No person contravenes subsection (1) by causing the alteration, disruption or destruction of fish habitat by any means or under any conditions authorized by the Minister or under regulations made by the Governor in Council under this Act.

37. (1) Where a person carries on or proposes to carry on any work or undertaking that results or is likely to result in the alteration, disruption or destruction of fish habitat, or in the deposit of a deleterious substance in water frequented by fish or in any place under any conditions where that deleterious substance or any other deleterious substance that results from the deposit of that deleterious substance may enter any such waters, the person shall, on the request of the Minister or without request in the manner and circumstances prescribed by regulations made under paragraph (3)(a), provide the Minister with such plans, specifications, studies, procedures, schedules, analyses, samples or other information relating to the work or undertaking and with such analyses, samples, evaluations, studies or other information relating to the water, place or fish

Portée

3. Le processus est une méthode d'auto-évaluation selon laquelle le ministère responsable examine, le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables, les répercussions environnementales de toutes les propositions à l'égard desquelles il exerce le pouvoir de décision.

5. (1) Si, indépendamment du processus, le ministère responsable soumet une proposition à un règlement sur l'environnement, il doit veiller à ce que les examens publics ne fassent pas double emploi.

(2) Pour éviter la situation de double emploi visée au paragraphe (1), le ministère responsable doit se servir du processus d'examen public comme instrument de travail au cours des premières étapes du développement d'une proposition plutôt que comme mécanisme réglementaire, et rendre les résultats de l'examen public disponibles aux fins des délibérations de nature réglementaire portant sur la proposition.

Champ d'application

6. Les présentes lignes directrices s'appliquent aux propositions

- a) devant être réalisées directement par un ministère responsable;
- b) pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale;
- c) pour lesquelles le gouvernement du Canada s'engage financièrement; ou
- d) devant être réalisées sur des terres administrées par le gouvernement du Canada, y compris la haute mer.

Citons enfin l'article 35 et les paragraphes 37(1), 37(2) et 40(1) de la *Loi sur les pêcheries*:

35. (1) Il est interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux personnes qui détériorent, détruisent ou perturbent l'habitat du poisson avec des moyens ou dans des circonstances autorisés par le ministre ou conformes aux règlements pris par le gouvernement en conseil en application de la présente loi.

37. (1) Les personnes qui exploitent ou se proposent d'exploiter des ouvrages ou entreprises de nature à entraîner soit l'immersion de substances nocives dans des eaux où vivent des poissons ou leur rejet en quelque autre lieu si le risque existe que la substance nocive provenant de son rejet, pénètre dans ces eaux, soit la détérioration, la perturbation ou la destruction de l'habitat du poisson, doivent, à la demande du ministre — ou de leur propre initiative, dans les cas et de la manière prévus par les règlements d'application pris aux termes de l'alinéa (3)a) —, lui fournir les documents — plans, devis, études, pièces, annexes, programmes, analyses, échantillons — et autres renseignements pertinents, concernant l'ouvrage ou l'entreprise ainsi que les eaux, lieux ou habitats du poisson menacés, qui lui permettront de déterminer, selon le cas:

habitat that is or is likely to be affected by the work or undertaking as will enable the Minister to determine

(a) whether the work or undertaking results or is likely to result in any alteration, disruption or destruction of fish habitat that constitutes or would constitute an offence under subsection 40(1) and what measures, if any, would prevent that result or mitigate the effects thereof; or

(b) whether there is or is likely to be a deposit of a deleterious substance by reason of the work or undertaking that constitutes or would constitute an offence under subsection 40(2) and what measures, if any, would prevent that deposit or mitigate the effects thereof.

(2) If, after reviewing any material or information provided under subsection (1) and affording the persons who provided it a reasonable opportunity to make representations, the Minister or a person designated by the Minister is of the opinion that an offence under subsection 40(1) or (2) is being or is likely to be committed, the Minister or a person designated by the Minister may, by order, subject to regulations made pursuant to paragraph (3)(b), or, if there are no such regulations in force, with the approval of the Governor in Council,

(a) require such modifications or additions to the work or undertaking or such modifications to any plans, specifications, procedures or schedules relating thereto as the Minister or a person designated by the Minister considers necessary in the circumstances, or

(b) restrict the operation of the work or undertaking,

and, with the approval of the Governor in Council in any case, direct the closing of the work or undertaking for such period as the Minister or a person designated by the Minister considers necessary in the circumstances.

40. (1) Every person who contravenes subsection 35(1) is guilty of an offence and liable

(a) on summary conviction, to a fine not exceeding five thousand dollars for a first offence and not exceeding ten thousand dollars for each subsequent offence; or

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding two years.

The four main issues then, are 1) the standing of the applicant to bring this application; 2) whether the Ministers of Transport and Fisheries and Oceans are bound to invoke the Guidelines Order with regards to the Oldman River project; 3) the applicability of the decision in *Canadian Wildlife* to the facts of this case; and 4) whether this is an appropriate situation to favourably exercise the Court's discretion and grant the requested remedies.

Since I have decided that this application cannot succeed, I do not intend to deal with the question of status in any depth. For the purposes of this

a) si l'ouvrage ou l'entreprise est de nature à faire détériorer, perturber ou détruire l'habitat du poisson en contravention avec le paragraphe 35(1) et quelles sont les mesures éventuelles à prendre pour prévenir ou limiter les dommages;

b) si l'ouvrage ou l'entreprise est ou non susceptible d'entraîner l'immersion ou le rejet d'une substance en contravention avec l'article 36 et quelles sont les mesures éventuelles à prendre pour prévenir ou limiter les dommages.

(2) Si, après examen des documents et des renseignements reçus et après avoir accordé aux personnes qui les lui ont fournis la possibilité de lui présenter leurs observations, il est d'avis qu'il y a infraction ou risque d'infraction au paragraphe 35(1) ou à l'article 36, le ministre ou son délégué peut, par arrêté et sous réserve des règlements d'application de l'alinéa (3)b) ou, à défaut, avec l'approbation du gouverneur en conseil:

a) soit exiger que soient apportées les modifications et adjonctions aux ouvrages ou entreprises, ou aux documents s'y rapportant, qu'il estime nécessaires dans les circonstances;

b) soit restreindre l'exploitation de l'ouvrage ou de l'entreprise.

Il peut en outre, avec l'approbation du gouverneur en conseil dans tous les cas, ordonner la fermeture de l'ouvrage ou de l'entreprise pour la période qu'il juge nécessaire en l'occurrence.

40. (1) Quiconque contrevient au paragraphe 35(1) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité:

a) par procédure sommaire, une amende maximale de cinq mille dollars pour une première infraction et de dix mille dollars pour chaque récidive;

b) par mise en accusation, un emprisonnement maximal de deux ans.

Les quatre questions principales soulevées en l'espèce sont donc les suivantes: 1) la requérante a-t-elle la qualité voulue pour présenter la demande en l'espèce? 2) le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans sont-ils tenus d'invoquer le Décret sur les lignes directrices à l'égard du projet de la rivière Oldman? 3) l'arrêt *Fédération canadienne de la faune* s'applique-t-il aux faits de la présente espèce? 4) la présente situation justifie-t-elle la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de la requérante en lui accordant les redressements sollicités?

Ayant décidé que la présente demande ne peut être accueillie, je ne traiterai pas en profondeur de la qualité pour agir. Pour les seules fins de la

application only, and without prejudice to argument at trial, if there is one, I will simply assume and accept without deciding that the applicant has sufficient status to bring this application before the Court. The affidavit evidence claiming that the Society represents individuals who use the property that will be affected by the project establishes a personal interest. Though at trial this may be found to be an inadequate interest, for the purposes of this application I accept it as sufficient.

Subsection 5(1) of the NWPA provides that no work shall be built or placed in, through, or across any navigable water unless the work, the site and the plans have been approved by the Minister of Transport. In issuing approval, the Minister is entitled to impose terms and conditions. Here, the terms and conditions related specifically to ensuring vessel safety during and after construction. Further the section requires that the work be built, placed and maintained in compliance with those terms and conditions and in compliance with the regulations. Sections 4, 5, 6 and 7 of the *Navigable Waters Works Regulations*, C.R.C., c. 1232, outline measures that the Minister must enforce with regard to the building of any work in a navigable water. These include proper installation of lights, buoys and other markers, safety and debris control on the site during and after construction, the installation and operation of log chutes, safe passage for the public around the work and provision of the records of flow, elevation of water and all other material relating to navigation that may be required by the Minister. This application seeks to set aside the Minister's approval under subsection 5(1) for his failure to trigger environmental review pursuant to the Guidelines Order. The difficulty with this premise is that the NWPA sets out no requirement for environmental review of any sort, nor does the *Department of Transport Act*, R.S.C., 1985, c. T-18 require the Minister to consider environmental factors in carrying out his duties. As the Minister of Transport is restricted to consideration of factors affecting marine navigation when issuing approval, I find that he was without authority to require environmental review. *Certiorari* will issue where there is a lack of jurisdiction, which includes acting upon irrelevant considerations; a breach of the duty to act fairly;

présente demande, et sans préjuger du résultat du débat qui pourra se dérouler sur cette question lors du procès, je tiendrai simplement pour acquis, sans en décider, que la requérante possède la qualité voulue pour présenter la demande en l'espèce à la Cour. Le témoignage par affidavit affirmant que l'association requérante représente des particuliers qui utilisent les terrains visés par le projet établit l'existence d'un intérêt personnel. Bien qu'un tel intérêt risque d'être jugé inadéquat lors du procès, j'accepte qu'il est suffisant pour les fins de la présente demande.

Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la protection des eaux navigables* porte qu'il est interdit de construire ou de placer un ouvrage dans des eaux navigables ou au-dessus ou à travers de telles eaux à moins que l'ouvrage, ainsi que son emplacement et ses plans, n'aient été approuvés par le ministre des Transports. Le ministre a le droit d'assortir son approbation de certaines modalités. En l'espèce, les modalités énoncées visaient expressément à assurer la sécurité des bateaux avant et après la construction. Ce paragraphe prévoit ensuite que la construction, l'emplacement ou l'entretien de l'ouvrage sera conforme aux modalités ainsi qu'aux règlements. Les articles 4, 5, 6 et 7 du *Règlement sur les ouvrages construits dans les eaux navigables*, C.R.C., chap. 1232 énoncent des mesures dont le ministre doit assurer l'exécution en ce qui concerne la construction d'un ouvrage dans un cours d'eau navigable. Ces mesures comprennent l'installation de feux, de bouées et de balises adéquats, l'exercice d'un contrôle de la sécurité et des débris sur l'emplacement pendant et après la construction, l'installation et la mise en service de glissoires à billes, l'aménagement de voies permettant le libre passage du public aux environs de l'ouvrage et la fourniture au ministre de registres de l'écoulement et du niveau de l'eau ainsi que de tous les autres documents relatifs à la navigation dont il pourrait avoir besoin. La présente demande veut faire annuler l'approbation donnée par le ministre sous le régime du paragraphe 5(1) au motif que le ministre a omis de déclencher un examen des incidences environnementales conformément au Décret sur les lignes directrices. Ce raisonnement tenu par la requérante se fonde sur une prémisse erronée puisque la *Loi sur la protection des eaux navigables* n'établit point d'obligation de tenir quelque examen public que ce soit, et que la *Loi*

or an error of law on the face of the record. I am unable to conclude that the Minister of Transport has erred under any of these categories. The approval granted here was within the authority accorded by the NWPA. Indeed any triggering of the Guidelines Order by this Minister would have required him to exceed the limits of his authority. *Certiorari* should not therefore issue against the Minister of Transport. Furthermore, since I have found that there is no requirement in the NWPA or the *Department of Transport Act* to invoke the environmental review process, the requested order for *mandamus* directing the Minister to comply with that process is also refused.

sur le ministère des Transports, L.R.C. (1985), chap. T-18 ne stipule aucunement que le ministre doit prendre en considération les facteurs environnementaux dans l'accomplissement des fonctions de sa charge. Comme les facteurs touchant la navigation sont les seuls à pouvoir être considérés par le ministre lorsqu'il décide de l'approbation d'un projet, je conclus que le ministre n'était pas habilité à exiger un examen des incidences environnementales. Un bref de *certiorari* sera délivré lorsqu'il y aura absence de compétence, une motion qui comprend le fait d'agir sur le fondement de considérations non pertinentes, le défaut de respecter l'équité ou l'erreur de droit ressortant à la lecture du dossier. Je suis incapable de conclure que le ministre des Transports ait commis une erreur appartenant à l'une ou à l'autre de ces catégories. L'approbation accordée en l'espèce respectait les limites du pouvoir conféré par la *Loi sur la protection des eaux navigables*. En fait, le déclenchement des procédures prévues au Décret sur les lignes directrices par ce ministre l'aurait obligé à excéder les limites de ses pouvoirs. En conséquence, aucun bref de *certiorari* ne devrait être délivré contre le ministre des Transports. De plus, comme j'ai conclu que ni la *Loi sur la protection des eaux navigables* ni la *Loi sur le ministère des Transports* n'exigeaient que la procédure de l'examen environnemental soit invoquée, l'ordonnance de *mandamus* qui a été demandée pour obliger le ministre à se conformer à une telle procédure est également refusée.

Turning to the claim for an order of *mandamus* against the Minister of Fisheries and Oceans, it too is in difficulty. The basis of this relief is that the Ministry is an "initiating department" as that term is used in the Guidelines Order. The applicant is candid enough to admit that the relief is sought by way of a declaration which in my opinion, is the proper avenue. Rule 603 dictates that such relief can follow only as a result of trial judgment and the applicant was good enough to withdraw that portion of the motion. The applicant maintains the claim for *mandamus* but again unfortunately the relief seems to me to presume a declaration. It would I think be entirely inappropriate for me to conclude on affidavit evidence such a vigorously disputed fact that this Ministry was an "initiating department" within the terms of

La demande sollicitant une ordonnance de *mandamus* contre le ministre des Pêches et des Océans se heurte, elle aussi, à de grandes difficultés. Cette réparation ne peut être accordée que si, au départ, ce ministère est un «ministère responsable» au sens donné à ce terme dans le Décret sur les lignes directrices. La requérante est assez candide pour admettre que le redressement qu'elle sollicite est à caractère déclaratoire; cette voie, à mon sens, est appropriée. La Règle 603 veut qu'un tel redressement ne puisse être accordé qu'à la suite d'un jugement rendu au terme d'un procès, et la requérante, coopérative, a radié cette partie de sa requête. La requérante maintient sa demande de bref de *mandamus*, mais il me semble que, encore une fois, le redressement recherché suppose le prononcé d'un jugement déclaratoire. Je considère

the Guidelines Order. That matter is properly resolved in the context of a trial.

Section 6 of the *Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10 states the Guidelines Order is for use by departments, boards and agencies of the Government of Canada in exercising their powers and carrying out their duties and functions. The Guidelines Order itself is addressed to those federal departments which are "initiating departments" in connection with a "proposal". The definitions of these terms require that the federal department have decision making responsibility in relation to a project. Subsection 6(b) provides that the Guidelines will apply to any proposal that may have an environmental effect on an area of federal responsibility.

I see no reason to conclude that in enacting the Guidelines Order, Parliament had any intention of extending such authority beyond federal agencies. Clearly then, the Minister of Fisheries and Oceans cannot be required to proceed with environmental review because his department has not undertaken a project. In the alternative, if the Guidelines can be seen to extend to those projects initiated provincially, then the use of the word "proposal" must mean that a federal department will bring the Guidelines into play if it in fact receives a proposal requiring its approval. Since the *Fisheries Act* does not contemplate an approval procedure for any permit or licence, referral to environmental review under the Guidelines Order is not required of the Minister. It follows, therefore, that *mandamus* cannot issue to order the Minister of Fisheries and Oceans to proceed with such a review.

Equally important, the same doubts arise here as I expressed in connection with the scope of the Minister of Transport to take into account environmental factors under the NWPA. Even if the

que j'agis de façon entièrement inappropriée en me fondant sur une preuve par affidavit pour statuer sur une question de fait aussi vigoureusement débattue que celle de savoir si le ministère constituait un «ministère responsable» suivant les termes du Décret sur les lignes directrices. Cette question doit être tranchée dans le cadre d'un procès.

L'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), chap. E-10 déclare que le Décret sur les lignes directrices est destiné à être utilisé par les ministères et organismes fédéraux dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions. Le Décret sur les lignes directrices lui-même s'adresse aux ministères fédéraux qui, à l'égard de certaines «propositions», constituent des «ministères responsables». Les définitions données à ces termes exigent que le ministère fédéral exerce le pouvoir de décision à l'égard du projet concerné. L'alinéa 6b prévoit que les lignes directrices s'appliqueront aux propositions pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale.

Rien ne me porte à conclure que, lorsqu'il a édicté le Décret sur les lignes directrices, le Parlement avait l'intention d'étendre un tel pouvoir au-delà des organismes fédéraux. Il est donc clair que le ministre des Pêches et des Océans ne peut être obligé à procéder à un examen environnemental parce que son ministère n'a pas entrepris de réaliser un projet. Par contre, dans l'hypothèse où les lignes directrices peuvent être étendues aux projets initiés par les provinces, l'utilisation du mot «proposition» doit signifier qu'un ministère fédéral fera entrer en jeu les lignes directrices s'il reçoit effectivement une proposition exigeant son approbation. Comme la *Loi sur les pêcheries* ne prévoit pas de procédure d'approbation qui serait applicable à un permis ou à une licence, le ministre n'est pas obligé de soumettre le projet à l'étude environnementale prévue sous le régime du Décret sur les lignes directrices. Il s'ensuit donc qu'un bref de *mandamus* ne peut être délivré pour ordonner au ministre des Pêches et des Océans de procéder à un tel examen.

De façon aussi importante, j'éprouve à cet égard les doutes mêmes que j'ai exprimés relativement au pouvoir du ministre des Transports de prendre en considération les facteurs touchant l'environne-

Fisheries Act provided for issuance of a permit or licence, the powers of the Minister to consider factors is limited by the scope of that statute and the *Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C., 1985, c. F-15. Environmental factors are not raised under either of the statutes and I do not believe there would be any justification for the respondent Minister to involve the Minister of the Environment, nor to trigger the Guidelines Order.

Turning then, to the distinctions from the *Canadian Wildlife* decision. That case was an application for *certiorari* to quash and set aside a licence issued by the federal Minister of the Environment pursuant to the *International River Improvements Act* [R.S.C., 1985, c. I-20] (hereinafter IRIA) to the Saskatchewan Water Corporation to carry out works in connection with the Rafferty-Alameda Project and an order for *mandamus* requiring the Minister to comply with the same Guidelines Order in question here in considering the application for licence under the IRIA. Dams, in this case, were being built on the Souris River, an international river, and according to the provisions of the IRIA a licence had to be issued by the federal Environment Minister granting permission to carry out the works. The applicant requested the Minister to carry out environmental review under the Guidelines Order in considering the licence application. This was not done and no review by the province of Saskatchewan was undertaken regarding the impact of the project in North Dakota, U.S.A. or Manitoba, nor did Manitoba proceed with any environmental review itself. Saskatchewan did prepare an environmental impact assessment for its own purposes.

The issues in the case were stated by my colleague Mr. Justice Cullen as [at page 316]:

ment sous le régime de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Même si la *Loi sur les pêcheries* prévoyait la délivrance d'un permis ou d'une licence, les pouvoirs détenus par le ministre relativement à l'examen de certains facteurs sont limités par la portée de cette Loi et de la *Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. (1985), chap. F-15. Les facteurs environnementaux ne sont soulevés ni par l'une ni par l'autre, et je ne crois pas que le ministre intimidé soit justifié d'aucune manière de mettre en cause le ministre de l'Environnement ou de déclencher l'application du Décret sur les lignes directrices.

Établissons maintenant les distinctions qui s'imposent entre la présente affaire et l'arrêt *Fédération canadienne de la faune*. Dans cette espèce, une demande de bref de *certiorari* avait été présentée pour obtenir l'annulation d'un permis délivré par le ministre de l'Environnement en vertu de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux* [L.R.C. (1985), chap. I-20] à la Saskatchewan Water Corporation afin de lui permettre de réaliser des ouvrages dans le cadre au projet Rafferty-Alameda; d'autre part, un bref de *mandamus* était sollicité pour enjoindre le ministre de se conformer au Décret sur les lignes directrices visé en l'espèce lors de l'examen de la demande de permis présentée en vertu de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*. Les barrages visés dans cette espèce étaient construits sur la rivière Souris, un cours d'eau international, de sorte que, suivant les dispositions de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*, un permis devait être délivré par le ministre fédéral de l'Environnement pour permettre la construction de ces ouvrages. La requérante a demandé au ministre d'effectuer l'examen environnemental prévu au Décret sur les lignes directrices en considérant la demande de permis. Le ministre ne l'a pas fait, et la province de Saskatchewan n'a entrepris aucun examen des incidences du projet sur le Dakota Nord, sur les États-Unis ou sur le Manitoba; cette dernière province, pour sa part, n'a pas entrepris de telle étude. La Saskatchewan a effectivement préparé une évaluation des incidences environnementales pour ses propres fins.

Les questions soulevées dans cette affaire ont été énoncées de la manière suivante par mon collègue le juge Cullen [à la page 316]:

1) whether the federal Minister of the Environment, before granting a licence under the *International River Improvements Act* and Regulations, is required to comply with the EARP Guidelines Order; and

2) whether the federal Minister of the Environment, in granting a licence to the respondent Saskatchewan Water Corporation, exceeded his jurisdiction, in view of the fact that no environmental assessment and review was carried out pursuant to the EARP Guidelines Order.

The Court found that the purpose of the IRIA is to safeguard the national interest in water resource developments in international rivers and that the legislation properly required that a licence be issued before work on such developments can proceed. It was held that issuing a licence under the IRIA for this project constituted a "decision making responsibility" for the purposes of the Guidelines Order and since the *Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10 clearly provides that the duties and functions of the Minister of the Environment extend to the preservation and enhancement of the quality of the natural environment, the Court concluded the Minister was obligated to carry out an environmental review pursuant to the Guidelines Order. The Court also found that a number of federal concerns were not dealt with by the Provincial Environmental Impact Statement, so that imposition of the Guidelines would not result in unwarranted duplication.

I have concluded that the circumstances of this case are significantly different from those in *Canadian Wildlife*. In that case the statute involved was the IRIA and prior approval of the project by the Minister of the Environment was required. Here, no prior approval of any federal Minister is necessary. Though a licence must be sought under the NWPA, this can occur even after the project is commenced. Furthermore, in the Rafferty Dam case, the Minister of the Environment was directly implicated in the approval sought by the Saskatchewan Water Corp., and his statutory duties included consideration of environmental factors, which led directly to the applica-

1. Le ministre fédéral de l'Environnement est-il tenu, avant de délivrer un permis sous le régime de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux* et de son règlement d'application, de respecter le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*?

a

2. Le ministre fédéral de l'Environnement a-t-il outrepassé ses pouvoirs en délivrant un permis, vu qu'il n'y a pas eu d'évaluation et d'examen en matière d'environnement sous le régime du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*?

b

La Cour a conclu que la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux* avait pour but de veiller au respect de l'intérêt national dans les projets de mise en valeur de la ressource en eau des cours d'eau internationaux; selon elle, les dispositions législatives en cause soumettaient le début des travaux de mise en valeur à la condition de la délivrance d'un permis. Il a été décidé que la délivrance d'un permis sous le régime de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux* à l'égard de ce projet constituait une «participation à la prise de décisions» au sens du *Décret sur les lignes directrices*, et que, la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), chap. E-10 prévoyant clairement que les pouvoirs et les fonctions du ministre de l'Environnement s'étendent à l'amélioration de la qualité de l'environnement naturel, le ministre était tenu de procéder à un examen des incidences environnementales du projet en vertu du *Décret sur les lignes directrices*. La Cour a également jugé que plusieurs préoccupations fédérales avaient été omises dans l'énoncé provincial des incidences environnementales, en sorte que l'application du *Décret* ne créerait pas une situation de double emploi injustifié.

c

d

e

f

g

J'ai conclu que les circonstances de la présente espèce se distinguent nettement de celles de l'arrêt *Fédération canadienne de la faune*. Dans cette affaire, la loi en cause était la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*, et l'approbation préalable du projet par le ministre de l'Environnement était requise. Ici, l'approbation préalable d'aucun ministre fédéral n'est requise. Bien qu'un permis doive être demandé sous le régime de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, cette demande peut être présentée une fois la réalisation du projet entamée. De plus, dans le cas du barrage de Rafferty, le ministre de l'Environnement a participé directement à l'appro-

h

i

j

tion of the Guidelines Order. There is no direct involvement of the Minister of the Environment in this case and I have already concluded that neither the Minister of Fisheries and Oceans nor the Minister of Transport are statutorily obligated to deal with environmental considerations or apply the Guidelines Order. Therefore, the result obtained in *Canadian Wildlife* is not similarly available to this applicant.

Finally, on the issue of the discretionary nature of the relief sought, I turn to the history of this project and the question of delay. Approval under the NWPA was granted on September 18, 1987 following the publication in August 1986 of public notices that Alberta's request for approval was under consideration. No steps were taken to quash the approval and to compel the application of the Guidelines Order until this notice of motion was filed on April 21, 1989. By that date the Oldman River project was approximately 40% complete. I would also note that even though the Society was not formed, many of the members were individually aware of and opposed to the project from the early 1970's. The applicant was further aware of the position taken by the Minister of Fisheries and Oceans in August, 1987 that he did not intend to intervene in the project. There is no justification for allowing all of this activity to take place before launching the present attack. It would be, in my opinion, entirely inappropriate to grant the relief sought at this time.

Nor can I ignore the extent and the comprehensive nature of environmental review carried out by the Province of Alberta. I am satisfied that the public review process carried out here has identified every possible area of environmental social concern and has given every citizen, including the members of the applicant organization, ample op-

bation demandée par Saskatchewan Water Corp., et les fonctions que lui imposaient les dispositions législatives en cause comprenaient l'examen des facteurs environnementaux, qui a directement conduit à l'application du Décret sur les lignes directrices. Il n'y a pas eu de participation directe du ministre de l'Environnement dans le présent cas, et j'ai déjà conclu que les dispositions législatives applicables n'obligent ni le ministre des Pêches et des Océans, ni le ministre des Transports à se prononcer sur des considérations environnementales ou à appliquer le Décret sur les lignes directrices. En conséquence, le résultat obtenu dans l'arrêt *Fédération canadienne de la faune* n'est pas accessible au présent requérant.

Je traiterai finalement du caractère discrétionnaire du redressement recherché. Dans le cadre de cette démarche, j'examinerai l'historique du présent projet et la question du retard. L'approbation prévue à la *Loi sur la protection des eaux navigables* a été accordée le 18 septembre 1987 à la suite de la publication, en août 1986, des avis publics annonçant que l'examen de la demande d'approbation de l'Alberta était en cours. Aucune mesure n'a été prise pour annuler cette approbation et pour faire ordonner l'application du Décret sur les lignes directrices jusqu'à ce que le présent avis de requête soit déposé le 21 avril 1989. À cette date, le projet de la rivière Oldman était déjà complété à environ 40 %. Je noterais également que, même si l'association intimée n'était pas constituée, un grand nombre de ses membres étaient au courant de l'existence du projet et s'y étaient individuellement opposés depuis le début des années 1970. La requérante connaissait également la position de non-intervention adoptée par le ministre des Pêches et des Océans à l'égard du projet en août 1987. Rien ne justifie la requérante d'avoir permis le déroulement de toutes ces activités avant d'entamer la présente contestation. À mon sens, il serait entièrement inapproprié pour nous d'accorder maintenant le redressement sollicité.

Je ne puis non plus omettre de tenir compte de l'étendue et du caractère exhaustif de l'examen des incidences environnementales effectué par la province d'Alberta. Je suis convaincu que le processus d'examen public qui s'est déroulé en l'espèce a permis le recensement complet des questions pouvant faire l'objet de préoccupations sociales envi-

portunity to voice their views and to mobilize their opposition. The exercise of discretion in favour of the relief sought would, in my opinion, bring about needless repetition of a process which has been exhaustively canvassed over the past twenty years.

I am unable to conclude that this is the exceptional case where the discretionary relief sought should be awarded prior to trial. Accordingly, on August 11, 1989 at Edmonton, Alberta, I dismissed the application. No order as to costs.

ronnementales, en sorte de donner à tous les citoyens, y compris les membres de l'organisation requérante, l'entière possibilité d'exprimer leur opinion et de se mobiliser en vue de contester le projet. À mon sens, si le pouvoir discrétionnaire du tribunal était exercé de façon à accorder le redressement recherché, il y aurait répétition inutile d'une procédure qui a fait l'objet d'un examen minutieux et complet au cours des vingt dernières années.

Je suis incapable de conclure que l'espèce présente une situation exceptionnelle justifiant le tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder avant le procès le redressement qui est recherché. En conséquence, le 11 août 1989, à Edmonton, en Alberta, j'ai rejeté la demande en l'espèce. Aucune ordonnance n'est prononcée en ce qui concerne les dépens.

T-2283-86

T-2283-86

Violet Johnson, Norman George, Arnold James and Wilfred Andrews, each on their own behalf and on behalf of all the members of the Muchalaht Indian Band, and the Muchalaht Indian Band and Benny Jack, Tony Dick, August Johnson, Nick Howard and Norman George, each on their own behalf and on behalf of all of the members of the Mowachaht Indian Band, and the Mowachaht Indian Band (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen, C.I.P. Inc. and Petro Canada Inc. (*Defendants*)

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

Trial Division, Reed J.—Vancouver, August 29 and September 7, 1989.

Practice — Parties — Discontinuance — Action for damages resulting from trespass to Indian reserve lands — Application for leave to discontinue action by named plaintiffs in both individual and representative capacities — Review of case law revealing uncertainty as to whether band having authority to bind all members when suing in own name for trespass to reserve lands — Question need not be determined here — Court should not exercise discretion to allow discontinuance where purpose to avoid discovery — Possibility of prejudice to defendants in light of uncertainty in case law.

This was an application by the individual plaintiffs for leave to discontinue their actions for damages due to trespass to reserve lands both as individuals and in their representative capacities, leaving only the two bands as plaintiffs. They hoped to avoid discovery under Federal Court Rule 465(1)(a) of the individuals and band members whom they represented. The defendants have not asserted that all such individuals are subject to discovery under Rule 465(1)(a), but have filed a motion for further and better discovery under Rule 465(19). The defendants objected to the discontinuance on the ground that it might affect the ability of any judgment to bind all members of the band.

Held, leave should be denied.

The practice has been to bring such actions as representative actions as well as in the name of the band itself, since there is some uncertainty as to when an Indian band can sue and be sued. An Indian band is not a corporate body, although it does have certain rights and obligations under the *Indian Act*. The status of a band under that Act is such as to give it a capacity to sue and be sued in a manner similar to that of other

Violet Johnson, Norman George, Arnold James et Wilfred Andrews, pour leur propre compte et pour le compte de tous les membres de la Bande indienne de Muchalaht, et la Bande indienne de Muchalaht et Benny Jack, Tony Dick, August Johnson, Nick Howard et Norman George, pour leur propre compte et pour le compte de tous les membres de la Bande indienne de Mowachaht, et la Bande indienne de Mowachaht (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine, C.I.P. Inc. et Petro Canada Inc. (*défenderesses*)

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

Section de première instance, juge Reed—Vancouver, 29 août et 7 septembre 1989.

Pratique — Parties — Désistement — Action en dommages pour violation du droit de propriété sur des terres de réserve appartenant aux Indiens — Les demandeurs désignés nommément demandant aussi bien à titre personnel que représentatif l'autorisation de se désister de leurs actions — L'examen de la jurisprudence révèle l'incertitude qui entoure la question de savoir si la bande peut lier tous ses membres lorsqu'elle est en justice pour son propre compte pour violation du droit de propriété sur des terres de réserve — La question n'a pas à être tranchée en l'espèce — La Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à autoriser le désistement lorsque le but est d'échapper à l'interrogatoire préalable — Possibilité de préjudice pour les défenderesses étant donné le caractère flottant de la jurisprudence.

Les demandeurs désignés nommément cherchent à se désister de leurs actions en dommages-intérêts pour violation du droit de propriété sur des terres de réserve, aussi bien à titre personnel que représentatif, pour ne laisser que les deux bandes comme demanderesses. Ils espéraient de la sorte éviter l'interrogatoire préalable des particuliers et des membres des bandes qu'ils représentent prévus à la Règle 465(1)a) de la Cour fédérale. Les défenderesses n'ont pas soutenu que l'on peut procéder à l'interrogatoire préalable de tous ces particuliers en vertu de la Règle 465(1)a), mais elles ont déposé une requête en vue d'obtenir un autre examen préalable conformément à la Règle 465(19). Les défenderesses se sont opposées au désistement par crainte qu'il puisse nuire à l'aptitude de tout jugement qui pourrait être rendu d'être obligatoire à l'égard de tous les membres de la bande.

Jugement: l'autorisation demandée devrait être refusée.

La pratique veut que les actions comme celle-ci soient intentées sous forme d'actions collectives aussi bien que pour le compte de la bande elle-même, car il existe dans la jurisprudence une certaine incertitude quant à savoir si une bande indienne peut ester en justice et dans quelles circonstances elle peut le faire. Une bande indienne n'est pas une personne morale, bien qu'elle ait certains droits et obligations en vertu de

unincorporated entities. A review of the case law leads to the conclusion that the question of the authority of a band to bind all band members remains unsettled, particularly when the question is one of trespass to reserve lands. That question need not, however, be decided in this application. The Court should not exercise its discretion to allow a discontinuance where the motive is to avoid discovery, and there is some uncertainty as to whether a discontinuance would prejudice the defendants. It may be that the judgment in an action framed in the name of the bands alone would not bind all band members.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

British Columbia Supreme Court Rules, RR. 5(11), (12), (13), 27(8).

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1.

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 406(3), 465(1)(a), (b), (19).

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 30, 31.

Ontario Supreme and District Courts Rules of Civil Procedure, R. 31.03(8), (9).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Mintuck v. Valley River Band No. 63A, et al., [1976] 4 W.W.R. 543 (Man. Q.B.); affd. (1977), 75 D.L.R. (3d) 589; [1977] 2 W.W.R. 309; 2 C.C.L.T. 1 (Man. C.A.); *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265; 22 D.L.R. (2d) 1; *Mathias et al v. Findlay*, [1978] 4 W.W.R. 653 (B.C.S.C.); *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.*, [1982] 2 S.C.R. 72; 139 D.L.R. (3d) 9; (1982), 44 N.R. 136; 82 C.L.L.C. 14,208; [1982] 4 C.N.L.R. 94; *R. v. Peter Ballantyne Indian Band* (1985), 45 Sask. R. 33 (Q.B.); *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (S.C.); *Kucey v. Peter Ballantyne Band Council*, [1987] 3 W.W.R. 438; 16 C.P.C. (2d) 59; (1987), 57 Sask. R. 29 (C.A.); *Oregon Jack Creek Indian Band Chief v. C.N.R.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404; 34 B.C.L.R. (2d) 344 (C.A.).

REFERRED TO:

Markt & Co., Ltd. v. Knight Steamship Company; Sale & Frazar v. Knight Steamship Company, [1910] 2 K.B. 1021 (C.A.); *Regina v. Cochrane*, [1977] 3 W.W.R. 660 (Man. Co. Ct.).

COUNSEL:

J. Woodward for plaintiffs.

J. Raymond Pollard for defendant, Her Majesty the Queen.

la *Loi sur les Indiens*. Le statut d'une bande indienne en vertu de cette Loi est tel qu'il accorde à cette entité la capacité d'ester en justice de la même façon que d'autres entités dépourvues de personnalité morale sont aptes à ester en justice. L'examen de la jurisprudence mène à la conclusion que la question de savoir si une bande peut ou non lier tous ses membres reste sans solution, particulièrement lorsqu'il s'agit de violation du droit de propriété sur des terres de réserve. Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher cette question dans le cadre de cette demande. La Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à permettre aux demandeurs de se désister lorsque leur mobile est d'éviter l'interrogatoire préalable, et qu'il existe de l'incertitude quant au préjudice que pourrait causer le désistement aux défenderesses. Il est possible qu'un jugement rendu à la suite d'une action engagée au nom de la bande uniquement ne lierait pas tous les membres de la bande.

LOIS ET RÈGLEMENTS

British Columbia Supreme Court Rules, Règles 5(11), (12), (13), 27(8).

Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1.

Loi sur les Indiens, S.R.C. (1985), chap. I-5, art. 30, 31.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 406(3), 465(1)a), b), (19).

Règles de procédure civile de la Cour suprême et de la Cour de district de l'Ontario, Règles 31.03(8), (9).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Mintuck v. Valley River Band No. 63A, et al., [1976] 4 W.W.R. 543 (B.R. Man.); confirmée (1977), 75 D.L.R. (3d) 589; [1977] 2 W.W.R. 309; 2 C.C.L.T. 1 (C.A. Man.); *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] R.C.S. 265; 22 D.L.R. (2d) 1; *Mathias et al v. Findlay*, [1978] 4 W.W.R. 653 (C.S.C.-B.); *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, [1982] 2 R.C.S. 72; 139 D.L.R. (3d) 9; (1982), 44 N.R. 136; 82 C.L.L.C. 14,208; [1982] 4 C.N.L.R. 94; *R. v. Peter Ballantyne Indian Band* (1985), 45 Sask. R. 33 (B.R.); *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (C.S.); *Kucey v. Peter Ballantyne Band Council*, [1987] 3 W.W.R. 438; 16 C.P.C. (2d) 59; (1987), 57 Sask. R. 29 (C.A.); *Oregon Jack Creek Indian Band Chief v. C.N.R.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404; 34 B.C.L.R. (2d) 344 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Markt & Co., Ltd. v. Knight Steamship Company; Sale & Frazar v. Knight Steamship Company, [1910] 2 K.B. 1021 (C.A.); *Regina v. Cochrane*, [1977] 3 W.W.R. 660 (C. Comté Man.).

AVOCATS:

J. Woodward pour les demandeurs.

J. Raymond Pollard pour la défenderesse, Sa Majesté la Reine.

J. W. Marquardt for defendants C.I.P. Inc. and Petro Canada Inc.

J. W. Marquardt pour les défenderesses C.I.P. Inc. et Petro Canada Inc.

SOLICITORS:

J. Woodward, Victoria, for plaintiffs.
Richards, Buell & Co., Vancouver, for defendant, Her Majesty the Queen.
Campney & Murphy, Vancouver, for defendants C.I.P. Inc. and Petro Canada Inc.

PROCUREURS:

J. Woodward, Victoria, pour les demandeurs.
Richards, Buell & Co., Vancouver, pour la défenderesse, Sa Majesté la Reine.
Campney & Murphy, (Vancouver), pour les défenderesses C.I.P. Inc. et Petro Canada Inc.

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

REED J.: The plaintiffs, Violet Johnson, Norman George, Arnold James, Wilfred Andrews, Benny Jack, Tony Dick, August Johnson and Nick Howard bring a motion pursuant to Rule 406(3) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] for leave to discontinue their actions against the defendants. Rule 406(3) provides:

LE JUGE REED: Les demandeurs, Violet Johnson, Norman George, Arnold James, Wilfred Andrews, Benny Jack, Tony Dick, August Johnson et Nick Howard présentent une requête fondée sur la Règle 406(3) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] en vue de se désister de leurs actions contre les défenderesses. La Règle 406(3) prévoit ce qui suit:

Rule 406. ...

(3) ... a plaintiff may not discontinue an action without leave of the Court; but the Court may, before or after any hearing, upon such terms as to costs, as to bringing any subsequent action, or otherwise, as may seem just, order the action to be discontinued, or any part of the alleged cause of complaint to be struck out.

Règle 406. ...

(3) ... un demandeur ne peut se désister d'une action sans permission de la Cour; mais la Cour pourra, avant ou après une audition, aux conditions qui semblent justes quant aux frais, à l'introduction d'une action subséquente ou à d'autres questions, par ordonnance, donner suite à la demande de désistement de l'action ou de radiation de toute partie des moyens invoqués à l'appui de la plainte.

The individual plaintiffs seek to discontinue their actions as named plaintiffs and to discontinue their representative actions on behalf of all other members of the Muchalaht and Mowachaht Indian bands. The Muchalaht Indian Band and the Mowachaht Indian Band would thereby become the only plaintiffs in this action.

Les demandeurs individuels cherchent à se désister de leurs actions pour leur propre compte, et aussi à se désister de leurs actions collectives pour le compte de tous les autres membres des bandes indiennes Muchalaht et Mowachaht. La bande indienne Muchalaht et la bande indienne Mowachaht deviendraient donc les seules demanderesses dans cette action.

The named plaintiffs seek to discontinue their action as individuals and as representatives of the other band members to avoid the possibility that discovery might be sought against them. The named plaintiffs are also concerned that discovery might be sought against some of the band members which they represent on the ground that such individuals are parties to this action. Rule 465(1)(a),(b) provides:

Les demandeurs désignés nommément cherchent à se désister de leurs actions à titre particulier aussi bien qu'en qualité de représentants des autres membres des bandes dans le but d'éviter la possibilité d'être soumis à un interrogatoire préalable. Les demandeurs nommément désignés s'inquiètent aussi que l'on puisse tenter de soumettre à un interrogatoire préalable certains membres des bandes qu'ils représentent au motif que ces personnes sont parties à cette action. La Règle 465(1)(a) et b) prévoit ce qui suit:

Rule 465. (1) ... a party may be examined for discovery ...

Règle 465. (1) ... on peut procéder l'interrogatoire préalable d'une partie ...

(a) if the party is an individual, by questioning the party himself,

(b) if the party is a corporation or any body or group of persons empowered by law to sue or to be sued, either in its own name or in the name of any officer or other person, by questioning any member or officer of such corporation, body or group,

While the *Federal Court Rules* do not expressly deal with discovery rights in representative actions, it may very well be that the individuals "represented" by the named plaintiffs are subject to discovery as parties. Or the so-called gap rule (Rule 5) might result in the application of the provisions of the British Columbia Supreme Court Rules: see Rules 5(11), (12) and (13) and 27(8)¹ of the British Columbia Rules. Alternatively, the *dicta* in *Markt & Co., Ltd. v. Knight Steamship Company; Sale & Frazar v. Knight Steamship Company*, [1910] 2 K.B. 1021 (C.A.), at page 1039, which was cited to me by counsel, may be relevant to the situation. In any event that question does not have to be decided for the purpose of disposing of this application.

The defendants have not sought to obtain discovery against the individual plaintiffs or from any of the other band members on the ground that all such individuals are parties to this action. The defendants have not asserted that all such individuals are subject to discovery under Rule 465(1)(a). Nor have the defendants applied under the gap rule for the adoption of provisions similar to those which pertain in the British Columbia Supreme Court. The defendant C.I.P. Inc. has filed a motion for further and better discovery pursuant to Rule 465(19) of the *Federal Court Rules*. Rule 465(19) provides:

Rule 465. ...

¹ 27(8) Subject to subrule (11), a person for whose immediate benefit an action is brought or defended may be examined for discovery.

For comparison purposes reference can also be made to the Ontario Supreme And District Courts Rules of Civil Procedure, Rule 31.03 (8) and (9), which contain express provisions respecting discovery in representative actions.

a) si la partie est un individu, en interrogeant la partie elle-même,

b) si la partie est une corporation ou un corps ou autre groupe de personnes autorisé à ester en justice, soit en son propre nom soit au nom d'un membre de sa direction ou d'une autre personne, en interrogeant un membre de la direction ou autre membre de cette corporation ou de ce groupe,

Bien que les *Règles de la Cour fédérale* ne traitent pas expressément des droits à l'interrogatoire préalable dans le cadre des actions collectives, il se peut fort bien que les particuliers «représentés» par les demandeurs désignés nommément soient susceptibles d'être interrogés au préalable en qualité de parties. Ou la règle dite de la lacune (Règle 5) pourrait entraîner l'application des dispositions des Règles de la British Columbia Supreme Court Rules: voir Règles 5(11), (12) et (13) et 27(8)¹ des Règles de la Colombie-Britannique. Subsidiairement, les remarques incidentes dans les arrêts *Markt & Co., Ltd. v. Knight Steamship Company; Sale & Frazar v. Knight Steamship Company*, [1910] 2 K.B. 1021 (C.A.), à la page 1039, qui ont été citées par les avocats, peuvent être pertinentes à l'espèce. En tout état de cause, cette question n'a pas à être réglée aux fins de statuer sur cette demande.

Les défenderesses n'ont pas cherché à soumettre les demandeurs désignés nommément ni aucun des autres membres des bandes à un interrogatoire préalable au motif que tous ces particuliers sont parties à cette action. Les défenderesses n'ont pas soutenu que l'on peut procéder à l'interrogatoire préalable de tous ces particuliers en vertu de la Règle 465(1)a), pas plus qu'elles n'ont invoqué la règle de la lacune pour réclamer l'adoption de dispositions semblables à celles qui s'appliquent à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La défenderesse C.I.P. Inc. a déposé une requête en vue d'obtenir un autre examen préalable conformément à la Règle 465(19) des *Règles de la Cour fédérale*. La Règle 465(19) prévoit ce qui suit:

Règle 465. ...

¹ [TRADUCTION] 27(8) Sous réserve du paragraphe (11), peut être soumise à un interrogatoire préalable toute personne pour l'avantage immédiat de laquelle une action est intentée ou contestée.

À des fins de comparaison, on peut aussi se référer aux Règles de procédure civile de la Cour suprême et de la Cour de district de l'Ontario, à la Règle 31.03(8) et (9) qui contient des dispositions expresses relatives à l'interrogatoire préalable dans le cadre des actions collectives.

(19) The Court may, for special reason in an exceptional case, in its discretion, order a further examination for discovery after a party or assignor has been examined for discovery under this Rule.

In this regard the defendant C.I.P. Inc. seeks to examine some band members who are described as having been personally involved in the events surrounding the surrender of the reserve land to which this litigation relates. This motion, pursuant to Rule 465(19), was heard and decided contemporaneously with the present motion.

The defendants do not object to the plaintiffs' request for a discontinuance because of any concern that such discontinuance would affect the scope of their discovery rights. They object, however, because they are concerned that any such discontinuance might affect the ability of any judgment which is rendered to bind all members of the band(s).

The statement of claim alleges that certain reserve lands belonging to the band(s) were not legally surrendered and that consequently the defendants are liable for damages as a result of trespass to those lands. There is no doubt that the practice in actions such as the present has been to bring them in the form of representative actions as well as in the name of the band itself. There is in the jurisprudence, as it presently exists, some uncertainty as to when and whether an Indian band can sue or be sued. There is uncertainty as to the effectiveness of any action brought in the name of, or against a band to bind all members of that band. This is especially the case when the action involves trespass to reserve lands.

An Indian band is not a corporate body although it does have certain rights and obligations by virtue of the provisions of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. It seems clear that the status of an Indian Band under that Act (or at least the status of the Indian band council under the Act) is such as to give that entity a certain capacity to sue and be sued in a manner similar to that in which other unincorporated entities have been held to have the capacity to sue and be sued. The extent to which an action brought or defended in the name

(19) La Cour pourra, pour des raisons spéciales, mais exceptionnellement, et dans sa discrétion, ordonner un autre examen préalable après qu'une partie ou cessionnaire aura été examiné au préalable en vertu de la présente Règle.

À cet égard, la défenderesse C.I.P. Inc. veut interroger quelques membres des bandes dont il est dit qu'ils ont été personnellement mêlés aux événements qui ont entouré la cession des terres de réserve dont traite cette action. Cette requête, conformément à la Règle 465(19), a été entendue et décidée en même temps que la présente requête.

Les défenderesses ne s'opposent pas à la demande de désistement des demandeurs dans la crainte que ce désistement ait des répercussions sur l'étendue de leurs droits à l'interrogatoire préalable. Toutefois, elles s'y opposent parce qu'elles craignent que ce désistement puisse nuire à l'aptitude de tout jugement qui pourrait être rendu d'être obligatoire à l'égard de tous les membres de la (des) bande(s).

La déclaration allègue que certaines terres de réserve appartenant à la (aux) bande(s) n'ont pas été cédées légalement, et qu'en conséquence les défenderesses sont redevables de dommages-intérêts pour violation du droit de propriété sur ces terres. Il ne fait aucun doute que la pratique veut que les actions comme celle-ci soient intentées sous forme d'actions collectives aussi bien que pour le compte de la bande elle-même. Il existe dans la jurisprudence actuelle une certaine incertitude quant à savoir si une bande indienne peut ester en justice, et dans quelles circonstances elle peut le faire. L'incertitude subsiste sur la capacité d'une action intentée pour le compte d'une bande ou contre elle, de lier tous les membres de cette bande. Cela s'applique particulièrement lorsque l'action vise la violation du droit de propriété sur des terres de réserve.

Une bande indienne n'est pas une personne morale, bien qu'elle ait certains droits et obligations en vertu des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), chap. I-5. Il semble clair que le statut d'une bande indienne en vertu de la Loi (ou tout au moins le statut du conseil de la bande indienne en vertu de la Loi) est tel qu'il accorde à cette entité une certaine capacité d'ester en justice de la même façon que d'autres entités dépourvues de personnalité morale ont été déclarées aptes à ester en justice. Il n'est cependant pas

of a band alone binds all members of that band, however, particularly when the question in issue is one of trespass against reserve lands is not clear. A review of the jurisprudence is necessary.

In *Mintuck v. Valley River Band No. 63A, et al.*, [1976] 4 W.W.R. 543 (Man. Q.B.), Solomon J. heard an action in tort brought against an Indian band and four personal defendants. The action was successful and damages were awarded against those parties. The four individuals were the chief and council of the Indian band. These individuals had passed a council resolution purporting to cancel a lease the plaintiff held on certain reserve lands, a lease which a former band council had approved. The lease itself was with the Crown as is required by the *Indian Act*. The actions of passing the council resolution purportedly cancelling the lease rights and other actions taken by the chief and the council members were held to constitute interference with the contractual rights of the plaintiff. Their actions in this regard were also held to have constituted encouragement to other band members to harrass the plaintiff in his use of the leased lands. After the case had proceeded through discovery and trial, Solomon J. had to determine whether or not the band was a suable entity under the Manitoba Queen's Bench Rules or whether an order should have been obtained from the Court requiring the defendants to defend in a representative capacity on behalf of all members of the band. An order requiring a defendant to defend in a representative capacity could have been obtained under Rule 58 of the Manitoba Queen's Bench Rules. Solomon J. was not convinced that the Indian band in question was a suable entity under the Manitoba rules but he cited Rule 156 which allows pleadings to be amended at any time. He issued a *nunc pro tunc* order requiring the four named defendants to be defendants in a representative capacity. They were to be considered as having defended the action, both on their own behalf and on behalf of all other band members, except the plaintiff. On appeal, (1977), 75 D.L.R. (3d) 589; [1977] 2 W.W.R. 309; 2 C.C.L.T. 1 (Man. C.A.), Solomon J.'s decision was upheld although Guy J.A. by way of *dicta* expressed the view that an Indian band might very well be a suable entity without the

clair dans quelle mesure une action intentée ou contestée pour le compte de la bande seule lie tous les membres de cette bande, particulièrement lorsque la question en litige porte sur la violation du droit de propriété sur des terres de réserve. Une revue de la jurisprudence s'impose.

Dans l'affaire *Mintuck v. Valley River Band No 63A et al.*, [1976] 4 W.W.R. 543 (B.R. du Man.), le juge Solomon était saisi d'une action délictuelle intentée contre une bande indienne et quatre défendeurs individuels. L'action a été accueillie et des dommages-intérêts ont été adjugés contre ces parties. Les quatre défendeurs individuels étaient le chef et le conseil de la bande indienne. Ces particuliers avaient voté une résolution du conseil prétendant annuler le bail que le demandeur avait sur certaines terres de réserve, ce bail ayant été approuvé par un conseil de bande antérieur. Le bail lui-même était conclu avec la Couronne, tel que l'exige la *Loi sur les Indiens*. Le vote de la résolution du conseil prétendant annuler les droits afférents au bail et d'autres actes du chef et des membres du conseil ont été déclarés constituer une atteinte aux droits contractuels du demandeur. Il a aussi été statué que leurs actes à cet égard avaient constitué un encouragement pour les autres membres de la bande à gêner le demandeur dans l'usage qu'il faisait des terres louées. Une fois dépassées les étapes de l'examen préliminaire et de l'instruction, le juge Solomon avait à décider si la bande était ou non une entité justiciable des cours de justice en vertu des Règles de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, ou s'il aurait fallu obtenir une ordonnance de la Cour contraignant les défendeurs à contester l'action en qualité de représentants de tous les membres de la bande. Il aurait été possible d'obtenir une ordonnance contraignant un défendeur à contester une action en qualité de représentant en application de la Règle 58 des Règles de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Le juge Solomon n'était pas convaincu que la bande indienne en question était une entité justiciable des cours de justice en vertu des règles du Manitoba, mais il a cité la Règle 156 qui permet la modification des actes de procédure à toute étape de la procédure. Il a rendu une ordonnance *nunc pro tunc* contraignant les quatre défendeurs désignés nommément à contester l'action en qualité de représentants des membres de la bande. Ils devaient être considérés comme ayant contesté

necessity for a representative order under Rule 58 being made. He cited the Supreme Court decision in *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265; 22 D.L.R. (2d) 1 at pages 277-278 S.C.R. That case dealt with the liability of a labour union in a tort claim. Part of the *Therien* decision [at page 278 S.C.R.] quoted by Guy J.A. reads as follows:

The legislature, by giving the right [to the union] to act as agent for others and to contract on their behalf, has given them two of the essential qualities of a corporation in respect of liability for tort since a corporation can only act by its agents.

... In the absence of anything to show a contrary intention—and there is nothing here—the legislature must be taken to have intended that the creature of the statute shall have the same duties and that its funds shall be subject to the same liabilities as the general law would impose on a private individual doing the same thing. [Underlining added.]

In *Mathias et al v. Findlay*, [1978] 4 W.W.R. 653 (B.C.S.C.), Berger J. granted an interlocutory injunction requiring a member of an Indian band to cease trespassing on lands held in common by the band. The application for an injunction was sought by the chief and band council members suing in a representative capacity on behalf of all members of the band. Berger J., at page 655, wrote:

Thus the band has the right to bring an action. The appropriate way of proceeding is by a representative action brought by members of the band council. *Lindley v. Derrickson*, B.C., Anderson J., 30th March 1976 (not yet reported). See also *Mintuck v. Valley River Band No. 63A* ...

In *Public Service Alliance of Canada v. Francis et al.*, [1982] 2 S.C.R. 72; 139 D.L.R. (3d) 9; (1982), 44 N.R. 136; 82 C.L.L.C. 14,208; [1982] 4 C.N.L.R. 94, it was held that an Indian band council was an employer under the *Canada Labour Code* [R.S.C. 1970, c. L-1]. The Court stated, at page 78 S.C.R.:

l'action aussi bien pour leur propre compte que pour celui de tous les autres membres de la bande, à l'exception du demandeur. La décision du juge Solomon a été confirmée en appel, (1977), 75 D.L.R. (3d) 589; [1977] 2 W.W.R. 309; 2 C.C.L.T. 1 (C.A. Man.), bien que le juge d'appel Guy se soit montré d'avis, dans une remarque incidente, qu'une bande indienne puisse fort bien être poursuivie sans que l'on ait à rendre une ordonnance visant la représentation en vertu de la Règle 58. Il a cité l'arrêt de la Cour suprême dans *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] R.C.S. 265; 22 D.L.R. (2d) 1, aux pages 277 et 278 R.C.S. Cette affaire traitait de la responsabilité d'un syndicat ouvrier dans une action délictuelle. Une partie de l'arrêt *Therien* [à la page 278 R.C.S.] cité par le juge d'appel Guy est ainsi libellé:

[TRADUCTION] La législature, en accordant le droit [au syndicat] d'agir en qualité de mandataire et de contracter pour autrui, lui a donné deux des caractéristiques essentielles à une personne morale à l'égard de la responsabilité délictuelle puisqu'une personne morale ne peut agir que par ses mandataires.

... En l'absence d'un élément indiquant une intention contraire—et il n'y en a pas en l'espèce—on doit comprendre que le législateur a voulu que cette personne créée par la loi ait les mêmes devoirs et soit assujettie aux mêmes obligations qu'imposerait le droit général aux individus agissant de la même façon. [Soulignements ajoutés.]

Dans l'arrêt *Mathias et al v. Findlay*, [1978] 4 W.W.R. 653 (C.S.C.-B.), le juge Berger a accordé une injonction interlocutoire qui enjoignait à un membre d'une bande indienne de cesser d'entrer abusivement sur des terres détenues en commun par la bande. La demande d'injonction a été faite par le chef et les membres du conseil de la bande, qui étaient en justice en qualité de représentants pour le compte de tous les membres de la bande. Le juge Berger a écrit à la page 655:

[TRADUCTION] Ainsi la bande a le droit d'intenter une action, qui doit être régulièrement introduite par voie d'action collective, engagée par les membres du conseil de bande. Voir l'arrêt *Lindley v. Derrickson*, C.-B., le juge Anderson, 30 mars 1976 (encore inédit). Voir aussi l'arrêt *Mintuck v. Valley River Band N° 63A* ...

Dans l'arrêt *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Francis et autres*, [1982] 2 R.C.S. 72; 139 D.L.R. (3d) 9; (1982), 44 N.R. 136; 82 C.L.L.C. 14,208; [1982] 4 C.N.L.R. 94, il a été statué qu'un conseil de bande indienne était un employeur en vertu du *Code canadien du travail* [S.R.C. 1970, chap. L-1]. La Cour a statué à la page 78 R.C.S.:

The Band Council is a creature of the *Indian Act*. It is given power to enact by-laws for the enforcement of which it is necessary to employ staff. In fact, the Council does engage employees to do work for it and it pays them. In view of these circumstances, for the purposes of the Code, it is my opinion that the Council could properly be considered to be an employer within the meaning of that Act. I am fortified in that conclusion by the provision contained in s. 27(7) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, that words in the singular include the plural. The word "person" in the Code therefore includes "persons". The Council is a designated body of persons which is given a specific role under the provisions of the *Indian Act*.

In *R. v. Peter Ballantyne Indian Band* (1985), 45 Sask. R. 33 (Q.B.) an Indian band was held liable for a traffic violation as "owner" of a motor vehicle. The Court held that the *Indian Act* makes it clear that an Indian "band" is a statutory entity consisting of specifically defined "persons" with wide powers of ownership and regulation over its members. Thus it was conceded that the "Peter Ballantyne Band" was clearly an entity that could own property including motor vehicles. The Court held that since the band had applied as "owner" for motor vehicle registration and the consequent authorization to operate the vehicle on the road it could not, on conviction for a traffic violation, hide behind the argument that it was not a suable person.

In *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (S.C.), Mr. Justice McEachern refused an amendment to pleadings which would have had one named plaintiff suing on behalf of two Indian bands. The litigation in question was brought by the plaintiffs to establish aboriginal or other rights over Meares Island. At pages 65-66 B.C.L.R., Mr. Justice McEachern stated:

It is an open question whether Indian bands are juridical persons capable of suing and being sued even though bands are recognized by the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. 1-6: *Calder v. A.G.B.C.*, supra; *Mintuck v. Valley River Band No. 63A*, [1977] 2 W.W.R. 309, 2 C.C.L.T. 1, 75 D.L.R. (3d) 589 (Man. C.A.); *Mathias v. Findlay*, [1978] 4 W.W.R. 653 (B.C.S.C.); *Cache Creek Motors Ltd. v. Porter* (1979), 14 B.C.L.R. 13 (Co. Ct.); and *King v. Gull Bay Indian Band* (1983), 38 C.P.C. 1 (Ont. Dist. Ct.).

Le conseil de bande a été créé par la *Loi sur les Indiens*. Il a reçu le pouvoir d'établir des statuts et doit employer du personnel pour en assurer l'application. De fait, le conseil embauche des employés qui travaillent pour lui et qu'il paie. Dans ces circonstances, pour les fins du Code, je suis d'avis qu'on peut valablement dire que le conseil est un employeur au sens de cette loi. Ma conclusion trouve appui dans le par. 27(7) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, qui dispose que les mots écrits au singulier comprennent le pluriel. Le mot «personne» dans le Code comprend par conséquent «personnes». Le conseil de bande est un groupe de personnes désigné auquel les dispositions de la *Loi sur les Indiens* attribuent un rôle particulier.

Dans l'arrêt *R. v. Peter Ballantyne Indian Band* (1985), 45 Sask. R. 33 (B.R.), une bande indienne a été tenue responsable d'une infraction au code de la route en qualité de «propriétaire» d'un véhicule automobile. La Cour a statué que la *Loi sur les Indiens* laisse clairement entendre qu'une «bande» indienne est une entité prévue par la loi composée de «personnes» expressément définies, investie de larges pouvoirs de propriété et de réglementation à l'égard de ses membres. Ainsi il a été concédé que la «Bande Peter Ballantyne» était clairement une entité qui pouvait posséder des biens, y compris des véhicules automobiles. La Cour a statué qu'étant donné sa demande d'immatriculation d'un véhicule automobile en qualité de «propriétaire» et l'autorisation consécutive de conduire le véhicule en question sur la route, elle ne pouvait pas, après avoir été reconnue coupable d'une infraction au code de la route, se retrancher derrière l'argument qu'elle n'était pas une entité justiciable des cours de justice.

Dans l'arrêt *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.R.L. 84 (C.S.), le juge McEachern a refusé d'accorder la modification de l'acte de procédure en vertu de laquelle un demandeur nommément désigné aurait intenté une poursuite pour le compte de deux bandes indiennes. Les demandeurs avaient intenté l'action en cause pour établir des droits ancestraux ou d'autres droits sur l'île Meares. Aux pages 65 et 66 B.C.L.R., le juge McEachern a dit:

[TRADUCTION] On n'a pas encore tranché la question de savoir si les bandes indiennes sont des entités juridiques capables d'ester en justice, bien qu'elles soient reconnues par la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6; *Calder v. A.G.B.C.*, précité; *Mintuck v. Valley River Band No. 63A*, [1977] 2 W.W.R. 309, 2 C.C.L.T. 1, 75 D.L.R. (3d) 589 (C.A. Man.); *Mathias v. Findlay*, [1978] 4 W.W.R. 653 (C.S.C.-B.); *Cache Creek Motors Ltd. v. Porter* (1979), 14 B.C.L.R. 13 (C. comté); et *King v. Gull Bay Indian Band* (1983), 38 C.P.C. 1 (C. dist. Ont.).

Mr. Plant's problem with all this is that these amendments, if made, delete the individual members of the bands, tribes or nations from the litigation and, if the action should fail on any ground, it may have to be litigated again in order to settle the rights of the individual members. In my view, all necessary steps must be taken to ensure the members will be bound by the result of this litigation.

As I said to counsel during the hearing, we are in a problem-solving exercise on these applications and I have the view that the best that can be done is to cover all bases by ensuring that all proper interests are represented and to leave it to the trial judge to decide on the evidence whether the rights asserted in the action, if any, belong to the bands or to some other entities or to the members. I therefore suggest, subject to the agreement of counsel and to the consent of the plaintiffs' representatives, a style of cause as follows:

MOSES MARTIN, suing on his own behalf and on behalf of the CLAYOQUOT BAND OF INDIANS and on behalf of all other members of the said band, its tribes and nations.

There will have to be a similar description for the Ahousah band when a representative is nominated and a similar description of such plaintiffs. Then, as I have said, the trial judge will have to specify to whom the benefits of any judgment will accrue.

In *Kucey v. Peter Ballantyne Band Council*, [1987] 3 W.W.R. 438; 16 C.P.C. (2d) 59; (1987), 57 Sask. R. 29 (C.A.), it was held that since band councils are given significant rights to contract and to incur legal obligations, they may sue and be sued in their own name. The Court held that such entities have an existence in law which is beyond that of their individual members. The report of that case does not indicate the nature of the suit against the band council.

I have not made any reference to *Regina v. Cochrane*, [1977] 3 W.W.R. 660 (Man. Co. Ct.), which was cited to me, because I do not think it advances the analysis of the issue in any way.

Lastly, the issue was raised again in *Oregon Jack Creek Indian Band Chief v. C.N.R.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404; 34 B.C.L.R. (2d) 344 (C.A.). In that case, the plaintiffs allege that the defendants are liable for trespasses committed on Indian lands and against Indian fisheries. The plaintiffs, who are thirty-six Indian chiefs, commenced the action by suing on their own behalf and on behalf of all the members of their respective bands. The plaintiffs then sought to broaden the style of cause so as to include not only a claim on behalf of all of the members of each band but

L'objection de M. Plant à l'égard de tout ceci, c'est que ces modifications, si elles étaient apportées, retranchent de l'action les membres individuels des bandes, des tribus ou des nations et dans l'éventualité où l'action devait être rejetée à l'égard de quelque motif, elle pourrait devoir être recommencée afin d'établir les droits des membres individuels. À mon sens, toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour faire en sorte que les membres soient liés par l'issue de l'action.

Comme je l'ai dit aux avocats au cours de l'audience, ces demandes sont centrées sur un problème, et j'estime que la meilleure solution est de parer à toute éventualité en s'assurant que tous les intérêts réguliers sont représentés, et de laisser le juge de première instance décider, selon la preuve, si les droits invoqués dans l'action, s'il en est, appartiennent aux bandes ou à d'autres entités ou aux membres. Je propose donc, sous réserve de l'accord des avocats et du consentement des représentants des demandeurs, d'adopter l'intitulé de cause suivant:

MOSES MARTIN estant pour son propre compte et pour le compte de la BANDE INDIENNE CLAYOQUOT et pour le compte de tous les autres membres de ladite bande, ses tribus et ses nations.

Il devra y avoir un libellé semblable à l'égard de la bande Ahousah quand un représentant aura été nommé et une désignation semblable des demandeurs. Puis, comme je l'ai dit, le juge de première instance devra préciser à qui iront les avantages d'un quelconque jugement.

Dans l'arrêt *Kucey v. Peter Ballantyne Band Council*, [1987] 3 W.W.R. 438; 16 C.P.C. (2d) 59; (1987), 57 Sask. R. 29 (C.A.), il a été statué que puisque les conseils de bande jouissent de pouvoirs considérables de s'engager par contrat et de contracter des obligations, ils peuvent ester en justice pour leur propre compte. La Cour a statué que de telles entités ont une existence légale qui transcende celle de leurs membres individuels. Le recueil qui relate cette affaire ne révèle pas la nature de l'action contre le conseil de bande.

Je n'ai pas mentionné l'arrêt *Regina v. Cochrane*, [1977] 3 W.W.R. 660 (C. comté Man.), qui m'a été cité, parce que je ne l'estime aucunement utile à l'analyse de la question.

Finalement, la question a encore été soulevée dans l'arrêt *Oregon Jack Creek Indian Band Chief v. C.N.R.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404; 34 B.C.L.R. (2d) 344 (C.A.). Dans cette affaire, les demandeurs allèguent que les défendeurs sont responsables d'atteintes au droit de propriété commises sur les terres indiennes et contre des pêcheries indiennes. Les demandeurs, trente-six chefs indiens, ont introduit l'action en estant en justice pour leur propre compte et pour le compte de tous les membres de leurs bandes respectives. Les demandeurs ont alors demandé à ajouter à l'inti-

also a claim on behalf of all the members of three nations as well. The Chambers Judge held that the proper plaintiff under the *Indian Act* was the band and that the proper plaintiff in the case of an aboriginal claim was the nation. He held that such claims were derivative in nature and could only be advanced under the authority of the band or nation respectively. There was no evidence that the plaintiffs had the authority of either the band or the nation. The Chambers Judge would appear to have held that the plaintiffs' action could not succeed unless they could establish that the nation on whose behalf they purported to sue still existed. The Court of Appeal overruled the Chambers Judge and allowed both claims to be proceeded with in the representative fashion in which the plaintiffs sought to bring them. The Court, stated at pages 348-349 B.C.L.R.:

Central to this question is whether the rights, which it is said the C.N.R. will violate, are vested in the bands and in the nations, or whether they are held for the benefit of the members of the bands and of the nations. The chambers judge held, and the defendants submit, that if rights exist they must be vested in the bands and in the nations, and can only be enforced in a derivative action with the authority of the legal entity which holds the rights.

It is necessary to consider the difference between a class action which is derivative in nature, and a representative action by persons having the same interest in the subject of the litigation. Derivative type class actions are those in which a wrong is done to the entity to which the members belong. Such an action may be brought by a member or members, but it is brought on behalf of the entity. A representative action can be brought by persons asserting a common right, and even where persons may have been wronged in their individual capacity. A detailed discussion of the concept of the representative action is found in *Naken v. Gen. Motors of Can. Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 72, 32 C.P.C. 138, 144 D.L.R. (3d) 385, 46 N.R. 139 [Ont.], commencing at p. 78.

It is common ground that the rights being asserted are communal in nature. In *Joe v. Findlay*, 26 B.C.L.R. 376, [1981] 3 W.W.R. 60, 122 D.L.R. (3d) 377 at 379, this court held that the statutory right of use and benefit of reserve lands was a collective right in common conferred upon and accruing to the band members as a body and not to the band members individually.

In *Twinn v. Can.*, [1987] 2 F.C. 450, 6 F.T.R. (T.D.), the plaintiffs sued on their own behalf and on behalf of all other members of their respective bands. The motion to strike out the statement of claim on the basis that the plaintiffs were not

tulé de la cause de façon à inclure non seulement une revendication pour le compte de tous les membres de chaque bande mais aussi une revendication pour le compte de tous les membres de trois nations. Le juge des référés a statué que le demandeur approprié en vertu de la *Loi sur les Indiens* était la bande, et que le demandeur approprié en matière de revendication autochtone était la nation. Il a affirmé que ces revendications étaient de nature indirecte et qu'il ne pouvait y être procédé qu'avec l'autorisation de la bande ou de la nation respectivement. Or, rien ne prouvait que les demandeurs avaient l'autorisation de la bande ou de la nation. Il semble que le juge des référés ait statué que les demandeurs ne pouvaient obtenir gain de cause à moins qu'ils ne puissent établir que la nation pour le compte de laquelle ils prétendaient ester en justice existait encore. La Cour d'appel a infirmé le juge des référés et a permis que les deux revendications soient faites pour le compte de la collectivité comme le voulaient les demandeurs. La Cour a dit aux pages 348 et 349 B.C.L.R.:

[TRADUCTION] L'important est de déterminer si les droits dont il est dit qu'ils seront enfreints par le CN appartiennent aux bandes et aux nations, ou s'ils sont détenus au profit des membres des bandes et des nations. Le juge des référés a statué, et les défendeurs soutiennent, que si des droits existent, ils doivent appartenir aux bandes et aux nations, et leur respect ne peut être assuré que par une action oblique intentée avec l'autorisation de l'entité juridique titulaire des droits.

Il est nécessaire d'étudier la distinction qui existe entre une action collective (*class action*) qui est de nature indirecte, et un recours collectif (*representative action*) par des personnes ayant le même intérêt dans l'objet du litige. Les actions collectives de type indirect (*derivative type class actions*) sont celles qui visent un préjudice causé à l'entité à laquelle appartiennent les membres. Une telle action peut être engagée par un ou des membres, mais elle l'est pour le compte de l'entité. Un recours collectif peut être invoqué par des personnes qui font valoir un droit commun, et même lorsque des personnes peuvent avoir été lésées de façon individuelle. On trouvera une discussion détaillée du concept du recours collectif dans l'arrêt *Naken v. Gen. Motors of Can. Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 72, 32 C.P.C. 138, 144 D.L.R. (3d) 385, 46 N.R. 139 [Ont.], commençant à la p. 78.

Il n'est pas contesté que les droits que l'on fait valoir sont des droits communautaires. Dans l'arrêt *Joe v. Findlay*, 26 B.C.L.R. 376, [1981] 3 W.W.R. 60, 122 D.L.R. (3d) 377, à la page 379, cette Cour a statué que le droit prévu par la loi relatif à l'usage et au profit des terres de réserve était un droit collectif en commun conféré et revenant aux membres de la bande en tant que collectivité et non aux membres de la bande individuellement.

Dans l'affaire *Twinn c. Can.*, [1987] 2 C.F. 450, 6 F.T.R. (T.D.), les demandeurs étaient en justice pour leur propre compte et pour le compte de tous les autres membres de leurs bandes respectives. La requête visant la radiation de la déclara-

entitled to bring the action as a class action was dismissed. Strayer J. said at p. 462:

Basically, aboriginal rights are communal rights and it is therefore appropriate that those persons who claim to belong to the relevant community to which the right adheres should be joined as plaintiffs in an action to vindicate those rights: see *Attorney General for Ontario v. Bear Island Foundation et al.* (1984), 15 D.L.R. (4th) 321 (Ont. H.C.), at pages 331-332.

In *A.G. Ont. v. Bear Island Foundation; Potts v. A.G. Ont.*, 49 O.R. (2d) 353, 15 D.L.R. (4th) 321, [1985] 1 C.N.L.R. 1 (H.C.), a defence of aboriginal rights was advanced by three individual plaintiffs on behalf of themselves and on behalf of all other members of a tribe, and all other members of a registered band which constituted a sub-group of the tribe. Steele J. concluded that the registered band, not being an incorporated body, was properly represented by its chief and the other members. The tribe was properly represented by persons alleging themselves to be members thereof.

The Indian Act recognizes the communal nature of the rights protected by the Act. The band, by definition, is a "body of Indians . . . for whose use and benefit in common, lands . . . have been set apart" (s. 2(1) "band"(a)). Powers conferred upon a band are exercised with the consent of its members (s. 2(3)). A surrender of lands is void unless assented to by a majority of the members (s. 39). The right of an Indian or a band (a body of Indians) to seek a right or remedy in trespass is preserved by s. 31(3) of the Act. In short, the power rests with the membership.

It is not necessary in this case to decide in what situations the band may be regarded as a legal entity for the purpose of commencing an action. It is sufficient to observe that a representative action may be brought by the members of the band council (*Mathias v. Findlay*, [1978] 4 W.W.R. 653 (S.C.)), or by a chief of a band for himself, and the majority of his band (*Pap-Wee-In v. Beaudry*, [1933] 1 W.W.R. 138 (Sask. K.B.)).

The question in this case is not whether a band, through the members of its council, can bring an action in trespass, but whether the chief of a band (a group of Indians) can bring a representative action on behalf of himself and all other members of the band to enforce their communal rights. The rights of members of a band on behalf of themselves, and other members of the band to bring an action in trespass was upheld in *Custer v. Hudson's Bay Co. Dev. Ltd.*, [1983] 1 W.W.R. 566 at 569, 141 D.L.R. (3d) 722, [1982] 3 C.N.L.R. 30, [1983] 1 C.N.L.R. 1, 20 Sask. R. 89 (Q.B.) (per Cameron J.A. relying on s. 31(3) of the Indian Act).

The *Pasco* decision is presently under appeal to the Supreme Court of Canada.

tion au motif que les demandeurs ne pouvaient pas intenter l'action en qualité d'action collective a été rejetée. Le juge Strayer a dit à la p. 462:

Les droits ancestraux sont essentiellement des droits communautaires, et il convient donc que ceux qui prétendent appartenir à la collectivité à laquelle se rattachent ces droits se constituent demandeurs dans une action pour justifier ces droits: voir *Attorney General for Ontario v. Bear Island Foundation et al.* (1984), 15 D.L.R. (4th) 321 (H.C. Ont.), aux pages 331 et 332.

^a Dans l'affaire *A.G. Ont. v. Bear Island Foundation; Potts v. A.G. Ont.*, 49 O.R. (2d) 353, 15 D.L.R. (4th) 321, [1985] 1 C.N.L.R. 1 (H.C.), trois demandeurs individuels ont défendu des droits ancestraux pour leur propre compte et pour le compte de tous les autres membres de la tribu, et de tous les autres membres d'une bande inscrite qui constituait un sous-groupe de la tribu. Le juge Steele a conclu que la bande inscrite, n'étant pas une personne morale, était représentée régulièrement par son chef et les autres membres. La tribu était régulièrement représentée par des personnes qui affirmaient en faire partie.

^b La Loi sur les Indiens reconnaît la nature communautaire des droits protégés par la Loi. La bande, par définition, est «un groupe d'Indiens . . . à l'usage et au profit communs desquels des terres . . . ont été mises de côté» (par. 2(1) «bande» a). Les pouvoirs conférés à une bande sont exercés en vertu du consentement de ses membres (par. 2(3)). La cession des terres est nulle à moins qu'elle ne soit sanctionnée par une majorité des membres (art. 39). Le droit d'un Indien ou d'une bande (un groupe d'Indiens) de rechercher un droit ou une réparation en matière de violation du droit de propriété est préservé par le paragraphe 31(3) de la Loi. Bref, le pouvoir appartient à l'ensemble des membres.

^c Il n'est pas nécessaire en l'espèce de décider dans quelles situations la bande peut être considérée comme une personne juridique aux fins d'engager une action. Il suffit de souligner qu'une action collective peut être intentée par les membres du conseil de bande (*Mathias v. Findlay*, [1978] 4 W.W.R. 653 (C.S.)), ou par un chef de bande pour son propre compte, et pour la majorité de sa bande (*Pap-Wee-In v. Beaudry*, [1933] 1 W.W.R. 138 (B.R. Sask.)).

^d La question en l'espèce n'est pas de savoir si une bande, par l'intermédiaire des membres de son conseil, peut intenter une action pour trouble de jouissance, mais plutôt de savoir si le chef d'une bande (un groupe d'Indiens) peut engager une action collective pour son compte et pour le compte de tous les autres membres de la bande afin de faire valoir leurs droits communautaires. Le droit des membres d'une bande d'intenter une action pour trouble de jouissance pour leur propre compte et celui d'autres membres de la bande a été confirmé par l'arrêt *Custer v. Hudson's Bay Co. Dev. Ltd.*, [1983] 1 W.W.R. 566 à la page 569, 141 D.L.R. (3d) 722, [1982] 3 C.N.L.R. 30, [1983] 1 C.N.L.R. 1, 20 Sask. R. 89 (B.R.) (motifs du juge d'appel Cameron fondés sur le par. 31(3) de la Loi sur les Indiens).

^e L'arrêt *Pasco* est actuellement soumis à la Cour suprême du Canada.

In the light of all this counsel for the plaintiffs now brings an application to have the individuals named removed as plaintiffs both in so far as they are suing on their own behalf and in so far as they are suing in a representative capacity. He does so for the purpose of avoiding a discovery application which is not now and never has been made. He argues that the jurisprudence has clearly left open the question as to whether or not a band can sue in its own name, alone, for trespass to reserve lands and thereby bind all band members. He argues that this is the point which should be decided in this application.

I do not agree. While I may agree that the jurisprudence has left open the question of the authority of a band (or band council) to bind all band members (which question has to be determined by reference to the relevant provisions of the *Indian Act*, particularly sections 30 and 31, and by reference to the particular rules of court, in this case the *Federal Court Rules*), I do not agree that that question need be answered for the purpose of disposing of this application.

In my view the present situation is simply not a situation where the Court should exercise its discretion and allow discontinuance of an action by the plaintiffs. The motive and only motive in seeking discontinuance is to seek to avoid discovery. The Court should not exercise its discretion in support of that endeavour. For that reason alone, I would refuse to grant the discontinuance sought in this case. There is, in addition, given the unsettled nature of the jurisprudence, some uncertainty as to whether a discontinuance would prejudice the defendants. It is possible that a judgment given consequent upon an action framed in the name of the band(s) alone would not bind all band members. As Mr. Justice McEachern said in the *Martin* case, *supra*, the object at this stage of proceedings should be to cover all bases. To adopt a procedure which is rife with uncertainty and which would increase rather than decrease the

À la lumière de tout ceci, l'avocat des demandeurs demande maintenant que les particuliers désignés nommément soient autorisés à se désister en qualité de demandeurs aussi bien dans la mesure dans laquelle ils poursuivent pour leur propre compte que dans celle où ils poursuivent pour le compte d'autres personnes. L'avocat agit de la sorte dans le but d'éviter une demande d'interrogatoire préalable que l'on ne fait pas actuellement et qui n'a jamais été faite. Il soutient que la jurisprudence a clairement laissé sans solution la question de savoir si une bande peut ou non ester en justice en son propre nom, seule, pour violation du droit de propriété sur des terres de réserve, et de la sorte lier tous les membres de la bande. Il affirme que c'est là la question qui devrait être décidée dans le cadre de cette demande.

Je ne suis pas de cet avis. Bien que je puisse convenir que la jurisprudence n'a pas réglé la question de la capacité d'une bande (ou du conseil de bande) de lier tous les membres de la bande (cette question devrait être décidée compte tenu des dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*, particulièrement les articles 30 et 31, et compte tenu des règles de la Cour applicables, en l'occurrence, les *Règles de la Cour fédérale*), je n'estime pas qu'il faille répondre à la question aux fins de statuer sur cette demande.

À mon sens, la situation présente n'est tout simplement pas une situation dans laquelle la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à permettre aux demandeurs de se désister. Le seul et unique motif du désistement recherché est de tenter d'éviter l'interrogatoire préalable. La Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire à l'appui de cet objectif. Pour ce seul motif, je refuserais d'accorder le désistement recherché en l'espèce. Il existe en outre, vu le caractère flottant de la jurisprudence, une certaine incertitude quant au préjudice que pourrait causer le désistement aux défenderesses. Il est possible qu'un jugement qui serait rendu à la suite d'une action engagée au nom de la (des) bande(s) uniquement ne lierait pas tous les membres de la bande. Comme l'a dit le juge McEachern dans l'arrêt *Martin*, précité, l'objectif poursuivi à ce stade de la procédure devrait être de parer à toute

potential for interlocutory litigation is not appropriate.

It is clear that the plaintiffs' claim, as presently framed, is not improper because it is brought both in the name of the band(s) and in the name of the Chief and council members suing in their own right and as representatives of the other band members. At most, the addition of the individual plaintiffs may be redundant. Whatever the outcome of the *Pasco* appeal, the present action has been framed in accordance with a practice that is both appropriate and acceptable under the present law. For the reasons given, the plaintiffs' request to discontinue their individual and representative actions is denied.

éventualité. Il n'est pas approprié d'adopter une façon de procéder qui est des plus incertaines et qui augmenterait plutôt qu'elle ne diminuerait le risque de mesures interlocutoires.

^a Il est clair que l'action des demandeurs, dans son intitulé actuel, n'est pas irrégulière parce qu'elle est intentée aussi bien pour le compte de la (des) bande(s) que pour le compte du chef et des membres du conseil qui estent en justice pour leur propre compte et en leur qualité de représentants des autres membres de la bande. Tout au plus, l'adjonction des demandeurs individuels peut être redondante. Quelle que soit l'issue du pourvoi dans l'affaire *Pasco*, l'intitulé de la présente action suit une pratique qui est à la fois appropriée et acceptable dans l'état actuel du droit. Pour les motifs donnés, la requête des demandeurs en vue de se désister de leurs actions intentées à titre individuel et collectif est rejetée.

T-610-89

T-610-89

Nova Ban-Corp Limited and Container Port of Alberta Research Corporation (Plaintiffs)

v.

Aage F. Tottrup, Container Port of Alberta Research Corporation and Her Majesty the Queen in Right of Canada Represented by the Minister of National Revenue (Defendants)

INDEXED AS: *NOVA BAN-CORP LTD. v. TOTTRUP (T.D.)*

Trial Division, Strayer J.—Edmonton, September 14; Ottawa, September 21, 1989.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Nova Ban-Corp alleging president of Container Port (CPARC) acceding to excessive assessment of income tax for which should have been personally responsible, thereby benefiting himself and prejudicing CPARC creditors — Alberta Court granting leave under Canada Business Corporations Act, ss. 232 and 234 to bring action in name of CPARC in Federal Court to determine proper tax payable — Action seeking declaration assessment nullity, certiorari quashing assessment and compensation from individual defendant — Court without jurisdiction over essential matter of claim, i.e. corporate law or creditor and debtor — Canada Business Corporations Act not assigning jurisdiction to Federal Court to hear actions such as this — Ss. 232(2) and 234(2) require action to be brought in court as defined, i.e. provincial superior court — Statement of claim struck.

Income tax — Practice — Third party creditor seeking declaration tax assessment nullity, certiorari quashing assessment and compensation from individual defendant — No express authority in Income Tax Act permitting third party to attack assessment — Confidentiality of taxation information militating against third parties attacking assessment — Income Tax Act, s. 241(2), stating no official required to testify in legal proceedings as to information obtained on behalf of Minister for purposes of Act, obstacle to third party challenge to assessment — Action also defective as not by way of appeal and out of time — No notice of objection to assessment filed as required by s. 165.

Creditors and debtors — Third party creditor bringing action seeking declaration income tax assessment nullity, certiorari quashing assessment and compensation — Federal Court not having jurisdiction over essential matter of claim, i.e. corporate law or law of creditors and debtors.

Nova Ban-Corp Limited et Container Port of Alberta Research Corporation (demandereses)

a c.

Aage F. Tottrup, Container Port of Alberta Research Corporation et Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le ministre du Revenu national (défendeurs)

RÉPERTORIÉ: *NOVA BAN-CORP LTD. c. TOTTRUP (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge Strayer—Edmonton, 14 septembre; Ottawa, 21 septembre 1989.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Nova Ban-Corp allègue que le président de Container Port (CPARC) a accepté une cotisation excessive d'impôt sur le revenu qu'il aurait dû lui-même payer, ce qui a été à son avantage et au détriment des créanciers de CPARC — Un tribunal de l'Alberta a autorisé Nova Ban-Corp en vertu des art. 232 et 234 de la Loi sur les sociétés commerciales canadiennes à intenter une action pour le compte de CPARC devant la Cour fédérale pour déterminer le montant exact de l'impôt à payer — L'action visait à obtenir un jugement déclarant la cotisation nulle, un certiorari annulant la cotisation ainsi qu'une indemnité contre le particulier défendeur — La Cour n'a pas compétence quant au fondement de la demande, c'est-à-dire sur le droit des compagnies ou sur les relations entre créanciers et débiteurs — La Loi sur les sociétés commerciales canadiennes ne confère pas à la Cour fédérale la compétence nécessaire pour connaître des actions comme en l'espèce — Les art. 232(2) et 234(2) exigent que l'action soit intentée devant le tribunal tel qu'il est défini, c'est-à-dire la cour supérieure d'une province — Déclaration radiée.

Impôt sur le revenu — Pratique — Un tiers créancier sollicite un jugement déclarant la cotisation d'impôt nulle, un certiorari annulant la cotisation ainsi qu'une indemnité contre le particulier défendeur — La Loi de l'impôt sur le revenu ne comporte aucune disposition expresse autorisant un tiers à attaquer une cotisation — Le principe de la confidentialité des renseignements en matière d'impôt empêche les tiers de contester une cotisation — L'art. 241(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu qui dispose qu'aucun fonctionnaire ne peut être contraint, dans le cadre de procédures judiciaires, à témoigner au sujet de renseignements obtenus au nom du ministre aux fins de la présente loi, constitue un obstacle pour un tiers qui déciderait de contester une cotisation — L'action est également viciée en raison du fait qu'elle n'a pas été intentée par voie d'appel et qu'elle est prescrite — Aucun avis d'opposition à la cotisation n'a été déposé contrairement à ce qu'exige l'art. 165.

Créanciers et débiteurs — Un tiers créancier intente une action en vue d'obtenir un jugement déclarant une cotisation d'impôt sur le revenu nulle, un certiorari annulant une cotisation ainsi qu'une indemnité — La Cour fédérale n'a pas compétence quant au fondement de la demande, c'est-à-dire sur le droit des compagnies ou sur les relations entre créanciers et débiteurs.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Action by third party seeking declaration tax assessment nullity, certiorari quashing assessment and compensation from individual defendant — Alleging president of corporate defendant acceding to excessive assessment of tax he should personally have paid — Statement of claim struck: (1) Court lacking jurisdiction over law of creditor and debtor, (2) third party not permitted to attack assessment; (3) action not by way of appeal and (4) out of time.

Practice — Costs — Costs awarded to defendants on party and party basis in successful application to strike statement of claim — Leave of Court of Queen's Bench of Alberta to commence action in Federal Court not relieving plaintiffs of costs — Action exceeding that expressly authorized — Uncertainty of proceeding evident from clear requirements of Income Tax Act and case law — Solicitor-client costs unjustified as plaintiffs' conduct of litigation not patently negligent, vexatious or abusive.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33, ss. 2(1), 232 (as am. by S.C. 1978-79, c. 9, s. 74), 234(2).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 165, 169 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58, item 2), 172, 241(2) (as am by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 117).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hart v. Canada (M.N.R.), [1986] 3 F.C. 178; (1986), 86 DTC 6335; [1986] 2 C.T.C. 63; (1986), 4 F.T.R. 176 (T.D.); *Inland Revenue Comrs v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*, [1981] 2 All ER 93 (H.L.).

REFERRED TO:

R. v. Parsons, [1984] 2 F.C. 909; (1984), 54 N.R. 227; (1984), 84 DTC 6447; [1984] C.T.C. 352 (C.A.); *Bechtold Resources Ltd. v. Canada (M.N.R.)*, [1986] 3 F.C. 116; (1986), 86 DTC 6065; [1986] 1 C.T.C. 195; (1986), 1 F.T.R. 123 (T.D.); *G.R. Block Research & Development Corp. v. M.N.R.* (1987), 87 DTC 5137; [1987] 1 C.T.C. 253; (1987), 9 F.T.R. 229 (F.C.T.D.).

COUNSEL:

G. J. Steward-Palmer for plaintiffs.

S. M. Macdonald for defendants Aage F. Tottrup and Container Port of Alberta Research Corporation.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Action intentée par un tiers en vue d'obtenir un jugement déclarant une cotisation d'impôt nulle, un certiorari annulant la cotisation ainsi qu'une indemnité contre un particulier défendeur — Il est allégué que le président de la société défenderesse a accepté une cotisation excessive d'impôt qu'il aurait dû lui-même payer — Déclaration radiée pour les motifs suivants: (1) la Cour n'a pas compétence quant au droit régissant les créanciers et débiteurs; (2) un tiers n'est pas autorisé à attaquer une cotisation; (3) l'action n'a pas été intentée par voie d'appel et (4) elle est prescrite.

Pratique — Frais et dépens — Dépens adjugés aux défendeurs entre parties, leur demande en radiation de la déclaration étant accueillie — L'autorisation de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta d'intenter une action devant la Cour fédérale ne libère pas les demanderesse des dépens — L'action dépassait ce qui était expressément autorisé — Il était évident que le résultat de la procédure était incertain en raison des exigences claires de la Loi de l'impôt sur le revenu et de la jurisprudence — Les dépens sur la base procureur-client sont injustifiés car la conduite des demanderesse au cours du litige n'était pas manifestement négligente, vexatoire ou abusive.

d LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 165, 169 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58, n° 2), 172, 241(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 68, art. 117).
Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, chap. 33 (mod. par S.C. 1978-79, chap. 9, art. 1), art. 2(1), 232 (mod. par S.C. 1978-79, chap. 9, art. 74), 234(2).

f JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hart c. Canada (M.N.R.), [1986] 3 C.F. 178; (1986), 86 DTC 6335; [1986] 2 C.T.C. 63; (1986), 4 F.T.R. 176 (1^{re} inst.); *Inland Revenue Comrs v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*, [1981] 2 All ER 93 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Parsons, [1984] 2 C.F. 909; (1984), 54 N.R. 227; (1984), 84 DTC 6447; [1984] C.T.C. 352 (C.A.); *Bechtold Resources Ltd. c. Canada (M.N.R.)*, [1986] 3 C.F. 116; (1986), 86 DTC 6065; [1986] 1 C.T.C. 195; (1986), 1 F.T.R. 123 (1^{re} inst.); *G.R. Block Research & Development Corp. c. M.N.R.* (1987), 87 DTC 5137; [1987] 1 C.T.C. 253; (1987), 9 F.T.R. 229 (C.F. 1^{re} inst.).

AVOCATS:

G. J. Steward-Palmer pour les demanderesse.

S. M. Macdonald pour les défendeurs Aage F. Tottrup et Container Port of Alberta Research Corporation.

P. G. Hodgkinson and C. Coughlan for defendant Her Majesty the Queen in Right of Canada Represented by the Minister of National Revenue.

SOLICITORS:

Milner & Steer, Edmonton, for plaintiffs.

Macdonald and Freund, Edmonton, for defendants Aage F. Tottrup and Container Port of Alberta Research Corporation.

Deputy Attorney General of Canada for defendant Her Majesty the Queen in Right of Canada Represented by the Minister of National Revenue.

The following are the reasons for order rendered in English by

STRAYER J.:

Relief Sought

The notices of motion filed respectively by Her Majesty the Queen and the other defendants seek identical remedies: namely the grant of leave to file a conditional appearance in order to object to the jurisdiction of the Court, a finding that the Court has no jurisdiction to entertain this action, and in the alternative the striking out of all or part of the statement of claim on other grounds. It was agreed at the outset that argument would only be presented with respect to conditional leave and the jurisdictional question, the remainder of the application being adjourned indefinitely and depending on the determination of these issues.

Facts

The plaintiff Nova Ban-Corp Limited claims to be a creditor of Container Port of Alberta Research Corporation and has proceedings pending in the Alberta Court of Queen's Bench in that respect. On October 16, 1984 the Minister of National Revenue issued a notice of assessment against Container Port. On August 28, 1985 a certificate of tax indebtedness in respect of that assessment was filed in the Federal Court and a writ of *fieri facias* was issued. On April 8, 1987 a new notice of assessment was issued, apparently with respect to the same tax liability. It is common

P. G. Hodgkinson et C. Coughlan pour la défenderesse Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le ministre du Revenu national.

PROCUREURS:

Milner & Steer, Edmonton, pour les demandereses.

Macdonald and Freund, Edmonton, pour les défendeurs Aage F. Tottrup et Container Port of Alberta Research Corporation.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le ministre du Revenu national.

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

LE JUGE STRAYER:

Réparation demandé

Les avis de requête déposés respectivement par Sa Majesté la Reine et les autres défendeurs ont conclu à des réparations identiques, savoir l'autorisation de produire une comparution conditionnelle aux fins de contester la compétence de la Cour, une décision portant que la Cour n'a pas compétence pour connaître de la présente action, et subsidiairement la radiation de tout ou partie de la déclaration pour d'autres motifs. Il a été convenu au début que le débat ne porterait que sur la comparution conditionnelle et la question de la compétence, les autres aspects de la requête étant reportés indéfiniment jusqu'à ce que soit rendue une décision concernant ces questions.

Faits

La demanderesse Nova Ban-Corp Limited qui prétend être créancière de Container Port of Alberta Research Corporation a engagé des procédures à cet effet devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Le 16 octobre 1984, le ministre du Revenu national a envoyé un avis de cotisation à Container Port. Le 28 août 1985, un titre de créance à l'égard de cette cotisation a été déposé devant la Cour fédérale et un bref de *fieri facias* a été accordé. Le 8 avril 1987, un nouvel avis de cotisation a été signifié apparemment à l'égard de la même dette fiscale. Il est admis que Container

ground that no notice of objection or notice of appeal was filed by Container Port in respect of either of these assessments.

Briefly put, Nova Ban-Corp Limited as creditor of Container Port apparently takes the position that the individual defendant Aage F. Tottrup, president of Container Port, acceded to an excessive assessment of income tax which should have been payable by Tottrup himself, thereby benefiting himself and prejudicing the creditors of Container Port. Nova Ban-Corp sought to amend its pleadings in the Court of Queen's Bench of Alberta in order *inter alia* to seek to vary the assessment of income tax on Container Port. Mr. Justice Cooke of that Court issued an order on October 3, 1988 which provided in part as follows:

2. Nova Ban is granted leave pursuant to secs. 232 and 234 of the Canada Business Corporations Act to commence a single separate action ("the action" or "the Derivative and Oppression Action") in the name and on behalf of CPARC in The Federal Court of Canada to determine the proper and appropriate tax payable by CPARC arising out of any tax assessments against CPARC since its incorporation and all related questions touching thereon including any and all defenses which would otherwise be open to Revenue.

Nova Ban-Corp then acting on behalf of itself and (pursuant to the order of Mr. Justice Cooke) on behalf of Container Port, brought this action seeking the following relief:

- (a) a Declaration against the Minister that the assessment of Container Port in respect of the SRTC and the related Certificate, Requirement to Pay and writ of *feri facias* are nullities;
- (b) a Declaration that the Minister is estopped from proceeding with the collection of the tax purportedly levied or imposed by the assessment, and from continuing any proceedings under the Certificate, Requirement to Pay and writ of *feri facias*;
- (c) *Certiorari* quashing the assessment of Container Port and the related Certificate, Requirement to Pay and writ of *feri facias*;
- (d) an Order requiring the Defendant Tottrup to cause Container Port to produce to this Honourable Court and the Plaintiffs financial statements for Container Port in the form required by Section 155 of the *Canada Business Corporations Act* for the period 1984 to 1988, inclusive or, for an accounting in such other form as this Honourable Court may deem appropriate;
- (e) in the alternative, a Declaration as to the proper amount of tax owed by Container Port in respect of the SRTC;

Port n'a produit aucun avis d'opposition ni aucun avis d'appel à l'égard de l'une ou l'autre de ces cotisations.

En quelques mots, Nova Ban-Corp Limited qui est la créancière de Container Port prétend, semble-t-il, que le défendeur Aage F. Tottrup, président de Container Port, a accepté une cotisation excessive d'impôt sur le revenu qu'il aurait dû lui-même payer, ce qui a par conséquent été à son avantage et au détriment des créanciers de Container Port. Nova Ban-Corp a voulu modifier ses actes de procédure devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta afin notamment de modifier la cotisation d'impôt sur le revenu à l'égard de Container Port. M. le juge Cooke de cette Cour a, le 3 octobre 1988, rendu une ordonnance qui prévoyait notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] 2. Nova Ban est autorisée en vertu des articles 232 et 234 de la Loi sur les corporations commerciales canadiennes à intenter une seule action distincte («l'action» ou «l'action dérivée et en cas d'abus») pour le compte de CPARC devant la Cour fédérale du Canada afin que celle-ci détermine le montant exact des cotisations d'impôt dû par CPARC depuis sa constitution et se prononce sur toutes les questions connexes à cet égard, notamment les moyens de défense dont disposerait le ministère du Revenu.

Agissant alors pour son propre compte et (conformément à l'ordonnance de M. le juge Cooke) au nom de Container Port, Nova Ban-Corp a intenté la présente action et demandé ce qui suit:

[TRADUCTION]

- (a) un jugement contre le ministre, déclarant que la cotisation de Container Port à l'égard du CIRIS et le certificat, l'obligation de payer et le bref de *feri facias* sont nuls;
- (b) un jugement déclarant que le ministre ne peut procéder au recouvrement de l'impôt soi-disant prélevé par la cotisation, ni poursuivre les procédures en vertu du certificat, de l'obligation de payer et du bref de *feri facias*;
- (c) un *certiorari* annulant la cotisation de Container Port ainsi que le certificat, l'obligation de payer et le bref de *feri facias* connexes;
- (d) une ordonnance enjoignant au défendeur Tottrup de demander à Container Port qu'elle produise ses états financiers devant cette Cour et les demandeurs, comme le requiert l'article 155 de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, pour la période allant de 1984 à 1988 inclusivement ou qu'elle produise un rapport comptable sous toute autre forme que cette Cour peut juger appropriée;
- (e) subsidiairement, un jugement déterminant le montant de l'impôt dû par Container Port à l'égard du CIRIS;

(f) judgment against Tottrup compensating the Plaintiffs as "aggrieved persons" in respect of excess taxes which Tottrup has caused Container Port to pay or agree to pay;

(g) such further and other relief as this Honourable Court may deem just;

(h) costs.

Conclusions

At the outset counsel for the various defendants satisfied me that they had raised a *prima facie* doubt as to the jurisdiction of the Court. Counsel for the plaintiffs indicated that she had no instructions to oppose the grant of leave to the defendants to enter a conditional appearance. I therefore granted such leave.

With respect to the substantive question of whether this Court has jurisdiction to entertain such an action, I am satisfied that it does not.

Firstly, it is clear that this Court has no jurisdiction over the individual defendant Tottrup or the corporate defendant Container Port with respect to the subject-matter of this action. The essential claim against Tottrup is that he unlawfully arranged for Container Port to pay more income tax than it should have done, thus prejudicing Nova Ban's ability as a creditor of Container Port to recover monies owing to it. These are matters of corporate law or of creditor and debtor. To the extent that federal laws are involved, I can find no statutory assignment of jurisdiction to this Court to administer those laws. To the extent that provincial laws are involved there is an equal lack of jurisdiction in the Court to entertain such claims. While the order of Mr. Justice Cooke could not, of course, confer any jurisdiction on this Court which it did not otherwise have, it should be noted that he only gave leave to bring such an action "to determine the proper and appropriate tax payable by CPARC." He did not authorize any such action for the purpose of claiming compensation from Tottrup, as requested in the prayer for relief in the present action.

Secondly, the remainder of the claims in the statement of claim all essentially involve a challenge to the assessment of October 16, 1984 and to the enforcement measures which followed it. I take

(f) un jugement contre Tottrup pour que celui-ci indemnise les demanderesse à titre de «personnes lésées» pour ce qui est des impôts excessifs que Tottrup a demandé à Container Port de payer ou a accepté de payer;

(g) toute autre réparation que cette Cour estime juste;

(h) les dépens.

Conclusions

Dès le début, j'étais convaincu que les avocats des différents défendeurs ont soulevé un doute apparent quant à la compétence de la Cour. L'avocate des demanderesse a indiqué qu'elle n'était pas mandatée pour s'opposer à ce que les défendeurs soient autorisés à produire une comparution conditionnelle. J'ai donc accordé cette autorisation.

Quant à la question de fond qui est de savoir si cette Cour a compétence pour connaître d'une telle action, je suis convaincu que non.

En premier lieu, il est manifeste que la Cour n'a pas compétence à l'égard du défendeur Tottrup et de la société défenderesse Container Port eu égard à l'objet de la présente action. L'argument avancé contre Tottrup porte essentiellement qu'il a illégalement fait en sorte que Container Port paye plus d'impôt sur le revenu qu'elle n'aurait dû le faire, ce qui empêchait ainsi Nova Ban à titre de créancière de Container Port de recouvrer les sommes d'argent qui lui étaient dues. Ce sont là des questions touchant le droit des compagnies ou les relations entre créanciers et débiteurs. Dans la mesure où il s'agit des lois fédérales, je ne vois pas comment la présente Cour peut avoir compétence pour appliquer ces lois. Quant aux lois provinciales, la Cour n'a pas davantage compétence pour connaître de telles actions. L'ordonnance de M. le juge Cooke ne pouvait certes conférer quelque compétence que ce soit à cette Cour, compétence qu'elle n'avait pas de toute façon, mais il faut remarquer qu'il a seulement autorisé une action visant «à déterminer le montant exact des cotisations d'impôt dû par CPARC». Il n'a pas autorisé Nova Ban à intenter une telle action aux fins de réclamer une indemnité à Tottrup, comme il est demandé dans la présente action.

En second lieu, les autres demandes figurant dans la déclaration visent essentiellement à contester la cotisation du 16 octobre 1984 et les mesures d'exécution qui y ont fait suite. Je tiens pour acquis

it that the request for an order requiring Tottrup to produce financial statements or for an accounting is intended to assist the plaintiffs and the Court in determining whether the assessment was correct. While the subject-matter of federal income tax is within federal jurisdiction and is governed by existing federal statute law, the question remains as to whether there has been any statutory assignment by Parliament of jurisdiction to the Federal Court to hear proceedings such as the present one. I am satisfied that there has not.

The plaintiffs strongly rely on the order of Mr. Justice Cooke of the Court of Queen's Bench of Alberta purportedly made under sections 232 and 234 of the *Canada Business Corporations Act*.¹ Subsection 232(1) provides as follows:

232. (1) Subject to subsection (2), a complainant may apply to a court for leave to bring an action in the name and on behalf of a corporation or any of its subsidiaries, or intervene in an action to which any such body corporate is a party, for the purpose of prosecuting, defending or discontinuing the action on behalf of the body corporate.

In subsection 2(1) of the Act the word "court" is defined to mean the superior courts of the various provinces as specifically named therein. In respect of Alberta the relevant "court" at the time this order was made would have been the Court of Queen's Bench. On its face subsection 232(1) might suggest that if that "court" once authorized an action whether in that court or some other court, then Parliament must be taken to have so authorized the action. However it is clear from subsections 232(2) and 234(2) that the action or application when brought must also be brought in the "court" as defined; namely, in Alberta, in the Court of Queen's Bench. In subsection 232(2) it is provided that "No action may be brought . . . under subsection (1) unless *the court* is satisfied that". [Emphasis added.] This clearly implies that the action is to be brought in the same "court" as gives leave for the action to be brought. Similarly in subsection 234(2) it is the "court" which has authority to give the various forms of relief specified there, some of which relief might be involved in the statement of claim filed in the Federal

¹ The Act then in effect was S.C. 1974-75-76, c. 33 as amended in this respect by S.C. 1978-79, c. 9, s. 74.

que la requête visant à obtenir une ordonnance enjoignant à Tottrup de produire des états financiers ou un rapport comptable a pour but d'aider les demandresses et la Cour à déterminer si la cotisation était exacte. Le domaine de l'impôt fédéral sur le revenu relève de la compétence fédérale et il est régi par les lois fédérales existantes mais il reste à savoir si le Parlement a conféré une quelconque compétence à la Cour fédérale pour entendre les procès tels que celui en l'espèce. Je suis convaincu que non.

Les demandresses se fondent en grande partie sur l'ordonnance de M. le juge Cooke de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, qu'il aurait rendue en vertu des articles 232 et 234 de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*¹. Le paragraphe 232(1) porte:

232. (1) Sous réserve du paragraphe (2), un plaignant peut demander au tribunal l'autorisation soit d'intenter une action au nom et pour le compte d'une société ou de l'une de ses filiales, soit d'intervenir dans une action à laquelle est partie une telle personne morale, afin d'y mettre fin, de la poursuivre ou d'y présenter une défense pour le compte de cette personne morale.

Au paragraphe 2(1) de la Loi, le mot «cour» ou «tribunal» désigne les cours supérieures de différentes provinces qui y sont mentionnées. Pour ce qui est de l'Alberta, la «cour» compétente au moment où cette ordonnance a été rendue aurait été la Cour du Banc de la Reine. À première vue, le paragraphe 232(1) pourrait laisser entendre que si cette «cour» autorisait une action soit devant ledit tribunal soit devant une autre cour, il faudrait alors présumer que le Parlement avait ainsi autorisé cette action. Il ressort cependant des paragraphes 232(2) et 234(2) que l'action ou la demande doit également être intentée devant le «tribunal» tel qu'il est défini, c'est-à-dire la Cour du Banc de la Reine lorsqu'il s'agit de l'Alberta. Le paragraphe 232(2) porte que «L'action—visée (. . .) au paragraphe (1) n'(est) recevable (. . .) que si *le tribunal* est convaincu», ce qui implique clairement que l'action doit être intentée devant le même «tribunal» que celui qui autorise ladite action. De même, le paragraphe 234(2) confère au «tribunal» le pouvoir d'accorder les différentes formes de réparation qui y sont précisées, certaines d'entre elles pouvant

¹ La Loi alors en vigueur était S.C. 1974-75-76, chap. 33 (mod. par S.C. 1978-79, chap. 9, art. 1), modifiée à cet égard par S.C. 1978-79, chap. 9, art. 74.

Court in this action. Thus the *Canada Business Corporations Act* does not provide a basis for a creditor to commence proceedings in the Federal Court in the name of its debtor in respect of the tax assessment of that debtor.

Nor does the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] authorize any one but the taxpayer to challenge a tax assessment. The plain words of the Act do not so provide. By sections 165, 169 [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58, item 2], and formerly 172 (authorizing appeals to the Federal Court) it is the "taxpayer" who is authorized to file an objection to an assessment or to bring an appeal. In the present case it is obvious that Nova Ban-Corp Limited is not the taxpayer in question. I can find no authorization in the *Income Tax Act* for the creditor Nova Ban being able to appeal the assessment of Container Port by suing in the name of the latter. It is obvious that the "plaintiff" Container Port in the present action is somehow distinct from the "defendant" Container Port which is the real taxpayer. Apart from the absence of any express authority for such a proceeding, I agree respectfully with my colleague Walsh J. in *Hart v. Canada (M.N.R.)*² where he held that a creditor of a taxpayer had no standing to challenge the assessment and the enforcement action taken pursuant to it. I believe that the House of Lords decision in *Inland Revenue Comrs v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*³ quoted by him, provides a clear rationale for denying any implication that a person other than the taxpayer can challenge his assessment. The House of Lords there emphasized the confidentiality of taxation information which militates against third parties coming in to attack an assessment. In Canada that confidentiality is required, in circumstances such as the present, by subsection 241(2) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 117] of the *Income Tax Act* which states that no official shall be required in connection with any legal proceedings to testify as to information obtained on behalf of the Minister for the purposes of the Act. This would clearly provide a major obstacle to any third party challenging an assess-

² [1986] 3 F.C. 178; (1986), 86 DTC 6335; [1986] 2 C.T.C. 63; (1986), 4 F.T.R. 176 (T.D.).

³ [1981] 2 All ER 93 (H.L.) at pp. 98-99.

figurer dans la déclaration produite devant la Cour fédérale en l'espèce. La *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* ne permet donc pas à un créancier d'engager des procédures devant la Cour fédérale au nom de son débiteur à l'égard de la cotisation d'impôt de ce dernier.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63] interdit également à quiconque sauf au contribuable de contester une cotisation d'impôt. Les termes mêmes de la Loi ne le prévoient pas. Selon les articles 165, 169 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58, n° 2] et l'ancien article 172 (qui autorise les appels devant la Cour fédérale), seul le «contribuable» est autorisé à déposer une opposition à une cotisation ou à tenter un appel. En l'espèce, il est évident que Nova Ban-Corp Limited n'est pas le contribuable en question. Je ne peux pas trouver une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vertu de laquelle la créancière Nova Ban pourrait interjeter appel de la cotisation de Container Port en intentant une poursuite au nom de cette dernière. Il est manifeste que la «demanderesse» Container Port en l'espèce diffère quelque peu de la «défenderesse» Container Port qui est la véritable contribuable. Mise à part l'absence d'une autorisation expresse permettant une telle procédure, je partage l'avis de mon collègue le juge Walsh qui, dans l'affaire *Hart c. Canada (M.R.N.)*² a statué que le créancier d'un contribuable n'avait pas qualité pour contester la cotisation et les mesures d'exécution prises en vertu de ladite cotisation. J'estime que l'arrêt de la Chambre des lords *Inland Revenue Comrs v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*³, qu'il a cité, justifie clairement le rejet de toute idée selon laquelle une personne autre que le contribuable peut contester sa cotisation. Dans cette affaire, la Chambre des lords a mis l'accent sur le principe de la confidentialité des renseignements en matière d'impôt, principe selon lequel les tiers ne peuvent contester une cotisation. Au Canada, cette confidentialité est requise, dans des circonstances semblables à celles en l'espèce, par le paragraphe 241(2) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 68, art. 117] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui dispose qu'aucun

² [1986] 3 C.F. 178; (1986), 86 DTC 6335; [1986] 2 C.T.C. 63; (1986), 4 F.T.R. 176 (1^{re} inst.).

³ [1981] 2 All ER 93 (H.L.), aux pp. 98 et 99.

ment in court and it cannot be implied that such a challenge is authorized.

There are other obstacles to this action proceeding as framed. I believe it is now adequately settled that a challenge to an assessment or the enforcement action which is based on the assessment must be by way of an appeal as authorized under the Act.⁴ The present action is not in the form of an appeal: the remedies sought include declarations and *certiorari*, as well as a money judgment against the defendant Tottrup. It cannot be regarded as an appeal under the Act. Further, even if it were an appeal it is out of time. No notice of objection was ever filed by the taxpayer with respect to either assessment. By section 165 the taxpayer has ninety days from the mailing of the assessment to file such an objection. Although it is possible to obtain an extension of that period, an application for such extension must be made, according to subsection 167(5), to the Tax Court within one year after the expiry of the normal time. No such application has been made. Therefore any appeal, even if otherwise tenable, could not be commenced by a statement of claim filed on March 23, 1989, almost two years after the last assessment.

It should be underlined that the plaintiffs' action must fail, not because of some arcane jurisdictional conflict between the Court of Queen's Bench of Alberta and the Federal Court of Canada, but because the action is intrinsically defective. That is, there is no court which will entertain a challenge to federal income tax assessment other than one brought by the taxpayer; nor entertain such a

⁴ *R. v. Parsons*, [1984] 2 F.C. 909; (1984), 54 N.R. 227; (1984), 84 DTC 6447; [1984] C.T.C. 352 (C.A.); *Bechthold Resources Ltd. v. Canada (M.N.R.)*, [1986] 3 F.C. 116; (1986), 86 DTC 6065; [1986] 1 C.T.C. 195; (1986), 1 F.T.R. 123 (T.D.); *G.R. Block Research & Development Corp. v. M.N.R.* (1987), 87 DTC 5137; [1987] 1 C.T.C. 253; (1987), 9 F.T.R. 229 (F.C.T.D.).

fonctionnaire ne peut être contraint, dans le cadre de procédures judiciaires, à témoigner au sujet de renseignements obtenus au nom du Ministre aux fins de la présente Loi. Cela constituerait clairement un obstacle majeur pour un tiers qui déciderait de contester une cotisation devant le tribunal et on ne peut pas inférer qu'une telle contestation est autorisée.

Il y a d'autres obstacles à la présente action telle qu'elle est libellée. À mon avis, il est maintenant établi que la contestation d'une cotisation ou des mesures d'exécution fondées sur cette cotisation doit se faire par voie d'appel autorisé en vertu de la Loi⁴. La présente action ne constitue pas un appel: elle vise à obtenir, à titre de réparations, des jugements déclaratoires et un *certiorari* ainsi qu'un jugement condamnant le défendeur Tottrup à verser une somme d'argent. Cela ne peut pas être considéré comme un appel au sens de la Loi. En outre, même s'il s'agissait d'un appel, il est prescrit. Le contribuable n'a déposé aucun avis d'opposition à l'égard de l'une ou l'autre cotisation. Aux termes de l'article 165, le contribuable peut, dans les quatre-vingt-dix jours de la date d'expédition par la poste de l'avis de cotisation, déposer une telle opposition. Bien qu'il soit possible d'obtenir une prorogation de ce délai, une demande à cette fin doit, conformément au paragraphe 167(5), être présentée à la Cour canadienne de l'impôt dans l'année qui suit l'expiration du délai normal. Aucune demande de la sorte n'a été faite. Par conséquent, même s'il était recevable à d'autres égards, un appel ne pourrait être engagé par la déclaration produite le 23 mars 1989, presque deux ans après la dernière cotisation.

Il faut souligner que l'action des demanderesse doit être rejetée non pas à cause de quelque conflit mystérieux de compétence entre la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta et la Cour fédérale du Canada mais parce qu'elle est mal fondée. En d'autres termes, aucun tribunal n'examinera une contestation d'une cotisation d'impôt sur le revenu fédéral à moins que cette contestation ne provienne

⁴ *R. c. Parsons*, [1984] 2 C.F. 909; (1984), 54 N.R. 227; (1984), 84 DTC 6447; [1984] C.T.C. 352 (C.A.); *Bechthold Resources Ltd. c. Canada (M.R.N.)*, [1986] 3 C.F. 116; (1986), 86 DTC 6065; [1986] 1 C.T.C. 195; (1986), 1 F.T.R. 123 (1^{re} inst.); *G.R. Block Research & Development Corp. c. M.R.N.* (1987), 87 DTC 5137; [1987] 1 C.T.C. 253; (1987), 9 F.T.R. 229 (C.F. 1^{re} inst.).

challenge except in the form of an appeal; nor entertain an appeal except within the prescribed time limits.

I will therefore grant the applications of the respective defendants and order that the action be struck out on the basis that this Court has no jurisdiction to hear such a claim.

The plaintiffs contended that even if they should not succeed in respect of this application, costs should not be awarded against them because they commenced their action in the Federal Court with the leave of the Court of Queen's Bench of Alberta. As I have noted above, the action which they commenced went well beyond what was expressly authorized by Mr. Justice Cooke. Further, it is clear that he did not, and could not, assure them of success in the Federal Court and his order expressly recognized the right of the Minister of National Revenue to raise any defences he might have. Given the clear requirements of the *Income Tax Act* and the state of the jurisprudence, it must have been evident that such a proceeding would be highly uncertain.

For their part the defendants have asked for costs on a solicitor-client basis. Such an award would be justified only if the manner of conduct of the litigation by the plaintiffs was patently negligent, vexatious, or abusive. I am unable to characterize it as such on the basis of the information I have before me.

Therefore the defendants are entitled to their costs on this application on a party and party basis.

du contribuable, ni n'entendra une contestation à moins qu'elle ne soit présenté sous forme d'appel, ni n'entendra un appel à moins qu'il ne soit interjeté dans le délai prescrit.

^a Je ferai donc droit aux demandes des défendeurs respectifs et j'ordonnerai la radiation de l'action pour le motif que la Cour n'a pas compétence pour entendre une telle demande.

^b Les demanderesses ont prétendu que même si elles devaient être déboutées de la présente demande, elles ne devraient pas être tenues aux dépens car elles ont intenté leur action devant la Cour fédérale avec l'autorisation de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Comme je l'ai déjà ^c indiqué, l'action qu'elles ont engagée est allée bien au-delà de ce qui avait été expressément autorisé par M. le juge Cooke. En outre, il est clair qu'il ne leur a donné aucune garantie et ne pouvait d'ail- ^d leurs pas le faire quant à leur chance d'obtenir gain de cause devant la Cour fédérale et son ordonnance reconnaissait expressément le droit du ministre du Revenu national de soulever les moyens de défense qu'il pouvait avoir à sa disposition. ^e Étant donné les exigences claires de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et l'état de la jurisprudence, il devait être évident que le résultat d'une telle procédure serait tout à fait incertain.

^f Pour leur part, les défendeurs ont demandé les dépens sur la base procureur-client. Une telle demande ne serait justifiée que si, au cours du litige, les demanderesses avaient agi d'une manière manifestement négligente, vexatoire ou abusive. Je ^g suis incapable d'en arriver à une telle conclusion sur la base des renseignements que j'ai reçus.

Les défendeurs ont par conséquent droit à leurs dépens en l'espèce entre parties.

T-1723-89

T-1723-89

Attorney General of Canada (*Applicant*)

v.

Public Service Staff Relations Board (*Respondent*)

and

Public Service Alliance of Canada (*Mise-en-cause*)**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PUBLIC SERVICE STAFF RELATIONS BOARD (T.D.)****Trial Division, Teitelbaum J.—Ottawa, September 7 and October 20, 1989.**

Judicial review — Prerogative writs — Prohibition — Preliminary determination by Public Service Staff Relations Board re: jurisdiction to hear reference under s. 99, Public Service Staff Relations Act not subject to review by Trial Division under Federal Court Act, s. 18 — Board having statutory jurisdiction to make preliminary decision as to jurisdiction under P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure, s. 87 — Decision final as creates legal rights — Subject to review under Federal Court Act, s. 28(1) — S. 28(3) depriving Trial Division of review jurisdiction where Court of Appeal having jurisdiction under s. 28.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Application for writ of prohibition to prevent continuation of hearing of reference by Public Service Staff Relations Board, after Board making preliminary determination re: jurisdiction — Board having statutory authority to make such decision under P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure — Decision final in that having legal effect — Subject to Federal Court Act, s. 28(1) review — S. 28(3) precluding Trial Division's jurisdiction.

Public service — Jurisdiction — Public Service Staff Relations Board authorized under P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure, s. 87 to make preliminary determination whether proper matter for PSSRA, s. 99 reference — Board's decision final as created legal rights and obligations — F.C.A., not T.D., having judicial review jurisdiction.

This was a motion for a writ of prohibition to prevent the Public Service Staff Relations Board from further considering a reference filed by the Public Service Alliance of Canada

Procureur général du Canada (*requérant*)

c.

^a Commission des relations de travail dans la fonction publique (*intimée*)

et

^b Alliance de la Fonction publique du Canada (*mise-en-cause*)**RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) c. COMMISSION DES RELATIONS DE TRAVAIL DANS LA FONCTION PUBLIQUE (1^{re} INST.)****^c Section de première instance, juge Teitelbaum—Ottawa, 7 septembre et 20 octobre 1989.**

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Prohibition — La décision préliminaire de la Commission des relations de travail dans la fonction publique sur sa compétence d'être saisie d'un renvoi déposé en vertu de l'art. 99 de la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique n'est pas susceptible de révision par la Section de première instance en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale — La Commission a la compétence légale de rendre une décision préliminaire en matière de compétence en vertu de l'art. 87 du Règlement et règles de procédure de la C.R.T.F.P. — La décision est finale car elle crée des droits prévus par la loi — Susceptible de révision en vertu de l'art. 28(1) de la Loi sur la Cour fédérale — Selon l'art. 28(3), la Section de première instance ne peut connaître des demandes de révision qui ressortissent à la Cour d'appel en vertu de l'art. 28.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Demande de bref de prohibition pour empêcher que se poursuive l'audition d'un renvoi devant la Commission des relations de travail dans la fonction publique après que la Commission ait rendu une décision préliminaire en matière de compétence — La Commission est légalement autorisée à rendre une telle décision en vertu du Règlement et règles de procédure de la C.R.T.F.P. — La décision est finale en ce sens qu'elle a des effets juridiques — Elle est susceptible de la révision prévue à l'art. 28(1) de la Loi sur la Cour fédérale — L'art. 28(3) écarte la compétence de la Section de première instance.

Fonction publique — Compétence — La Commission des relations de travail dans la fonction publique est habilitée par l'art. 87 du Règlement et règles de procédure de la C.R.T.F.P. à décider de façon préliminaire si l'affaire dont elle est saisie peut faire l'objet d'un renvoi en vertu de l'art. 99 de la LRTFP — La décision de la Commission est finale en ce sens qu'elle crée des droits et des obligations prévus par la loi — C'est la Cour d'appel fédérale et non la Section de première instance qui a compétence pour procéder à la révision judiciaire.

^j Il s'agit d'une requête visant la délivrance d'un bref de prohibition pour interdire à la Commission des relations de travail dans la fonction publique de poursuivre son examen du

under section 99 of the *Public Service Staff Relations Act*. Revenue Canada, Customs and Excise had announced the contracting out of certain jobs to the private sector under its Person Years and Cost Reduction Program. The Union filed a reference alleging that Revenue Canada had violated the collective agreement and the Work Force Adjustment Policy. The Board made a preliminary finding that it had jurisdiction to hear the reference and informed the parties that it intended to proceed with the hearing. The Attorney General submitted that the Board lacked jurisdiction to hear the reference. The issues were (1) whether this was an appropriate matter for prohibition under *Federal Court Act*, section 18 and (2) if so, whether such relief should be granted.

Held, the application should be dismissed.

This was not a proper case for prohibition. *Federal Court Act*, section 18 gives the Trial Division exclusive jurisdiction to issue a writ of prohibition against "any federal board, commission or other tribunal". Section 28 gives the Court of Appeal jurisdiction to review and set aside certain decisions of a federal board, commission or other tribunal. Subsection 28(3) provides that where the Court of Appeal has jurisdiction to review a board's decision under section 28, the Trial Division has no jurisdiction. The question is whether the impugned decision was a "decision or order" within the meaning of subsection 28(1). The decision of the Federal Court of Appeal in *Danmor Shoe*—a leading case on what is a "decision or order" under section 28—precludes applications under section 18 for a writ of prohibition which will interfere with a tribunal's preliminary or interim order or decision, unless the board has express authority to make such decisions. Once a board decides something that it has "jurisdiction" to decide, that decision has legal effect and the Board's powers are spent. Such a decision is subject to section 28 review. But when a board takes a position with regard to the nature of its powers upon which it intends to act, that "decision" has no legal effect—nothing has been decided. The latter decision is subject to being set aside under neither section 28 nor 18. The Public Service Staff Relations Board had independent statutory authority under section 87 of the *P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure* to decide in an interlocutory or preliminary fashion whether the matter was appropriate for a section 99 reference. The Board's decision was final in that it created legal rights or obligations. This was, therefore, a proper case for section 28 review and that, precluded review under section 18.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18, 28, 29.
P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure, C.R.C., c. 1353, s. 87.

Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 91, 99, 100(3)(c).

renvoi déposé par l'Alliance de la Fonction publique du Canada en vertu de l'article 99 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Revenu Canada, Douanes et Accise, avait annoncé que certaines fonctions seraient confiées au secteur privé en application de son Plan de réduction des années-personnes et des coûts. Le syndicat a déposé un renvoi, alléguant que Revenu Canada avait violé la convention collective et la Politique de réaménagement des effectifs. La Commission a conclu de façon préliminaire qu'elle était habilitée à être saisie du renvoi et elle a informé les parties qu'elle entendait procéder à son audition. Le procureur général a soutenu que la Commission n'avait pas la compétence nécessaire pour entendre le renvoi. Les questions litigieuses consistaient à savoir (1) si l'espèce se prête à la délivrance d'un bref de prohibition en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* et (2), dans l'affirmative, si cette réparation devrait être accordée.

Jugement: la demande devrait être rejetée.

L'espèce ne se prête pas à la délivrance d'un bref de prohibition. L'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* accorde à la Section de première instance la compétence exclusive pour décerner un bref de prohibition contre «tout office fédéral». Selon l'article 28, la Cour d'appel est compétente pour les demandes de révision et d'annulation de certaines décisions rendues par un office fédéral. Le paragraphe 28(3) prévoit que la Section de première instance ne peut connaître des demandes de révision des décisions d'un office qui, aux termes de l'article 28, ressortissent à la Cour d'appel. La question est de savoir si la décision contestée est une «décision ou ordonnance» au sens du paragraphe 28(1). La décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Danmor Shoe*—une décision faisant autorité sur le sens de l'expression «décision ou ordonnance» à l'article 28—écarte la demande de bref de prohibition fondée sur l'article 18 qui s'attaque à une ordonnance ou décision interlocutoire d'un tribunal, sauf si l'office concerné est expressément habilité à rendre une telle décision. Une fois qu'un office a rendu une décision relevant de sa «compétence», cette décision a un effet juridique et l'office a épuisé ses pouvoirs à l'égard de cette affaire. Une telle décision est susceptible de révision en vertu de l'article 28. Cependant, lorsqu'un office prend position sur la nature des pouvoirs qu'il a l'intention d'utiliser, cette «décision» n'a aucun effet juridique—il n'y a pas eu de décision en droit. Cette dernière décision n'est susceptible d'annulation ni en vertu de l'article 28, ni en vertu de l'article 18. L'article 87 du *Règlement et règles de procédure de la C.R.T.F.P.* confère à cette dernière la compétence nécessaire pour décider de façon interlocutoire ou préliminaire si la question pouvait donner lieu régulièrement à un renvoi en vertu de l'article 99. La décision de la Commission était finale en ce sens qu'elle créait des droits et des obligations prévus par la loi. Il y avait donc lieu à révision en vertu de l'article 28, ce qui écartait la révision fondée sur l'article 18.

LOIS ET RÉGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 18, 28, 29.

Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 91, 99, 100(3)(c).

Règlement et règles de procédure de la C.R.T.F.P., C.R.C., chap. 1353, art. 87.

CASÉS JUDICIALEMENT CONSIDÉRÉS

APPLIÉS:

Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand, [1979] 1 S.C.R. 495; (1978), 92 D.L.R. 1; 78 DTC 6258; [1978] C.T.C. 829; *Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 F.C. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.). ^a

DISTINGUISHÉS:

Attorney General of Canada v. Lachapelle, [1979] 1 F.C. 377; (1978), 91 D.L.R. (3d) 674 (T.D.); *affd sub nom. Baril v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 F.C. 55; (1979), 106 D.L.R. (3d) 79; 36 N.R. 587 (C.A.). ^b

CONSIDÉRÉS:

Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation, [1979] 2 S.C.R. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 26 N.R. 341; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board et al.*, [1984] 2 S.C.R. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069. ^d

RÉFÉRÉS À:

Professional Association of Foreign Service Officers and Treasury Board, 169-2-7, Edward B. Jolliffe, Q.C., Chief Adjudicator, decision dated December 14, 1970; *Canadian Association of Professional Radio Operators and Treasury Board* (1988), 14 PSSRB Decisions 65. ^f

AUTEURS CITÉS

Finkelman, Jacob and Goldenberg, Shirley B. *Collective Bargaining in the Public Service—The Federal Experience in Canada*, vol. 2, Montréal: Institute for Research on Public Policy, 1983. ^g
Sgayias, David et al., *Federal Court Practice 1988* Toronto: Carswell Company Limited, 1987.

CONSEIL:

Harvey Newman and *Mylène Bouzigon* for applicant. ^h
John E. McCormick for respondent.
Dianne Nicholas for mise-en-cause.

SOLICITEURS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant. ^j
Public Service Staff Relations Board for respondent.
Soloway, Wright, Ottawa, for mise-en-cause.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand, [1979] 1 R.C.S. 495; (1978), 92 D.L.R. 1; 78 DTC 6258; [1978] C.T.C. 829; *La Loi antidumping (In re) et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 C.F. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Procureur général du Canada c. Lachapelle, [1979] 1 C.F. 377; (1978), 91 D.L.R. (3d) 674 (1^{re} inst.); *confirmée sub nom. Baril c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 C.F. 55; (1979), 106 D.L.R. (3d) 79; 36 N.R. 587 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 26 N.R. 341; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail et autres*, [1984] 2 R.C.S. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069.

DÉCISIONS CITÉES:

Association professionnelle des agents du Service extérieur et Conseil du Trésor, 169-2-7, Edward B. Jolliffe, c.r., arbitre en chef, décision en date du 14 décembre 1970; *Association canadienne des professionnels de l'exploitation radio et Conseil du Trésor* (1988), 14 Décisions de la CRTFP 72.

DOCTRINE

Finkelman, Jacob et Goldenberg, Shirley B. *Collective Bargaining in the Public Service—The Federal Experience in Canada*, vol. 2, Montréal: L'Institut de recherches politiques, 1983.
Sgayias, David et al., *Federal Court Practice 1988* Toronto: Carswell Company Limited, 1987.

AVOCATS:

Harvey Newman et *Mylène Bouzigon* pour le requérant.
John E. McCormick pour l'intimée.
Dianne Nicholas pour la mise-en-cause.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
Commission des relations de travail dans la fonction publique pour l'intimée.
Soloway, Wright, Ottawa, pour la mise-en-cause.

The following are the reasons for order rendered in English by

TEITELBAUM J.: This is a motion for a writ of prohibition made by the applicant, the Attorney General of Canada, preventing the respondent, the Public Service Staff Relations Board (PSSRB) from considering any further the reference filed by the mise-en-cause, the Public Service Alliance of Canada (PSAC) pursuant to section 99 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 (PSSRA) (PSSRB file No. 169-2-473).

The grounds of the motion, as stated by the applicant are:

... that the Respondent lacks the required jurisdiction to hear the Reference pursuant to section 99 of the *Public Service Staff Relations Act*, since the matter complained of is not one that can be the subject of a Reference.

The facts leading up to the present application are, as stated by Francine Roach, a solicitor with the law firm of Soloway, Wright, in her affidavit of September 1, 1989:

2. On December 2, 1985, the Assistant Deputy Minister of Revenue Canada, Customs and Excise, Mr. M.A. Gallup addressed a memorandum to officers of his department indicating that part of the Department's Person Years and Cost Reduction Program, included the Data Capture Initiative which would result in a Person Years savings of \$260,000 in the Fields Operations Branch. He indicated that one of the thrusts of this initiative involved the contracting out of the Data Capture function to the private sector. Contracts to be entered into with private agencies were to require that acceptable arrangements for the placement of data entry operators within those contracting agencies be established. As part of this initiative therefore efforts were directed at placing previously federally employed data capture operators in the private sector as opposed to the public sector.

3. The Public Service Alliance of Canada representatives were provided with further information regarding this Data Capture Initiative. The Data Capture Initiative involved the contracting out between January 5 and July 1, 1987 of 228 person years. By this initiative, some of the workload was being shifted to the private sector as it was estimated that the cost of contracting out the workload of 228 data entry operators was less than the equivalent salary costs.

5. The Public Service Alliance of Canada filed a reference under section 98 of the *Public Service Staff Relations Act* (Now section 99) alleging that the Respondent had acted in violation of the collective agreement and the provisions of the Work Force Adjustment Policy by adopting a course of action that of contracting out data capture services which has resulted in affected, surplus or laid off employees.

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

LE JUGE TEITELBAUM: Le requérant, le procureur général du Canada, demande un bref de prohibition interdisant à l'intimée, la Commission des relations de travail dans la fonction publique (CRTFP) de poursuivre son examen du renvoi qu'a déposé la mise-en-cause, l'Alliance de la Fonction publique du Canada (AFPC), en vertu de l'article 99 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-35 (LRTFP) (Dossier N° 169-2-473 de la CRTFP).

Les motifs de la requête, cités par le requérant, sont les suivants:

[TRADUCTION] ... l'intimée ne possède pas la compétence nécessaire pour être saisie du renvoi en vertu de l'article 99 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, puisque ce dont on se plaint ne peut faire l'objet d'un renvoi.

M^e Francine Roach, avocate du cabinet juridique Soloway, Wright, a exposé comme suit dans son affidavit du 1^{er} septembre 1989 les faits à l'origine de la présente demande:

[TRADUCTION] 2. Le 2 décembre 1985, le sous-ministre adjoint de Revenu Canada, Douanes et Accise, M. M.A. Gallup a adressé une note de service aux fonctionnaires de son ministère les avisant qu'une partie du Plan de réduction des années-personnes et des coûts du ministère comportait le projet de saisie des données qui entraînerait une économie d'années-personnes s'élevant à 260 000 \$ dans la Direction des opérations extérieures. Il a indiqué que l'un des aspects primordiaux de cette initiative résidait dans l'affermage de la saisie des données parmi le secteur privé. Les contrats à conclure avec les organismes du secteur privé devaient exiger la conclusion d'ententes satisfaisantes visant le placement d'opérateurs(trices) de la saisie des données au sein des organismes contractants. Par conséquent, des efforts ont été déployés dans le cadre de cette initiative en vue de placer dans le secteur privé par opposition au secteur public des opérateurs(trices) de la saisie des données auparavant au service du fédéral.

3. Les représentants de l'Alliance de la fonction publique du Canada ont reçu d'autres renseignements sur ce Projet de saisie des données. Celui-ci exigeait l'affermage de 228 années-personnes entre le 5 janvier et le 1^{er} juillet 1987. Cette initiative avait pour effet de transférer au secteur privé une partie de la charge de travail car on estimait que le coût de l'affermage de la charge de travail de 228 opérateurs(trices) de la saisie des données était inférieur au coût équivalent de leurs traitements.

5. L'Alliance de la Fonction publique du Canada a déposé un renvoi en vertu de l'article 98 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (aujourd'hui l'article 99), alléguant que l'intimée avait agi en violation de la convention collective et des dispositions de la Politique de réaménagement des effectifs en décidant l'affermage des services de saisie des données, à la suite duquel des employés ont été touchés, déclarés excédentaires ou mis en disponibilité.

The bargaining agent for employees in the data entry operations of the Ministry is the Public Service Alliance of Canada. It is pursuant to subsections 5.1.2 and 6.2(d) of the Work Force Adjustment Policy that the PSAC brought the above reference.

On April 14, 1989, a hearing was held by the PSSRB and Maurice Cantin, Q.C., the Vice-Chairman of the PSSRB, determined that the Board had jurisdiction to entertain the reference under section 99 of the PSSRA (Tab 2(e) applicant's record). This determination was made necessary as a result of a preliminary objection to jurisdiction made by the employer, the Treasury Board. As a result of Cantin's decision that the PSSRB has the necessary jurisdiction to hear the section 99 reference, a letter dated July 20, 1989 was sent to counsel for the Treasury Board and to counsel for the PSAC informing them that the hearing pursuant to the section 99 of the PSSRA reference would continue (Tab 2(f), applicant's record).

As the PSSRB intends to continue with the hearing, the applicant brings the present motion requesting a writ of prohibition.

The Issue

The issue to be determined was satisfactorily stated by counsel for the applicant:

It is submitted that this motion raises two broad issues . . . The first one . . . is whether this is an appropriate matter for a prohibition pursuant to section 18 of the Federal Court Act and, assuming that it is, ought prohibition issue? [Transcript, page 4, lines 2 to 7.]

Although the respondent, PSSRB was represented by counsel at the hearing before me, counsel for the Board did not make any representations.

Applicant's Submission

The applicant submits that the jurisdictional prerequisites required by the present section 99 reference of the PSSRA are not present and thus, the PSSRB should be ordered not to proceed with the reference. Subsection 99(1) of the PSSRA states, (subsections 99(2) and (3) are not relevant):

99. (1) Where the employer and a bargaining agent have executed a collective agreement or are bound by an arbitral

L'agent négociateur des employés de l'unité des opérations d'enregistrement des données du ministère est l'Alliance de la Fonction publique du Canada. Cette dernière a fait le renvoi susmentionné en vertu des articles 5.1.2 et 6.2d) de la Politique de réaménagement des effectifs.

Le 14 avril 1989, la CRTFP a tenu une audience et Maurice Cantin, c.r., vice-président de la CRTFP, a statué que la Commission était compétente à juger le renvoi fondé sur l'article 99 de la LRTFP (Onglet 2e) du dossier du requérant). Cette décision a dû être faite en raison d'une objection préliminaire à la compétence de la Commission soulevée par l'employeur, le Conseil du Trésor. Suite à la décision par laquelle M. Cantin reconnaissait à la CRTFP la compétence nécessaire pour être saisie du renvoi fondé sur l'article 99, une lettre en date du 20 juillet 1989 a été adressée à l'avocat du Conseil du Trésor et à l'avocat de l'AFPC, les avisant que l'audience concernant le renvoi fondé sur l'article 99 de la LRTFP allait se poursuivre (Onglet 2f), dossier du requérant).

Comme la CRTFP entend poursuivre l'audience, le requérant présente cette requête concluant à la délivrance d'un bref de prohibition.

La question en litige

La question à régler a été exposée de façon satisfaisante par l'avocat du requérant:

[TRADUCTION] On avance que cette requête soulève deux questions générales . . . La première . . . est celle de savoir si l'espèce se prête à la délivrance d'un bref de prohibition en vertu de l'article 18 de la Loi sur la Cour fédérale et, dans l'affirmative, y a-t-il lieu de décerner un tel bref? [Transcription, page 4, lignes 2 à 7.]

Bien que l'intimée, la CRTFP, ait été représentée par son avocat à l'audience devant moi, ce dernier n'a fait aucune observation.

Les arguments du requérant

Le requérant affirme que la Commission ne possède pas la compétence nécessaire pour être saisie du renvoi fondé sur l'article 99 de la LRTFP et que par conséquent, il devrait être ordonné à la CRTFP de ne pas procéder plus avant à l'égard du renvoi. Le paragraphe 99(1) de la LRTFP dit ce qui suit (les paragraphes 99(2) et 99(3) ne sont pas pertinents):

99. (1) L'employeur et l'agent négociateur qui ont signé une convention collective ou sont liés par une décision arbitrale

award and the employer or the bargaining agent seeks to enforce an obligation that is alleged to arise out of the agreement or award, and the obligation, if any, is not one the enforcement of which may be the subject of a grievance of an employee in the bargaining unit to which the agreement or award applies, either the employer or the bargaining agent may, in the prescribed manner, refer the matter to the Board.

With regard to the issue of whether it is proper to consider issuing a writ of prohibition against the PSSRB from proceeding with an application after a preliminary decision by the Board that it had jurisdiction, the applicant bases its entire submission on Marceau J.'s reasons in *Attorney General of Canada v. Lachapelle*, [the *Baril* case] [1979] 1 F.C. 377; (1978), 91 D.L.R. (3d) 674 (T.D.) and the Federal Court of Appeal's decision of this case reported [*sub nom. Baril v. Attorney General of Canada*] at [1980] 1 F.C. 55; (1979), 106 D.L.R. (3d) 79; 36 N.R. 587. It is the applicant's submission that the present case is very similar to the case before Marceau J. where he granted a writ of prohibition notwithstanding the fact that judicial review of the Adjudicator's final decision under section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] would be available. The reasons given by Marceau J. are, as found on page 379:

It will be seen, however, that the facts in question are straightforward and not in dispute, that the particulars of the problem of jurisdiction to be resolved are already clearly established, that the position taken by respondent adjudicator could have an immediate and definite impact on the relations of the parties, and that an immediate clarification of the situation would certainly be useful.

With regard to the second issue, should a writ of prohibition issue because of a lack of jurisdiction, the applicant submits that the Adjudicator, Cantin, made an error in law in finding that because the PSAC had a clear interest in the observance of the alleged obligations under paragraphs 5.1.2 and 6.2(d) of the Work Force Adjustment Policy that the PSAC therefore had the right to make an application pursuant to section 99 of the PSSRA. The applicant relies on the opinion of Jacob Finkelman as found in *Collective Bargaining in the Public Service*, Volume Two, Institute for Research on Public Policy at pages 563 and 564 for the proposition that a writ of prohibition should issue for lack of jurisdiction. The applicant also relies on the decision found in *Professional Association of Foreign Service Officers and Treas-*

peuvent, dans les cas où l'un ou l'autre cherche à faire exécuter une obligation qui, selon lui, découlerait de cette convention ou décision, renvoyer l'affaire à la Commission, dans les formes réglementaires, sauf s'il s'agit d'une obligation dont l'exécution peut faire l'objet d'un grief de la part d'un fonctionnaire de l'unité de négociation visée par la convention ou la décision.

Le requérant, lorsqu'il s'agit de savoir s'il convient de décerner un bref de prohibition enjoignant à la CRTFP de ne pas donner suite à une demande après que la Commission ait rendu une décision préliminaire concluant à sa compétence en la matière, fonde tout son argument sur les motifs du juge Marceau dans l'arrêt *Le procureur général du Canada c. Lachapelle*, [1979] 1 C.F. 377; (1978), 91 D.L.R. (3d) 674 (1^{re} inst.) et sur la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans cette affaire publiée [*sub nom. Baril c. Procureur général du Canada*] dans [1980] 1 C.F. 55; (1979), 106 D.L.R. (3d) 79; 36 N.R. 587. Le requérant soutient que l'espèce est très semblable à l'affaire dont le juge Marceau était saisi et dans laquelle il a décerné un bref de prohibition bien qu'il pourrait y avoir révision de la décision finale de l'arbitre en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7]. Voici les motifs que donne le juge Marceau, à la page 379:

On verra cependant que les faits mis en cause sont simples et non contestés, que les données du problème de compétence à résoudre sont d'ores et déjà clairement établies, que la prise de position de l'arbitre-intimé peut avoir dès maintenant un impact certain sur les relations des parties et qu'une clarification immédiate de la situation est d'un intérêt évident.

Quant à la seconde question, qui consiste à savoir s'il y a lieu de décerner un bref de prohibition en raison d'une absence de compétence, le requérant soutient que l'arbitre, M. Cantin, a commis une erreur de droit en concluant que vu l'intérêt évident de l'AFPC dans l'exécution des obligations qui seraient prévues aux paragraphes 5.1.2 et 6.2d) de la Politique de réaménagement des effectifs, l'AFPC avait par conséquent le droit de faire une demande fondée sur l'article 99 de la LRTFP. Le requérant s'appuie sur l'opinion exprimée par Jacob Finkelman dans *Collective Bargaining in the Public Service*, Volume 2, L'Institut de recherches politiques, aux pages 563 et 564 pour affirmer qu'un bref de prohibition devrait être décerné en raison de l'absence de compétence. Le requérant s'appuie aussi sur la décision dans l'af-

sury Board, file 169-2-7 heard by Edward B. Jolliffe, Q.C., Chief Adjudicator, on December 14, 1970 and in a more recent decision of Mr. J. Galipeault a Board member of the PSSRB dated July 19, 1988 in *Canadian Association of Professional Radio Operators and Treasury Board* (1988), 14 PSSRB Decisions 65.

Submission of the Mise-en-cause

The mise-en-cause makes four submissions:

- a) That the present application for a Writ of Prohibition is a re-hearing of the adjudicator's decision.
- b) That the adjudicator's decision was upon a question of fact or mixed fact and law and is thus not reviewable by the Court.
- c) The Board's decision is one within its jurisdiction.
- d) That any allegation of lack of jurisdiction is premature, that the proper remedy for such an allegation is not under section 18 but under section 28 of the *Federal Court Act* after the adjudicator's decision on the merits.

The submissions of the mise-en-cause, PSAC, rely on the recent jurisprudence following *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 26 N.R. 341; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209 (*CUPE*) which call for greater judicial deference to the expertise of administrative tribunals than was shown in the cases relied on by the applicant.

In reply, the applicant submits that the trend towards judicial deference begun under *CUPE* has been cut short by the 1984 Supreme Court decision in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board et al.*, [1984] 2 S.C.R. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069 which revived the traditional distinction between jurisdictional and non-jurisdictional error.

I am satisfied that notwithstanding the 1978 and 1979 decisions in the *Baril* case (*supra*), this is not a proper case for prohibition to issue pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*. The

faire *Association professionnelle des agents du Service extérieur et Conseil du Trésor*, dossier 169-2-7, jugée par Edward B. Jolliffe, c.r., arbitre en chef, le 14 décembre 1970, et sur une décision plus récente de M. J. Galipeault, membre de la CRTFP, en date du 30 mai 1988, rendue dans l'affaire *Association canadienne des professionnels de l'exploitation radio et Conseil du Trésor* (1988), 14 Décisions de la CRTFP 72.

Les arguments de la mise-en-cause

La mise-en-cause avance quatre arguments, que voici:

- a) La présente demande de bref de prohibition constitue une nouvelle audition de la décision de l'arbitre;
- b) La décision de l'arbitre portait sur une question de fait ou une question mixte de droit et de fait que la Cour ne peut par conséquent pas réviser;
- c) La décision de la Commission relève de sa compétence;
- d) Toute allégation visant l'absence de compétence est prématurée, et la réparation afférente à cette allégation se trouve non pas à l'article 18 mais à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* après la décision de l'arbitre sur le fond.

Les arguments de la mise-en-cause, l'AFPC, se fondent sur la jurisprudence récente qui a suivi l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section local 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 26 N.R. 341; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209 (*SCFP*), qui recommande une plus grande considération judiciaire envers l'expertise des tribunaux administratifs que celle qui a été démontrée dans les arrêts sur lesquels s'est appuyé le requérant.

En réponse, le requérant fait valoir que la tendance à une plus grande considération judiciaire a commencé avec l'arrêt *SCFP* et qu'elle a pris fin à la suite de la décision rendue en 1984 par la Cour suprême dans l'affaire *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail et autres*, [1984] 2 R.C.S. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069, décision qui rétablissait la distinction traditionnelle entre l'excès de compétence et les erreurs non juridictionnelles.

J'estime qu'en dépit des décisions rendues en 1978 et en 1979 dans l'affaire *Baril* (précitée), il n'y a pas lieu en l'espèce de décerner un bref de prohibition conformément à l'article 18 de la *Loi*

decision of Marceau J. and the decision of the Federal Court of Appeal in the *Baril* case can be distinguished on the grounds that counsel for the respondent, in the *Baril* case, admitted that that case was a proper case for prohibition, unlike the present case where the PSAC submits the opposite argument.

The relevant *Federal Court Act* provisions in determining whether a writ of prohibition may issue pursuant to section 18 are sections 2, 28, 29 and 18 (Sguyias, Kinnear, Rennie and Saunders, *Federal Court Practice 1988*, Carswell 1987). Sguyias et al note, on page 82, that when a review under section 18 is sought, the following points must be considered:

1. Is review being sought against a "federal board, commission or other tribunal"? This expression is defined in section 2 of the Act. It is to be noted that the definition does not include the Crown.

2. Is review precluded by section 29 of the Act? That section excludes judicial review by either the Trial Division under section 18 or by the Court of Appeal under section 28 to the extent that the impugned decision or order can be appealed to one of the bodies referred to in section 29.

3. Is review precluded by section 28 of the Act? Section 28(3) of the Act excludes the Trial Division's review jurisdiction where the Court of Appeal has jurisdiction under section 28 to review and set aside a federal board's decision or order. This exception to the Trial Division's supervisory jurisdiction has spawned much litigation, as both the Trial Division and the Court of Appeal have grappled with the issue of what decisions or orders are reviewable under section 28.

The PSSRA does not contain any express right to appeal to the Federal Court. It appears that there is nothing in the PSSRA to suggest that the proper route for review would be an appeal such as would attract the operation of section 29 of the *Federal Court Act*. Thus in the present case, section 29 does not preclude issuance of a writ of prohibition under section 18 of the *Federal Court Act*.

It would equally appear that section 2 does not preclude the issuance of a writ of prohibition in this case. Section 18 allows issuance of such a writ against "any federal board, commission or other tribunal". The PSSRB is a board within the meaning of section 18 as defined in section 2 given that

sur la Cour fédérale. Les faits en cause dans la décision du juge Marceau et dans celle de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Baril* peuvent se distinguer de ceux en l'espèce parce que l'avocat de l'intimé, dans l'affaire *Baril*, a reconnu que l'affaire se prêtait à la délivrance d'un bref de prohibition, contrairement à ce qui est le cas en l'espèce, l'AFPC soutenant l'argument opposé.

Les articles de la *Loi sur la Cour fédérale* permettant de déterminer s'il y a lieu de décerner un bref de prohibition conformément à l'article 18 sont les articles 2, 28, 29 et 18 (Sguyias Kinnear, Rennie et Saunders, *Federal Court Practice 1988*, Carswell 1987). Sguyias et autres font remarquer, à la page 82, que lorsque l'on cherche à obtenir une révision judiciaire en vertu de l'article 18, il faut considérer les points suivants:

[TRADUCTION] 1. Cherche-t-on à obtenir révision d'une décision d'un «office fédéral»? Cette expression est définie à l'article 2 de la Loi. Il est à noter que la définition n'inclut pas la Couronne.

2. La révision est-elle écartée en raison de l'article 29 de la Loi? Cet article écarte la révision judiciaire par la Section de première instance en vertu de l'article 18 et par la Cour d'appel en vertu de l'article 28 dans la mesure où la décision ou l'ordonnance contestée est susceptible d'appel devant les organismes mentionnés à l'article 29.

3. La révision est-elle écartée par l'article 28 de la Loi? Le paragraphe 28(3) dit que la Section de première instance ne peut connaître des demandes de révision de décisions ou d'ordonnances qui, aux termes de l'article 28, ressortissent à la Cour d'appel. Cette exception apportée au pouvoir de contrôle de la Section de première instance a suscité bien des contestations, et aussi bien la Section de première instance que la Cour d'appel se sont efforcées de déterminer quelles sont les décisions et les ordonnances donnant lieu à révision en vertu de l'article 28.

La LRTFP ne confère aucun droit particulier d'interjeter appel devant la Cour fédérale. Il semble que rien dans la LRTFP ne laisse entendre que la bonne façon d'obtenir une révision serait un appel qui entraînerait l'application de l'article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ainsi en l'espèce, l'article 29 n'interdit pas la délivrance d'un bref de prohibition en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Il semblerait également que l'article 2 n'écarte pas la délivrance d'un bref de prohibition en l'espèce. L'article 18 permet la délivrance d'un tel bref contre «tout office fédéral». La CRTFP est un office au sens donné à ce mot à l'article 18 selon la définition qu'en donne l'article 2, étant donné

it derives its jurisdiction and powers from an Act of Parliament. Thus, all that remains to prevent the operation of section 18 is the preclusion under subsection 28(3).

A leading case on whether a section 18 review is precluded by section 28 is *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; (1978), 92 D.L.R. 1; 78 DTC 6258; [1978] C.T.C. 829. In that case Dickson J. (as he then was) established a four-fold test for the application of subsection 28(1), which if proven precludes the availability of a section 18 review; he states at pages 499-500 S.C.R.:

The convoluted language of section 28 of the *Federal Court Act* has presented many difficulties, as the cases attest, but it would seem clear that jurisdiction of the Federal Court of Appeal under that section depends upon an affirmative answer to each of four questions:

- (1) Is that which is under attack a "decision or order" in the relevant sense?
- (2) If so does it fit outside the excluded class, i.e. is it "other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis"?
- (3) Was the decision or order made in the course of "proceedings"?
- (4) Was the person or body whose decision or order is challenged a "federal board, commission or other tribunal" as broadly defined in s. 2 of the *Federal Court Act*?

In the present case, there is a decision of a judicial or quasi-judicial nature involved rather than an administrative decision. The decision was taken in the course of "proceedings" and the body whose decision is challenged, the respondent Board, is a federal board coming within the meaning of paragraph 2(g).

All that remains to satisfy the test in *Coopers and Lybrand* (*supra*) is to demonstrate that the impugned decision is a "decision or order" in the relevant sense.

A leading case on the meaning of "decision or order" under section 28 is *Anti-dumping Act (In re) and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 F.C. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.), which was referred to by Marceau J. in the *Baril* case. In the *Baril* case the applicant admitted that no review under section 28 was available because the "impugned

qu'elle exerce une compétence et des pouvoirs prévus par une loi fédérale. Ainsi, le seul obstacle à l'application de l'article 18 est l'exception prévue au paragraphe 28(3).

^a L'arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; (1978), 92 D.L.R. 1; 78 DTC 6258; [1978] C.T.C. 829 est un arrêt de principe sur la question de savoir si la révision en vertu de l'article 18 est écartée par l'article 28. Dans cet arrêt, le juge Dickson (aujourd'hui juge en chef) a établi un critère à quatre volets qui régit l'application du paragraphe 28(1), et qui écarte, s'il s'applique, la possibilité d'obtenir la révision judiciaire prévue à l'article 18. Le juge Dickson dit, aux pages 499 et 500 R.C.S.:

Le texte compliqué de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* a soulevé de nombreuses difficultés, comme en témoigne la jurisprudence, mais il semble clair que la Cour d'appel fédérale est compétente en vertu de cet article si l'on peut répondre affirmativement à chacune de ces quatre questions:

- ^d (1) Est-ce que l'objet de la contestation est une «décision ou ordonnance» au sens pertinent?
- (2) Si c'est le cas, tombe-t-elle à l'extérieur de la catégorie exclue, c'est-à-dire s'agit-il d'une décision ou d'une ordonnance «autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire»?
- ^e (3) La décision ou ordonnance a-t-elle été rendue à l'occasion de «procédures»?
- (4) L'organisme, ou la personne, dont la décision ou ordonnance est contestée est-il un «office, commission ou autre tribunal fédéral» au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*?

En l'espèce, la décision concernée est une décision soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire plutôt qu'une décision de nature administrative. La décision a été rendue à l'occasion de «procédures», et l'organisme dont la décision est contestée, la Commission intimée, est un «office fédéral» au sens de l'alinéa 2g).

Il ne reste plus, pour satisfaire au critère énoncé dans l'arrêt *Coopers and Lybrand* (précité), qu'à démontrer que la décision contestée est une «décision ou ordonnance» au sens pertinent.

ⁱ Une décision faisant autorité sur le sens de l'expression «décision ou ordonnance» à l'article 28 est l'arrêt *La Loi antidumping (In re) et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 C.F. 22; (1974), 1 N.R. 422 (C.A.), dont le juge Marceau a fait mention dans l'arrêt *Baril*. Dans l'affaire *Baril*, le requérant a reconnu qu'il n'y avait pas lieu à

decision is only interlocutory". This is not admitted in the case before me.

Subsections 28(4) and (5) of the *Federal Court Act* reinforce the view that an application under section 18 for a writ of prohibition interfering with a tribunal's interim order or decision is excluded by subsection 28(3). A plain reading of the Act suggests the following:

i) where the Federal Court of Appeal has jurisdiction to review a decision or order, the Trial Division has none;

ii) a tribunal to which section 28(1) applied may at any stage refer any question of law or jurisdiction, or practice and procedure, to the Federal Court of Appeal for hearing and determination; and

iii) where the tribunal does so, the Court of Appeal shall hear the matter without delay and in a summary fashion.

When reading section 28 as a whole, it becomes clear that generally the matters referred to in subsection 28(4) should only be infrequently considered by boards and tribunals and where it is necessary to do so, a summary hearing of the matter will quickly be given by the Court of Appeal. This was ostensibly done for the purpose of making the federal administrative law process more timely and affordable. It would be obviously counterproductive to suggest that in addition to the remedy in subsection 28(4), an objection to an interim or preliminary decision brought by a disgruntled party before the board could constitute grounds for a section 18 application.

Far from allowing a section 18 review of interlocutory decisions, the decision in *Danmor Shoe (supra)* forcefully denies such a view. *Danmor Shoe (supra)* does preclude a decision or order of a preliminary or interim nature from being reviewed under section 18 (unless—and this is an important caveat—the board has express authority for making such a decision), but it does not follow from this that review from such decisions therefore lies under section 18. What Jackett C.J. actually said [at page 29 F.C.] in *Danmor Shoe (supra)*, was that such decisions were not really decisions at all:

révision en vertu de l'article 28 «puisque ... la décision attaquée n'est qu'interlocutoire». Rien de tel n'a été reconnu en l'espèce.

a Les paragraphes 28(4) et (5) de la *Loi sur la Cour fédérale* renforcent l'opinion que le paragraphe 28(3) écarte la demande de bref de prohibition fondée sur l'article 18 qui s'attaque à une ordonnance ou décision interlocutoire d'un tribunal. La b simple lecture de la Loi permet de dégager ces notions:

i) la Section de première instance ne peut connaître des demandes de révision de décisions ou d'ordonnances qui ressortissent à la Cour d'appel;

c ii) l'office visé par le paragraphe 28(1) peut, à tout stade de ses procédures, renvoyer devant la Cour d'appel pour audition et jugement toute question de droit, de compétence ou de pratique et de procédure; et

d iii) la Cour d'appel statue à bref délai et selon une procédure sommaire sur les demandes et les renvois qui lui sont faits dans le cadre de l'alinéa ii).

Lorsque l'on interprète l'article 28 de façon globale, il devient évident que de façon générale les questions visées au paragraphe 28(4) ne devraient être soumises aux offices que peu souvent et, lorsque cela se révèle nécessaire, la Cour d'appel statuera à bref délai et selon une procédure sommaire. Cela vise évidemment à rendre le processus d'application du droit administratif fédéral plus rapide et plus accessible. Ce serait évidemment e f alourdir ce processus que de suggérer qu'en plus de la réparation prévue au paragraphe 28(4), une objection à une décision interlocutoire ou préliminaire faite par une partie insatisfaite comparais- g sant devant un office puisse servir de fondement à la demande prévue à l'article 18.

Loin d'approuver la révision des décisions interlocutoires en application de l'article 18, l'arrêt h *Danmor Shoe* (précité) condamne énergiquement une telle mesure. Cet arrêt écarte la révision fondée sur l'article 18 des décisions ou ordonnances de nature préliminaire ou provisoire, (sauf dans i les cas où—et c'est là une importante exception— l'office concerné est expressément habilité à rendre une telle décision), mais il ne s'ensuit pas que la révision de ces décisions peut par conséquent se faire en vertu de l'article 18. Ce que le juge en chef j Jackett a dit [à la page 29 C.F.] dans l'arrêt *Danmor Shoe* (précité), c'est que ces décisions ne sont pas réellement des décisions:

There is a clear difference between a "decision" by the Board of something that it has "jurisdiction or powers" to decide and a *declaration* by the Board as to the nature of the powers to be exercised by it when it comes to make the decision that it has "jurisdiction or powers" to make. Once the Board decides something in a particular case that it has "jurisdiction or powers" to decide, that decision has legal effect and the Board's powers in regard to that question are spent. When, however, the Board takes a position with regard to the nature of its powers upon which it intends to act, that "decision" has no legal effect. In such a case, as a matter of law, nothing has been decided. . . .

My conclusion, therefore, is that the Board's declaration that it did not have jurisdiction to review the validity of the "prescriptions" had no legal effect so long as that declaration was made prior to and therefore apart from, the decisions disposing of the applicants' appeals. It follows that the declaration is not a "decision" that this Court has jurisdiction to set aside under section 28(1) of the *Federal Court Act*.

It would also follow that the Trial Division would have no jurisdiction to set aside such a "decision" under section 18. The crucial question therefore becomes: "Does the Board have independent statutory authority under its enabling legislation to make an interlocutory decision on jurisdiction as it did?" If so, appeal will lie to the Federal Court of Appeal under subsection 28(1). If not, the Board must decide in its discretion whether to refer the question to the Federal Court of Appeal under subsection 28(4) or to proceed instead with the case on its merits and grapple with the jurisdictional or preliminary matter as best it can, as part of its final decision, subject always to the risk of being corrected later on by the Court of Appeal upon an application for review under subsection 28(1).

A Board should not proceed to decide jurisdictional matters prior to and therefore apart from its actual disposition of the reference unless it has an express statutory authority for doing so. If the Board does not have such statutory authority but decides the matter itself, in a preliminary manner, its decision on that matter is of no force; and by failing in this manner to deliver a decision reviewable under section 28 it does not by that failure create authority for review under section 18. I am satisfied that a section 18 review is precluded in cases where the federal board, tribunal or commission makes a preliminary or interim decision or

Il existe une différence manifeste entre une «décision» de la Commission dont l'objet relève de sa «compétence et de ses pouvoirs» et une *déclaration* de ladite Commission sur la nature des pouvoirs qu'elle va exercer pour rendre une décision relevant de sa «compétence ou de ses pouvoirs». Une fois que la Commission, dans une affaire donnée, a rendu une décision relevant de sa «compétence ou de ses pouvoirs», cette décision a un effet juridique et la Commission a épuisé ses pouvoirs à l'égard de cette affaire. Cependant, lorsque la Commission prend position sur la nature des pouvoirs qu'elle a l'intention d'utiliser, cette «décision» n'a aucun effet juridique. Dans un tel cas, il n'y a pas eu décision en droit . . .

Je conclus donc que la déclaration de la Commission portant qu'elle n'avait pas compétence pour examiner la validité des «directives» n'a aucun effet juridique dans la mesure où elle a été faite avant qu'il ne soit statué sur les appels des requérants, et donc séparément de ceux-ci. Il s'ensuit que la déclaration n'est pas une «décision» que cette Cour a le pouvoir d'annuler en vertu de l'article 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Il s'ensuivrait également que la Section de première instance n'a nullement compétence pour annuler une telle «décision» en vertu de l'article 18. La question cruciale est alors la suivante: «La Commission a-t-elle reçu de sa loi habilitante la compétence particulière de rendre une décision interlocutoire en matière de compétence comme elle l'a fait?» Si tel est le cas, il pourra être interjeté appel auprès de la Cour d'appel fédérale en application du paragraphe 28(1). Sinon, la Commission doit décider dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire si elle doit renvoyer la question devant la Cour d'appel fédérale en application du paragraphe 28(4) ou juger l'affaire au fond et se débrouiller de son mieux avec la question juridictionnelle ou préliminaire dans le cadre de sa décision finale, en s'exposant il va de soi à ce que la Cour d'appel modifie plus tard ses conclusions à la suite d'une demande de révision en vertu du paragraphe 28(1).

Un office ne devrait pas décider des questions de compétence avant de statuer sur un renvoi, et par conséquent de façon distincte de celui-ci, à moins d'être expressément habilité à le faire. En l'absence de cette compétence légale, la décision de nature préliminaire que peut rendre un office sur de telles questions est sans effet, et en ne parvenant donc pas à rendre une décision susceptible de révision en vertu de l'article 28, il ne la rend pas pour autant susceptible d'être révisée en vertu de l'article 18. Je suis convaincu qu'il ne peut y avoir révision conformément à l'article 18 lorsqu'un office fédéral rend une décision ou ordonnance

order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. A section 18 review would lie with respect to decisions of an administrative nature and section 28 review will lie with respect to preliminary decisions which the Board has express authority to make and is a decision from which legal rights or obligations follow.

The determinative question to the present issue is whether the respondent Board had express authority to determine its own jurisdiction. The relevant provisions of the Board's enabling jurisdiction are found in paragraph 100(3)(c) of the PSSRA and in section 87 of the *P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure* [C.R.C., c. 1353]. These provisions read as follows:

100. ...

(3) The Board may make regulations in relation to the adjudication of grievances, including regulations respecting

(c) the procedure to be followed by adjudicators;

87. (1) Subject to subsection (2) but notwithstanding any other provision of these Regulations, the Board may dismiss a grievance on the ground that it is not a grievance that may be referred to adjudication.

(2) Before dismissing a grievance pursuant to subsection (1), in order to determine whether or not a grievance may be referred to adjudication, the Board may

(a) invite the parties to submit written argument within a time and a manner specified by it; or

(b) hold a preliminary hearing

(4) An aggrieved employee may, within 25 days after he has been served with a decision made pursuant to subsection (1), file with the registrar a request that the Board review its decision.

(5) A request for review filed pursuant to subsection (4) shall contain a concise statement of the facts and reasons upon which the aggrieved employee relies.

(6) Upon the filing of a request for review, the Board may

(a) revoke its decision and direct that the grievance be proceeded with in the manner set forth in sections 79 to 86;

(b) serve the aggrieved employee and any other person who, in the opinion of the Board, may be affected by the grievance with a notice of hearing to show cause why the grievance should be heard; or

(c) confirm its decision dismissing the grievance.

préliminaire ou provisoire, exception faite de celles de nature administrative résultant d'un processus n'ayant légalement aucun caractère judiciaire ou quasi judiciaire. Il y aurait lieu à la révision fondée sur l'article 18 à l'égard des décisions de nature administrative alors que la révision prévue à l'article 28 s'appliquerait aux décisions préliminaires qu'un office est expressément habilité à rendre et qui imposent des droits ou des obligations prévus par la loi.

La question décisive en l'espèce consiste à savoir si la Commission intimée était expressément habilitée à déterminer sa propre compétence. Les dispositions pertinentes des mesures législatives qui habilite la Commission se trouvent à l'alinéa 100(3)c de la LRTFP et à l'article 87 du *Règlement et règles de procédure de la C.R.T.F.P.* [C.R.C., chap. 1353]. Ces dispositions sont libellées comme suit:

100. ...

(3) La Commission peut prendre des règlements régissant l'arbitrage des griefs, notamment en ce qui concerne:

(c) la procédure à suivre par les arbitres;

87. (1) Sous réserve du paragraphe (2), mais nonobstant toute autre disposition du présent règlement, la Commission peut rejeter un grief pour le motif qu'il ne s'agit pas d'un grief susceptible d'être renvoyé à l'arbitrage.

(2) Avant de rejeter un grief conformément au paragraphe (1), la Commission peut, afin de déterminer s'il s'agit d'un grief susceptible d'être renvoyé à l'arbitrage,

(a) inviter les parties à soumettre un exposé écrit dans le délai et de la manière spécifiés par elle; ou

(b) tenir une audience préliminaire.

(4) Un employé qui s'estime lésé peut, dans un délai de 25 jours de la signification qui lui a été faite d'une décision rendue conformément au paragraphe (1), produire au greffier une demande voulant que la Commission révise sa décision.

(5) Une demande de révision produite conformément au paragraphe (4) doit contenir un sommaire des faits et des motifs sur lesquels s'appuie l'employé qui s'estime lésé.

(6) Sur production d'une demande de révision, la Commission peut

(a) annuler sa décision et ordonner que le grief soit inscrit de la manière indiquée dans les articles 79 à 86;

(b) signifier un avis d'audition du motif d'audition du grief à l'employé qui s'estime lésé et à toute autre personne que la Commission estime pouvoir être atteinte par le grief; ou

(c) confirmer sa décision rejetant le grief.

The regulations under section 87 apply to the hearing of grievances under section 91 of the Act, and, as well, to the hearing of section 99 references. Subsection 99(3) states:

99. ...

(3) The Board shall hear and determine any matter referred to it pursuant to subsection (1) as though the matter were a grievance, and subsection 96(2) and sections 97 and 98 apply to the hearing and determination of that matter.

From the above, the respondent Board has the regulatory and statutory authority to make preliminary decisions. In other words, it is authorized to decide in a preliminary fashion whether the matter before it is a proper matter for a section 99 reference.

Given the PSSRB's authority under section 87 of its regulations (paragraph 87(2)(b)), I am satisfied that this case is a proper one for review under section 28 of the *Federal Court Act*. I believe the Board's decision is a final decision in the sense that it creates legal rights or obligations. I believe that review, in the circumstances of this case, does not lie under section 18 of the *Federal Court Act*.

The application is refused. No award as to costs is made.

Les dispositions du règlement à l'article 87 s'appliquent à l'audition des griefs fondés sur l'article 91 de la Loi et aussi à l'audition des renvois prévus à l'article 99. Le paragraphe 99(3) dit ce qui suit:

a 99. ...

(3) La Commission entend et juge l'affaire qui lui est renvoyée au titre du paragraphe (1) comme s'il s'agissait d'un grief, et le paragraphe 96(2) ainsi que les articles 97 et 98 s'appliquent à l'audition et à la décision.

b Les dispositions précitées de la Loi et de son règlement d'application confèrent à la Commission intimée la compétence nécessaire pour rendre des décisions préliminaires. En d'autres termes, elle est habilitée à décider de façon préliminaire si l'affaire dont elle est saisie peut faire l'objet d'un renvoi en vertu de l'article 99.

c Étant donné la compétence accordée à la CRTFP par l'article 87 de son règlement (alinéa 87(2)b)), je ne doute pas que cette affaire puisse faire l'objet d'une révision fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je crois que la décision de la Commission est une décision finale en ce sens qu'elle crée des droits et des obligations prévus par la loi. J'estime qu'il n'y a pas ouverture, dans les circonstances de l'espèce, à la révision fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

La demande est rejetée. Il n'y aura pas adjudication de dépens.

T-1957-87

T-1957-87

Lucette Robitaille (Plaintiff)

v.

The Queen (Defendant)

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

Trial Division, Addy J.—Montréal, November 23, 24; Ottawa, December 19, 1989.

Income tax — Corporations — Liability of liquidated company's directors under Act s. 227.1 for failure to deduct or withhold taxes — Director not held personally liable where, in fact, did not take part in company business and where control of company, to knowledge and with consent of defendant, effectively taken over by bank — S. 227.1 contemplating company acting freely under Board of Directors — Exercise of freedom of choice by directors essential to establish personal liability.

The plaintiff was a nominal director of Placage St-Laurent Limitée which went into liquidation in September 1983, following seizure by a bank of all of its assets. She was the wife of one of the owners of the company and was issued one share and named a director in order to comply with what were thought to be the legal requirements at that time. The plaintiff never took an active part in the management or operations of the company. National Revenue claimed from the plaintiff approximately \$50,000 plus interest pursuant to section 227.1 of the *Income Tax Act* with respect to non-remitted deductions at source from the salaries of employees.

In January 1981, the company's financial situation started to deteriorate and in October 1982, a bank took control of the company and of all payments because it had exceeded its authorized credit. Business was carried on under the control of the bank until liquidation in September 1983. Since it could not recover in full from the company, National Revenue resorted to section 227.1 and, two years after the company had gone out of business, assessed the plaintiff for the amounts due for the months in which the deductions were not made.

This trial involved an appeal from the Tax Court of Canada decision holding the plaintiff liable.

Held, the action should be allowed.

This was the first case to be heard by this Court on the issue of the common law duty of directors of corporations and the degree to which that duty has been extended by codification in taxing statutes. Until recently, the Tax Court had held that there was an absolute duty on the directors to take positive action to ensure that the deductions were properly made. They

Lucette Robitaille (demanderesse)

c.

^a La Reine (défenderesse)RÉPERTORIÉ: ROBITAILLE c. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Addy—Montréal, 23 et 24 novembre; Ottawa, 19 décembre 1989.

Impôt sur le revenu — Corporations — Responsabilité encourue sous le régime de l'art. 227.1 de la Loi par des administrateurs d'une société liquidée qui ont omis de déduire ou de retenir des impôts — La responsabilité d'une administratrice n'a pas été considérée comme engagée puisqu'elle n'avait pas réellement pris part aux activités de la compagnie, et puisque le contrôle de la société, à la connaissance de la défenderesse et avec son consentement, était effectivement passé aux mains d'une banque — L'art. 227.1 suppose que la compagnie agit librement par le truchement de son conseil d'administration — La responsabilité personnelle de l'administrateur ne saurait être engagée que s'il jouit d'une liberté de choix.

La demanderesse était administratrice à titre nominal de la société Placage St-Laurent Limitée, dont la liquidation a été entamée en septembre 1983, à la suite de la saisie de tous ses actifs par une banque. Elle était l'épouse de l'un des propriétaires de la société, et on lui a remis une action en la nommant administratrice pour respecter ce que l'on croyait être les exigences de la loi à l'époque. La demanderesse n'a jamais participé activement à la gestion ou aux opérations de la société. Sous le régime de l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministère du Revenu national a réclamé de la demanderesse les déductions à la source sur le salaire des employés qui ne lui ont pas été remises, soit un montant d'environ 50 000 \$ plus les intérêts.

En janvier 1981, la situation financière de la société a commencé à se détériorer et, en octobre 1982, le crédit autorisé ayant été dépassé, une banque a pris le contrôle de la société et de tous ses paiements. Les activités de la société se sont déroulées sous le contrôle de la banque jusqu'à la liquidation, qui a eu lieu en septembre 1983. Ne pouvant recouvrer de la société le plein montant qui lui était dû, le ministère du Revenu national a eu recours à l'article 227.1 et, deux ans après que la société ait cessé de faire affaire, il a imposé à la demanderesse pour les montants dus à l'égard des mois au cours desquels les déductions n'avaient pas été effectuées.

Le procès en l'espèce concerne un appel interjeté de la décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a conclu à la responsabilité de la demanderesse.

Jugement: l'action devrait être accueillie.

L'espèce est la première à mettre en jeu devant cette Cour les obligations que la *common law* impose aux administrateurs de sociétés et la mesure dans laquelle ces obligations ont reçu de l'extension en étant codifiées dans les lois fiscales. Jusqu'à récemment, la Cour de l'impôt a considéré que l'administrateur avait l'obligation absolue de prendre des mesures positives pour

had to prove affirmatively that, both before and after the occurrence, there had been on their part an exercise of care, skill and diligence in the performance of the duties normally incumbent upon a director. This was based on the common law principle that no distinction was to be made between directors whether active or purely nominal. Recently, the Tax Court has been more lenient towards directors. Qualifying as an exemption under subsection 227.1(3) was not the only way to escape liability. This was one of the cases where there were certain exceptional circumstances such that a distinction could and should be made.

The fact that the bank, to the knowledge and with the consent of the defendant, took effective control of the company and assumed sole control over all disbursements constituted a very important circumstance. From then on, the actions of the company regarding the payment or withholding of monies were essentially those of the bank. So even without considering subsection 227.1(3), there could be no liability on the directors under subsection 227.1(1) because it could attach only where the company was freely acting through its Board of Directors. The exercise of freedom of choice on the part of the director is essential in order to establish personal liability.

In the present case, the plaintiff had not one iota of interest in the operation of the company nor did she, at any relevant time, have any knowledge of the situation regarding the non-payment of payroll deductions. Even had she known of the situation, she could not have done anything about it. The defendant, on the other hand, was fully aware of the situation and not only allowed it to continue but also tolerated further non-payments in the hope of keeping the company operating.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Bank Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, s. 178.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 223(2), 227.1 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124(1)), (1), (3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Fancy v. M.N.R. (1988), 88 DTC 1641 (T.C.C.).

REFERRED TO:

Barnett, J. V. v. M.N.R. (1985), 85 DTC 619; [1985] 2 C.T.C. 2336 (T.C.C.); *Fraser, H. (Trustee of) v. M.N.R.* (1987), 87 DTC 250; [1987] 1 C.T.C. 2311; 64 C.B.R. (N.S.) 58; 37 B.L.R. 309 (T.C.C.); *Quantz, C. v. M.N.R.* (1988), 88 DTC 1201; [1988] 1 C.T.C. 2276 (T.C.C.); *Beutler, O. v. M.N.R.* (1988), 88 DTC 1286; [1988] 1 C.T.C. 2414 (T.C.C.); *Cybulski, D. J. v. M.N.R.* (1988), 88 DTC 1531 (T.C.C.); *Moore, R. M. v. M.N.R.* (1988), 88 DTC 1537 (T.C.C.); *Edmondson, S. G. v. M.N.R.*

s'assurer que les déductions étaient faites régulièrement. Les administrateurs devaient prouver que, aussi bien avant qu'après l'événement concerné, ils avaient agi avec le soin, la diligence et l'habileté voulus en remplissant les fonctions qui sont normalement celles d'un administrateur. L'argument se fonde sur la règle de *common law* selon laquelle il ne faut faire aucune distinction entre les administrateurs, qu'ils soient actifs ou de nom seulement. Dans ses décisions plus récentes, la Cour de l'impôt s'est montrée plus indulgente envers les administrateurs. L'exception prévue au paragraphe 227.1(3) ne constitue pas le seul moyen d'échapper à la responsabilité. L'espèce est de celles présentant certaines situations exceptionnelles dans lesquelles une distinction peut et doit être faite.

Le fait que la banque, à la connaissance et avec le consentement de la défenderesse, a effectivement assumé plein contrôle de tous les débours de la société, constitue une circonstance très importante. À partir de ce moment-là, les actions posés par la société en ce qui concerne le versement ou la retenue de montants d'argent étaient essentiellement celles de la banque. Aussi, même en faisant abstraction du paragraphe 227.1(3), les administrateurs n'auraient aucune responsabilité en vertu du paragraphe 227.1(1) car cette disposition n'envisage que la situation dans laquelle la société agit librement par le truchement de son conseil d'administration. La responsabilité personnelle de l'administrateur ne saurait être engagée que s'il jouit d'une pleine et entière liberté de choix.

Dans la présente espèce, la demanderesse n'avait pas le moindre intérêt dans les opérations de la société, pas plus qu'elle n'a eu, à aucun moment pertinent, la moindre connaissance du défaut de paiement des retenues salariales. Eût-elle été au courant de la situation, elle n'aurait rien pu faire à cet égard. La défenderesse, d'autre part, connaissait bien la situation, et elle a non seulement permis à cet état de choses de continuer mais encore toléré que les défauts de paiement se poursuivent, dans l'espoir de permettre à la société de survivre.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 223(2), 227.1 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 124(1)); (1), (3).
Loi sur les banques, S.C. 1980-81-82-83, chap. 40, art. 178.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Fancy c. M.N.R. (1988), 88 DTC 1641 (C.C.I.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Barnett, J. V. c. M.N.R. (1985), 85 DTC 619; [1985] 2 C.T.C. 2336 (C.C.I.); *Fraser, H. Syndic c. M.N.R.* (1987), 87 DTC 250; [1987] 1 C.T.C. 2311; 64 B.C.R. (N.S.) 58; 37 B.L.R. 309 (C.C.I.); *Quantz, C. c. M.N.R.* (1988), 88 DTC 1201; [1988] 1 C.T.C. 2276 (C.C.I.); *Beutler, O. c. M.N.R.* (1988), 88 DTC 1286; [1988] 1 C.T.C. 2414 (C.C.I.); *Cybulski, D. J. c. M.N.R.* (1988), 88 DTC 1531 (C.C.I.); *Moore, R. M. c. M.N.R.* (1988), 88 DTC 1537 (C.C.I.); *Edmondson, S. G. c. M.N.R.*

(1988), 88 DTC 1542 (T.C.C.); *Merson, K. v. M.N.R.*, (1989), 89 DTC 22 (T.C.C.); *Pilling, D. and H. v. M.N.R.* (1989), 89 DTC 327; [1989] 2 C.T.C. 2037 (T.C.C.); *Michel v. M.N.R.*, 87-1893(IT)/87-1894(IT), St-Onge J., decision dated 21/6/89, T.C.C., not yet reported; *Denis v. M.N.R.*, 87-962(IT)/87-963(IT), Sarchuk J., decision dated 28/8/89, T.C.C., not yet reported; *Gagnon v. M.N.R.*, 87-244(IT), Rip J., decision dated 22/9/89, T.C.C., not yet reported.

COUNSEL:

Wilfrid Lefebvre for plaintiff.
Daniel Marecki for defendant.

SOLICITORS:

Ogilvy, Renault, Montréal, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ADDY J.: The trial involved an appeal by the plaintiff from a decision rendered by the Tax Court of Canada regarding the application of subsections (1) and (3) of section 227.1 of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 124(1))] which read as follows:

227.1 (1) Where a corporation has failed to deduct or withhold an amount as required by subsection 135(3) or section 153 or 215 or has failed to remit such an amount, the directors of the corporation at the time the corporation was required to deduct or withhold the amount, or remit the amount, are jointly and severally liable, together with the corporation, to pay any amount that the corporation is liable to pay under this Act in respect of that amount, including any interest or penalties related thereto.

(3) A director is not liable for a failure under subsection (1) where he exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances.

The plaintiff was a director of Placage St-Laurent Limitée, a federally incorporated company which went into liquidation on September 2, 1983, following seizure by the Bank of all of its assets.

(1988), 88 DTC 1542 (C.C.I.); *Merson, K. c. M.R.N.* (1989), 89 DTC 22 (C.C.I.); *Pilling, D. et H. c. M.R.N.* (1989), 89 DTC 327; [1989] 2 C.T.C. 2037 (C.C.I.); *Michel c. M.N.R.*, 87-1893(IT)/87-1894(IT), juge St-Onge, décision en date du 21-6-89, C.C.I., encore inédite; *Denis c. M.R.N.*, 87-962(IT)/87-963(IT), juge Sarchuk, décision en date du 28-8-89, C.C.I., encore inédite; *Gagnon c. M.R.N.*, 87-244(IT), juge Rip, décision en date du 22-9-89, C.C.I., encore inédite.

AVOCATS:

Wilfrid Lefebvre pour la demanderesse.
Daniel Marecki pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Ogilvy, Renault, Montréal, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LE JUGE ADDY: Le procès en l'espèce concernait un appel interjeté par la demanderesse d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt concernant l'application des paragraphes (1) et (3) de l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 124(1))], qui sont ainsi libellés:

227.1 (1) Lorsqu'une corporation a omis de déduire ou de retenir une somme, tel que prévu au paragraphe 135(3) ou à l'article 153 ou 215, ou a omis de remettre cette somme, les administrateurs de la corporation, à la date à laquelle la corporation était tenue de déduire ou de retenir la somme ou de la remettre, sont conjointement et solidairement responsables, avec la corporation, du paiement de toute somme que la corporation est tenue de payer en vertu de la présente loi à l'égard de cette somme, incluant tous les intérêts et toutes les pénalités s'y rapportant.

(3) Un administrateur n'est pas responsable de l'omission visée au paragraphe (1) lorsqu'il a agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables.

La demanderesse était administratrice de la société Placage St-Laurent Limitée, une société constituée selon la loi fédérale, dont la liquidation a été entamée le 2 septembre 1983 à la suite de la saisie de tous ses actifs par la Banque.

National Revenue is claiming from the plaintiff pursuant to subsection 227.1(1) for certain non-remitted deductions at source from the salaries of employees the sum of approximately \$20,000 plus accumulated interest for deductions made during the period of September to November 1982 and not remitted and the amount of approximately \$30,000 plus interest for those made during the period of May to September 1983.

The plaintiff's husband, Claude Robitaille and his brother Guy Robitaille, had been in business for some time as joint owners in equal shares of a company known as TransCanada Industries Inc. In 1978, they purchased Placage St-Laurent Limitée, in equal shares. At the time of purchase of the shares they were told by their legal advisers that the law required a minimum of three shareholders and three directors for a federal corporation to operate. In order to conform to that requirement, and at the same time ensure that there would be an equal division, one share was issued to each of the two wives and they were made directors with the two brothers.

The law had in fact been changed in 1978, allowing a federally appointed company henceforth to reduce to one the number of directors. No change in the number of directors was made by the company, possibly because the owners were not aware of the amended legislation.

It was agreed that the plaintiff's husband, Claude, would operate and manage TransCanada while her brother-in-law, Guy, would manage and operate the newly acquired company, Placage St-Laurent Limitée, with any profits or dividends realized from either company being divided equally between the two brothers. This is in fact what happened. The last annual report of the Placage St-Laurent signed in 1981 indicates a 50% ownership of shares in each of the two brothers and none in the name of the wives. The wives are, however, still listed as directors and were in fact still holders of one share each.

En vertu du paragraphe 227.1(1), Revenu national réclame à la demanderesse à l'égard de certaines retenues à la source qui devaient être prélevées sur les salaires des employés et qui n'ont pas été remises un montant d'environ 20 000 \$ plus un intérêt cumulé pour les retenues faites au cours de la période de septembre à novembre 1982, ainsi qu'un montant d'environ 30 000 \$ plus les intérêts pour les retenues faites au cours de la période de mai à septembre 1983.

L'époux de la demanderesse, Claude Robitaille, ainsi que son frère Guy Robitaille, avaient fait affaire pendant une bonne période comme co-propriétaires à parts égales d'une société connue sous le nom de TransCanada Industries Inc. En 1978, ils ont acheté, à parts égales, la société Placage St-Laurent Limitée. À l'époque de l'achat des actions de cette Société, leurs conseillers juridiques les ont avisés que la loi exigeait un minimum de trois actionnaires et de trois administrateurs pour l'exploitation d'une entreprise fédérale. Afin, tout à la fois, de respecter cette exigence et d'assurer l'égalité des participations, les épouses des frères Robitaille ont reçu chacune une action et elles ont été nommées administratrices avec leurs maris.

La loi avait en fait été modifiée en 1978 pour permettre à une société constituée selon la loi fédérale de restreindre à un le nombre de ses administrateurs. Aucun changement n'a été effectué par la société à cet égard, peut-être parce que les propriétaires n'étaient pas au courant des changements apportés à la loi.

Il a été convenu que l'époux de la demanderesse, Claude, exploiterait et dirigerait TransCanada, tandis que son beau-frère, Guy, exploiterait et dirigerait la société nouvellement acquise, Placage St-Laurent Limitée; les profits ou les dividendes de chacune de ces sociétés devaient être partagés également entre les deux frères. C'est ce qui est arrivé. Le dernier rapport annuel de Placage St-Laurent, qui a été signé en 1981, indique que 50 % des actions appartiennent à chacun des deux frères, sans mentionner qu'une seule action soit mise au nom de l'une ou de l'autre des épouses. Celles-ci, toutefois, demeuraient inscrites comme administratrices et continuaient de détenir chacune une action.

Placage St-Laurent normally employed between 42 and 45 persons. In January 1981, however, things began to deteriorate as the number of orders were diminishing. In September 1982 the deductions at source were not forwarded to the Department of National Revenue and the following month the Bank sent a controller to the company who took control over all payments because the company had exceeded its authorized credit. No cheques from then on could be issued, nor in fact were any issued, without the authorization of the controller. From sometime early in 1981, the company had been expecting to receive a federal loan of some \$160,000 provided for the economic expansion of certain companies. The company also applied for and eventually received from the Province of Quebec the sum of \$200,000. The \$200,000 was in fact received at the beginning of 1983. The bank took \$160,000 of these monies and applied it to its debt and authorized the issue of \$40,000 to pay accounts of certain creditors of the company.

At various times throughout the years previous to September 1982, various charges and mortgages against the plant equipment and effectively all assets of the company, had been required by the Bank. Following the taking over of the issuing of cheques in October, the Bank also had on November 2, pursuant to section 178 of the *Bank Act* [S.C. 1980-81-82-83, c. 40], obtained a general assignment of inventories. After the Bank had taken over control of disbursements in October 1982, it did not authorize the reimbursement of salary deductions at source for that month or for the month of November nor for the arrears for September. On January 24, 1983, a demand on third parties was served on the Bank by the Department of National Revenue. Following discussions with the Bank and in anticipation of the advance of certain grants from the federal and provincial governments, the Department, on February 12, 1983, agreed to withdraw its demand in order to allow the business to continue, as the Bank had informed them that if they insisted on payment of their demands, it would be obliged to realize immediately on its securities and effectively close down the business. Henceforth, the Department dealt exclusively with the Bank and the

Placage St-Laurent employait normalement entre 42 et 45 personnes. En janvier 1981, toutefois, les affaires de la société se sont mises à péricliter comme le nombre des commandes diminuait. En septembre 1982, les retenues à la source n'ont pas été acheminées au ministère du Revenu national, et, le mois suivant, un contrôleur de gestion mandaté par la Banque a pris en charge l'administration des paiements de la société, dont le crédit autorisé avait été dépassé. Dès lors, aucuns chèques ne pouvaient être—et, en fait, ne furent—émis sans l'autorisation du contrôleur de gestion. Peu après le début de l'année 1981, la société s'attendait à recevoir un prêt fédéral de quelque 160 000 \$ visant à favoriser la croissance économique de certaines entreprises. La société avait également demandé et, plus tard, obtenu, une somme de 200 000 \$ du gouvernement de la province de Québec. Ces 200 000 \$ ont en fait été reçus au début de l'année 1983. La Banque a prélevé 160 000 \$ sur ces argents pour les appliquer à sa dette, et elle a autorisé la sortie de 40 000 \$ pour payer les comptes de certains créanciers de la société.

Au cours des années ayant précédé septembre 1982, la Banque avait exigé à différentes reprises que des sûretés et hypothèques soient consenties à l'égard du matériel d'usine et, en fait, de tous les actifs de la société. Après avoir pris le contrôle de l'émission des chèques de la compagnie en octobre, la Banque, le 2 novembre, a obtenu une cession générale de ses inventaires conformément à l'article 178 de la *Loi sur les banques* [S.C. 1980-81-82-83, chap. 40]. À la suite de sa prise de contrôle des sorties d'argent en octobre 1982, la Banque n'a autorisé aucune remise des retenues salariales du mois d'octobre ou du mois de novembre, non plus que la remise des arrérages du mois de septembre. Le 24 janvier 1983, une demande formelle à des tiers a été signifiée à la Banque par le ministère du Revenu national. Après que le Ministère eut tenu certaines discussions avec la Banque, qui l'a informé que, dans l'éventualité où il persisterait à exiger paiement, elle serait dans l'obligation de réaliser immédiatement ses sûretés et, en fait, de fermer l'entreprise, et parce qu'il anticipait l'octroi de certaines subventions par les gouvernements fédéral et provincial, le Ministère, le 12 février 1983, a consenti à retirer sa demande pour permettre la survie de l'entreprise. Le Ministère a dès lors

evidence indicates that there was no consultation with the directors. Guy Robitaille was told to obtain orders and see to the operation of the plant. Financial matters were effectively entirely under control of the bank.

In 1983, cheques covering deductions at source from employees' salaries were in fact authorized by the Bank for the months of January to April inclusively, but no cheques were issued for deductions made during May to September.

Although the company's original margin of credit with the Bank had been \$350,000 and this limit had been reached in 1981, by June 1983 \$1,500,000 had been advanced by the bank but the repayment of a good portion of this had been guaranteed by both the federal and provincial governments. The Department of National Revenue was in effect kept advised of the operations and of the financial situation throughout and carried out audits during 1983. In the first week of June of that year, a departmental auditor advised it was impossible for a cheque to be issued to the Department at that time but that the company was expecting a \$160,000 grant and enclosed a copy of a letter from the Bank dated June 9, 1983 confirming that they were expecting to receive the \$160,000 grant during the month of July and requesting that a second demand on third parties which had been served on them on June 2, be removed to allow them to carry on with the business. This apparently was done, or at least no action was taken under it. On November 2, 1983, the Bank took possession of the assets of the company and the latter effectively then went out of business. Since then, the two Robitaille brothers declared personal bankruptcy.

In March 1983, a certificate covering the amount owing by the company had been deposited in the Federal Court pursuant to subsection 223(2) of the [Income Tax] Act and a writ of *fieri facias* was obtained two years later on April 24, 1985. A *nulla bona* return followed and on August 28,

fait exclusivement affaire avec la Banque, et n'a, selon la preuve, tenu aucune consultation avec les administrateurs. Guy Robitaille a reçu instruction d'obtenir des commandes et de voir au bon fonctionnement de l'usine. Les questions financières se trouvaient, dans les faits, entièrement placées sous le contrôle de la Banque.

En 1983, des chèques ont effectivement été autorisés par la Banque à l'égard des retenues à la source prélevées sur les salaires des employés pour les mois de janvier à avril inclusivement, mais aucuns chèques n'ont été émis à l'égard des retenues de la période de mai à septembre.

Bien que la marge de crédit originale de la société auprès de la Banque ait été de 350 000 \$ et que cette limite ait été atteinte en 1981, en juin 1983, une somme de 1 500 000 \$ avait été avancée par la Banque, somme dont le remboursement se trouvait en grande partie garanti aussi bien par le gouvernement fédéral que par le gouvernement provincial. Le ministère du Revenu national a en fait été constamment informé des opérations et de la situation financière de l'entreprise pendant la période envisagée; de plus, il a effectué des vérifications au cours de l'année 1983. Pendant la première semaine du mois de juin de cette année-là, un vérificateur du Ministère a déclaré que l'émission d'un chèque en faveur du Ministère était alors impossible, mais que la société s'attendait à recevoir une subvention de 160 000 \$ au cours du mois de juillet; il joignait à ce document une copie d'une lettre de la Banque en date du 9 juin 1983 confirmant que la subvention de 160 000 \$ était attendue pour le mois de juillet et demandant qu'une seconde demande formelle à des tiers signifiée le 2 juin soit retirée pour permettre la continuation des affaires de la société. Ce retrait semble avoir eu lieu, ou, à tout le moins, aucune mesure n'a été prise pour faire suite à la demande en question. Le 2 novembre 1983, la Banque a pris possession des actifs de la société, qui, effectivement, a alors cessé ses activités. Depuis lors, les deux frères ont déclaré une faillite personnelle.

En mars 1983, un certificat visant le montant dû par la société avait été déposé à la Cour fédérale conformément au paragraphe 223(2) de la *Loi [de l'impôt sur le revenu]*. Deux ans plus tard, le 24 avril 1985, un bref de *fieri facias* était décerné. Une déclaration *nulla bona* a suivi et, le 28 août

1985, a notice of assessment was sent to the plaintiff who immediately objected to it.

At the end of August 1983, there had been an understanding between the Bank and the Department that post-dated cheques would be issued to cover the arrears. They were issued but were not subsequently honoured by the Bank.

The Bank at no time requested personal guarantees from the plaintiff or from any of the directors. The representative of the defendant who was examined for discovery, stated that all negotiations and discussions took place with the Bank since there was no use discussing matters with the directors as the Bank had assumed control and that all the directors would have replied was that the Department had seized the bank accounts and there was nothing they could do about it.

Before the notice of assessment of the plaintiff was sent in August 1985, there was no communication whatsoever between the Department and the plaintiff regarding the debt or regarding the company. The aforementioned notice of assessment was sent to her some two years after the company had gone out of business. It was the first inkling she had of the possibility of liability on her part.

Counsel, in addition to several cases and articles dealing with the common law duty of directors of corporations and the degree to which that duty has been extended by codification in taxing statutes, referred at some length to several articles and to twelve reported cases decided by the Tax Court of Canada since the enactment of the section and also to the as yet unreported case of *Gagnon v. M.N.R.*, appeal 87-244(IT), Rip J., dated September 22, 1989. These apparently are all of the cases decided by that Court on the effects of subsections 227.1(1) and 227.1(3) and they are listed hereunder:

Barnett, J. V. v. M.N.R. (1985), 85 DTC 619; [1985] 2 C.T.C. 2336;

Fraser, H. (Trustee of) v. M.N.R. (1987), 87 DTC 250; [1987] 1 C.T.C. 2311; 64 C.B.R. (N.S.) 58; 37 B.L.R. 309;

1985, un avis de cotisation a été adressé à la demanderesse, qui s'y est immédiatement opposée.

À la fin d'août 1983, la Banque et le Ministère avaient conclu une entente prévoyant que des chèques post-datés seraient émis pour payer les arriérés. Ces chèques ont été émis mais n'ont pas ensuite été honorés par la Banque.

À aucun moment la Banque a-t-elle exigé des garanties personnelles de la demanderesse ou de l'un des autres administrateurs. La personne qui a témoigné au nom de la défenderesse au cours de l'interrogatoire préalable a déclaré que toutes les négociations et discussions en cause ont été tenues avec la Banque parce qu'il était inutile de traiter avec les administrateurs alors que la Banque avait pris le contrôle des affaires de la société; ces derniers auraient simplement répondu que le Ministère avait saisi les comptes de banque et qu'ils ne pouvaient rien y faire.

Avant que l'avis de cotisation de la demanderesse ne soit expédié en août 1985, aucune communication que ce soit n'a eu lieu entre le Ministère et la demanderesse concernant la dette ou concernant la société. L'avis de cotisation qui précède lui a été adressé quelque deux années après que la société ait cessé ses activités. Alors seulement a-t-elle pris conscience de la possibilité qu'elle soit tenue responsable de dettes de la société.

L'avocat, outre plusieurs arrêts et articles ayant trait aux obligations que la *common law* impose aux administrateurs des sociétés et à la mesure dans laquelle ces obligations ont reçu de l'extension en étant codifiées dans les lois fiscales, ont mentionné assez longuement divers articles et douze décisions publiées rendues par la Cour canadienne de l'impôt depuis que l'article a été édicté, ainsi que la décision non encore publiée rendue dans l'affaire *Gagnon c. M.R.N.*, appel 87-244(IT), juge Rip, en date du 22 septembre 1989. Il s'agit là apparemment de toutes les affaires décidées par ladite Cour en ce qui concerne les effets des paragraphes 227.1(1) et 227.1(3), et en voici la liste:

Barnett, J. V. v. M.N.R. (1985), 85 DTC 619; [1985] 2 C.T.C. 2336;

Fraser H. Syndic c. M.R.N. (1987), 87 DTC 250; [1987] 1 C.T.C. 2311; 64 B.C.R. (N.S.) 58; 37 B.L.R. 309;

Quantz, C. v. M.N.R. (1988), 88 DTC 1201; [1988] 1 C.T.C. 2276;

Beutler, O. v. M.N.R. (1988), 88 DTC 1286; [1988] 1 C.T.C. 2414;

Cybulski, D. J. v. M.N.R. (1988), 88 DTC 1531;

Moore, R. M. v. M.N.R. (1988), 88 DTC 1537;

Edmondson, S. G. v. M.N.R. (1988), 88 DTC 1542;

Fancy v. M.N.R. (1988), 88 DTC 1641;

Merson, K. v. M.N.R. (1989), 89 DTC 22;

Pilling, D. and H. v. M.N.R. (1989), 89 DTC 327; [1989] 2 C.T.C. 2037;

Michel v. M.N.R., appeals 87-1893(IT)/87-1894(IT), not yet reported decision of His Honour Judge St-Onge of the Tax Court of Canada, dated June 21, 1989.

Denis v. M.N.R., appeals 87-962(IT)/87-963(IT), not yet reported decision of the Hon. Judge Sarchuk of the Tax Court of Canada, dated August 28, 1989.

Two of them, namely, *Fancy v. M.N.R.* and *Beutler, O. v. M.N.R.* are presently under appeal but have not yet been heard. Therefore, the present case is apparently the first one to be heard by our Court.

Although, when dealing with "the degree of care, diligence and skill" to be exercised by "a reasonably prudent person" in "comparable circumstances", each case must necessarily depend on its particular facts, it appears that the Tax Court in its more recent decisions might have been more lenient towards directors than the previous cases, which seemed to insist on a somewhat higher duty, the duty presumably being an absolute one for the director to take positive action, since he or she must, in all cases, regardless of the situation, prove affirmatively that, both before and after the occurrence, there was on his or her part an exercise of care, skill and diligence in the performance of the duties normally incumbent upon a director. The argument is based on the common law principle that no distinction is to be made between directors whether they are active or purely nominal directors. Although that burden would, in the vast majority of cases, fall upon any director seeking to escape liability under subsec-

Quantz, C. c. M.R.N. (1988), 88 DTC 1201; [1988] 1 C.T.C. 2276;

Beutler, O. c. M.R.N. (1988), 88 DTC 1286; [1988] 1 C.T.C. 2414;

Cybulski, D. J. c. M.R.N. (1988), 88 DTC 1531;

Moore, R. M. c. M.R.N. (1988), 88 DTC 1537;

Edmondson, S. G. c. M.R.N. (1988), 88 DTC 1542;

Fancy c. M.R.N. (1988), 88 DTC 1641;

Merson, K. c. M.R.N. (1989), 89 DTC 22;

Pilling, D. et H. c. M.R.N. (1989), 89 DTC 327; [1989] 2 C.T.C. 2037;

Michel c. M.R.N., appels 87-1893(IT)/87-1894(IT), décision encore inédite du juge St-Onge de la Cour canadienne de l'impôt, en date du 21 juin 1989.

Denis c. M.R.N., appels 87-962(IT)/87-963(IT), décision encore inédite du juge Sarchuk de la Cour canadienne de l'impôt en date du 28 août 1989.

Deux de ces décisions, à savoir celles qui ont été rendues dans les affaires *Fancy c. M.R.N.* et *Beutler, O. c. M.R.N.* font actuellement l'objet d'un appel mais elles n'ont pas encore été entendues. Par conséquent, il semble que l'espèce soit la première à être jugée par notre Cour.

Même si, lorsqu'il s'agit du «degré de soin, de diligence et d'habileté» qu'«une personne raisonnablement prudente» doit exercer «dans des circonstances comparables», chaque affaire dépend nécessairement des faits qui lui sont propres, il semble que la Cour canadienne de l'impôt, dans ses décisions les plus récentes, a pu se montrer plus indulgente envers les administrateurs que dans les décisions précédentes, dans lesquelles elle a semblé exiger une obligation un peu plus stricte, l'administrateur ayant l'obligation absolue, semble-t-il, de prendre des mesures positives puisqu'il doit, dans tous les cas, abstraction faite de la situation, prouver qu'aussi bien avant qu'après l'événement concerné, il a agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté nécessaire en remplissant les fonctions qui sont normalement celles d'un administrateur. L'argument se fonde sur la règle de *common law* selon laquelle il ne faut faire aucune distinction entre les administrateurs, qu'ils soient actifs ou de nom seulement. Bien que dans la

tion 227.1(1) by qualifying as an exemption under subsection 227.1(3), I cannot accept that it is an inflexible rule of universal application regardless of the facts of any case. There exists, as was decided by Chief Judge Couture, of the Tax Court of Canada in the reported case of *Fancy v. M.N.R.* (*supra*), certain exceptional situations where a distinction can and should be made. Be that as it may, the "circumstances" referred to in subsection (3) must be those which, either directly or indirectly, would have an effect on the actions or on the inaction of the person sought to be held liable under subsection (1). The fact that the Bank, to the knowledge of and with the consent of the defendant, from October 1982, effectively assumed sole control over all disbursements of the corporation, constitutes a very important circumstance.

Furthermore, where the effective control of the corporation has been taken over by a bank such as in the case under appeal, without the Bank being requested or invited to do so by the directors, and where the decisions as to what cheques will or will not be issued without consultation with the Board of Directors, are exclusively those of the bank, then from that time the actions of the corporation regarding the payment or withholding of monies are essentially those of the Bank and I would be prepared to hold that, even without considering subsection 227.1(3), there would be no liability on the directors under subsection 227.1(1) because the latter obviously contemplates that the corporation is freely acting through its Board of Directors. The exercise of freedom of choice on the part of the director is essential in order to establish personal liability.

The term "diligence", which is now codified, provides a higher objective standard than that imposed by the common law on directors generally. Although the test is to a large extent an objective one, the question remains, however, what a reasonably prudent person would do in the circumstances in which a director finds himself. These circumstances include subjective elements such as,

grande majorité des cas ce fardeau serait imposé à tout directeur qui cherche à échapper à la responsabilité prévue au paragraphe 227.1(1) en invoquant l'exception prévue au paragraphe 227.1(3), je ne saurais admettre qu'il s'agit d'une règle inflexible d'application universelle, peu importe les faits en cause. Il existe, comme l'a décidé le juge en chef Couture de la Cour canadienne de l'impôt dans la décision publiée rendue dans l'affaire *Fancy c. M.R.N.* précitée, certaines situations exceptionnelles dans lesquelles une distinction peut et doit être faite. Quoi qu'il en soit, les «circonstances» dont il est question au paragraphe (3) doivent être celles qui, directement ou indirectement, auraient une incidence sur les actions ou l'inaction de la personne que l'on veut tenir responsable en vertu du paragraphe (1). Or, le fait que la Banque, à la connaissance et du consentement de la défenderesse, a effectivement assumé plein contrôle de tous les débours de la société, à compter d'octobre 1982, constitue une circonstance très importante.

De plus, lorsqu'une banque a assumé le contrôle effectif d'une société comme c'est le cas en l'espèce, sans que les administrateurs lui aient demandé d'agir de la sorte ni l'aient invité à le faire, et lorsque c'est exclusivement la banque qui décide quels chèques seront ou ne seront pas rédigés sans consultation du conseil d'administration, à partir de ce moment les actions de la société en ce qui concerne le versement ou la retenue des deniers sont essentiellement celles de la banque et je serais disposé à statuer que même abstraction faite du paragraphe 227.1(3), les administrateurs n'auraient aucune responsabilité en vertu du paragraphe 227.1(1) car cette disposition envisage clairement la situation où la société agit librement par le truchement de son conseil d'administration. La responsabilité personnelle de l'administrateur ne saurait être engagée que s'il jouit d'une pleine et entière liberté de choix.

L'expression «diligence» désormais codifiée, introduit une norme objective plus élevée que celle imposée par la *common law* aux administrateurs en général. Bien que le critère applicable soit, dans une large mesure, un critère objectif, la question reste tout de même de savoir ce que ferait une personne raisonnablement prudente dans les circonstances dans lesquelles se trouve l'administra-

degree of education, business knowledge and general ability of the director.

The plaintiff was not ignorant of corporate affairs as she had a small corporation of her own of which she was president and manager. It is probable, therefore, that she was aware at least of some of the general duties of a director.

She was also employed by her husband at TransCanada for general office work involving duties of a receptionist, and some bookkeeping, filing and payroll duties. She never, however, at any time, did any work whatsoever for Placage St-Laurent Limitée, nor did she ever attend any directors' meetings or any other meetings or discussions regarding that company, she never received any dividends or any other remuneration or any other emoluments or monies by way of loan or otherwise. She never carried out any duties or work for the company either as a director, an employee, an agent or otherwise. Although she was employed as aforementioned and received a salary from TransCanada Industries which her husband was managing, she never attended or took part either in any of the meetings of directors of that corporation.

The plaintiff was unaware of the situation regarding the failure to remit deductions until after the affairs of the corporation had been taken over by the Bank. She knew things had been deteriorating because of lack of orders; she had been told of this by her husband but she was not at all aware of the details except to the extent that reports were made by her brother-in-law to her husband and forwarded to TransCanada where she was working.

I find that, except to the extent that any wife might benefit from the financial success of her husband, the plaintiff had not one iota of interest in the operations of Placage St-Laurent Limitée nor did she, at any relevant time, have any knowledge of the situation regarding the non-payment of payroll deductions. Even had she known of the situation, she could not have done anything about

teur. Parmi ces circonstances, se trouvent des éléments subjectifs tels le degré d'éducation, les connaissances en affaires et les capacités générales de l'administrateur.

^a La demanderesse n'était pas sans connaître la marche d'une société car elle avait sa propre petite société, dont elle était présidente et directrice. Il est donc probable qu'elle connaissait au moins quelques unes des obligations générales d'un administrateur.

^b Elle était aussi employée par son mari à TransCanada, où elle faisait un travail de bureau général, remplissant notamment les fonctions de réceptionniste et accomplissant quelques travaux reliés à la tenue de livres, au classement de documents et à la paye. Mais elle n'a toutefois jamais accompli quelque travail que ce soit pour Placage St-Laurent Limitée, pas plus qu'elle n'a jamais assisté aux assemblées des administrateurs ni à d'autres assemblées ou discussions concernant cette société, ni reçu des dividendes ou autre rémunération, émoluments ou deniers par le biais d'un prêt ou autrement. Elle n'a jamais rempli de fonctions ni travaillé pour la société, que ce soit comme administratrice, employée, fondée de pouvoir ou à un autre titre. Bien qu'elle ait été employée comme on l'a dit plus haut et qu'elle ait reçu un salaire de TransCanada Industries que son mari dirigeait, elle n'a jamais assisté ni pris part à aucune des assemblées des administrateurs de cette société.

^c La demanderesse n'a été au courant de l'omission de remettre des déductions qu'une fois les affaires de la société placées entre les mains de la Banque. Elle savait que les choses allaient mal en raison de l'absence de commandes; son mari l'avait prévenue, mais elle ne connaissait pas du tout les détails si ce n'est dans la mesure où des rapports rédigés par son beau-frère à l'intention de son mari étaient adressés à TransCanada, où elle travaillait.

^d Je conclus que sauf dans la mesure où une épouse peut profiter des succès financiers de son mari, la demanderesse n'avait pas le moindre intérêt dans les opérations de Placage St-Laurent Limitée, pas plus qu'elle n'a eu, à aucun moment pertinent, la moindre connaissance du défaut de paiement des retenues salariales. Eut-elle été au courant de la situation, elle n'aurait rien pu faire à

it. The defendant on the other hand, from the outset, was fully aware of the situation and, as stated previously, agreed with the Bank to allow the condition to continue and further non-payments to occur in the hope of keeping the company operating. I do not wish to infer that the actions of the defendant were blame-worthy since it would have been to the advantage of everybody if the business could finally have been saved. The Federal Government itself, independently of the tax situation, in view of the substantial grants made to the company, had a real interest in ensuring its financial survival.

My concern here is obviously limited to the issue of whether the plaintiff should be held responsible for the arrears of payment. In the circumstances of this case, I find that she should not. The plaintiff will therefore be entitled to judgment and to her costs throughout.

cet égard. D'autre part, dès le début, la défenderesse connaissait entièrement la situation, et comme on l'a dit plus haut, elle avait convenu avec la Banque de permettre à cet état de choses et aux défauts de paiement de continuer dans l'espoir de permettre à la société de survivre. Je ne veux pas laisser entendre que la défenderesse a agi de façon blâmable, car il eut été à l'avantage de tous si l'entreprise avait finalement pu être sauvée. Le gouvernement fédéral lui-même, indépendamment de la situation fiscale, avait un intérêt réel à assurer la survivance financière de la société en raison des subventions considérables qu'il lui avait accordées.

Mon souci en l'espèce se limite évidemment à déterminer si la demanderesse devrait être tenue responsable des arriérés de paiement. Dans les circonstances de l'espèce, j'estime qu'elle ne doit pas être tenue responsable. La demanderesse a donc droit à un jugement en sa faveur et à ses frais depuis le début.

T-1812-89

T-1812-89

Timothy Veysey (Applicant)

v.

Commissioner of the Correctional Service of Canada (Respondent)

INDEXED AS: VEYSEY v. CANADA (COMMISSIONER OF THE CORRECTIONAL SERVICE) (T.D.)

Trial Division, Dubé J.—Ottawa, October 31 and November 3, 1989.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Sexual orientation — Refusal to allow penitentiary inmate to participate in Private Family Visiting Program with homosexual partner violation of Charter, s. 15 right — Applicant alleging denial of benefit available to heterosexual inmates discrimination on basis of sexual orientation — Sexual orientation not prohibited ground listed under Charter, s. 15 but analogous — Common characteristics of enumerated grounds including immutability of attribute and victimization due to prejudice.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Refusal to allow penitentiary inmate to participate in Private Family Visiting Program with homosexual partner violation of right under Charter, s. 15 — Not within s. 1 limitation — Desirable goal of facilitating eventual reintegration into society not furthered by denying applicant most supportive relationship — Allegations concerning danger to applicant and threat to good order of institution not proven — Insufficient to overcome burden to show violation of right justified — Application of proportionality test indicating reduction of risk to applicant not difficult.

Penitentiaries — Refusal to allow inmate to participate in Private Family Visiting Program with homosexual partner denial of rights under Charter, s. 15 — Not within s. 1 limitation — Desirable goal of facilitating convict's eventual reintegration into society not advanced by denial of most supportive relationship — Threat to peace and good order of institution not proven — Application of proportionality test indicating reduction of risk to applicant not difficult.

This was an application for *certiorari* to quash the refusal to allow the applicant to participate in Warkworth Institution's Private Family Visiting Program with his homosexual partner and *mandamus* requiring that the application be reconsidered in accordance with Charter, section 15. The program allows

Timothy Veysey (requérant)

c.

Commissaire du Service correctionnel du Canada (intimé)

RÉPERTORIÉ: VEYSEY c. CANADA (COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Dubé—Ottawa, 31 octobre et 3 novembre 1989.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Orientation sexuelle — Le refus de permettre à un détenu de pénitencier de participer au Programme des visites familiales privées avec son amant constitue une violation du droit que lui reconnaît l'art. 15 de la Charte — Le requérant soutient que la négation d'un avantage accessible aux détenus hétérosexuels constitue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle — L'orientation sexuelle ne constitue pas un des motifs prohibés énumérés à l'art. 15 de la Charte, mais elle est analogue à ces motifs — Les traits caractéristiques des motifs énumérés comprennent l'immutabilité des attributs visés et la victimisation, en raison de préjugés, des personnes auxquelles ils sont attachés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Le refus de permettre à un détenu de pénitencier de participer au Programme des visites familiales privées avec son amant constitue une violation du droit que lui reconnaît l'art. 15 de la Charte — Cette restriction ne se justifie pas par la disposition limitative de l'art. 1 — Le refus de permettre au requérant d'avoir accès à celle de ses relations qui lui fournit le plus grand soutien ne contribue pas à réaliser l'objectif valable qu'est la facilitation de sa future réintégration sociale — Les allégations concernant le danger dans lequel se trouverait le requérant et la menace pour le bon ordre de l'établissement n'ont pas été prouvées — Elles sont insuffisantes en ce qui concerne le fardeau d'établir que la violation du droit est justifiée — Il ressort de l'application du critère de la proportionnalité que le risque subi par le requérant peut être réduit sans difficulté.

Pénitenciers — Le refus de permettre à un détenu de participer au Programme des visites familiales privées avec son amant constitue une violation des droits que lui reconnaît l'art. 15 de la Charte — Cette restriction ne se justifie pas sous le régime de la disposition limitative de l'art. 1 — Le refus de permettre au requérant d'avoir accès à celle de ses relations qui lui fournit le plus grand soutien ne contribue pas à réaliser l'objectif valable qu'est la facilitation de sa future réintégration sociale — La menace pour la paix et le bon ordre de l'établissement n'a pas été établie — Il ressort de l'application du critère de la proportionnalité que le risque subi par le requérant peut être réduit sans difficulté.

Il s'agit d'une demande sollicitant un bref de *certiorari* qui annulerait la décision refusant de permettre au requérant de participer au Programme des visites familiales privées de l'établissement de Warkworth avec son amant et sollicitant un bref de *mandamus* qui ordonnerait que la demande soit réexaminée

extended private visits between inmates of federal penitentiaries and members of their families. Its goal is to preserve family ties and to prepare inmates for their return to life outside the custodial setting. Eligible family members include wives, husbands and common-law partners. The respondent maintained that common-law partners did not contemplate two persons of the same sex and that the application had been denied because the person nominated for a proposed visit was not within a class of listed relatives. The applicant's position was that he had been discriminated against based upon his sexual orientation, contrary to the Charter, section 15.

Held, the application should be allowed.

The applicant's right to equality had been violated. Although sexual orientation was not a prohibited ground specified in section 15, discriminatory treatment infringes section 15 if it is based on grounds "analogous" to those specifically enumerated. In order to identify the characteristics which are analogous to the prohibited grounds of discrimination enumerated in section 15, the social, political and legal context had to be considered. At least two provinces and one territory have enacted legislation which expressly includes sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. A House of Commons Parliamentary Committee on Equality Rights has recommended that sexual orientation be included as a prohibited ground in the *Canadian Human Rights Act*. Most of the enumerated prohibited grounds of discrimination concern more or less immutable characteristics. Presumably, sexual orientation involves some level of immutability. Another feature common to the enumerated grounds is that the individuals or groups in question have been victimized and stigmatized throughout history because of prejudice. This characteristic would also apply to those who have deviated from accepted sexual norms.

The denial of the applicant's rights did not fall within such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society (Charter, section 1). The desirable goal of preparing inmates for their return to life in the community through preservation of their most supportive relationships was not furthered by denying the applicant access to his most supportive relationship. Successful reintegration into the community would benefit both the inmate and the community. The Deputy Warden's opinion that placing the applicant on the eligibility list could jeopardize his safety and the peace and good order of the institution was not sufficient to overcome the burden upon the respondent to show that the violation of right was justified. Furthermore, there was some evidence contradicting the Warden's opinion. In applying the proportionality test (which requires balancing the nature of the right affected with the extent of the infringement and the degree to which the limitation furthers a desirable goal), it appeared that the respondent could reduce any risk to the applicant's safety by maintaining the confidentiality of the applicant's participation in the program. There was no evidence that to do so would present any difficulty to the administration of the institution.

conformément à l'article 15 de la Charte. Le programme accorde aux détenus de pénitenciers fédéraux le privilège de bénéficier en privé de visites prolongées avec des membres de leur famille. Le but du programme est de préserver les liens familiaux des détenus et de permettre à ceux-ci de préparer leur réintégration à la vie extérieure au milieu carcéral. Les membres admissibles de la famille comprennent la femme, le mari et les conjoints de droit commun. L'intimé soutient que la notion de conjoint de droit commun ne vise pas deux personnes de même sexe et que sa demande a été rejetée parce que la personne qu'il a nommée pour la visite projetée ne faisait pas partie de l'une des catégories de parents énumérés. La position du requérant est qu'il a fait l'objet d'une discrimination en raison de son orientation sexuelle, contrairement à l'article 15 de la Charte.

Jugement: la demande devrait être accueillie.

Il y a eu violation du droit du requérant à l'égalité. Bien que l'orientation sexuelle ne constitue pas un motif prohibé énuméré à l'article 15, le traitement discriminatoire fondé sur des motifs «analogues» aux motifs expressément énumérés viole l'article 15. Pour identifier les caractéristiques analogues aux motifs de discrimination énumérés à l'article 15, il convient d'examiner les contextes social, politique et juridique en cause. Au moins deux provinces et un territoire ont édicté des dispositions législatives qui incluent expressément l'orientation sexuelle parmi les motifs de discrimination prohibés. Le Comité parlementaire de la Chambre des communes sur les droits à l'égalité a recommandé que l'orientation sexuelle soit ajoutée aux motifs de discrimination illicite prévus à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La plupart des motifs de discrimination prohibés concernent des caractéristiques plus ou moins immuables. Il est à présumer que l'orientation sexuelle présente un certain niveau d'immuabilité. Une autre caractéristique commune des motifs énumérés réside dans le fait que les personnes ou les groupes qu'elles concernent ont été victimisés et stigmatisés à travers l'histoire en raison de préjugés. Cette caractéristique s'appliquerait également aux personnes qui se sont écartées des normes sexuelles acceptées.

L'atteinte aux droits du requérant ne s'est pas effectuée par une règle de droit, dans des limites qui étaient raisonnables et dont la justification pouvait se démontrer dans une société libre et démocratique (article 1 de la Charte). L'objectif valable consistant à permettre aux détenus de se préparer à réintégrer la collectivité en préservant les liens qui leur fournissent le plus d'appui n'est pas favorisé par le refus de permettre au requérant d'avoir accès à celle de ses relations qui lui fournit le plus grand soutien. La réintégration du détenu dans la collectivité bénéficierait à la fois à ce dernier et à la collectivité. L'opinion de la sous-directrice de l'établissement selon laquelle l'inscription du requérant sur la liste des personnes admissibles au programme pourrait menacer sa sécurité ainsi que la paix et le bon ordre de l'établissement ne suffit pas à permettre à l'intimé de s'acquitter du fardeau d'établir que la violation de son droit était justifiée. De plus, il existait des témoignages contredisant l'opinion de la sous-directrice. À l'application du critère de la proportionnalité (qui veut que la nature du droit auquel il a été porté atteinte soit opposé à l'importance de cette atteinte et à la mesure dans laquelle la limite imposée sert à promouvoir un objectif social valable), il ressort que l'intimé pourrait réduire tout risque pour la sécurité du requérant en maintenant le caractère confidentiel de la participation du requérant au pro-

gramme. Aucun élément de preuve n'a été présenté pour établir que l'adoption de cette mesure de précaution entraînerait des difficultés en ce qui concerne l'administration ou le bon ordre de l'établissement.

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.), ss. 1, 15.

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12, s. 10.

Human Rights Act, S.Y. 1987, c. 3, s. 6.
Human Rights Code, S.M. 1987-88, c. 45, s. 9(2).
Penitentiary Act, R.S.C., 1985, c. P-5, s. 37(3).

Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251, s. 27.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; [1989] 2 W.W.R. 289; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. *Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights: Equality for All*. Ottawa, Queen's Printer, 1985 (Chair: Patrick Boyer).

COUNSEL:

Elizabeth Thomas for applicant.
John B. H. Edmond for respondent.

SOLICITORS:

Elizabeth Thomas, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

DUBÉ J.: The applicant, an inmate at Warkworth Institution, Northumberland County, Ontario, applies for writs of *certiorari* and *mandamus* pursuant to the respondent's refusal of his application to participate in the Private Family

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, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 15.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 10.

Code des droits de la personne, L.M. 1987-88, chap. 45, art. 9(2).

Human Rights Act, S.Y. 1987, chap. 3, art. 6.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6.

Loi sur les pénitenciers, L.R.C. (1985), chap. P-5, art. 37(3).

Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C., chap. 1251, art. 27.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; [1989] 2 W.W.R. 289; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.

DOCTRINE

Canada, Chambre des communes, *Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité: Égalité pour tous*. Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1985 (président: Patrick Boyer).

AVOCATS:

Elizabeth Thomas pour le requérant.
John B. H. Edmond pour l'intimé.

PROCUREURS:

Elizabeth Thomas, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE DUBÉ: Le requérant, un détenu de l'établissement de Warkworth, du comté de Northumberland, en Ontario, sollicite des brefs de *certiorari* et de *mandamus* à l'encontre de la décision de l'intimé qui a rejeté sa demande de partici-

Visiting Program at the institution with Mr. Leslie Beu. The latter is the applicant's homosexual partner.

The applicant first applied to participate in the program on June 14, 1988. He was refused at all levels of grievance. On January 31, 1989, the respondent denied the grievance in these terms:

Existing policy does not support your wish to have the private family program extended to common-law partners of the same sex. This fact, notwithstanding, you have raised an important policy question which merits a much more intense examination. Such an examination will continue at National Headquarters and a decision on the question you raised will be handed down sometime in the near future.

For the present, your grievance is denied.

The program is described in a booklet published by Correctional Service Canada. The introduction reads as follows:

Private Family Visiting is a program established by The Correctional Service of Canada to provide eligible inmates of federal penitentiaries with the privilege of having extended private visits with members of their families.

The goal of the program is the maintenance of family ties and the preparation of inmates for their return to life in the community outside the penitentiaries.

The booklet outlines the qualifications for eligibility to the program. It is common ground that the applicant meets the requirements, except for his choice of a partner to participate in it. The booklet further describes the members of the family who are eligible to participate as follows:

The Family

The following family members are eligible to participate in the program: wife, husband, common-law partners, children, parents, foster-parents, brothers, sisters, grandparents and, in special cases, in-laws.

The applicant alleges that he applied to participate in the program with his homosexual partner because he wishes to maintain their relationship throughout his incarceration, and because he believes that his successful reintegration into society will depend to a very great extent on the continuing support of persons in the community: the applicant's relationship with Mr. Beu is his closest and most supportive relationship in the community. He argues that he has been denied a

pation au Programme de visites familiales privées avec M. Leslie Beu dans cet établissement. M. Beu est l'amant du requérant.

Le requérant a demandé pour la première fois sa participation à ce programme le 14 juin 1988. Cette demande a été rejetée à tous les paliers de la procédure de grief. Le 31 janvier 1989, l'intimé a rejeté le grief du requérant dans les termes suivants:

[TRADUCTION] La politique actuellement en vigueur s'oppose à votre demande que le Programme de visites familiales privées soit étendu aux conjoints de droit commun de même sexe. Vous avez cependant soulevé une importante question de politique; elle mérite un examen beaucoup plus approfondi, qui se poursuivra aux quartiers généraux nationaux. Dans un avenir rapproché, une décision sera rendue à cet égard et sera transmise. Pour le moment, votre grief est rejeté.

Le programme en cause se trouve décrit dans une brochure publiée par le Service correctionnel du Canada. Son introduction est ainsi libellée:

Le programme de visites familiales privées, mis sur pied par le Service correctionnel du Canada, a pour objet d'accorder aux détenus admissibles des pénitenciers fédéraux le privilège de bénéficier de visites prolongées en privé avec des membres de leur famille.

Le but du programme est de permettre aux détenus d'entretenir des liens familiaux et de se préparer en vue de leur réintégration sociale.

Cette brochure mentionne les conditions que doivent remplir les détenus pour pouvoir bénéficier du programme. Il est admis que, sauf en ce qui concerne la personne choisie pour participer avec lui au programme, le requérant satisfait aux exigences applicables à cet égard. La brochure décrit plus avant les membres de la famille qui sont admissibles au programme:

La famille

Sont admissibles au programme les personnes suivantes: femme, mari, conjoints de droit commun, enfants, parents, parents nourriciers, frères, soeurs, grands-parents et, dans des cas spéciaux, membres de la belle-famille.

Le requérant allègue qu'il a demandé de participer au programme avec son amant parce qu'il veut préserver leur relation pendant son incarcération et parce qu'il croit que, pour réussir sa réintégration sociale, il devra bénéficier du soutien continu des membres de la collectivité: de tous ses liens avec la société, le rapport qu'il entretient avec M. Beu est le plus intime et celui qui lui fournit le plus d'appui. Il soutient s'être vu refuser un avantage accessible aux détenus hétérosexuels, en préten-

benefit available to other inmates of a heterosexual orientation and that the basis of the denial is his own sexual orientation. He claims that such a denial is a violation of his rights under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] which reads:

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.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Subsection 37(3) of the *Penitentiary Act* [R.S.C., 1985, c. P-5] authorizes the Commissioner to make rules to be known as "Commissioner's directives" for the custody, treatment and discipline of inmates and the good government of penitentiaries. Section 27 of the *Penitentiary Service Regulations* [C.R.C., c. 1251] provides that the visiting privileges permitted to inmates shall be calculated to assist in the reformation and rehabilitation of the inmate.

Paragraph 19 of the Commissioner's Directive 770, entitled "Visiting", provides that the Deputy Commissioner shall establish a list of relatives considered eligible for the Private Family Visiting Program.

The respondent submits that these classes include (with the exception of foster-parents, who are *in loco parentis*) only persons related to the inmate by consanguinity, marriage (including common-law marriage) or affinity. He avers that a common-law marriage is between a woman and a man and not between two persons of the same sex: there is no common law applicable to relationships of cohabitation between persons of the same sex. He argues that the appellation "common-law partners" in the program is synonymous with common-law spouses and does not include persons who live together in a homosexual relationship: the applicant cannot have the man with whom he formerly lived approved for a private family visit, not

dant que le fondement de ce refus est son orientation sexuelle. Selon le requérant, le rejet de sa demande constitue une violation des droits que lui reconnaît l'article 15 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, chap. 11 (R.-U.)], qui est ainsi libellée:

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.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Le paragraphe 37(3) de la *Loi sur les pénitenciers* [L.R.C. (1985), chap. P-5] autorise le commissaire à établir des règles dites «instructions», concernant la bonne direction des pénitenciers et la garde, le traitement et la discipline des détenus. L'article 27 du *Règlement sur le service des pénitenciers* [C.R.C., chap. 1251] porte que les privilèges pouvant être accordés aux détenus en ce qui concerne les visiteurs doivent être tels qu'ils contribuent à la rééducation et à la réadaptation du détenu.

Le paragraphe 19 de l'instruction numéro 770 du commissaire, qui s'intitule «Visites», déclare que le sous-commissaire doit dresser la liste des parents admissibles au programme des visites familiales privées.

L'intimé prétend que ces catégories (à l'exception des parents nourriciers, qui agissent *in loco parentis*) comprennent seulement des personnes liées au détenu par le sang, par le mariage (y compris le mariage de droit commun) ou par alliance. Il affirme que la notion de mariage de droit commun [*common law marriage*] implique une relation entre un homme et une femme et non entre deux personnes de même sexe: la *common law* ne comporte aucun principe régissant les rapports entre deux personnes de même sexe qui cohabitent. Selon lui, l'expression «conjoint de droit commun» du programme est synonyme du terme «époux de droit commun», en sorte qu'elle ne comprend pas les personnes qui vivent ensemble en

because of the applicant's sexual orientation, but because the person he has nominated for the proposed visit is not his spouse or otherwise within one of the classes of listed relatives.

The applicant does not dispute these propositions. He agrees that his homosexual partner is not his spouse. He recognizes that his partner does not fit under "the family" as described in the program. He says that the program is discriminatory because it excludes homosexual relationships and, therefore, that his application has been denied on the basis of his sexual orientation.

There are no cases directly on point. Sexual orientation is not a ground specifically enumerated in section 15 of the Charter. However, it is now well established that discriminatory treatment will infringe section 15 if it is based on grounds "analogous" to those specifically enumerated in that section of the Charter (see *Andrews v. Law Society of British Columbia*).¹

In order to identify the characteristics which are analogous to the prohibited grounds of discrimination enumerated in section 15, the social, political and legal context ought to be considered. In *R. v. Turpin*,² Wilson J. of the Supreme Court of Canada said at pages 1331 and 1332 S.C.R.:

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context.

McIntyre J. recognized in *Andrews* that the "enumerated and analogous grounds" approach most closely accords with the purposes of s. 15 and the definition of discrimination outlined above" p. 182 and suggested that the alleged victims of discrimination in *Andrews*, i.e., non-citizens permanently resident in Canada were "a good example of a 'discrete and insular minority' who came within the protection of s. 15" (p. 183). Similarly, I suggested in my reasons in *Andrews* that the

ayant une relation homosexuelle: si le requérant ne peut faire approuver l'homme avec lequel il vivait pour les fins d'une visite familiale privée, ce n'est pas en raison de son orientation sexuelle mais parce que la personne qu'il a nommée pour cette visite n'est pas son conjoint et n'appartient pas d'autre manière à l'une des catégories de parents énumérées.

Le requérant ne conteste pas ces propositions. Il est d'accord pour dire que l'homme avec lequel il entretient une relation homosexuelle n'est pas son conjoint. Il reconnaît que cette personne n'appartient pas à «la famille» décrite au programme. Il prétend que le programme est discriminatoire parce qu'il exclut les relations homosexuelles. En conséquence, soutient-il, sa demande a été rejetée sur le fondement de son orientation sexuelle.

Il n'existe aucune jurisprudence traitant directement de la question soulevée. L'orientation sexuelle n'est pas un motif expressément énuméré à l'article 15 de la Charte. Toutefois, il est à présent bien établi qu'un traitement discriminatoire n'enfreindra l'article 15 que s'il est fondé sur des motifs «analogues» à ceux qui se trouvent expressément énumérés dans cet article (voir l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*).¹

Pour identifier les caractéristiques analogues aux motifs de discrimination prohibés qu'énumère l'article 15, il convient d'examiner les contextes social, politique et juridique en cause. Dans l'arrêt *R. c. Turpin*², le juge Wilson, de la Cour suprême du Canada, a dit aux pages 1331 et 1332 R.C.S.:

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique.

Le juge McIntyre reconnaît dans l'arrêt *Andrews* que le «point de vue [...] "des motifs énumérés et analogues" correspond davantage aux fins de l'art. 15 et à la définition de la discrimination exposée auparavant» (p. 182) et il laisse entendre que les personnes qui seraient victimes de discrimination dans l'affaire *Andrews*, c.-à-dire celles qui n'ont pas la citoyenneté et qui résident en permanence au Canada constituent «un bon exemple [...] d'une "minorité discrète et isolée" visée par

¹ [1989] 1 S.C.R. 143; [1989] 2 W.W.R. 289.

² [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.

¹ [1989] 1 R.C.S. 143; [1989] 2 W.W.R. 289.

² [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 96 N.R. 115.

determination of whether a group falls into an analogous category to those specifically enumerated in s. 15 is "not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society" (p. 152). If the larger context is not examined, the s. 15 analysis may become a mechanical and sterile categorization process conducted entirely within the four corners of the impugned legislation. A determination as to whether or not discrimination is taking place, if based exclusively on an analysis of the law under challenge is likely, in my view, to result in the same kind of circularity which characterized the similarly situated similarly treated test clearly rejected by this Court in *Andrews*.

In the above-mentioned *Andrews* case, McIntyre J. (at pages 174-175) defined the term "discrimination" as follows:

There are many other statements which have aimed at a short definition of the term discrimination. In general, they are in accord with the statements referred to above. I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

In considering the entire legal and social fabric of our present day Canadian society, it is proper to consider provincial and territorial human rights legislation which expressly includes sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. The *Charter of Human Rights and Freedoms* of the Province of Quebec³ provides as follows, at section 10:

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right. [My underlining.]

³ R.S.Q. 1977, c. C-12, s. 10.

la protection de l'art. 15» (p. 183). De même, j'ai laissé entendre, dans les motifs de jugement que j'ai rédigés dans l'affaire *Andrews*, que la conclusion relative à la question de savoir si un groupe relève d'une catégorie analogue à celles qui sont expressément énumérées à l'art. 15 «ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société» (p. 152). Si l'on ne tient pas compte du contexte général, l'analyse fondée sur l'art. 15 peut devenir un processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté. Si la décision quant à savoir s'il y a ou non discrimination se fonde exclusivement sur l'examen de la loi contestée, il est vraisemblable à mon avis qu'on arrivera à la même sorte d'impasse qui caractérise le critère selon lequel les personnes qui se trouvent dans une situation doivent être traitées de façon analogue, que cette Cour a nettement rejeté dans l'arrêt *Andrews*.

Dans l'arrêt *Andrews* susmentionné, le juge McIntyre (aux pages 174 et 175) a défini le terme «discrimination» de la manière suivante:

Il existe plusieurs autres énoncés où l'on a tenté de définir succinctement le terme «discrimination». Ils sont généralement conformes aux descriptions mentionnées auparavant. J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Dans l'examen des contextes juridique et social de la société canadienne actuelle, il convient de considérer les dispositions législatives provinciales et territoriales sur les droits de la personne qui incluent expressément l'orientation sexuelle parmi les motifs de discrimination prohibés. La *Charte des droits et libertés de la personne* de la province de Québec³ prévoit, à son article 10:

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou d'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit. [Je souligne.]

³ L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 10.

The Manitoba *Human Rights Code*⁴ describes the applicable characteristics at subsection 9(2):

9(2) The applicable characteristics for the purposes of clauses (1)(b) to (d) are

- (a) ancestry, including colour and perceived race;
- (b) nationality or national origin;
- (c) ethnic background or origin;
- (d) religion or creed, or religious belief, religious association or religious activity;
- (e) age;
- (f) sex, including pregnancy, the possibility of pregnancy, or circumstances related to pregnancy;
- (g) gender-determined characteristics or circumstances other than those included in clause (f);
- (h) sexual orientation;
- (i) marital or family status;
- (j) source of income;
- (k) political belief, political association or political activity;
- (l) physical or mental disability or related characteristics or circumstances, including reliance on a dog guide or other animal assistant, a wheelchair, or any other remedial appliance or device. [My underlining.]

The *Human Rights Act of the Yukon Territory*⁵ lists the prohibited grounds under section 6, as follows:

6. It is discrimination to treat any individual or group unfavourably on any of the following grounds:

- (a) ancestry, including colour and race,
- (b) national origin,
- (c) ethnic or linguistic background or origin,
- (d) religion or creed, or religious belief, religious association, or religious activity,
- (e) age,
- (f) sex, including pregnancy, and pregnancy related conditions,
- (g) sexual orientation,
- (h) physical or mental disability,
- (i) criminal charges or criminal record,
- (j) political belief, political association or political activity,
- (k) marital or family status, . . . [My underlining.]

The House of Commons Parliamentary Committee on Equality Rights released a report in October 1985 entitled "Equality For All", in which it recommended that sexual orientation be included as a prohibited ground in the *Canadian*

*Code des droits de la personne*⁴ du Manitoba, à son paragraphe 9(2), donne l'énumération suivante des «caractéristiques appropriées»:

9(2) Les caractéristiques appropriées aux fins des alinéas (1)b) à d) sont les suivantes:

- a) l'ascendance, y compris la couleur et les races identifiables;
- b) la nationalité ou l'origine nationale;
- c) le milieu ou l'origine ethnique;
- d) la religion ou la croyance ou les croyances religieuses, les associations religieuses ou les activités religieuses;
- e) l'âge;
- f) le sexe, y compris la grossesse, la possibilité de grossesse ou les circonstances se rapportant à la grossesse;
- g) les caractéristiques fondées sur le sexe ou les circonstances autres que celles visées à l'alinéa f);
- h) l'orientation sexuelle;
- i) l'état matrimonial ou le statut familial;
- j) la source de revenu;
- k) les convictions politiques, associations politiques ou activités politiques;
- l) les incapacités physiques ou mentales ou les caractéristiques ou les situations connexes, y compris le besoin d'un chien guide ou d'un autre animal, une chaise roulante ou tout autre appareil, orthèse ou prothèse. [Je souligne.]

La *Human Rights Act* du Territoire du Yukon⁵ énumère, à son article 6, les motifs prohibés de la façon suivante:

[TRADUCTION] 6. Il est discriminatoire de traiter une personne ou un groupe de façon défavorable pour l'un ou l'autre des motifs suivants:

- a) l'ascendance, y compris la couleur et la race;
- b) l'origine nationale;
- c) le milieu ou l'origine ethnique ou linguistique;
- d) la religion ou la croyance ou les croyances religieuses, les associations religieuses ou les activités religieuses;
- e) l'âge;
- f) le sexe, y compris la grossesse et les circonstances se rapportant à la grossesse;
- g) l'orientation sexuelle;
- h) les incapacités physiques ou mentales;
- i) des accusations portées au criminel ou le dossier criminel;
- j) les convictions politiques, associations politiques ou activités politiques;
- k) l'état matrimonial ou le statut familial; . . . [Je souligne.]

Le Comité parlementaire de la Chambre des Communes sur les droits à l'égalité a publié en octobre 1985 un rapport intitulé «Égalité pour tous» dans lequel il recommandait que l'orientation sexuelle soit ajoutée aux motifs de discrimination

⁴ S.M. 1987-88, c. 45, s. 9(2).

⁵ S.Y. 1987, c. 3, s. 6.

⁴ L.M. 1987-88, chap. 45, art. 9(2).

⁵ S.Y. 1987, chap. 3, art. 6.

Human Rights Act [R.S.C., 1985, c. H-6]. Recommendation 10 reads (at page 30):

10. We recommend that the *Canadian Human Rights Act* be amended to add sexual orientation as a prohibited ground of discrimination to the other grounds, which are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability, and conviction for an offence for which a pardon has been granted. [My underlining.]

Most of the grounds enumerated in section 15 of the Charter as prohibited grounds of discrimination connote the attribute of immutability, such as race, national or ethnic origin, colour, age. One's religion may be changed but with some difficulty; sex and mental or physical disability, with even greater difficulty. Presumably, sexual orientation would fit within one of these levels of immutability. Another characteristic common to the enumerated grounds is that the individuals or groups involved have been victimized and stigmatized throughout history because of prejudice, mostly based on fear or ignorance, as most prejudices are. This characteristic would also clearly apply to sexual orientation, or more precisely to those who have deviated from accepted sexual norms, at least in the eyes of the majority.

Of course, the purpose of these proceedings is not to pass moral judgment on sexual orientation, but to decide whether or not the rights of the applicant have been violated under section 15 of the Charter on the ground that he was excluded from the program because of his sexual orientation. Again, sexual orientation is not a prohibited ground listed under section 15 but, in my view, it is an analogous ground recognized by the above provincial and territorial human rights acts, as well as the House of Commons Parliamentary Committee on Equality Rights. In my view, the applicant's rights have been violated.

Having determined that his right to equality has been infringed as a result of discrimination based on an analogous ground under section 15, I must now turn to section 1 of the Charter and find whether the denial of his right falls within such reasonable limits prescribed by law as can be

illicite prévus à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), chap. H-6]. La recommandation numéro 10 de ce comité est ainsi libellée (à la page 30):

a 10. Nous recommandons que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soit modifiée de façon à ajouter l'orientation sexuelle aux autres motifs de discrimination illicite tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation familiale, la déficience et l'état de personne gracée. [Mon soulignement.]

b La plupart des motifs que l'article 15 de la Charte mentionne dans son énumération des motifs de discrimination prohibés sont empreints d'un caractère d'immutabilité. Tels sont la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur ou l'âge. Il est possible de changer de religion, mais seulement avec difficulté; le sexe ainsi que les incapacités physiques ou mentales sont encore plus difficiles à modifier. Il est à présumer que l'orientation sexuelle se situerait à un de ces niveaux d'immutabilité. Les motifs énumérés ont aussi en commun de viser des personnes ou des groupes victimisés et stigmatisés à travers l'histoire en raison de préjugés qui, comme la plupart des idées préconçues, procédaient de la crainte ou de l'ignorance. Cette caractéristique aussi s'appliquerait clairement à l'orientation sexuelle, ou, plus précisément, aux personnes qui, à tout le moins aux yeux de la majorité, se sont écartées des normes sexuelles acceptées.

g La présente instance n'a évidemment pas pour objet de porter un jugement moral sur l'orientation sexuelle: elle vise à décider si les droits accordés au requérant par l'article 15 de la Charte ont été enfreints au motif qu'il aurait été exclu du programme en raison de son orientation sexuelle. Encore une fois, l'orientation sexuelle ne constitue pas un des motifs prohibés énumérés à l'article 15 mais constitue, à mon avis, un motif analogue reconnu par les lois sur les droits de la personne provinciales et territoriale susmentionnées ainsi que par le Comité parlementaire sur les droits à l'égalité. Selon moi, les droits du requérant ont été violés.

h Ayant conclu qu'il y avait eu violation du droit à l'égalité du requérant par suite de l'exercice d'une discrimination fondée sur un motif analogue à ceux de l'article 15, je dois à présent décider si, aux termes de l'article 1 de la Charte, l'atteinte au droit du requérant s'est effectuée par une règle de

demonstrably justified in a free and democratic society.

The first question to be resolved is whether the purpose of this differential treatment based on sexual orientation is to further a desirable social goal. Bearing in mind that a goal of the program is the preparation of inmates for their return to life in the community through the preservation of their most supportive relationships, this desirable goal is not furthered by denying the applicant's access to his most supportive relationship. Obviously, the successful reintegration into the community of this inmate would be a benefit not only to him, but to the community as a whole.

The respondent argues that the granting of the release sought would place the applicant in considerable personal danger and would threaten the peace and good order of the institution within which he is held. The Deputy Warden at Warkworth Institution filed an affidavit wherein she states that it is her belief, "based on my knowledge of the mores prevailing amongst inmates in penal institutions, including a high regard for family values and a strong belief in traditional morality, coupled with a strict, harsh and retributive inmate code, prevailing therein", that the applicant is now at "some degree of risk". The risk is due to the nature of his conviction, "particularly sexual assault with a weapon upon a 15-year old male and given the strong disapproval with which such crimes are, in general, regarded by inmate populations".

However, the applicant has been in prison in Kingston Penitentiary since January 15, 1988 and was transferred to Warkworth Institution on September 7, 1989 and there is no evidence of any retribution on the part of the other inmates.

The Deputy Warden goes on to state that the placement of the applicant upon the eligibility list for the program would put him at "very consider-

droit, dans des limites qui étaient raisonnables et dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

a La première question à trancher est celle de savoir si le traitement distinct dont le requérant a fait l'objet en raison de son orientation sexuelle a pour but de promouvoir un objectif social valable. Si nous gardons à l'esprit qu'un des buts du programme visé est de permettre aux détenus de se préparer à réintégrer la collectivité en entretenant les liens qui leur fournissent le plus d'appui, nous devons conclure que le refus de permettre au requérant d'avoir accès à celle de ses relations qui lui fournit le plus grand soutien ne contribue pas à la réalisation de cet objectif valable. De toute évidence, la réintégration du détenu requérant dans la collectivité bénéficierait non seulement à ce dernier mais encore à l'ensemble de la collectivité.

Selon l'intimé, une décision accueillant la demande de participation au Programme du requérant soumettrait celui-ci à un risque considérable et menacerait la paix et l'ordre de l'établissement qui le détient. La sous-directrice de l'établissement de Warkworth a déposé un affidavit dans lequel elle déclare que, à son sens, [TRADUCTION] «selon ma perception des règles sociales ayant cours chez les détenus des établissements carcéraux, qui, notamment, tiennent en haute estime les valeurs familiales et la moralité traditionnelle, tout en appliquant un code strict, sévère et vengeur au sein de l'établissement», le requérant subit maintenant [TRADUCTION] «un certain risque». Elle conclut à l'exigence de ce risque en raison de la nature de l'infraction pour laquelle il a été condamné, [TRADUCTION] «en particulier l'agression sexuelle armée sur la personne d'un garçon de 15 ans, et compte tenu de la forte désapprobation manifestée par l'ensemble de la population carcérale à l'égard de tels crimes».

Le requérant a toutefois été incarcéré au pénitencier de Kingston à partir du 15 janvier 1988 jusqu'à son transfèrement à Warkworth le 7 septembre 1989, et il est demeuré dans ce dernier établissement depuis cette date, sans que la preuve ne révèle qu'il ait fait l'objet d'aucune vengeance de la part des autres détenus.

La sous-directrice poursuit en déclarant que l'inscription du requérant sur la liste des personnes admissibles au programme accroîtrait [TRADUC-

ably greater risk to his personal security, as well as being a considerable risk to the peace and good order of the Institution”.

While the opinion of the Deputy Warden deserves very serious consideration, that opinion is not sufficient, in my view, to overcome the burden upon the respondent to show that the violation of right is justified. After all, the applicant himself would know what risk he is taking. Moreover, he filed the affidavits of three other inmates at Warkworth to the effect that the safety of inmates is not compromised there because of their sexual orientation. It must be borne in mind that Warkworth is a medium security institution wherein the inmates are not considered to present as much security risk as at Kingston, a maximum security penitentiary.

The second justification criterion is the proportionality test of balancing the nature of the right affected with the extent of the infringement and the degree to which the limitation furthers a desirable social goal. It appears to me that the respondent can reduce any risk to the safety of the applicant merely by maintaining the confidentiality of the applicant's participation in the program, and for that matter, the confidentiality of the participation of any and all inmates. No evidence has been adduced to show that such an obvious precaution would present any particular difficulty to the administration and good order of the institution.

Consequently, the decision of the respondent denying the applicant's grievance is quashed and the Commissioner of the Correctional Service is ordered to reconsider the applicant's grievance in accordance with the provisions of section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Costs of this motion to the applicant.

TION] «considérablement le risque que présente la sécurité de sa personne, en plus de mettre en péril la paix et le bon ordre de l'établissement».

^a Bien que l'opinion de la sous-directrice mérite d'être prise en considération très sérieusement, selon moi elle ne suffit pas à permettre à l'intimé de s'acquitter du fardeau d'établir que l'atteinte au droit visé est justifiée. Après tout, le requérant est lui-même en mesure d'évaluer le risque qu'il court. De plus, il a déposé des affidavits de trois co-détenus de l'établissement de Warkworth portant que la sécurité des détenus n'y est pas compromise en raison de leur orientation sexuelle. Il ne faut pas perdre de vue que l'établissement de Warkworth est un établissement à sécurité moyenne, et que les détenus qui s'y trouvent ne sont pas considérés comme présentant, en matière de sécurité, un risque aussi grand que ceux de Kingston, un pénitencier à sécurité maximale.

^e Le second critère justificatif est celui de la proportionnalité, qui veut que la nature du droit auquel il a été porté atteinte soit opposée à l'importance de cette atteinte et à la mesure dans laquelle la limite imposée sert à promouvoir un objectif social valable. Il me semble que l'intimé peut réduire tout risque pour la sécurité du requérant simplement en maintenant le caractère confidentiel de sa participation au programme—toute participation au programme devrait d'ailleurs être considérée confidentielle. Aucun élément de preuve n'a été présenté pour établir que l'adoption d'une mesure de précaution s'imposant de manière aussi évidente entraînerait des difficultés particulières en ce qui concerne l'administration ou au bon ordre de l'établissement.

^h En conséquence, la décision de l'intimé de rejeter le grief du requérant est annulée et il est ordonné au commissaire du Service correctionnel de réexaminer le grief du requérant en observant les dispositions de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et des libertés*. Les dépens de la présente requête sont adjugés au requérant.

A-869-88

A-869-88

In the Matter of the *Canada Labour Code*Affaire intéressant le *Code canadien du travail*And in the Matter of the *State Immunity Act*^a Et la *Loi sur l'immunité des États*And in the Matter of a Reference by the Canada Labour Relations Board pursuant to subsection 28(4) of the *Federal Court Act*Et un renvoi soumis par le Conseil canadien des relations de travail en conformité avec le paragraphe 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*

INDEXED AS: CANADA LABOUR CODE (CAN.) (RE) (C.A.)

^b RÉPERTORIÉ: CODE CANADIEN DU TRAVAIL (CAN.) (RE) (C.A.)

Court of Appeal, Iacobucci C.J., Mahoney and Stone J.J.A.—Ottawa, June 13 and August 9, 1989.

Cour d'appel, juge en chef Iacobucci, juges Mahoney et Stone, J.C.A.—Ottawa, 13 juin et 9 août 1989.

International law — Sovereign immunity — U.S.A. claiming immunity under State Immunity Act, s. 3 with respect to certification application filed by Union on behalf of Canadian civilians employed at its naval base at Argentia, Newfoundland — Foreign state cannot claim immunity if explicit waiver of right to sovereign immunity or if proceedings relating to commercial activity of foreign state — Subscription to North Atlantic Treaty Status of Forces Agreement not explicit submission to jurisdiction of Canadian courts — Implicit in definition of "commercial activity" that one look to nature of activity rather than to purpose — Certification proceeding involving contracts of employment, entry into which commercial in nature — Result disturbing as could mean loss of dignity if foreign state compelled by domestic tribunal to bargain over conditions of employment — Problem avoidable by legislative amendment.

^c *Droit international — Immunité de juridiction — Les É.-U. ont réclamé l'immunité de juridiction prévue à l'art. 3 de la Loi sur l'immunité des États relativement à une demande d'accréditation déposée par un syndicat au nom de civils canadiens travaillant à sa base navale d'Argentia (Terre-Neuve) — L'État étranger ne peut pas réclamer l'immunité de juridiction s'il renonce de façon expresse à l'immunité souveraine ou dans les actions qui portent sur des activités commerciales — L'adhésion à la Convention sur le statut des forces du Traité de l'Atlantique Nord ne constitue pas une soumission expresse à la juridiction des tribunaux canadiens — La définition de l'expression «activité commerciale» indique implicitement qu'on se reporte au caractère des activités plutôt qu'à leur but — Une requête en accréditation porte sur des contrats de travail dont la passation est commerciale de par sa nature — La conclusion est embarrassante car elle pourrait signifier une atteinte à la dignité de l'État étranger si celui-ci est contraint par un tribunal national de négocier au sujet des conditions de travail — Ce problème pourrait être évité par une modification législative.*

Labour relations — Union seeking certification as bargaining agent for Canadian civilians employed at American naval base in Newfoundland — Certification proceedings conduct "relating to any commercial activity" of foreign state — U.S.A. precluded from claiming state immunity by State Immunity Act, s. 5.

^e *Relations du travail — Un syndicat a demandé à être accrédité comme agent négociateur de civils canadiens travaillant à une base navale américaine située à Terre-Neuve — Une requête en accréditation est un acte «qui porte sur des activités commerciales» — Les É.-U. ne pouvaient pas réclamer l'immunité de juridiction en vertu de l'art. 5 de la Loi sur l'immunité des États.*

This was a reference to determine whether the Canada Labour Relations Board erred in finding that the United States of America could not claim state immunity under section 3, *State Immunity Act* with respect to an application for certification filed on behalf of Canadian civilians employed by the U.S. Department of Defence at its military base at Argentia, Newfoundland. Some 60 Canadians work at the base as firefighters and maintenance personnel. The Union sought certification under the *Canada Labour Code* as bargaining agent for those employees. A foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada (*State Immunity Act*, section 3), except when it waives immunity by explicitly submitting to the jurisdiction of the court (section 4), or if the proceedings relate to any commercial activity of the foreign state (section 5). "Commercial activity" is defined as any conduct that by reason of its nature is of a commercial character. The Board applied the commercial activity test developed by American courts (if the

^g *Il s'agissait d'un renvoi pour déterminer si le Conseil canadien des relations de travail a commis une erreur en statuant que les États-Unis d'Amérique ne pouvaient pas réclamer l'immunité de juridiction prévue à l'article 3 de la Loi sur l'immunité des États relativement à une demande d'accréditation déposée au nom de civils canadiens travaillant pour le ministère de la Défense des É.-U. à sa base militaire d'Argentia (Terre-Neuve). Environ 60 Canadiens travaillent à la base à titre de pompiers et d'employés d'entretien. Le Syndicat a demandé à être accrédité en vertu du Code canadien du travail comme agent négociateur de ces employés. L'État étranger bénéficie de l'immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada (article 3 de la Loi sur l'immunité des États), sauf lorsqu'il renonce à l'immunité en se soumettant de façon expresse à la juridiction du tribunal (article 4) ou dans les actions qui portent sur des activités commerciales (article 5). «Activité commerciale» s'entend de tout acte qui revêt un*

activity is one in which a private person could engage, it is not entitled to immunity) and found that the contract of employment constituted a commercial activity. The issues were whether the U.S.A. had waived immunity and, if not, whether the certification proceeding was a commercial activity. The Union argued that the U.S.A. had waived immunity by signing the 1951 North Atlantic Treaty Status of Forces Agreement, which provides that local civilian labour requirements shall be satisfied in the same way as the comparable requirements of the receiving state.

Held, state immunity could not be claimed.

Per Iacobucci C.J. (Stone J.A. concurring): Signing the North Atlantic Treaty Status of Forces Agreement did not amount to explicit submission to the jurisdiction of Canadian courts.

The reference in the definition of "commercial activity" to any transaction, act or conduct that by reason of its nature is of a commercial character suggests a narrower scope for immunity than if it referred to the purpose of the activity. The American definition expressly mentions the nature of the course of conduct, but continues "rather than by reference to its purpose". The Canadian definition implicitly conveys the same meaning, i.e. one looks to the nature of the transaction or activity, not to its purpose. Looking to purpose would tend to introduce a recognition of the wider net of immunity afforded under the traditional absolute theory, which could lead to defeating the statutory objective of adopting a restrictive approach to immunity as reflected in the *State Immunity Act*. The nature of the transaction (employment contracts) was commercial and the certification proceedings before the Board related to that commercial activity within section 5 of the *State Immunity Act*. Although the purpose of the employment contracts was to further state or public objects of the United States by operating a naval base, the Act does not countenance the purpose of the state's activity but rather compels focus on the nature of the alleged commercial activity.

Per Mahoney J.A. (Stone J.A. concurring): In recent years there has been a move away from absolute sovereign immunity from the jurisdiction of common law courts to a more restrictive concept. Canada, the U.S.A. and Great Britain codified that restrictive concept more or less contemporaneously. The British legislation by its terms, and the American legislation by externally stated legislative intent exclude sovereign immunity in respect of employment of their citizens or residents within their territories by foreign states. American courts have been given effect to that legislative intent. Contracts for the purchase of goods or services and contracts of employment should receive the same treatment for the purposes of the *State Immunity Act*. A certification proceeding relates to the employment of members of the proposed bargaining unit under contracts of service, entry into which is conduct of a commercial character on the part of the U.S.A. Invocation of state immunity in this case could be rationalized only if one looked

caractère commercial de par sa nature. Le Conseil a appliqué le critère de l'activité commerciale formulé par les tribunaux américains (s'il s'agit d'une activité dans laquelle un particulier pourrait être engagé, il n'a pas droit à l'immunité de juridiction) et a jugé que le contrat de travail constituait une activité commerciale. Il s'agissait de savoir si les États-Unis avaient renoncé à l'immunité de juridiction et, si tel n'était pas le cas, si la requête en accréditation constituait une activité commerciale. Le Syndicat a soutenu que les É.-U. avaient renoncé à l'immunité de juridiction en signant la Convention sur le statut des forces du Traité de l'Atlantique Nord de 1951, qui prévoit que les besoins locaux en main-d'œuvre civile sont satisfaits de la même manière que ceux des services analogues de l'État de séjour.

Arrêt: l'immunité de juridiction ne pouvait pas être réclamée.

Le juge en chef Iacobucci (motifs concourants du juge Stone, J.C.A.): La signature de la Convention sur le statut des forces du Traité de l'Atlantique Nord n'équivalait pas à une soumission expresse à la juridiction des tribunaux canadiens.

La mention, dans la définition de l'activité commerciale, de tout acte qui de par sa nature revêt un caractère commercial laisse croire à une portée plus limitée de l'immunité que si on parlait de but de l'activité. La définition américaine fait mention expressément de la nature de l'activité, mais elle continue avec l'expression «plutôt qu'en fonction de son but». La définition canadienne véhicule implicitement le même sens, c.-à-d. qu'on se reporte au caractère des opérations ou des activités, non à leur but. Tenir compte du but, ce serait faire jouer le genre d'immunité plus large accordée en vertu de la théorie absolue traditionnelle, ce qui pourrait venir contrer le but visé par la loi en adoptant une approche limitative de l'immunité comme il ressort de la *Loi sur l'immunité des États*. Le caractère de l'opération (contrats de travail) était commercial, et la requête en accréditation dont le Conseil avait été saisi portait sur cette activité commerciale au sens de l'article 5 de la *Loi sur l'immunité des États*. Bien que les contrats de travail eussent pour but d'aider à la réalisation des objectifs publics des États-Unis dans l'exploitation d'une base navale, la Loi ne sanctionne pas le but de l'activité de l'État mais nous oblige plutôt à nous concentrer sur le caractère de la prétendue activité commerciale en question.

Le juge Mahoney, J.C.A. (motifs concourants du juge Stone, J.C.A.): Ces dernières années, on est passé d'une immunité absolue de juridiction devant les tribunaux de *common law* à une notion plus restreinte. Le Canada, les É.-U. et la Grande-Bretagne ont, plus ou moins à la même époque, codifié cette notion restreinte. La loi britannique, par son libellé même, et la loi américaine, d'après l'intention du législateur mentionnée ailleurs, excluent l'immunité souveraine en ce qui concerne l'embauchage de leurs citoyens ou de leurs résidents à l'intérieur de leurs territoires par des États étrangers. Les tribunaux américains ont donné effet à cette intention du législateur. Il faut accorder le même traitement aux contrats d'achat de biens ou de services et aux contrats de travail aux fins de la *Loi sur l'immunité des États*. Une requête en accréditation porte sur le travail des membres de l'unité de négociation projetée en vertu des contrats de services dont la passation constitue de la part des É.-U. un acte qui revêt un caractère commercial. C'est seulement si l'on regardait au-delà de la nature du travail afin de découvrir son objectif général—satisfaire les besoins en défense des É.-U.—qu'on pourrait, en l'espèce, rationaliser le recours à l'immunité des États.

beyond the nature of the employment to its broad purpose—to serve American defence requirements.

This conclusion was disturbing in that the sovereign dignity of a foreign state could be compromised if a domestic tribunal can compel it to bargain over conditions of employment and impose those conditions. The rationale behind state immunity is the avoidance of embarrassment of functions and loss of dignity. That problem was, however, outside the narrow scope of this reference. Parliament would have to amend the *State Immunity Act* if Board jurisdiction in cases such as this is to be abrogated.

défense des É.-U.—qu'on pourrait, en l'espèce, rationaliser le recours à l'immunité des États.

La conclusion était embarrassante en ce sens que la dignité souveraine d'un État étranger pourrait être mise en cause si un tribunal national pouvait l'obliger à négocier au sujet des conditions de travail et imposer ces conditions. Le recours à l'immunité souveraine vise à éviter de gêner les États dans leurs fonctions et de porter atteinte à leur dignité. Ce problème dépassait cependant la portée limitée du présent renvoi. Le Parlement devra modifier la *Loi sur l'immunité des États* pour que puisse être invoquée l'immunité de juridiction devant le Conseil dans les affaires du genre de celle dont nous étions saisis.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the status of their forces, June 19, 1951, 199 U.N.T.S. 67, art. 4.
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 48, 80.
Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891 (1976), s. 1603(d).
State Immunity Act, R.S.C., 1985, c. S-18, ss. 2, 3(1), 4(1), (2)(a), 5.
State Immunity Act 1978 (U.K.), 1978, c. 33, s. 4(1), (6).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Goethe House New York, German Cultural Center v N.L.R.B., 869 F.2d 75 (2d Cir. 1989); revg 685 F.Supp. 427 (S.D.N.Y. 1988); *The Charkieh* (1873), L.R. 4 Ad. & Ec. 59.

CONSIDERED:

I Congreso del Partido, [1981] 2 All ER 1064 (H.L.); *Texas Trading & Mill Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (2d Cir., 1981).

REFERRED TO:

Gouvernement de la République Démocratique du Congo v. Venne, [1971] S.C.R. 997; 22 D.L.R. (3d) 669; *Lorac Transport Ltd. v. Atra (The)*, [1987] 1 F.C. 108; (1986), 28 D.L.R. (4th) 309; 69 N.R. 183 (C.A.); *Saint John, The Municipality of the City and County of, et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation et al.*, [1958] S.C.R. 263.

AUTHORS CITED

Crawford, James "International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions" *The British Yearbook of International Law 1983*, Oxford: Clarendon Press, 1984.
 Emanuelli, C. "L'immunité souveraine et la coutume internationale de l'immunité absolue à l'immunité relative" (1984), 22 *Can. Y.B. Int'l L.* 26.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 48, 80.
Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, 19 juin 1951, 199 R.U.R.T. 67, art. 4.
Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, Pub. L. 94-583, 90 stat. 2891 (1976), art. 1603d).
Loi sur l'immunité des États, L.R.C. (1985), chap. S-18, art. 2, 3(1), 4(1), (2)a), 5.
State Immunity Act 1978 (R.-U.), 1978, chap. 33, art. 4(1), (6).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Goethe House New York, German Cultural Center v N.L.R.B., 869 F.2d 75 (2d Cir. 1989); infirmant 685 F. Supp. 427 (S.D.N.Y. 1988); *The Charkieh* (1873), L.R. 4 Ad. & Ec. 59.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

I Congreso del Partido, [1981] 2 All ER 1064 (H.L.); *Texas Trading & Mill Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (2d Cir., 1981).

DÉCISIONS CITÉES:

Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne, [1971] R.C.S. 997; 22 D.L.R. (3d) 669; *Lorac Transport Ltd. c. Atra (Le)*, [1987] 1 C.F. 108; (1986), 28 D.L.R. (4th) 309; 69 N.R. 183 (C.A.); *Saint John, The Municipality of the City and County of, et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation et al.*, [1958] R.C.S. 263.

DOCTRINE

Crawford, James «International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions» *The British Yearbook of International Law 1983*, Oxford: Clarendon Press, 1984.
 Emanuelli, C. «L'immunité souveraine et la coutume internationale de l'immunité absolue à l'immunité relative» (1984), 22 *A.C.D.I.* 26.

Molot, H.L. and Jewett, M.L. "The State Immunity Act of Canada" (1982), 20 *Can. Y.B. Int'l L.* 79.
 United States. House Report No. 94-1487, Congressional Record, Vol. 122.
 Williams, S.A. and de Mestral, A.L.C. *An Introduction to International Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1987. *a*

Molot, H.L. et Jewett, M.L. «The State Immunity Act of Canada» (1982), 20 *A.C.D.I.* 79.
 United States. House Report No. 94-1487, Congressional Record, Vol. 122.
 Williams, S.A. et de Mestral, A.L.C. *An Introduction to International Law*, 2^e éd. Toronto: Butterworths, 1987.

COUNSEL:

H. Scott Fairley for Canada Labour Relations Board. *b*
Ronald A. Pink and *Ronald Pizzo* for Public Service Alliance of Canada.
Brian A. Crane, Q.C. for Government of the United States.
Edward R. Sojonky, Q.C. for Attorney General of Canada. *c*

AVOCATS:

H. Scott Fairley pour le Conseil canadien des relations de travail.
Ronald A. Pink et *Ronald Pizzo* pour l'Alliance de la Fonction publique du Canada.
Brian A. Crane, c.r. pour le gouvernement des États-Unis.
Edward R. Sojonky, c.r. pour le procureur général du Canada.

SOLICITORS:

Lang, Michener, Lash, Johnston, Toronto, for Canada Labour Relations Board. *d*
Patterson, Kitz, Halifax, for Public Service Alliance of Canada.
Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for Government of the United States. *e*
Deputy Attorney General of Canada for Attorney General of Canada.

PROCUREURS:

Lang, Michener, Lash, Johnston, Toronto, pour le Conseil canadien des relations de travail.
Patterson, Kitz, Halifax, pour l'Alliance de la Fonction publique du Canada.
Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour le gouvernement des États-Unis.
Le sous-procureur général du Canada pour le procureur général du Canada.

The following are the reasons for decision rendered in English by *f*

Ce qui suit est la version française des motifs de la décision rendus par

IACOBUCCI C.J.: I have had the benefit of reading the reasons of my brother Mahoney J.A. and agree with those reasons and with the conclusion that he arrives at, namely, the United States of America ("United States") cannot claim state immunity under the *State Immunity Act*, R.S.C., 1985, c. S-18 (the "SIA") with respect to the application for certification filed by The Public Service Alliance of Canada (the "Union") under the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 on behalf of certain Canadian civilians employed at the United States naval base at Argentia, Newfoundland. However, I wish to add some comments of my own but in doing so will not refer to the general background that has been well described by Mr. Justice Mahoney. *g*

LE JUGE EN CHEF IACOBUCCI: J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Mahoney, J.C.A., et j'y souscris ainsi qu'à la conclusion à laquelle il aboutit, à savoir que les États-Unis d'Amérique (les «États-Unis») ne peuvent pas réclamer l'immunité de juridiction prévue par la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. (1985), chap. S-18 (la «LIÉ») relativement à la demande d'accréditation déposée par l'Alliance de la Fonction publique du Canada (le «Syndicat») en vertu du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2 au nom d'un certain nombre de civils canadiens travaillant à la base navale américaine d'Argentia (Terre-Neuve). Je voudrais toutefois ajouter quelques observations personnelles, mais ce faisant je ne parlerai pas de l'état général de la question, que le juge Mahoney a bien exposé. *h*

With respect to the issue of whether or not the United States has waived immunity within the *i*

Quant à savoir si les États-Unis ont renoncé ou non à l'immunité au sens de la LIÉ, et notamment *j*

meaning of the SIA, particularly paragraph 4(2)(a) thereof, I agree with Mahoney J.A. that the Board was correct in finding there had been no waiver. The Union argued that the United States' signing the 1951 North Atlantic Treaty Status of Forces Agreement [*Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the status of their forces*, June 19, 1951, 199 U.N.T.S. 67] amounted to an explicit submission to the jurisdiction of Canadian courts. I cannot agree. At best, subscribing to the provisions of the Status of Forces Agreement may amount to an implicit waiver but paragraph 4(2)(a) of the SIA requires explicit submission to the jurisdiction of the court and I do not find anything in the provisions of the Status of Forces Agreement that constitutes explicit submission to judicial or adjudicative jurisdiction. Consequently, the Union's argument on waiver fails.

The more difficult issue by far in this reference centres on the question whether the matters over which the Board has exercised its jurisdiction "relate to any commercial activity of the foreign state" within the meaning of section 5 of the SIA which provides:

5. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to any commercial activity of the foreign state.

Section 2 of the SIA defines "commercial activity" to mean:

... any particular transaction, act or conduct or any regular course of conduct that by reason of its nature is of a commercial character;

The Board found that commercial activity was present and I agree, but, as I shall mention below, I have some doubt on the reasoning underlying the Board's conclusion on this issue.

I need not dwell at length on the doctrine of state or sovereign immunity under public international law or whether Canadian courts favoured a restrictive approach to such immunity prior to the

de son alinéa 4(2)a), je suis d'accord avec le juge Mahoney, J.C.A., pour dire que le Conseil a eu raison de statuer qu'il n'y avait pas eu renonciation. Le Syndicat a soutenu que la signature par les États-Unis de la Convention sur le statut des forces du Traité de l'Atlantique Nord de 1951 [*Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces*, 19 juin 1951, 199 R.U.R.T. 67] équivalait à une soumission expresse à la juridiction des tribunaux canadiens. Je ne puis souscrire à cette allégation. Le fait de souscrire aux dispositions de la Convention sur le statut des forces peut équivaloir tout au plus à une renonciation implicite, mais l'alinéa 4(2)a) de la LIÉ exige la soumission expresse à la juridiction du tribunal et je ne déceles rien dans les dispositions de la Convention sur le statut des forces qui constitue une soumission expresse à la juridiction des organismes judiciaires ou quasi judiciaires. Par conséquent, l'allégation du Syndicat au sujet de la renonciation ne tient pas.

Dans le présent renvoi, la question de loin la plus difficile est de savoir si les affaires sur lesquelles le Conseil a exercé sa compétence «portent sur des activités commerciales» de l'État étranger au sens de l'article 5 de la LIÉ, qui prévoit:

5. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions qui portent sur ses activités commerciales.

L'article 2 de la LIÉ définit ainsi l'expression «activité commerciale»:

... Toute poursuite normale d'une activité ainsi que tout acte isolé qui revêtent un caractère commercial de par leur nature.

Le Conseil a jugé qu'il y avait activité commerciale et je suis d'accord, mais, ainsi que je le mentionnerai plus loin, j'entretiens des doutes quant au raisonnement qui sous-tend la conclusion du Conseil sur ce point.

Je n'ai pas besoin de m'étendre sur la doctrine de l'immunité souveraine ou des États selon le droit international public ou sur la question de savoir si les tribunaux canadiens ont favorisé une approche limitative à l'égard de cette immunité

enactment of the SIA.¹ Suffice it to say that under the traditional principle of sovereign immunity, each state ensured that no foreign state would be impleaded in its domestic legal processes except with the consent of the foreign state. The sovereign immunity was not immunity from the application of law of another state but rather immunity from process in its courts. The rationale was that to answer to an inquiry into any act of sovereignty would violate the principle of equality of states and threaten the dignity of the foreign state.² In effect, the dispute with the foreign state had to be dealt with by diplomatic means rather than by legal recourse.³

But eventually international practice on state immunity changed and national legislation was enacted to reflect this change of approach.⁴ As noted by Mahoney J.A., the U.S. enacted its legislation in 1976 followed by the United Kingdom in 1978 and by Canada in 1982. The change resulted in the abandonment of the so-called "absolute" theory of state immunity in favour of a "restrictive" theory by which the immunity of the foreign state is limited to its sovereign or public acts (*juri imperii*) and does not extend to its private or commercial acts (*juri gestionis*).

A very helpful commentary on this relatively modern development of restrictive immunity has been given by Lord Wilberforce in *I Congreso del Partido*⁵ when he said:

¹ See *Gouvernement de la République Démocratique du Congo v. Venne*, [1971] S.C.R. 997; 22 D.L.R. (3d) 669 especially Laskin J., as he then was, at p. 1020 S.C.R.; see also *Lorac Transport Ltd. v. Atra (The)*, [1987] 1 F.C. 108; (1986), 28 D.L.R. (4th) 309; 69 N.R. 183 (C.A.).

² See *I Congreso del Partido*, [1981] 2 All ER 1064 (H.L.); C. Emanuelli "L'immunité souveraine et la coutume internationale de l'immunité absolue à l'immunité relative" (1984), 22 *Can. Y. B. Int'l L.* 26.

³ See *Saint John, The Municipality of the City and County of, et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation et al.*, [1958] S.C.R. 263, per Rand J., at p. 268.

⁴ See Williams, S.A. and de Mestral, A.L.C. *An Introduction to International Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1987, pp. 139 et seq.

⁵ *Supra*, note 2.

avant l'adoption de la LIÉ¹. Qu'il suffise de dire que, selon la doctrine de l'immunité souveraine qui a eu cours pendant longtemps, chaque État s'assurait qu'aucun État étranger ne serait poursuivi devant ses tribunaux, si ce n'est avec le consentement de l'État étranger. L'immunité souveraine ne consistait pas en une immunité relativement à l'application de la loi d'un autre État mais plutôt en une immunité relativement aux poursuites en justice. On disait que le fait de répondre à une enquête sur un acte de souveraineté violerait la doctrine de l'égalité des États et menacerait la dignité de l'État étranger². En effet, le litige avec l'État étranger devait être réglé par voie diplomatique plutôt que par un recours judiciaire³.

Mais, par la suite, la coutume internationale en matière d'immunité de juridiction a changé, et des lois nationales ont été adoptées afin de refléter ce changement d'approche⁴. Ainsi que l'a mentionné le juge Mahoney, J.C.A., les États-Unis ont adopté leur loi en 1976, suivis en cela par le Royaume-Uni en 1978 et par le Canada en 1982. Ce changement a entraîné l'abandon de la soi-disant théorie «absolue» de l'immunité de juridiction en faveur d'une théorie «limitative» en vertu de laquelle l'immunité de l'État étranger se limite à ses actes souverains ou publics (*juri imperii*) et ne s'étend pas à ses actes de nature privée ou commerciale (*juri gestionis*).

Dans *I Congreso del Partido*⁵, lord Wilberforce a formulé une observation très utile sur l'évolution relativement moderne de l'immunité restreinte lorsqu'il a dit:

¹ Voir *Gouvernement de la République Démocratique du Congo c. Venne*, [1971] R.C.S. 997; 22 D.L.R. (3d) 669 tout spécialement le juge Laskin, tel était son titre à l'époque, à la p. 1020 R.C.S.; voir également *Lorac Transport Ltd. c. Atra (Le)*, [1987] 1 C.F. 108; (1986), 28 D.L.R. (4th) 309; 69 N.R. 183 (C.A.).

² Voir *I Congreso del Partido*, [1981] 2 All ER 1064 (H.L.); C. Emanuelli, «L'immunité souveraine et la coutume internationale de l'immunité absolue à l'immunité relative» (1984), 22 *A.C.D.I.* 26.

³ Voir *Saint John, The Municipality of the City and County of, et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation et al.*, [1958] R.C.S. 263, le juge Rand, à la p. 268.

⁴ Voir Williams, S.A. et de Mestral, A.L.C. *An Introduction to International Law*, 2^e éd. Toronto: Butterworths, 1987, p. 139 et suivantes.

⁵ Précité à la note 2.

The relevant exception, or limitation, which has been engrafted on the principle of immunity of states, under the so-called restrictive theory, arises from the willingness of states to enter into commercial, or other private law, transactions with individuals. It appears to have two main foundations. (a) It is necessary in the interest of justice to individuals having such transactions with states to allow them to bring such transactions before the courts. (b) To require a state to answer a claim based on such transactions does not involve a challenge to or inquiry into any act of sovereignty or governmental act of that state. It is, in accepted phrases, neither a threat to the dignity of that state nor any interference with its sovereign functions.⁶

I now return to the provisions of the SIA and, in particular, section 5 and the definition of commercial activity in section 2. I wish to add two comments to those made by Mahoney J.A. on the question of commercial activity. The first relates to the definition in section 2 of the SIA of commercial activity and the second deals with a word of caution on the reasoning underlying the conclusion reached by the Board with respect to commercial activity.

In my view, the reference in the definition of commercial activity to any transaction, act or conduct that by reason of its nature is of a commercial character suggests a narrower scope for immunity than if the wording made reference to the purpose of the activity. Although the definition in the United States legislation expressly mentions the nature of the course of conduct or particular transaction or act, it goes on to state "rather than by reference to its purpose". But again as Mahoney J.A. points out, the Canadian definition implicitly conveys the same meaning, that is, one looks to the nature of the transactions or activity, not to its purpose. Looking to purpose as well would, in my view, tend to introduce a recognition of the wider net of immunity afforded under the traditional absolute theory, which could lead to defeating the statutory objective of adopting a restrictive

⁶ *Id.*, at p. 1070; cited with approval by Hugessen J.A. in *Lorac Transport Ltd.*, *supra* note 1, at p. 115.

[TRANSDUCTION] L'exception, ou la limitation, pertinente qui s'est greffée sur la doctrine de l'immunité des États, en vertu de la soi-disant «théorie limitative», découle de la volonté des États d'effectuer des opérations commerciales, ou autres opérations relevant du droit privé, avec des particuliers. Il semble que cela ait deux fondements principaux: a) Il est nécessaire dans l'intérêt de la justice que les particuliers effectuant de telles opérations avec des États puissent les soumettre aux tribunaux. b) Le fait d'exiger qu'un État réponde à une réclamation fondée sur de telles opérations n'implique pas une contestation de l'acte de cet État souverain ou une enquête sur cet acte. Il ne s'agit pas, en termes établis, d'une menace à la dignité de cet État ni d'une intrusion dans ses fonctions d'État souverain⁶.

Je reviens maintenant aux dispositions de la LIÉ et, tout particulièrement, à l'article 5 et à la définition de l'activité commerciale figurant à l'article 2. Je voudrais ajouter deux observations à celles qu'a faites le juge Mahoney, J.C.A., sur la question de l'activité commerciale. La première se rapporte à la définition prévue à l'article 2 de la LIÉ de l'activité commerciale et la seconde concerne un avertissement au sujet du raisonnement qui sous-tend la conclusion à laquelle le Conseil a abouti en ce qui concerne l'activité commerciale.

À mon avis, la mention, dans la définition de l'activité commerciale, de tout acte qui de par sa nature revêt un caractère commercial laisse croire à une portée plus limitée de l'immunité que si on parlait du but de l'activité. Bien que la définition figurant dans la loi américaine fasse mention expressément de la nature de la poursuite de l'acte, elle continue avec l'expression «plutôt qu'en fonction de son but». Mais encore une fois, ainsi que le souligne le juge Mahoney, J.C.A., la définition canadienne véhicule implicitement le même sens, c'est-à-dire qu'on se reporte au caractère des opérations ou des activités, non à leur but. Tenir compte aussi du but, ce serait, à mon avis, faire jouer le genre d'immunité plus large accordée en vertu de la théorie absolue traditionnelle, ce qui pourrait venir contrer le but visé par la Loi en adoptant une approche limitative de l'immunité

⁶ *Idem.*, à la p. 1070; cité avec approbation par le juge Hugessen, J.C.A., dans l'arrêt *Lorac Transport Ltd.*, précité à la note 1, à la p. 115.

approach to immunity as reflected in the SIA.⁷

Here the nature of the transaction or activity is commercial in that employment contracts entered into by the United States with Canadian civilians are at the heart of the matter and the certification proceedings before the Board relate to that commercial activity within the meaning of section 5 of the SIA. Granted the purpose of the employment contracts is to further state or public objects of the United States operating a naval base, but, as mentioned, I believe the SIA and, in particular, the provisions of section 5 and the definition of commercial activity in section 2, do not countenance the purpose or object of the state's activity but rather compel us to focus on the nature of the alleged commercial activity in issue.

One final comment relates to the reasoning of the Board in concluding there was commercial activity and that state immunity was not applicable. The Board put considerable reliance on U.S. authorities, given, in their view, the close relationship between the Canadian and U.S. legislation. The Board stated:

In the present case, the contract of employment of civilians engaged in maintenance duties gave rise to PSAC'S application for certification. Supposing that such a dispute had arisen in the United States, on a Canadian base, the question to be resolved would have been as follows: could such a contract have been entered into by a private party? In the affirmative, the contract would have been described as a commercial activity and the foreign base could not have claimed State immunity. Hiring civilian employees is an activity that can be performed by a private party, contrary to hiring "diplomatic, civil service, or military personnel" (Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, House Report, *supra*, page 6615; emphasis added). It follows that, pursuant to the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, in circumstances such as found in this application for

⁷ See Molot, H.L. and Jewett, M.L. "The State Immunity Act of Canada", (1982) 20 *Can. Y.B. Int'l L.* 79; see particularly the commentary at pp. 96 *et seq.* where the authors discuss "Commercial Activity" and the emphasis on "nature" rather than "purpose" in the SIA. The authors point out that, as a matter of theory, it has been observed that a sovereign state does not cease to be a sovereign state because it performs an act which a private citizen might perform. *Id.*, at p. 96. But the authors note that courts are now being asked to distinguish between the sovereign and non-sovereign, or the commercial and governmental, acts of a state and they go on to discuss why an emphasis on "nature" and not "purpose" is preferable. *Id.*, at p. 99 *et seq.*

comme il ressort de la LIÉ⁷.

En l'espèce, le caractère de l'opération ou de l'activité est commercial en ce sens que les contrats de travail conclus par les États-Unis avec les civils canadiens se trouvent au cœur de l'affaire et que la requête en accréditation dont le Conseil a été saisi porte sur cette activité commerciale au sens de l'article 5 de la LIÉ. J'admets que les contrats de travail ont pour but d'aider à la réalisation des objectifs publics des États-Unis dans l'exploitation d'une base navale, mais, ainsi qu'il a déjà été mentionné, je crois que la LIÉ et, tout particulièrement, les dispositions de l'article 5 et la définition d'activité commerciale figurant à l'article 2 ne sanctionnent pas le but de l'activité de l'État mais nous obligent plutôt à nous concentrer sur le caractère de la prétendue activité commerciale en question.

Une dernière observation porte sur le raisonnement suivi par le Conseil pour aboutir à la conclusion selon laquelle il y avait activité commerciale et l'immunité de juridiction ne s'appliquait pas. Le Conseil s'est appuyé grandement sur la jurisprudence américaine, étant donné, à son avis, le lien étroit qui existe entre la loi canadienne et la loi américaine. Le Conseil a déclaré:

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, le contrat de travail des civils employés à des travaux d'entretien a donné naissance à la demande d'accréditation de l'AFPC. En supposant qu'un tel litige ait pris naissance aux États-Unis, sur une base canadienne, la question à trancher aurait été la suivante: un tel contrat aurait-il pu être conclu par un particulier? Si oui, on aurait décrit le contrat comme étant une activité commerciale, et la base étrangère n'aurait pas pu réclamer l'immunité de juridiction. L'embauchage d'employés civils est une activité qui peut être exercée par un particulier, contrairement à l'embauchage «de diplomates, de fonctionnaires ou de militaires» (Foreign Sovereign Immunities Act of 1976, House Report, précité, page 6615; c'est moi qui souligne). Il s'ensuit que, conformément à la Foreign Sovereign Immunities Act de 1976,

⁷ Voir Molot, H.L. et Jewett, M.L. «The State Immunity Act of Canada», (1982), 20 *A.C.D.I.* 79; voir tout particulièrement le commentaire aux p. 96 et suivantes où les auteurs examinent l'«activité commerciale» et l'accent mis sur le «caractère» plutôt que le «but» dans la LIÉ. Les auteurs signalent que, en théorie, on a remarqué qu'un État souverain ne cesse pas d'être souverain parce qu'il exécute un acte que pourrait exécuter un citoyen privé. *Idem.*, à la p. 96. Mais les auteurs notent qu'on demande maintenant aux tribunaux de faire la distinction entre les actes souverains et les actes non souverains d'un État, ou entre ses actes commerciaux et ses actes gouvernementaux, et ils poursuivent en étudiant pourquoi il est préférable de mettre l'accent sur le «caractère» et non sur le «but». *Idem.*, aux p. 99 et suivantes.

certification, hiring American civilian employees on a Canadian base located in the United States could be found to be a "commercial activity".⁸

Although I agree with the Board's conclusion as to commercial activity, I would not put so great an emphasis on the question whether the contract of employment could have been entered into by a private party in every case that might arise under the SIA. To give an example, it may well be that the function of a computer programmer in a foreign state's military base could well be carried out by a private party, but if the work of the programmer were in relation to highly confidential and sensitive information gathering and analysis, I doubt whether such duties would constitute commercial activity within the meaning of SIA so as to repel state immunity.

In summary, I agree with Mr. Justice Mahoney's answer to the question in this reference.

STONE J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for decision rendered in English by

MAHONEY J.A.: The issue in this reference is whether the Canada Labour Relations Board, hereinafter "the Board", erred in finding that the United States of America, hereinafter "the U.S.", could not claim state immunity as provided in section 3 of the *State Immunity Act*, R.S.C., 1985, c. S-18, with respect to an application for certification filed on behalf of Canadian civilians employed by the U.S. Department of Defence at its base at Argentia, Newfoundland. Two other questions, dependent on a negative answer to that, relating to jurisdiction as between Canada and Newfoundland, while referred were not argued and will, if necessary, be subject of a later hearing.

The U.S. Navy, under a 99-year lease from Great Britain effective March 27, 1941, occupies

⁸ Case, at p. 34.

dans des cas comme celui qui apparaît dans la demande d'accréditation, l'embauchage d'employés civils américains sur une base canadienne située aux États-Unis pourrait être considéré comme étant une «activité commerciale»⁸.

a Bien que je sois d'accord avec la conclusion du Conseil au sujet de l'activité commerciale, je n'insisterais pas autant sur la question de savoir si le contrat de travail aurait pu être conclu par un particulier dans chaque cas qui pourrait se présenter sous le régime de la LIÉ. À titre d'exemple, il se pourrait bien que les fonctions d'un programmeur en informatique dans une base militaire d'un État étranger puissent être exercées par un particulier, mais si le travail du programmeur se rapportait à la cueillette et à l'analyse de renseignements hautement confidentiels et délicats, je doute que ces fonctions constitueraient une activité commerciale au sens de la LIÉ au point d'abolir l'immunité de juridiction.

d En résumé, je souscris à la réponse donnée par le juge Mahoney à la question posée dans le présent renvoi.

e LE JUGE STONE, J.C.A.: J'y souscris.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs de la décision rendus par

f LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il s'agit dans le présent renvoi de savoir si le Conseil canadien des relations de travail, ci-après appelé «le Conseil», a commis une erreur en statuant que les États-Unis d'Amérique, ci-après appelés «les É.-U.», ne pouvaient pas réclamer l'immunité de juridiction prévue à l'article 3 de la *Loi sur l'immunité des États*, L.R.C. (1985), chap. S-18, relativement à une demande d'accréditation déposée au nom de civils canadiens travaillant pour le ministère de la Défense des É.-U. à sa base d'Argentia (Terre-Neuve). Bien qu'elles aient été mentionnées, deux autres questions, qui dépendent d'une réponse négative à cette première question et portent sur un conflit de juridiction entre le Canada et Terre-Neuve, n'ont pas été débattues et feront l'objet, au besoin, d'une autre audience.

j En vertu d'un bail de 99 ans accordé par la Grande-Bretagne et entré en vigueur le 27 mars

⁸ Dossier, à la p. 34.

and operates a military base at Argentina. The lease provides:

ARTICLE I

(1) The United States shall have all the rights, power and authority within the Leased Areas which are necessary for the establishment, use, operation and defence thereof, or appropriate for their control, and all the rights, power and authority within the limits of territorial waters and air spaces adjacent to, or in the vicinity of, the Leased Areas, which are necessary to provide access to and defence of the Leased Areas, or appropriate for control thereof.

ARTICLE XXIX

The United States and the Government of the Territory respectively will do all in their power to assist each other in giving full effect to the provisions of this Agreement according to its tenor and will take all appropriate steps to that end.

During the continuance of any Lease, no laws of the Territory which would derogate from or prejudice any of the rights conferred on the United States by the Lease or by this Agreement shall be applicable within the Leased Area, save with the concurrence of the United States.

In addition to its military and civilian personnel the U.S. employs about 60 Canadian civilians as firefighters and maintenance workers, such as plumbers, electricians, etc. The Public Service Alliance of Canada, hereinafter "the Union", has sought certification under the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, as bargaining agent for those employees.

The base is contained within a patrolled perimeter fence. Access is through a guarded gate. It contains a communications centre, its *raison d'être*, housing and a variety of auxiliary service and supply buildings and facilities. The Canadian workers, other than the firefighters, are employed in the maintenance of the buildings, fence, grounds, utilities and equipment other than the communications equipment. Security clearance is required for their employment and admission to the base. Their admission to the communications centre itself, when necessary, is under military escort.

The relevant provisions of the *State Immunity Act* are:

2. In this Act,

1941, la marine américaine occupe et exploite une base militaire à Argentina. Le bail prévoit:

[TRANSLATION] ARTICLE I

(1) Les États-Unis ont à l'intérieur des lieux loués tous les droits et les pouvoirs nécessaires à leur établissement, à leur utilisation, à leur exploitation et à leur défense ou appropriés à leur surveillance et ils ont également à l'intérieur des limites des eaux territoriales et des espaces aériens adjacents aux lieux loués ou situés à leur proximité tous les droits et les pouvoirs nécessaires pour permettre l'accès et la défense des lieux loués ou appropriés à leur surveillance.

ARTICLE XXIX

Les États-Unis et le gouvernement du Territoire feront respectivement tout en leur pouvoir pour s'aider mutuellement à donner pleinement effet aux dispositions de la présente convention et prendront toutes les mesures appropriées à cette fin.

Pendant la durée du bail, les lois du Territoire qui porteraient atteinte ou préjudice à quelque droit conféré aux États-Unis par le bail ou par la présente convention ne pourront pas s'appliquer à l'intérieur des lieux loués, si ce n'est avec le consentement des États-Unis.

En plus de leur personnel militaire et de leur personnel civil, les États-Unis emploient environ 60 civils canadiens à titre de pompiers et d'employés d'entretien, tels que plombiers, électriciens, etc. L'Alliance de la Fonction publique du Canada, ci-après appelée «le Syndicat», a demandé à être accréditée en vertu du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2, comme agent négociateur de ces employés.

La base est située à l'intérieur d'un périmètre clôturé et gardé. On y accède par une entrée sous surveillance. On y trouve un centre de communications, qui en est la raison d'être, des locaux d'habitation et un certain nombre d'édifices et d'installations d'approvisionnement et de services auxiliaires. Les travailleurs canadiens, à l'exception des pompiers, sont employés à l'entretien des édifices, de la clôture, du terrain, des services publics et du matériel autre que le matériel de communications. Il leur faut une habilitation de sécurité pour entrer et travailler à la base. Lorsqu'ils doivent pénétrer dans le centre de communications lui-même, ils le font sous escorte militaire.

Voici les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immunité des États*:

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

“commercial activity” means any particular transaction, act or conduct or any regular course of conduct that by reason of its nature is of a commercial character;

3. (1) Except as provided by this Act, a foreign state is immune from the jurisdiction of any court in Canada.

4. (1) A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court if the state waives the immunity conferred by subsection 3(1) by submitting to the jurisdiction of the court in accordance with subsection (2) or (4).

(2) In any proceedings before a court, a foreign state submits to the jurisdiction of the court where it

(a) explicitly submits to the jurisdiction of the court by written agreement or otherwise either before or after the proceedings commence;

5. A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to any commercial activity of the foreign state.

It is agreed that the Board is a “court” for purposes of this reference. The only issues are whether the U.S. has waived immunity and, if not, whether that over which the Board has asserted its jurisdiction is a commercial activity.

The Board found that there had been no waiver and, before us, that conclusion was challenged only by the Union. The Board found that the activity was a commercial activity. Before us the U.S. and the Attorney General of Canada challenged, and the Union and Board defended, that finding.

WAIVER

The argument that the U.S. had waived immunity is founded on its subscription to the 1951 North Atlantic Treaty Status of Forces Agreement which provides in Article IX:

4. Local civilian labour requirements of a force or civilian component shall be satisfied in the same way as the comparable requirements of the receiving State and with the assistance of the authorities of the receiving State through the employment exchanges. The conditions of employment and work, in particular wages, supplementary payments and conditions for the protection of workers, shall be those laid down by the legislation of the receiving State. Such civilian workers employed by a force or civilian component shall not be regarded for any purpose as being members of that force or civilian component.

«activité commerciale» Toute poursuite normale d'une activité ainsi que tout acte isolé qui revêtent un caractère commercial de par leur nature.

3. (1) Sauf exceptions prévues dans la présente loi, l'État étranger bénéficie de l'immunité de juridiction devant tout tribunal au Canada.

4. (1) L'État étranger qui se soumet à la juridiction du tribunal selon les modalités prévues aux paragraphes (2) ou (4), renonce à l'immunité de juridiction visée au paragraphe 3(1).

(2) Se soumet à la juridiction du tribunal l'État étranger qui:

a) le fait de manière expresse par écrit ou autrement, avant l'introduction de l'instance ou en cours d'instance;

5. L'État étranger ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction dans les actions qui portent sur des activités commerciales.

Il est admis que le Conseil est un «tribunal» aux fins du présent renvoi. Il s'agit seulement de savoir si les États-Unis ont renoncé à l'immunité de juridiction et, si tel n'est pas le cas, si l'activité au sujet de laquelle le Conseil s'est déclaré compétent constitue une activité commerciale.

Le Conseil a jugé qu'il n'y avait pas eu renonciation, et cette conclusion n'a été contestée devant nous que par le Syndicat. Le Conseil a statué qu'il s'agissait d'une activité commerciale. Devant notre Cour, les États-Unis et le procureur général du Canada ont contesté cette décision tandis que le Syndicat et le Conseil l'ont défendue.

RENONCIATION

L'allégation selon laquelle les É.-U. avaient renoncé à l'immunité de juridiction est fondée sur leur adhésion à la Convention sur le statut des forces du Traité de l'Atlantique Nord de 1951, qui prévoit à l'article IX:

4. Les besoins locaux en main d'œuvre civile d'une force ou d'un élément civil sont satisfaits de la même manière que ceux des services analogues de l'État de séjour, avec leur assistance et par l'entremise des services de la main d'œuvre. Les conditions d'emploi et de travail, notamment les salaires et accessoires de salaires et les conditions de protection des travailleurs, sont réglées conformément à la législation en vigueur dans l'État de séjour. Ces travailleurs civils employés par une force ou par un élément civil ne sont considérés en aucun cas comme membres de cette force ou de cet élément civil.

“Civilian component”, by definition and in the circumstances, excludes the Canadian citizens and others ordinarily resident in Canada employed at the base.

The Board held that subscription to the NATO agreement did not constitute explicit submission to its jurisdiction no matter how liberally one might construe what could be a waiver. I agree.

COMMERCIAL ACTIVITY

At one time sovereign states enjoyed absolute immunity from the jurisdiction of common law courts. As they, directly or through their agencies, engaged increasingly in commercial activities, a “restrictive” concept of sovereign immunity came to be recognized. Canada, the U.S. and Great Britain, more or less contemporaneously, moved to codify that restrictive concept. The British statute, *State Immunity Act 1978* (U.K.), 1978, c. 33, as it pertains to circumstances in issue here, is very different from the Canadian and American legislation. It excludes “a contract of employment between a State and an individual” from the definition “commercial transaction” but provides expressly:

4. (1) A State is not immune as respects proceedings relating to a contract of employment between the State and an individual where the contract was made in the United Kingdom or the work is to be wholly or partly performed there.

(6) In this section “proceedings relating to a contract of employment” includes proceedings between the parties to such a contract in respect of any statutory rights or duties to which they are entitled or subject as employer or employee.

The American statute, the *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891 (1976) as amended, provides:

1603. For purposes of this chapter

(d) A ‘commercial activity’ means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.

Par définition et dans les circonstances, l’expression «élément civil» ne comprend pas les citoyens canadiens ni les autres personnes résidant ordinairement au Canada qui sont employés à la base.

“ Le Conseil a décidé qu’en adhérant à la convention de l’OTAN, les É.-U. ne s’étaient pas soumis expressément à sa juridiction, peu importe la façon plus ou moins libérale d’interpréter ce que pourrait être une renonciation. J’y souscris.

ACTIVITÉ COMMERCIALE

À une certaine époque, les États souverains jouissaient d’une immunité absolue de juridiction devant les tribunaux de *common law*. Lorsque, directement ou par l’intermédiaire de leurs organismes, ils se sont adonnés de plus en plus à des activités commerciales, ils en sont venus à admettre une notion «restreinte» de l’immunité souveraine. Le Canada, les É.-U. et la Grande-Bretagne ont, plus ou moins à la même époque, pris des mesures afin de codifier cette notion restreinte. En ce qui concerne les circonstances de l’espèce, la loi britannique, c’est-à-dire la *State Immunity Act 1978* (R.-U.), 1978 chap. 33, diffère beaucoup de la loi canadienne et de la loi américaine. Elle exclut «le contrat de travail entre un État et un particulier» de la définition de l’expression «opération commerciale» mais prévoit expressément:

[TRADUCTION] 4. (1) Un État ne bénéficie pas de l’immunité de juridiction en ce qui concerne l’action portant sur un contrat de travail entre l’État et un particulier lorsque le contrat a été conclu au Royaume-Uni ou que le travail doit y être exécuté en tout ou en partie.

(6) Dans le présent article, l’«action portant sur un contrat de travail» comprend l’action entre les parties à un tel contrat relativement aux droits dont elles sont investies ou aux obligations auxquelles elles sont soumises par la loi en tant qu’employeur ou employé.

La loi américaine, c’est-à-dire la *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, Pub. L. 94-583, 90 Stat. 2891 (1976) et ses modifications, dispose:

[TRADUCTION] 1603. Aux fins du présent chapitre

d) Une “activité commerciale” s’entend de la poursuite normale d’une opération commerciale ainsi que de tout acte isolé. Le caractère commercial d’une activité est déterminé en fonction de la nature de la poursuite de l’activité ou de l’acte isolé plutôt qu’en fonction de son but.

The ultimate clause, “rather than by reference to its purpose”, in my view, conveys a notion not expressed but implicit in the Canadian definition.

In interpreting its statute, U.S. courts have routinely had recourse to the House Judiciary Committee’s comments concerning the concept of commercial activity it had in mind in commending the legislation to Congress. It is useful to quote it in its entirety.

(d) *Commercial activity.* Paragraph (c) of section 1603 defines the term “commercial activity” as including broad spectrum of endeavour, from an individual commercial transaction or act to a regular course of commercial conduct. A “regular course of commercial conduct” includes the carrying on of a commercial enterprise such as a mineral extraction company, an airline or a state trading corporation. Certainly, if an activity is customarily carried on for profit, its commercial nature could readily be assumed. At the other end of the spectrum, a single contract, if of the same character as a contract which might be made by a private person, could constitute a “particular transaction or act”.

As the definition indicates, the fact that goods or services to be procured through a contract are to be used for a public purpose is irrelevant; it is the essentially commercial nature of an activity or transaction that is critical. Thus, a contract by a foreign government to buy provisions or equipment for its armed forces or to construct a government building constitutes a commercial activity. The same would be true of a contract to make repairs on an embassy building. Such contracts should be considered to be commercial contracts, even if their ultimate object is to further a public function.

By contrast, a foreign state’s mere participation in a foreign assistance program administered by the Agency for International Development (AID) is an activity whose essential nature is public or governmental, and it would not itself constitute a commercial activity. By the same token, a foreign state’s activities in and “contracts” with the United States resulting from or necessitated by participation in such a program would not in themselves constitute a sufficient commercial nexus with the United States so as to give rise to jurisdiction (see sec. 1330) or to assets which could be subjected to attachment or execution with respect to unrelated commercial transactions (see sec. 1610(b)). However, a transaction to obtain goods or services from private parties would not lose its otherwise commercial character because it was entered into in connection with an AID program. Also public or governmental and not commercial in nature, would be the employment of diplomatic, civil service, or military personnel, but not the employment of American citizens or third country nationals by the foreign state in the United States.

Le dernier membre de phrase «plutôt qu’en fonction de son but» évoque, à mon avis, une notion qui n’est pas formulée expressément mais implicitement dans la définition canadienne.

^a Pour interpréter leur loi, les tribunaux des É.-U. ont eu recours habituellement aux observations émises par le comité judiciaire de la Chambre (House Judiciary Committee) sur la notion d’activité commerciale que celui-ci avait à l’esprit en recommandant la loi au Congrès. Il est utile de les citer en entier.

[TRADUCTION] d) *Activité commerciale.* L’alinéa c) de l’article 1603 définit l’expression «activité commerciale» comme incluant un large éventail, depuis l’opération commerciale isolée jusqu’à la poursuite normale d’une activité commerciale. La «poursuite normale d’une activité commerciale» comprend notamment l’exploitation d’une entreprise commerciale telle qu’une compagnie d’extraction de minerais, une compagnie de transports aériens ou une société commerciale d’État. Il est certain que, si une activité est ordinairement exercée en vue d’un profit, son caractère commercial pourrait être facilement reconnu. À l’autre extrémité de l’éventail, un simple contrat, s’il était de la même nature qu’un contrat qui pourrait être passé par un particulier, pourrait constituer une «opération isolée».

^e Comme l’indique la définition, le fait que les biens ou les services devant être obtenus grâce à un contrat doivent être utilisés à des fins publiques n’est pas pertinent; c’est le caractère essentiellement commercial d’une activité ou d’une opération qui importe. Ainsi, le contrat passé par un gouvernement étranger en vue d’acheter des approvisionnements ou du matériel destinés à ses forces armées ou de construire un édifice gouvernemental constitue une activité commerciale. Il en serait de même du contrat conclu en vue d’effectuer des réparations à une ambassade. Ces contrats devraient être considérés comme des contrats commerciaux, même s’ils ont pour but ultime des fonctions publiques.

^g Par contre, la simple participation d’un État étranger à un programme d’aide étrangère géré par l’Agency for International Development (AID) est une activité dont le caractère est essentiellement public ou gouvernemental, mais elle ne constituerait pas elle-même une activité commerciale. De même, les activités d’un État étranger aux États-Unis et les «contrats» conclus avec les États-Unis résultant de ou requis par la participation à un programme de ce genre ne constitueraient pas en soi un lien commercial suffisant avec les États-Unis pour conférer la compétence voulue à leurs tribunaux (voir l’art. 1330) ou un droit d’action sur des biens qui pourraient faire l’objet d’une saisie-arrêt ou d’une saisie-exécution relativement à des opérations commerciales qui n’ont aucun rapport avec ces activités (voir l’al. 1610b)). Toutefois, une opération en vue d’obtenir des biens ou des services de particuliers ne perdrait pas son caractère qui autrement serait commercial du fait qu’elle a été conclue en liaison avec un programme de l’AID. Serait également public ou gouvernemental et non commercial par nature l’embauchage de diplomates, de fonctionnaires ou de militaires, mais non celui de citoyens américains ou de citoyens d’un pays tiers par l’État étranger aux États-Unis.

The courts would have a great deal of latitude in determining what is a "commercial activity" for purposes of this bill. It has seemed unwise to attempt an excessively precise definition of this term, even if that were practicable. Activities such as a foreign government's sale of a service or a product, its leasing of property, its borrowing of money, its employment or engagement of labourers, clerical staff or public relations or marketing agents, or its investment in a security of an American corporation, would be among those included within the definition. House Report No. 94-1487, Congressional Record, Vol. 122, pp. 6614-6615. [My emphasis.]

The Congressional Record also discloses, at page 6604, that "the House bill was passed in lieu of the Senate Bill".

The British legislation by its terms and the American legislation by externally stated legislative intent exclude sovereign immunity in respect of the employment of their citizens or residents within their territories by foreign states. Decisions of U.S. courts have given effect to that legislative intent in considering individual employment contracts. It is unnecessary to refer to any but the most recent American decision which, coincidentally, is the most comparable, in a factual way, to the present case.

No decision of the U.S. Supreme Court has been cited to us but we were advised that *certiorari* was being sought in respect of the very recent decision of the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit in *Goethe House New York, German Cultural Center v N.L.R.B.*, 869 F.2d 75 (2d Cir. 1989). Goethe House is a cultural agency of the Federal Republic of Germany which, *inter alia*, employs non-German personnel in the U.S. The proceeding in the U.S. courts was for an injunction to prevent the National Labour Relations Board from further processing a representation petition or conducting a representation election for those employees. The District Court at trial, in a reported decision, 685 F.Supp. 427 (S.D.N.Y. 1988), granted the injunction, stating at page 429:

A denial of injunctive relief, resulting in Goethe House's having to go forward with the representation election, would undoubtedly cause Goethe House irreparable harm in the sensitive area of foreign relations, since Goethe House's employment policies are controlled entirely by the German government, and could engender diplomatic embarrassment if

Les tribunaux disposeraient d'une grande latitude pour déterminer ce qu'est une «activité commerciale» aux fins du présent projet de loi. Il ne nous a pas semblé judicieux d'essayer d'établir une définition très précise de cette expression, même si cela était réalisable. Des activités telles que la vente d'un service ou d'un produit, la location de biens, le prêt d'argent, l'embauchage de manœuvres, d'employés de secrétariat ou d'agents de relations publiques ou de commercialisation ou l'investissement dans un titre d'une société américaine par un État étranger, feraient partie de celles qui sont comprises dans la définition. House Report No. 94-1487, Congressional Record, Vol. 122, p. 6614-6615. [C'est moi qui souligne.]

Le document du Congrès mentionne également, à la page 6604, que [TRADUCTION] «le projet de loi de la Chambre fut adopté à la place de celui du Sénat».

La loi britannique, par son libellé même, et la loi américaine, d'après l'intention du législateur mentionnée ailleurs, excluent l'immunité souveraine en ce qui concerne l'embauchage de leurs citoyens ou de leurs résidents à l'intérieur de leurs territoires par des États étrangers. Les tribunaux américains ont, dans leurs décisions, donné effet à cette intention du législateur en examinant les contrats individuels de travail. Il suffit, à cet égard, de se reporter à la plus récente décision américaine qui, tout à fait par hasard, est celle qui se compare le plus, sur le plan des faits, à la présente affaire.

On ne nous a cité aucune décision de la Cour suprême des É.-U., mais on nous a informés qu'un bref de *certiorari* avait été demandé relativement à la plus récente décision rendue par la U.S. Court of Appeals for the Second Circuit dans l'affaire *Goethe House New York, German Cultural Center v N.L.R.B.*, 869 F.2d 75 (2d Cir. 1989). La Maison Goethe (Goethe House) est un organisme culturel de la République fédérale d'Allemagne qui, entre autres, emploie du personnel non allemand aux É.-U. L'action intentée aux É.-U. visait à obtenir une injonction afin d'empêcher le National Labour Relations Board d'entendre plus avant une requête en représentation ou de tenir un vote de représentation pour ces employés. Au procès, la cour de district a, dans une décision publiée, 685 F.Supp. 427 (S.D.N.Y. 1988), accordé l'injonction et déclaré à la page 429:

[TRADUCTION] Le déni de l'injonction, qui aurait pour effet d'obliger la Maison Goethe à procéder au vote de représentation, lui causerait sans aucun doute un tort irréparable dans le domaine délicat des relations étrangères, étant donné que la politique d'emploi de la Maison Goethe est entièrement planifiée par le gouvernement allemand, et pourrait entraîner des

the union prevailed in the election. Goethe House would then be forced either to bargain with the union in contravention of some or all of the German government's personnel mandates or, alternatively, to obtain review it would have to commit an unfair labour practice under the National Labor Relations Act, 29 U.S.C. § 158(a)(5), such as refusing to bargain with the union as the employees' representative.

and, at page 430:

It is however one thing to protect and preserve a remedy in American courts for an unpaid American vendor or employee by defining that relationship as a "commercial" exception, and on the other hand to justify thereby the right of a United States agency to intervene into the underlying employment structure of a conceded arm of a foreign state that is not involved in commercial activity. Support for this view is found in the fact that courts which have found the commercial activity exception to exist in the employment context have done so as to employment contracts between the foreign state or instrumentality and a single individual.

A majority of the Court of Appeals allowed the appeal on the ground that it was premature while also expressing by *dicta* doubt as to the probability of the Federal Republic's ultimate success in asserting state immunity [at pages 79 and 80].

To justify its assertion of jurisdiction, the district court wrote that requiring Goethe House to submit to NLRB jurisdiction might interfere with the West German government's "employment objectives in implementing cultural foreign policy" and might cause disturbances and embarrassment in international relations. In our view, the district court's concerns were largely unfounded and did not warrant the court's intervention in the case. Even if the Union were certified as the bargaining agent of Goethe House's non-German employees, we fail to see how the presence of the Union would interfere with Goethe House's implementation of West German cultural foreign policy. Under the NLRA, Goethe House would have a duty to bargain with the Union over wages, hours and other terms and conditions of employment. . . . Moreover, the fact that the German employees at Goethe House presently are unionized belies the prospect that the presence of a union for the non-German employees would hamper Goethe House's operations.

As an employer, Goethe House has the option of seeking indirect review of the Board's order by refusing to bargain with the Union if it is certified, and then seeking review of its position in a court of appeals.

complications diplomatiques si le syndicat remportait le vote. La Maison Goethe serait alors obligée de négocier avec le syndicat en violation d'une partie ou de la totalité des mandats du gouvernement en matière de personnel ou bien, pour obtenir une révision, il lui faudrait commettre une manœuvre déloyale d'après la National Labor Relations Act, 29 U.S.C. § 158 (a)(5), en refusant, par exemple de négocier avec le syndicat en tant que représentant des employés.

et à la page 430:

[TRADUCTION] C'est une chose que de protéger et de garantir un recours devant les tribunaux américains dans le cas d'un vendeur ou d'un employé américain impayé en définissant ce rapport comme étant une exception « commerciale », mais c'en est une autre que de justifier par ce moyen le droit d'un organisme des États-Unis d'intervenir dans la structure sous-jacente d'emploi d'une arme reconnue d'un État étranger qui ne s'adonne à aucune activité commerciale. Vient appuyer cette opinion le fait que les tribunaux qui ont jugé que l'exception de l'activité commerciale existait dans le contexte de l'emploi ont porté un tel jugement dans le cas de contrats de travail entre l'État ou l'intermédiaire étranger et un simple particulier.

La majorité des juges qui siégeaient à la Court of Appeals ont accueilli l'appel pour le motif que celui-ci était prématuré bien que, dans une remarque incidente, ils aient exprimé un doute quant à la possibilité que la République fédérale réussisse à la fin à faire valoir son immunité de juridiction [aux pages 79 et 80].

[TRADUCTION] Pour justifier sa compétence, la cour de district a déclaré que le fait d'exiger de la Maison Goethe qu'elle se soumette à la juridiction de la NLRB pourrait empiéter sur les « objectifs d'emploi du gouvernement de l'Allemagne de l'Ouest pour mettre en pratique sa politique étrangère en matière culturelle » et pourrait causer des perturbations et des complications dans le domaine des relations internationales. À notre avis, les préoccupations de la cour de district n'étaient guère fondées et ne justifiaient pas l'intervention du tribunal dans cette affaire. Même si le syndicat était reconnu comme l'agent négociateur des employés non allemands de la Maison Goethe, nous ne pouvons pas concevoir comment la présence du syndicat empiéterait sur la mise en pratique par la Maison Goethe de la politique étrangère en matière culturelle de l'Allemagne de l'Ouest. D'après la NLRA, la Maison Goethe serait tenue de négocier avec le syndicat au sujet des salaires, des heures de travail et des autres modalités d'emploi. . . . De plus, le fait que les employés allemands de la Maison Goethe soient actuellement syndiqués vient donner un démenti à la thèse selon laquelle la présence d'un syndicat pour les employés non allemands entraverait les activités de la Maison Goethe.

En tant qu'employeur, la Maison Goethe a la possibilité de demander une révision indirecte de l'ordonnance du conseil des relations de travail en refusant de négocier avec le syndicat si celui-ci est accrédité, et de demander alors la révision de sa position devant une cour d'appel.

The dissenting member was in complete agreement with the trial judge. It is worth noting parenthetically that it was precisely to avoid such an "indirect review" confrontation with the U.S. that the Board made the present reference.

The District Court had noted that all U.S. court decisions which invoked the commercial activity exception in the employment context had done so as to contracts of service between a foreign state and a single individual. The same is to be said of the authorities cited to us.

The Board's conclusion, after a thorough review of the American authorities, was:

Given the close relationship between the Canadian and American legislations, we deem it appropriate to draw our inspiration from American authorities in order to define the concept of commercial activity. Specifically, we make ours the commercial activity test developed by American courts. If we apply this test to the present case, we find that the contract of employment of the Canadian civilian employees constitutes a commercial activity within the meaning of section 2 of the State Immunity Act.

The American test adopted by the Board was concisely stated by the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit in *Texas Trading & Mill Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (2d Cir., 1981), at page 309:

... put another way, if the activity is one in which a private person could engage, it is not entitled to immunity.

That case involved breach of contracts for the sale of cement and of related letters of credit.

I see no rational basis for distinguishing between contracts for the purchase of goods or services and contracts of employment for purposes of the *State Immunity Act*. If, as in my view he is, a supplier of electricity or groceries to the Argentinia base is entitled to sue the U.S. for breach of contract in a Canadian court, there seems no reason why a Canadian civilian employee there should not have a like entitlement. However, as suggested by the Trial Judge in *Goethe House*, exercise by the Board of its jurisdiction to certify goes a good deal further than the enforcement of employees' rights

Le juge dissident était entièrement d'accord avec le juge de première instance. Il vaut la peine de faire remarquer entre parenthèses que c'était précisément pour éviter un tel affrontement avec les É.-U. au sujet d'une «révision indirecte» que le Conseil a soumis le présent renvoi.

La Cour de district avait fait observer que toutes les décisions judiciaires américaines qui invoquaient l'exception de l'activité commerciale dans le contexte de l'emploi l'avaient fait relativement à des contrats de service conclus entre un État étranger et un simple particulier. Il faut dire la même chose de la jurisprudence qui nous a été citée.

Après un examen minutieux de la jurisprudence américaine, le Conseil en est venu à la conclusion suivante:

Vu le lien étroit qui existe entre la loi canadienne et la loi américaine, nous estimons opportun de nous inspirer de la jurisprudence américaine pour définir la notion d'activité commerciale. Plus particulièrement, nous faisons nôtre le critère de l'activité commerciale élaboré par les tribunaux américains. Si nous appliquons ce critère à la présente affaire, nous trouvons que le contrat de travail des employés civils canadiens constitue une activité commerciale au sens de l'article 2 de la Loi sur l'immunité des États.

Le critère américain adopté par le Conseil a été formulé de façon concise par la U.S. Court of Appeals for the Second Circuit dans l'affaire *Texas Trading & Mill Corp. v. Federal Republic of Nigeria*, 647 F.2d 300 (2d Cir., 1981), à la page 309:

[TRADUCTION] ... en d'autres mots, s'il s'agit d'une activité dans laquelle un particulier pourrait être engagé, il n'a pas droit à l'immunité de juridiction.

Cette affaire portait sur l'inexécution de contrats de vente de ciment ainsi que de lettres de crédit y afférentes.

Je ne vois aucun motif raisonnable de faire la distinction entre les contrats d'achat de biens ou de services et les contrats de travail aux fins de la *Loi sur l'immunité des États*. Si celui qui fournit de l'électricité ou des provisions à la base d'Argentinia peut poursuivre, et à mon avis il le peut, les É.-U. pour inexécution de contrat devant un tribunal canadien, il ne semble pas y avoir de raison pour laquelle un employé civil canadien ne devrait pas alors jouir d'un droit semblable. Toutefois, comme l'a laissé entendre le juge de première instance dans l'affaire *Goethe House*, l'exercice par le Con-

and employers' obligations under employment contracts.

Certification of a bargaining agent under the *Canada Labour Code* is not an end in itself. It gives the certified bargaining agent rights and, more important in the present circumstances, imposes obligations on the certified employer. Most immediately, if called upon to do so by the Union, the U.S. will be required to bargain with it for purposes of entering into a collective agreement (section 48). Should that bargaining not result in a collective agreement, the Board may, subject to the intervention of the Minister of Labour, impose an initial agreement (section 80). I do not think it necessary to go beyond that threshold in enumerating the obligations that the Code imposes on a certified employer and the coercive powers exercisable by the Board on motion of a certified bargaining agent.

While the common law has been supplanted by statute, the rationale for any measure of sovereign immunity at all remains as it was under the common law. It has been variously articulated, nowhere more succinctly than by Sir Robert Phillimore in *The Charkieh* (1873), L.R. 4 Ad. & Ec. 59, at page 97.

The object of international law, in this as in other matters, is not to work injustice, not to prevent the enforcement of a just demand, but to substitute negotiations between governments, though they may be dilatory and the issue distant and uncertain, for the ordinary use of courts of justice in cases where such use would lessen the dignity or embarrass the functions of the representatives of a foreign state;

The sovereign dignity of a foreign state seems clearly put in issue when a domestic tribunal can force it to bargain over the conditions of employment of its employees and, if permitted by a Minister of the Crown, impose those conditions. That is very different from a domestic tribunal enforcing the terms of a contract of employment the foreign state has freely entered into.

However, the narrow issue on this reference is whether, the certification proceeding before the Board "relates to any commercial activity" of the U.S. What is immediately in issue in a certification proceeding is not the contracts of employment of the individuals in the proposed bargaining unit;

seil de sa compétence en matière d'accréditation va beaucoup plus loin que l'application des droits des employés et des obligations des employeurs en vertu des contrats de travail.

^a L'accréditation d'un agent négociateur en vertu du *Code canadien du travail* n'est pas une fin en soi. Elle donne des droits à l'agent négociateur accrédité et, ce qui est plus important en l'espèce, elle impose des obligations à l'employeur accrédité. ^b Très directement, s'ils y sont invités par le Syndicat, les États-Unis seront tenus de négocier avec lui en vue de la conclusion d'une convention collective (article 48). Si ces négociations ne devaient pas aboutir à une convention collective, le Conseil ^c peut, sous réserve de l'intervention du ministre du Travail, imposer une première convention (article 80). Je ne crois pas nécessaire d'aller plus loin dans l'énumération des obligations que le Code ^d impose à un employeur accrédité et des pouvoirs coercitifs qui peuvent être exercés par le Conseil sur requête d'un agent négociateur accrédité.

Bien que la Loi ait supplanté la *common law*, le raisonnement à la base de toute mesure d'immunité souveraine reste le même qu'en vertu de la *common law*. Il a été formulé de diverses façons, mais jamais plus succinctement que par sir Robert Phillimore dans l'arrêt *The Charkieh* (1873), L.R. 4 Ad. & Ec. 59, à la page 97.

^e [TRANSDUCTION] L'objet du droit international, dans le cas qui nous occupe comme dans d'autres domaines, n'est pas de favoriser l'injustice ni d'empêcher la satisfaction d'une juste réclamation, mais de substituer les négociations entre les gouvernements, malgré leur lenteur et leur résultat lointain et incertain, au recours normal aux tribunaux, lorsque celui-ci ^g porterait atteinte à la dignité des représentants d'un État étranger ou les gênerait dans leurs fonctions;

La dignité souveraine d'un État étranger semble manifestement mise en cause lorsqu'un tribunal national peut l'obliger à négocier au sujet des conditions de travail de ses employés et, si un ministre de la Couronne le permet, imposer ces conditions. C'est très différent du cas où un tribunal national appliquerait les modalités d'un contrat de travail que l'État étranger a conclu librement. ^h

Pendant, dans le présent renvoi, il s'agit strictement de savoir si la requête en accréditation dont le Conseil a été saisi «porte sur une activité commerciale» des É.-U. Ce qui est directement en cause dans une requête en accréditation, ce ne sont pas les contrats de travail des particuliers faisant ⁱ

it is rather the right of the applicant union to bargain collectively for those employees and the obligation of the employer to likewise bargain. I have come to the conclusion that a certification proceeding does, nevertheless, "relate" to the employment of members of the proposed bargaining unit under contracts of service, entry into which is, in my view, plainly "conduct . . . of a commercial character" on the part of the U.S. I am unable to find anything peculiar to employment on the base that allows me to distinguish, in a meaningful way, the employment in issue. Only if one looks beyond the nature of the employment to its broad purpose—to serve the defence requirements of the U.S.—can invocation of state immunity be rationalized.

I am disturbed by this result. The difficulty I have experienced was anticipated by James Crawford, Professor of Law, University of Adelaide, in an article ["International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions" published in *The British Year Book of International Law* 1983, where he wrote, at page 92:

. . . although the forum State must be accorded some flexibility in the definition of 'commercial transactions', these may be defined as contracts or related industrial or commercial activities, not being transactions governed by international law (such as treaties or public international arbitrations), and not being matters recognized as within the domestic jurisdiction of the foreign State. This latter consideration points to the desirability of distinguishing commercial transactions from contracts of employment: in some respects at least the relations between a State and its employees or servants are matters within its domestic jurisdiction. (The State Immunity Act 1982 (Can.) makes no specific provision for contracts of employment and thus asserts jurisdiction over all such contracts as would be regarded as 'commercial transactions' on the basis, e.g., that there was a breach of contract within the jurisdiction. The difficulty is that in some respects (e.g. payment of wages due) such contracts may be 'commercial transactions'; in other respects (e.g. placement or removal of public servants) they may impinge significantly on the internal administration of the defendant State.)

I conclude that if Parliament intended that foreign states be entitled to invoke immunity from the certification jurisdiction of the Board in respect of employment of Canadians in Canada, the *State Immunity Act* requires amendment.

partie de l'unité de négociation projetée; ce sont plutôt le droit du syndicat requérant de négocier une convention collective pour ces employés et l'obligation pour l'employeur de négocier également. Je suis arrivé à la conclusion qu'une requête en accréditation «porte» néanmoins sur le travail des membres de l'unité de négociation projetée en vertu de contrats de services dont la conclusion constitue clairement, à mon avis, de la part des É.-U. un «acte . . . qui revêt un caractère commercial». Je ne puis rien trouver de spécial au travail effectué sur la base qui me permette de distinguer, de façon significative, le travail en cause. C'est seulement si l'on regarde au-delà de la nature du travail afin de découvrir son objectif général—satisfaire les besoins en défense des É.-U.—qu'on peut rationaliser le recours à l'immunité des États.

Cette conclusion me trouble. Les difficultés que j'ai rencontrées ont déjà été envisagées par James Crawford, qui enseigne le droit à l'Université d'Adélaïde, dans un article [«International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions»] publié dans *The British Year Book of International Law* 1983, dans lequel il écrivait à la page 92:

[TRADUCTION] . . . bien qu'il faille accorder à l'État du tribunal compétent une certaine souplesse dans la définition d'«opérations commerciales», celles-ci peuvent se définir comme des contrats ou des activités industrielles ou commerciales connexes, qui ne sont pas des opérations régies par le droit international (tels que les traités et les arbitrages internationaux publics) ni des affaires reconnues comme relevant de la juridiction nationale de l'État étranger. Ce dernier point indique qu'il est souhaitable de faire la distinction entre les opérations commerciales et les contrats de travail: à certains égards du moins, les relations entre un État et ses employés ou préposés relèvent de sa juridiction nationale. (La Loi sur l'immunité des États de 1982 (Can.) ne prévoit aucune disposition particulière au sujet des contrats de travail et confère ainsi compétence sur tous les contrats de ce genre qui seraient considérés comme étant des «opérations commerciales» à la condition, par exemple, qu'il y ait eu inexécution de contrat à l'intérieur de la juridiction. Le problème est que, à certains égards (par exemple le versement de salaires dus), ces contrats peuvent constituer des «opérations commerciales»; à d'autres égards (par exemple l'orientation ou le déplacement de fonctionnaires), ils peuvent avoir des répercussions importantes sur la gestion interne de l'État défendeur.)

J'en conclus que, si le Parlement a voulu que les États étrangers puissent invoquer l'immunité de juridiction devant le Conseil en matière d'accréditation relativement au travail de citoyens canadiens au Canada, la *Loi sur l'immunité des États* doit être modifiée.

CONCLUSION

I would answer the first question referred in the negative. The U.S. cannot claim state immunity with respect to the application for certification filed by the Union on behalf of Canadian civilians employed at its naval base at Argentia, Newfoundland.

STONE J.A.: I agree.

CONCLUSION

Je répondrais par la négative à la première question mentionnée. Les États-Unis ne pouvaient pas réclamer l'immunité de juridiction relativement à la demande d'accréditation déposée par le Syndicat au nom de civils canadiens travaillant à sa base navale d'Argentia (Terre-Neuve).

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

A-338-89

A-338-89

Attorney General of Canada (*Applicant*)

v.

David W. Paton (*Respondent*)INDEXED AS: CANADA (*ATTORNEY GENERAL*) v. PATON (*C.A.*)

Court of Appeal, Iacobucci C.J., Mahoney and Marceau J.J.A.—Ottawa, November 22, 1989 and January 16, 1990.

Public service — Labour relations — S. 28 application to review PSSRB decision holding respondent entitled to overtime pay for entire period (6 days) on ship while on special employment assignment as Chemistry Technologist with Department of Fisheries and Oceans — Construction of overtime compensation provisions of Master Agreement — Board found facts indistinguishable from two F.C.A. decisions where employees held entitled to wages for entire time at sea — In view of severe restrictions on respondent's freedom and mobility, Board concluded respondent "at work" for entire period on ship and entitled to overtime compensation for virtually all time at sea in accordance with group specific agreement — S. 28 application allowed as Board misconstrued Master Agreement — Board erred in failing to apply clause M-28.05 whereby employees to be paid only for "actual hours worked" when travelling in transport in which required to work and which serves as living quarters during tour of duty — "Actual hours worked" describing work in normal sense of doing or engaging in specific performance of duties — "Captive time" on ship not "actual hours worked" — Master Agreement did not intend employee be paid double overtime rate while allowed full night's sleep for number of consecutive nights on voyage within job description duties and of which advised well in advance.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED
APPLIED:

Apesland v. Canada, A-669-87, Mahoney J.A., judgment dated 24/5/88, F.C.A., not reported; *Duggan and Treasury Board* (1985), 8 PSSRB Decisions 44.

Procureur général du Canada (*requérant*)

c.

^a David W. Paton (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: CANADA (*PROCUREUR GÉNÉRAL*) c. PATON (*C.A.*)

^b Cour d'appel, juge en chef Iacobucci, juges Mahoney et Marceau, J.C.A.—Ottawa, 22 novembre 1989 et 16 janvier 1990.

Fonction publique — Relations du travail — Demande fondée sur l'art. 28 en vue de la révision d'une décision par laquelle la CRTFP a statué que l'intimé avait droit à la rémunération versée pour les heures supplémentaires pour tout le temps passé (6 jours) à bord d'un navire pendant qu'il était en affectation spéciale à titre de technologue en chimie pour le ministère des Pêches et Océans — Interprétation des dispositions d'une convention cadre relatives à la rémunération des heures supplémentaires — La Commission a statué que les faits ne se distinguaient pas de ceux de deux décisions rendues par la C.A.F. dans lesquelles on a jugé que les employés avaient droit à leurs salaires pour tout le temps passé en mer — En raison des restrictions importantes apportées à la liberté et aux déplacements de l'intimé, la Commission a conclu qu'il était «au travail» pendant tout le temps qu'il a passé sur le navire et qu'il avait le droit de réclamer une indemnité de surtemps pour pratiquement tout le temps passé en mer conformément à la convention particulière du groupe — La demande fondée sur l'art. 28 est accueillie parce que la Commission a mal interprété la convention cadre — La Commission a commis une erreur en n'appliquant pas la clause M-28.05 selon laquelle les employés seront payés seulement pour les «heures effectivement travaillées» lorsque le moyen de transport utilisé sert de logement à l'employé durant qu'il est en service — L'expression «heures effectivement travaillées» décrit le travail dans le sens normal de s'adonner à des fonctions particulières — Le «temps mobilisé» ne constitue pas des «heures effectivement travaillées» — La convention cadre ne visait pas à ce que l'employé soit payé à taux double tandis qu'il profitait d'une pleine nuit de sommeil durant un certain nombre de nuits consécutives à l'occasion d'un voyage qui faisait partie des fonctions mentionnées dans sa description de poste et dont il avait été avisé bien à l'avance.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

JURISPRUDENCE
DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Apesland c. Canada, A-669-87, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 24-5-88, C.A.F., non publié; *Duggan et Conseil du Trésor* (1985), 8 Décisions de la CRTFP 48.

DISTINGUISHED:

Canada v. Falconer, A-417-86, Heald J.A., judgment dated 27/2/87, F.C.A., not reported; affg (1986), 9 PSSRB Decisions 30 (*sub nom. Falconer and O'Leary and Treasury Board*); *Canada v. Falconer*, A-416-86, Heald J.A., judgment dated 27/2/87, F.C.A., not reported; affg (1986), 9 PSSRB Decisions 25 (*sub nom. O'Leary and Humphreys and Treasury Board*).

REFERRED TO:

Osmack v. Canada, A-51-89, Iacobucci C.J., judgment dated 21/9/89, F.C.A., not yet reported.

COUNSEL:

Harvey A. Newman for applicant.
Andrew J. Raven for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Soloway, Wright, Ottawa, for respondent.
Public Service Staff Relations Board, Ottawa, on its own behalf.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

IACOBUCCI C.J.: This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application seeks to review and set aside a decision of the Public Service Staff Relations Board rendered on July 5, 1989 which held that the respondent was entitled to overtime pay for the entire period spent on board a ship while on a special employment assignment even though he did not perform normal work-related duties for the entire period. The major issue in this application is whether the Board member erred in so holding. More particularly, the applicant has argued that the Board member failed to apply a provision of the applicable collective agreement governing rates of pay for an employee who is assigned to perform duties on a transportation vehicle or vessel which also serves as his living quarters.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Canada c. Falconer, A-417-86, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 27-2-87, C.A.F., non publié; confirmant (1986), 9 Décisions de la CRTFP 32 (sous l'intitulé *Falconer et O'Leary et le Conseil du Trésor*); *Canada c. Falconer*, A-416-86, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 27-2-87, C.A.F., non publié; confirmant (1986), 9 Décisions de la CRTFP 28 (sous l'intitulé *O'Leary et Humphreys et le Conseil du Trésor*).

DÉCISION CITÉE:

Osmack c. Canada, A-51-89, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 21-9-89, C.A.F., encore inédit.

AVOCATS:

Harvey A. Newman pour le requérant.
Andrew J. Raven pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour le requérant.
Soloway, Wright, Ottawa, pour l'intimé.
Commission des relations de travail dans la Fonction publique, Ottawa, pour son propre compte.

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

LE JUGE EN CHEF IACOBUCCI: La présente demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] vise à la révision et à l'annulation d'une décision en date du 5 juillet 1989 par laquelle la Commission des relations de travail dans la fonction publique a statué que l'intimé avait droit à la rémunération versée pour les heures supplémentaires pour tout le temps passé à bord d'un navire pendant qu'il était en affectation spéciale même s'il n'avait pas exercé de fonctions normales reliées au travail durant toute cette période-là. Dans la présente demande, la principale question est de savoir si le commissaire a commis une erreur en statuant ainsi. Le requérant a soutenu plus particulièrement que le commissaire n'a pas appliqué une disposition de la convention collective applicable régissant les taux de rémunération dans le cas d'un employé qui est chargé d'exercer des fonctions à bord d'un véhicule ou d'un navire de transport qui lui sert également de logement.

FACTS

By way of background, the respondent was at the relevant time employed as a Chemistry Technologist with the Department of Fisheries and Oceans. The parties were governed by the Public Service Alliance of Canada Master Agreement and the Engineering and Scientific Support Collective Agreement (a group specific agreement). The respondent's normal worksite was the Institute of Ocean Sciences at Sydney, B.C. and his usual hours of work there were 8.30 a.m. to 4.30 p.m. Monday through Friday.

In the respondent's job description, it is stated that he is expected to carry out:

... field surveys using ships, and launches to determine the concentrations of trace metals in the marine environment and to study the effects and degradation of natural and polluting chemicals by:

—participating in cruises of up to four (4) weeks per year, generally in B.C. coastal inlets (special assignments may require offshore cruises);¹

On October 13, 1987, the respondent was advised in writing of certain duties which he was to perform on board the CSS Tully commencing Sunday, October 18, 1987. In accordance with these directions, the respondent boarded the CSS Tully sometime after 10:00 p.m. Sunday evening, October 18, 1987 and departed on board the ship at approximately 1.00 a.m. on Monday, October 19, 1987.

There is no dispute as to his rate of pay for October 18, 1987. On October 19, 1987, the respondent spent only one-half hour performing duties, and had no other specific work to perform for the balance of the day. From October 20-23 inclusive, the respondent did not do any assigned work beyond his ordinary 7½ hour shift. On October 24, which was a "first day of rest" for the respondent, he spent 7½ hours performing assigned duties and another nine hours aboard the ship during which he did not perform assigned duties. He left the ship at 4.30 p.m. on October 24 and checked into a hotel in Prince Rupert, B.C.

¹ See paragraph 6 of the specific duties and the job description of the respondent, Casebook, p. 118.

FAITS

Selon la documentation, l'intimé travaillait à l'époque concernée pour le ministère des Pêches et Océans à titre de technologue en chimie. Les parties étaient régies par la Convention cadre de l'Alliance de la fonction publique du Canada et la Convention collective du soutien technologique et scientifique (une convention particulière de groupe). Le lieu normal de travail de l'intimé était l'Institut des sciences de la mer de Sydney (C.-B.), et ses heures habituelles de travail à cet endroit s'échelonnaient de 8 h 30 à 16 h 30 du lundi au vendredi.

Dans la description de poste de l'intimé, il est mentionné que celui-ci est censé effectuer:

[TRADUCTION] ... des levées à l'aide de navires et des sorties pour déterminer les concentrations de métaux dans les milieux marins et étudier les effets et la dégradation des produits chimiques naturels et polluants et, à cette fin:

—participer à des croisières jusqu'à concurrence de quatre (4) semaines par année, habituellement dans des îlots côtiers de la Colombie-Britannique (les affectations spéciales peuvent exiger des croisières au large des côtes)¹:

Le 13 octobre 1987, l'intimé a été informé par écrit de certaines fonctions qu'il devait exercer à bord du CSS Tully à compter du dimanche 18 octobre 1987. Conformément à ces instructions, l'intimé est monté à bord du CSS Tully après 22 h le dimanche soir 18 octobre 1987 et a pris le départ à bord du navire vers 1 h le lundi 19 octobre 1987.

Il n'y a aucune contestation quant à son taux de rémunération pour la journée du 18 octobre 1987. Le 19 octobre 1987, l'intimé n'a consacré qu'une demi-heure à l'exercice de ses fonctions et n'a pas eu d'autre travail particulier à effectuer durant le reste de la journée. Du 20 au 23 octobre inclusivement, l'intimé n'a exécuté aucun travail assigné au-delà de son quart ordinaire de travail de 7½ heures. Le 24 octobre, qui était son «premier jour de repos», l'intimé a passé 7½ heures à exercer des fonctions assignées et une autre période de neuf heures à bord du navire durant laquelle il n'a pas exercé de fonctions assignées. Il a quitté le navire à 16 h 30, le 24 octobre 1987 et a pris une chambre dans un hôtel de Prince Rupert (Colombie-Britannique).

¹ Voir le paragraphe 6 des fonctions particulières et de la description de poste de l'intimé, Dossier, p. 118.

The respondent kept a log of hours worked and overtime hours while on board the ship. From October 19-23 inclusive, the respondent claimed regular pay for an ordinary 7½ hour shift, pay at time and one-half for another 7½ hours and double time pay for the remaining 8½ hours of the day. In other words, he claimed wages for the entire 24 hour period spent aboard the ship each day (minus a one-half hour unpaid lunch break). In respect of October 24, the "first day of rest", he claimed 7½ hours at time and one-half and 10 hours at double time, in accordance with subclause 22.09(b) of the group specific agreement.

The record reveals that, during the entire time spent at sea, the respondent was subject to the ship's standing orders, which dictated who could associate with whom on board. The orders also limited the time when recreation activities could be undertaken. The ship itself was a 230 foot research vessel, which was equipped with a modest gym and sauna, and a library. While on board, the respondent shared a cabin with another scientist. It should be noted that during the entire time on the ship, the respondent worked independently and was not expected to be "on call" to perform duties when requested.

On November 9, 1987, the respondent presented a grievance claiming compensation for all hours worked from 00.00 on October 19 to 18.00 on October 24, 1987 with the exception of a one-half hour period each day, representing his unpaid meal break. The grievance was not resolved and was eventually referred to adjudication on June 20, 1988. On July 5, 1989, the grievance was upheld and the respondent was found to be entitled to the entire overtime compensation which he claimed.

THE BOARD DECISION

After noting that there was no dispute as to the facts and pointing out that the respondent was not able to leave the ship during the period in question and that his range of activities was necessarily limited even when he was not performing assigned

L'intimé a consigné les heures travaillées et les heures de surtemps pendant qu'il était à bord du navire. Pour la période du 19 au 23 octobre inclusivement, l'intimé a réclamé la rémunération normale pour un quart ordinaire de travail de 7½ heures, une rémunération au taux majoré de moitié pour un autre quart de travail de 7½ heures et une rémunération à taux double pour les autres 8½ heures de la journée. En d'autres mots, il a réclamé d'être payé pour toute la période de vingt-quatre heures qu'il a passée à bord du navire chaque jour (moins une demi-heure pour la pause repas non payée). En ce qui concerne le 24 octobre, soit le «premier jour de repos», il a réclamé 7½ heures de salaire au taux majoré de moitié et 10 heures au taux double, en conformité avec le paragraphe 22.09b) de la convention particulière du groupe.

Il ressort du dossier que, durant tout le temps passé en mer, l'intimé était assujéti au règlement du navire, qui prévoyait qui pouvait fréquenter qui à bord. Le règlement délimitait également le temps qui pouvait être consacré aux loisirs. Il s'agissait d'un bateau de 230 pieds destiné à la recherche et doté d'un gymnase et d'un sauna modestes ainsi que d'une bibliothèque. Pendant qu'il était à bord, l'intimé a partagé une cabine avec un autre scientifique. Il conviendrait de noter que, durant tout le temps passé sur le navire, l'intimé a travaillé de façon indépendante et n'était pas censé être «en disponibilité» pour exécuter des tâches à demande.

Le 9 novembre 1987, l'intimé a présenté un grief visant à réclamer une indemnité pour toutes les heures travaillées de 0 h 00 le 19 octobre à 18 h le 24 octobre 1987, à l'exception d'une période d'une demi-heure chaque jour, qui représentait sa pause repas non payée. Le grief n'a pas été réglé et a été remis à plus tard le 20 juin 1988. Le 5 juillet 1989, le grief a été confirmé, et il a été jugé que l'intimé avait droit à la totalité de l'indemnité de surtemps qu'il réclamait.

i

LA DÉCISION DE LA COMMISSION

Après avoir constaté que les faits n'étaient pas contestés et avoir souligné que l'intimé ne pouvait pas quitter le navire durant la période en question et que la gamme des activités possibles était nécessairement limitée même lorsqu'il n'était pas en

tasks, the Board member stated that the facts in this case were not distinguishable from those of *Falconer*² and *O'Leary and Humphreys*³ in which the grievors were found to be entitled to wages for the entire time spent at sea. The Board member then quoted with approval an extract from the *Falconer* decision which concluded:

In light of all the evidence, it is my conclusion that the Grievors were at work during the relevant period. At the end of the work day, the Grievor were not able to leave the work site, go home and be with friends or family. Any plans or commitments they had made for their free time were, perforce, cancelled. Although the Grievors were able to relax, or eat and sleep on ship, they suffered a serious disruption to their daily routine as a result of the decision to keep the ship at sea, the decision which was made presumably for the benefit of the Employer's operations.⁴ [Emphasis added.]

I think it important to emphasize that the grievors in the *Falconer* and *O'Leary and Humphreys* cases were on a ship working when they were told late in the day the ship would be staying out all night and the issue was whether they were at work for the entire time at sea. This is not exactly the issue in dispute herein a point to which I shall return below.

On the facts of this case, the Board member noted that the Tully was neither the Queen Mary nor the Love Boat and available leisure activities were limited physically and by the ship's standing orders. In view of the severe restrictions on the respondent's freedom and mobility, the Board concluded he was "at work" for the entire period he spent on the ship and was therefore entitled to claim overtime compensation for virtually all the

² *Falconer and O'Leary and Treasury Board* (1986), 9 PSSRB Decisions 30, June 19, 1986, 166-2-15281 and No. 166-2-15336; upheld, *sub. nom. Canada v. Falconer*, A-417-86, Heald J.A., judgment dated 27/2/87, F.C.A., not reported.

³ *O'Leary and Humphreys and Treasury Board* (1986), 9 PSSRB Decision 25, June 19, 1986, 166-2-15198 and No. 166-2-15199, upheld Federal Court of Appeal, February 27, 1987, *sub. nom. Canada v. Falconer*, A-416-86, Heald J.A., not reported.

⁴ Casebook, p. 134.

train d'exercer des fonctions assignées, le commissaire a statué que les faits en l'espèce ne se distinguaient pas de ceux de l'affaire *Falconer*² et de l'affaire *O'Leary et Humphreys*³ dans lesquelles on a jugé que les employés s'estimant lésés avaient droit à leurs salaires pour tout le temps passé en mer. Le commissaire a alors cité, tout en l'approuvant, un passage de la décision *Falconer* qui aboutissait à la conclusion suivante:

b [TRADUCTION] Compte tenu de l'ensemble de la preuve, j'arrive à la conclusion que les employés s'estimant lésés se trouvaient à leur travail durant la période concernée. À la fin de la journée de travail, les employés s'estimant lésés ne pouvaient pas quitter le lieu de travail, rentrer chez eux et se retrouver avec leurs amis ou les membres de leur famille. Tous les projets qu'ils avaient ébauchés ou les engagements qu'ils avaient pris pour leurs loisirs se trouvaient, par la force des choses, annulés. Malgré le fait que les employés s'estimant lésés pouvaient relaxer ou manger et dormir sur le navire, ils subissaient une interruption importante de leur routine quotidienne à la suite de la décision de garder le navire en mer, décision qui a été prise vraisemblablement à l'avantage des opérations de l'employeur.⁴ [C'est moi qui souligne.]

Je crois important de souligner que les employés s'estimant lésés dans les affaires *Falconer* et *O'Leary et Humphreys* se trouvaient au travail sur un navire lorsqu'on leur avait dit à la fin de la journée que le navire resterait toute la nuit en mer, et la question était de savoir s'ils étaient au travail pendant tout le temps passé en mer. Ce n'est pas tout à fait la même question qui est en litige en l'espèce, point sur lequel je reviendrai plus loin.

Quant aux faits de la présente affaire, le commissaire a noté que le Tully n'était ni le Queen Mary ni le Love Boat et que les activités de loisirs étaient limitées sur le plan physique et en vertu du règlement du navire. En raison des restrictions importantes apportées à la liberté et aux déplacements de l'intimé, la Commission a conclu qu'il était «au travail» pendant tout le temps qu'il a passé sur le navire et qu'il avait donc le droit de réclamer une indemnité de surtemps pour pratiquement tout le temps passé en mer, conformément

² *Falconer et O'Leary et le Conseil du Trésor* (1986), 9 Décisions de la CRTFP 32, confirmée sous l'intitulé *Canada c. Falconer*, A-417-86, le juge Heald, J.C.A., jugement en date du 27-2-87, C.A.F., non publié.

³ *O'Leary et Humphreys et le Conseil du Trésor* (1986), 9 Décisions de la CRTFP 28, confirmée par la Cour d'appel fédérale, le 27 février 1987, sous l'intitulé *Canada c. Falconer*, le juge Heald, J.C.A., non publié.

⁴ Dossier, p. 134.

time spent at sea in accordance with clause 22.09 of the group specific agreement.

The Board member also held that Article M-28 of the Master Agreement dealing with "Travelling Time" had no application in the context of this case and in that connection referred to reasons given in the *Duggan*⁵ adjudication and the *Apesland*⁶ decision of this Court which accepted the *Duggan* adjudication as correctly decided.⁷

The applicant argues that the Board member erred in failing to apply clause M-28.05 of Article M-28 of the Master Agreement to limit the amount of compensation payable to the respondent. It is argued that this clause provides the scheme of payment where an employee travels by any type of transport which serves as his or her living quarters. As the ship was a type of transport that served as the respondent's living quarters, clause M-28.05 came into play and by its terms, the respondent is entitled to the greater of regular pay for the day and pay for actual hours worked. Because the respondent did not perform duties amounting to more than his ordinary 7½ hour shift on any day, he is entitled to no more than his regular pay for each day.

The relevant provisions of Article M-28 of the Master Agreement merit reproduction in full:

ARTICLE M-28
TRAVELLING TIME

M-28.01 For the purposes of this Agreement, travelling time is compensated for only in the circumstances and to the extent provided for in this Article.

M-28.02 When an employee is required to travel outside his headquarters area on government business, as these expressions are defined by the Employer, the time of departure and the means of such travel shall be determined by the Employer and the employee will be compensated for travel time in accordance with clauses M-28.03 and M-28.04. Travelling time shall include time necessarily spent at each stop-over enroute provided such stop-over is not longer than three (3) Hours.

⁵ *Duggan and Treasury Board* (1985), 8 PSSRB Decisions 44, September 3, 1985 166-2-15033.

⁶ *Apesland v. Canada*, Federal Court of Appeal, May 24, 1988 (Court File No. A-669-87) Mahoney J.A., not reported.

⁷ Reasons for Judgment of the Court, *idem* at p. 1.

ment à la clause 22.09 de la convention particulière du groupe.

Le commissaire a également statué que l'article M-28 de la convention cadre concernant le « temps de déplacement » ne s'appliquait pas en l'espèce et, à cet égard, il s'est reporté aux motifs exprimés dans la décision *Duggan*⁵ ainsi que dans la décision *Apesland*⁶ dans laquelle notre Cour a reconnu que la décision *Duggan* avait été rendue correctement⁷.

Le requérant soutient que le commissaire a commis une erreur en n'appliquant pas la clause M-28.05 de l'article M-28 de la convention cadre afin de limiter le montant de l'indemnité due à l'intimé. Il est allégué que cette clause prévoit le régime de rémunération valable lorsqu'un employé voyage par quelque moyen de transport lui servant de logement. Comme le navire était du genre de moyen de transport qui servait de logement à l'intimé, la clause M-28.05 s'appliquait et, en raison des dispositions de celle-ci, l'intimé avait droit à la plus élevée des deux rémunérations suivantes: sa rémunération journalière normale ou une rémunération pour les heures effectivement travaillées. Comme l'intimé n'a pas exécuté de tâches équivalent à plus que son quart ordinaire de travail de 7½ heures chaque jour, il n'a pas droit à plus que sa rémunération journalière normale.

Les dispositions pertinentes de l'article M-28 de la convention cadre méritent d'être reproduites en entier:

ARTICLE M-28
TEMPS DE DÉPLACEMENT

M-28.01 Aux fins de la présente convention, le temps de déplacement n'est rémunéré que dans les circonstances et dans les limites prévues par le présent article.

M-28.02 Lorsque l'employé est tenu de se rendre à l'extérieur de sa zone d'affectation en service commandé, au sens donné par l'employeur à ces expressions, l'heure de départ et le mode de transport sont déterminés par l'employeur, et l'employé est rémunéré pour le temps de déplacement conformément aux clauses M-28.03 et M-28.04. Le temps de déplacement comprend le temps des arrêts en cours de route, à condition que ces arrêts ne dépassent pas trois (3) heures.

⁵ *Duggan et le Conseil du trésor* (1985), 8 Décisions de la CRTFP 48, 3 septembre 1985, 166-2-15033.

⁶ *Apesland c. Canada*, Cour d'appel fédérale, 24 mai 1988 (n° du greffe A-669-87), le juge Mahoney, J.C.A., non publié.

⁷ Motifs du jugement de la Cour, *idem*, à la p. 1.

M-28.03 For the purposes of clauses M-28.02 and M-28.04, the travelling time for which an employee shall be compensated is as follows:

For travel by public transportation, the time between the scheduled time of departure and the time of arrival at a destination, including the normal travel time to the point of departure, as determined by the Employer,

For travel by private means of transportation, the normal time is determined by the Employer, to proceed from the employee's place of residence or work place, as applicable, direct to his destination and, upon his return, direct back to his residence or work place.

In the event that an alternate time of departure and/or means of travel is requested by the employee, the Employer may authorize such alternate arrangements, in which case compensation for travelling time shall not exceed that which would have been payable under the Employer's original determination.

M-28.04 If an employee is required to travel as set forth in clauses M-28.02 and M-28.03:

(a) On a normal working day on which he travels but does not work, the employee shall receive his regular pay for the day.

(b) On a normal working day on which he travels and works, the employee shall be paid:

(i) his regular pay for the day for a combined period of travel and work not exceeding his regular scheduled working hours,

and

(ii) at the applicable overtime rate for additional travel time in excess of his regularly scheduled hours of work and travel, with a maximum payment for such additional travel time not to exceed eight (8) hours' pay at the straight-time rate of pay.

(c) on a day of rest or on a designated paid holiday, the employee shall be paid at the applicable overtime rate for hours travelled to a maximum of (8) hours' pay at the straight-time rate of pay.

M-28.05 This Article does not apply to an employee when he travels by any type of transport in which he is required to perform work and/or which also serves as his living quarters during a tour of duty. In such circumstances, the employee shall receive the greater of:

(a) on a normal working day, his regular pay for the day,

or

(b) pay for actual hours worked in accordance with Article M-20, Designated Paid Holidays and the overtime provisions of the relevant Group Specific Agreement.

M-28.06 Compensation under this Article shall not be paid for travel time to courses, training sessions, conferences and seminars, unless the employee is required to attend by the Employer.

M-28.03 Aux fins des clauses M-28.02 et M-28.04, le temps de déplacement pour lequel l'employé est rémunéré est le suivant:

Lorsqu'il utilise les transports en commun, le temps compris entre l'heure de départ et l'heure prévue d'arrivée à destination, y compris le temps de déplacement normal jusqu'au point de départ, déterminé par l'employeur,

Lorsqu'il utilise des moyens de transport privés, le temps normal, déterminé par l'employeur, nécessaire à l'employé pour se rendre de son domicile ou de son lieu de travail, selon le cas, directement à sa destination et, à son retour, directement à son domicile ou à son lieu de travail,

Lorsque l'employé demande une autre heure de départ et/ou un autre moyen de transport, l'employeur peut acquiescer à sa demande, à condition que la rémunération du temps de déplacement ne dépasse pas celle qu'il aurait touchée selon les instructions initiales de l'employeur.

M-28.04 Lorsque l'employé est tenu de voyager ainsi qu'il est stipulé aux clauses M-28.02 et M-28.03:

a) un jour de travail normal pendant lequel il voyage mais ne travaille pas, il touche sa rémunération journalière normale.

b) un jour de travail normal pendant lequel il voyage et travaille, il touche:

(i) la rémunération normale de sa journée pour une période mixte de déplacement et de travail ne dépassant pas les heures de travail normales prévues à son horaire,

et

(ii) le taux applicable des heures supplémentaires pour tout temps de déplacement additionnel qui dépasse les heures normales de travail et de déplacement prévues à son horaire, le paiement maximal versé pour ce temps de déplacement additionnel ne devant pas dépasser huit (8) heures de rémunération au taux des heures normales.

c) un jour de repos ou un jour férié désigné payé, il est rémunéré au taux des heures supplémentaires applicable pour le temps de déplacement, jusqu'à concurrence de huit (8) heures de rémunération au taux des heures normales.

M-28.05 Le présent article ne s'applique pas à l'employé qui est tenu d'exercer ses fonctions à bord d'un moyen de transport quelconque dans lequel il voyage et/ou qui lui sert de logement pendant une période de service. Dans ce cas, l'employé reçoit la plus élevée des deux rémunérations suivantes:

a) un jour de travail normal, sa rémunération journalière normale

ou

b) une rémunération pour les heures effectivement travaillées, conformément à l'article M-20 (Jours fériés désignés payés) et aux dispositions concernant les heures supplémentaires de la convention particulière du groupe concerné.

M-28.06 Aux termes du présent article, la rémunération n'est pas versée pour le temps que met l'employé à se rendre à des cours, à des séances de formation, à des conférences et à des séminaires, sauf s'il est tenu par l'employeur d'y assister.

DISCUSSION

At the outset, I should like to mention that it has been recognized by this Court that "work" can involve what has been called "captive time" or time that normally would be non-working such as sleeping, or waiting for an airplane and the like.⁸ I do not find it necessary to review this jurisprudence or comment further on whether the decisions were correctly decided because, for the reasons that follow, I agree with the applicant's position that the Board member failed to apply the provision of clause M-28.05 herein and thereby committed a reviewable error.⁹

Clause M-28.05 appears to me to govern precisely the type of situation at issue in this case. Article M-28 prescribes special provisions for paying an employee less than the full overtime rate in cases where the employee is required to travel to a work site, but where he or she does not perform any work while so travelling. Clause M-28.05 is a special exception to this "travelling time" payment scheme by providing that employees are to be paid their ordinary rates of pay, including overtime rates, where work is performed in the course of travelling or where the means of transport serves as the employee's living quarters during a tour of duty.

When the Board member states that Article M-28 of the Master Agreement has no application in the context of this case and refers in this respect to the *Duggan* and *Apesland* decisions, he appears to have misunderstood their effect.¹⁰ In the instant case, the applicant argues not that all of Article M-28 relating to travelling time applies but rather that the exception to Article M-28, namely clause M-28.05, applies. This is exactly the result obtained in *Duggan* and *Apesland* albeit with slightly different wording in the corresponding provisions of the applicable collective agreement.

⁸ See e.g. *Falconer, O'Leary and Humphreys, supra*, notes 2, 3.

⁹ See e.g. *Osmack v. Canada*, Federal Court of Appeal, Iacobucci C.J., September 21, 1989 (Court File No. A-51-89) not yet reported.

¹⁰ See Reasons of the Board, Casebook, p. 136.

EXAMEN DE LA QUESTION

Au tout début, je voudrais mentionner que notre Cour a reconnu que le mot «travail» peut comprendre ce qu'on appelle le «temps mobilisé» ou temps qui serait normalement consacré à des activités autres que le travail, comme le sommeil, l'attente d'un avion ou quelque chose du genre⁸. Je ne crois pas nécessaire de réexaminer cette jurisprudence ou d'ajouter des remarques sur la question de savoir si les décisions ont été rendues correctement parce que, pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec la thèse du requérant selon laquelle le commissaire n'a pas appliqué les dispositions de la clause M-28.05 en l'espèce et a commis de ce fait une erreur révisable⁹.

La clause M-28.05 me semble régir précisément le genre de situation en cause. L'article M-28 prévoit des dispositions spéciales relativement au paiement à un employé d'un taux inférieur au plein taux des heures supplémentaires dans les cas où l'employé est tenu de se rendre à un lieu de travail, mais où il n'effectue aucun travail pendant qu'il voyage. La clause M-28.05 est une exception spéciale à ce régime de rémunération du «temps de déplacement» et prévoit que les employés doivent recevoir les taux normaux de salaire, y compris les taux des heures supplémentaires, lorsque le travail est exécuté en cours de déplacement ou lorsque le moyen de transport utilisé sert de logement à l'employé durant qu'il est en service.

Quand le commissaire déclare que l'article M-28 de la convention cadre ne s'applique pas en l'espèce, et qu'il se reporte à cet égard aux décisions *Duggan* et *Apesland*, il semble avoir mal compris leur portée¹⁰. Dans la présente affaire, le requérant prétend non pas que l'article M-28 concernant le temps de déplacement s'applique dans son ensemble mais plutôt que c'est l'exception à l'article M-28, à savoir la clause M-28.05, qui s'applique. C'est exactement la décision à laquelle on est arrivé dans *Duggan* et *Apesland* bien que les dispositions correspondantes de la convention col-

⁸ Voir par ex. les affaires *Falconer, O'Leary et Humphreys*, précitées, notes 2 et 3.

⁹ Voir par ex. *Osmack c. Canada*, Cour d'appel fédérale, le juge en chef Iacobucci, 21 septembre 1989 (n° du greffe A-51-89) encore inédit.

¹⁰ Voir les motifs de la Commission, Dossier, p. 136.

In *Apesland*, Mahoney J.A. stated that:

The application of Article 28 of the Collective Agreement is excluded by clause 28.06 [the equivalent to clause M-28.05 herein].¹¹

In other words, he held that clause M-28.06 prevailed in preference to the terms of Article M-28 dealing with travelling time generally. Here, the Board member appears to have understood *Apesland* to mean that all of Article M-28, including clause M-28.05, was inapplicable. This is not what Mahoney J.A. said in *Apesland* nor what the adjudicator said in *Duggan*, which was, as already mentioned, expressly accepted by Mahoney J.A. as correct.

Having concluded that clause M-28.05 of the Master Agreement applies, it now remains to decide its meaning. The clause stipulates that an employee is to receive the greater of his or her regular pay for the day and pay for "actual hours worked". The question then arises: What are actual hours worked? Do such hours mean time during which work related duties were actually performed or is the wording broad enough to include, as counsel for the respondent urged, all hours when an employee is "captive" on a ship, including sleep and leisure time?

Counsel for the respondent argued that the decisions in *Falconer* and *O'Leary and Humphreys* are of controlling force in this respect but I have doubts about that proposition. Neither case referred specifically to a provision comparable to clause M-28.05 and it is speculative to conclude whether there was such a clause or what it contained. Moreover, what was at issue in those cases was whether the entire time spent on a ship constituted "work" and not whether time spent on the ship was "actual hours worked" within the meaning of clause M-28.05. Consequently, I do not find those cases of much help.

lective applicable soient libellées de façon légèrement différente. Dans l'affaire *Apesland*, le juge Mahoney, J.C.A., a déclaré:

L'application de l'article 28 de la convention collective est exclue par la clause 28.06 [qui est l'équivalent de la clause M-28.05 en l'espèce]¹¹.

En d'autres mots, il a conclu que la clause M-28.06 l'emportait de préférence sur les termes de l'article M-28 concernant le temps de déplacement en général. Ici, le commissaire semble avoir compris que l'arrêt *Apesland* voulait dire que l'ensemble de l'article M-28, y compris la clause M-28.05, n'était pas applicable. Ce n'est pas ce que le juge Mahoney, J.C.A., a dit dans l'arrêt *Apesland* ni ce que l'arbitre a dit dans la décision *Duggan*, que le juge Mahoney, J.C.A., ainsi qu'il a déjà été mentionné, a expressément reconnue comme étant correcte.

d Après avoir conclu que la clause M-28.05 de la convention cadre s'applique, il me reste maintenant à me prononcer sur sa signification. La clause stipule que l'employé doit recevoir la plus élevée des deux rémunérations suivantes: sa rémunération e journalière normale ou une rémunération pour les «heures effectivement travaillées». Voici la question qui se pose alors: Quelles sont les heures effectivement travaillées? Ces heures désignent-elles le temps durant lequel des fonctions reliées au f travail ont effectivement été exercées ou le libellé est-il assez large pour comprendre, comme le fait valoir l'avocat de l'intimé, toutes les heures pendant lesquelles l'employé est «mobilisé» sur un navire, y compris le temps consacré au sommeil et g aux loisirs?

L'avocat de l'intimé a soutenu que les décisions rendues dans les affaires *Falconer* et *O'Leary et Humphreys* sont d'une force majoritaire à cet h égard, mais j'ai des doutes au sujet de cette proposition. Aucune des deux affaires ne renvoyait précisément à une disposition qui se compare à la clause M-28.05 et c'est pure spéculation de dire i qu'il existait une telle clause ou ce qu'elle contenait. De plus, dans ces affaires la question était de savoir si tout le temps passé sur un navire constituait du «travail» et non pas de savoir si le temps passé sur le navire représentait des «heures effectivement travaillées» au sens de la clause M-28.05. j Par conséquent, je ne crois pas que ces affaires soient d'une grande aide.

¹¹ *Apesland*, supra, note 6, at p. 1.

¹¹ *Apesland*, précitée à la note 6, p. 1.

In *Duggan* and *Apesland* comparable provisions which allowed additional compensation for “actual hours worked” were applied but the facts were quite different from the case at bar. In *Duggan*, an immigration officer escorted a deportee from Nova Scotia to the Maine/New Brunswick border, spent the night in St. Stephen, N.B., and drove back to Halifax the next day. The employer agreed that the drive down with the deportee was “work”, and the only question before the Board was whether the drive back was work or travel time, in which case Article M-28 would apply. The Board held that the drive back constituted “actual hours worked” and not mere travel time. In *Duggan* it was clear that the grievor was not sitting idle for any of the time claimed. In *Apesland*, the grievor escorted a prisoner to Minot, North Dakota, and claimed compensation for a period of several hours during which he simply waited for a return flight. This Court held that the wait, and the return trip, were actual hours worked and not mere travel time. While *Apesland* is perhaps closer to the facts in the instant case than *Duggan*, nonetheless, whatever idle time there was in *Apesland* was closely connected and on a continuum with the actual performance of work duties.

It seems to me that in looking at the language of clause M-28.05 and its context, the use of the adjective “actual” in the clause was intended to convey a meaning that described work in the normal sense of doing or engaging in the specific performance of duties. The clause’s reference to living quarters implies that if an employee is within the terms of clause M-28.05 then only the time spent actually working will count for payment and that so-called “captive time” on the ship is not to be treated as actual hours worked. I believe this interpretation to be reasonable and in accord with what I believe was intended by the parties to the collective agreement.

Dans les décisions *Duggan* et *Apesland*, on a appliqué des dispositions comparables qui accordaient une indemnité supplémentaire pour les «heures effectivement travaillées», mais les faits étaient totalement différents de la présente affaire. Dans l’affaire *Duggan*, un agent d’immigration accompagnait une personne extradée de la Nouvelle-Écosse à la frontière du Maine et du Nouveau-Brunswick, il a passé la nuit à St-Stephens (Nouveau-Brunswick) et est retourné en auto à Halifax le jour suivant. L’employeur a admis que le voyage-aller avec la personne extradée constituait du «travail», et la seule question dont était saisie la Commission était de savoir si le trajet du retour constituait du travail ou du temps de déplacement, dans lequel cas l’article M-28 s’appliquerait. La Commission a statué que le trajet du retour constituait des «heures effectivement travaillées» et non pas seulement du temps de déplacement. Dans l’affaire *Duggan*, il était évident que l’employé s’estimant lésé n’était pas assis à ne rien faire pendant quelque moment que ce soit du temps réclamé. Dans l’arrêt *Apesland*, l’employé s’estimant lésé a accompagné un prisonnier à Minot (Dakota du Nord) et a réclamé une indemnité pour les sept heures durant lesquelles il a simplement attendu un vol d’avion pour son retour. Notre Cour a statué que l’attente ainsi que le voyage de retour représentaient des heures effectivement travaillées et non simplement du temps de déplacement. Bien que les faits de l’affaire *Apesland* se rapprochent peut-être plus des faits de l’espèce que ceux de l’affaire *Duggan*, néanmoins, quelque temps libre qu’il y eût dans l’affaire *Apesland* il était lié étroitement et de façon continue à l’exercice effectif des fonctions de l’emploi.

Il me semble que, si l’on regarde le libellé de la clause M-28.05 et son contexte, l’emploi de l’adjectif «effectives» dans la clause visait à véhiculer un sens qui décrivait le travail dans le sens normal de s’adonner à des fonctions particulières. Le renvoi au logement dans la clause en question implique que, si un employé est visé par la clause M-28.05, alors seul le temps effectivement passé à travailler comptera pour le traitement et que le soi-disant «temps mobilisé» passé sur le navire ne doit pas être considéré comme des heures effectivement travaillées. Je crois que cette interprétation est raisonnable et compatible avec ce que j’estime que recherchaient les parties à la convention collective.

I find it difficult to accept that the Master Agreement intended that an employee should be paid at the double overtime rate while he is allowed a full night's sleep for a number of consecutive nights on a voyage which was a part of his specified job description duties and for which he was advised well in advance.

Accordingly, I would allow the section 28 application, set aside the decision of the Public Service Staff Relations Board dated July 5, 1989, and refer the matter back to the Board for reconsideration on the basis that clause M-28.05 of the Master Agreement is applicable in the circumstances of this case.

MAHONEY J.A.: I agree.

MARCEAU J.A.: I agree.

J'ai peine à admettre que la convention cadre visait à ce que l'employé soit payé à taux double tandis qu'il profitait d'une pleine nuit de sommeil durant un certain nombre de nuits consécutives à l'occasion d'un voyage qui faisait partie des fonctions mentionnées dans sa description de poste et dont il avait été avisé bien à l'avance.

Par conséquent, j'accueillerais la demande fondée sur l'article 28, annulerais la décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique en date du 5 juillet 1989 et renverrais l'affaire devant la Commission pour que celle-ci réexamine la question en tenant compte du fait que la clause M-28.05 de la convention cadre s'applique dans les circonstances de l'espèce.

MAHONEY, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

MARCEAU, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

T-1776-89

T-1776-89

Sylvia Albertha Robinson (*Applicant*)

v.

Minister of Citizenship (*Respondent*)**INDEXED AS: ROBINSON V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP) (T.D.)**

Trial Division, Jerome A.C.J.—Toronto, November 20; Ottawa, December 8, 1989.

Citizenship — Motion for mandamus directing respondent to issue duplicate certificate of citizenship — Original certificate confiscated by police during criminal investigation — Application for duplicate certificate under Citizenship Act, s. 11(1) denied — Application dismissed — No legislative provision for issuance of duplicate certificate — Citizenship Regulations, s. 26 expressly prohibiting issuance of duplicate certificates — Requirement Minister issue citizenship certificate to any citizen who has made application therefor complied with when original certificate issued.

Judicial review — Prerogative writs — Mandamus — Motion for mandamus directing respondent to issue duplicate certificate of citizenship — Original certificate confiscated by police during criminal investigation — Application for duplicate certificate under Citizenship Act, s. 11(1) denied — Application dismissed — Mandamus not granted unless statutory duty to perform action — No legislative provision for issuance of duplicate certificate.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Citizenship Act, S.C. 1974-75-76, c. 108, s. 11(1).
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 12(1), 27.
Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400, ss. 26(1), 27(1),(2).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

O'Grady v. Whyte, [1983] 1 F.C. 719; (1982), 42 N.R. 608 (C.A.); *Karavos v. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294; [1948] O.W.N. 17 (C.A.).

COUNSEL:

C. L. Campbell for applicant.
Roslyn Levine for respondent.

Sylvia Albertha Robinson (*requérante*)

c.

Ministre de la Citoyenneté (*intimé*)**RÉPERTORIÉ: ROBINSON c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ) (1^{re} INST.)**

b Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Toronto, 20 novembre; Ottawa, 8 décembre 1989.

Citoyenneté — Demande de mandamus qui enjoindrait à l'intimé de délivrer un double d'un certificat de citoyenneté — Le certificat original a été confisqué par la police au cours d'une enquête criminelle — La demande de duplicata en vertu de l'art. 11(1) de la Loi sur la citoyenneté a été rejetée — Demande rejetée — Aucune disposition législative ne prévoit la délivrance de duplicata — L'art. 26 du Règlement interdit expressément la délivrance de duplicata — L'obligation pour le ministre de délivrer un certificat de citoyenneté aux citoyens qui en font la demande a été exécutée lorsqu'il a délivré le certificat original.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Mandamus — Demande de mandamus qui enjoindrait à l'intimé de délivrer un double d'un certificat de citoyenneté — Le certificat original a été confisqué par la police au cours d'une enquête criminelle — La demande tendant à l'obtention du duplicata en vertu de l'art. 11(1) de la Loi sur la citoyenneté a été rejetée — Demande rejetée — Une demande de mandamus ne saurait être accueillie si la loi ne prévoit pas l'obligation d'accomplir l'acte demandé — Aucune disposition législative ne prévoit la délivrance de duplicata.

LOIS ET RÈGLEMENTS

g *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, chap. 108, art. 11(1).
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 12(1), 27.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
h *Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., chap. 400, art. 26(1), 27(1),(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

i *O'Grady c. Whyte*, [1983] 1 C.F. 719; (1982), 42 N.R. 608 (C.A.); *Karavos v. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294; [1948] O.W.N. 17 (C.A.).

AVOCATS:

j *C. L. Campbell* pour la requérante.
Roslyn Levine pour l'intimé.

SOLICITORS:

Campbell & Reitmeier, Toronto, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

JEROME A.C.J.: This motion brought pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, for an order in the nature of *mandamus* directing the respondent to issue a certificate or other proof of citizenship for the applicant, came on for hearing in Toronto, Ontario, on November 20, 1989. At that time, I gave oral reasons and indicated that these written reasons would follow.

The applicant was granted a certificate of Canadian citizenship on March 24, 1981. During an investigation conducted by the Metropolitan Toronto Police on October 6, 1984, the applicant's certificate of citizenship was confiscated. The certificate remains in the custody of the police, who require it as evidence in criminal legal proceedings. On June 29, 1987 the applicant made an application under subsection 11(1) of the *Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108 for a duplicate certificate. Her request was denied, and counsel for the applicant was advised by a representative of the Department of the Secretary of State of Canada that the applicant's application could not be processed, based on subsections 27(1) and 27(2) of the *Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400.

The applicant states that the Governor in Council has not initiated or taken any of the necessary steps to remove her status as a Canadian citizen, and argues, accordingly, that she is entitled to a duplicate certificate of citizenship, pursuant to subsection 11(1) of the *Citizenship Act*. She seeks a resolution of this matter through section 18 of the *Federal Court Act*, in the nature of an order of *mandamus*.

The respondent argues that a writ of *mandamus* may only be issued where the applicant has shown a clear, legal right to have the thing sought by it done. According to the respondent, the duty whose

PROCUREURS:

Campbell & Reitmeier, Toronto, pour la requérante.

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

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

LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: La présente requête, fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, et visant à obtenir une ordonnance de *mandamus* qui enjoindrait à l'intimé de délivrer à la requérante un certificat ou toute autre preuve de citoyenneté, a été entendue à Toronto (Ontario), le 20 novembre 1989, date à laquelle j'ai prononcé des motifs oraux et j'ai fait savoir que les présents motifs écrits suivraient.

Le 24 mars 1981, la requérante a obtenu un certificat de citoyenneté canadienne. Au cours d'une enquête tenue le 6 octobre 1984 par la police de la Communauté urbaine de Toronto, le certificat de citoyenneté de la requérante a été confisqué. La police détient ce certificat pour s'en servir comme preuve dans une poursuite criminelle. Le 29 juin 1987, la requérante s'est fondée sur le paragraphe 11(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, chap. 108 pour demander le duplicata de son certificat. Sa demande a été rejetée, et un représentant du Secrétariat d'État du Canada a avisé son avocat que sa demande ne pouvait être examinée compte tenu des paragraphes 27(1) et 27(2) du *Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., chap. 400.

La requérante soutient que puisque le gouverneur en conseil n'a pris aucune des mesures nécessaires pour lui retirer son statut de citoyenne canadienne, elle a donc droit à un double de son certificat de citoyenneté en vertu du paragraphe 11(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. Elle invoque l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour demander réparation, soit une ordonnance de *mandamus*.

L'intimé fait valoir qu'un bref de *mandamus* ne peut être décerné que si la requérante a établi un droit clair et licite de faire accomplir la chose dont elle demande l'exécution. Selon l'intimé, l'obliga-

performance it is sought to coerce by *mandamus* must be actually due and incumbent upon the officer at the time of seeking the relief, and the writ will not lie to compel the doing of an act which he or she is not under an obligation to perform. The respondent points out that the applicant was issued a citizenship certificate in March, 1981, and that subsection 26(1) of the *Citizenship Regulations* precludes the issuance of more than one valid citizenship certificate. The certificate issued to the applicant is still valid, the respondent argues, it is simply "temporarily outside of her possession". The respondent submits that there is no duty owed to the applicant by the Secretary of State under the *Citizenship Act* or *Regulations* to issue a duplicate citizenship certificate in the circumstances.

The statutory provisions relevant to this application are subsection 12(1) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 and Regulation 26(1) of the *Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400:

Citizenship Act:

12. (1) Subject to any regulations made under paragraph 27(i), the Minister shall issue a certificate of citizenship to any citizen who has made application therefor.

Citizenship Regulations:

26. (1) Subject to subsection (2), no person shall hold

- (a) more than
 (i) one valid certificate of naturalization or certificate of citizenship, and
 (ii) one miniature certificate of citizenship or other certificate of citizenship containing his photograph; or
 (b) more than one certificate of renunciation.

As I indicated at the time of hearing, this application is dismissed for the reason that an application for *mandamus* cannot succeed in the absence of a clear statutory duty on the part of the officer, in this case of the Department of the Secretary of State, to perform the action requested. As counsel for the respondent indicated, support for this position may be found in the Federal Court of Appeal's decision in *O'Grady v. Whyte*, [1983] 1 F.C. 719; (1982), 42 N.R. 608, where the Court held that before *mandamus* can be granted, the applicant must show that: 1) it has a clear legal right to have the thing sought by it done; 2)

tion dont on demande l'exécution forcée par voie de *mandamus* doit être née et doit incomber au fonctionnaire au moment de la demande de réparation, et le bref ne sera pas décerné pour forcer l'accomplissement d'un acte auquel le fonctionnaire n'est pas tenu. L'intimé souligne que la requérante s'est vu délivrer un certificat de citoyenneté en mars 1981, et que le paragraphe 26(1) du *Règlement sur la citoyenneté* interdit de délivrer plus d'un certificat de citoyenneté valide. Le certificat délivré à la requérante est encore valide, selon l'intimé, et il lui est simplement [TRA-DUCTION] «retiré de façon temporaire». L'intimé soutient que, à l'égard de la requérante, le Secrétaire d'État n'est nullement tenu sous le régime de la Loi ou du Règlement sur la citoyenneté de délivrer un double d'un certificat de citoyenneté dans les circonstances.

Les dispositions législatives qui s'appliquent à la présente demande sont le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), chap. C-29 et le paragraphe 26(1) du *Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., chap. 400:

Loi sur la citoyenneté

12. (1) Sous réserve des règlements d'application de l'alinéa 27*i*), le ministre délivre un certificat de citoyenneté aux citoyens qui en font la demande.

Règlement sur la citoyenneté

26. (1) Sous réserve du paragraphe (2), il est interdit à quiconque de posséder

- a) plus
 i) d'un certificat de naturalisation ou d'un certificat de citoyenneté valide, et
 ii) d'un certificat de citoyenneté petit format ou d'un autre certificat de citoyenneté portant sa photographie; ou
 b) plus d'un certificat de répudiation.

Ainsi que je l'ai indiqué au moment de l'audition, la présente demande est rejetée pour le motif qu'une demande de *mandamus* ne saurait être accueillie si la loi ne prévoit pas clairement que le fonctionnaire, en l'occurrence celui du Secrétaire d'État, est tenu d'accomplir l'acte demandé. Selon l'avocat de l'intimé, cet argument trouve son fondement dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *O'Grady c. Whyte*, [1983] 1 C.F. 719; (1982), 42 N.R. 608, où la Cour a statué que, pour que le bref de *mandamus* puisse être accordé, celui qui le sollicite doit établir ce qui suit: 1) un droit clair et licite de faire accomplir la chose dont il demande

the duty whose performance it is sought to coerce is actually due and incumbent upon the officer at the time of seeking the relief; 3) the duty is purely ministerial in nature; and 4) there has been a demand and a refusal to perform the duty. Mr. Justice Urie in *O'Grady*, *supra*, quoted at some length from the Ontario Court of Appeal's decision in *Karavos v. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294; [1948] O.W.N. 17, where Mr. Justice Laidlaw held, at page 297 D.L.R.:

Before the remedy [*mandamus*] can be given, the applicant for it must show (1) "a clear, legal right to have the thing sought by it done, and done in the manner and by the person sought to be coerced": High's Extraordinary Legal Remedies, 3rd ed., p. 13, art 9; p. 15, art. 10.

Neither the *Citizenship Act* nor Regulations make provision for the issuance of a duplicate certificate of citizenship to an individual who may, for whatever reason, require one. The wording of subsection 12(1) of the Act calls upon the Minister to "issue a certificate of citizenship to any citizen who has made application therefor". The Minister complied with this particular duty when the applicant was issued with her certificate of citizenship in March, 1981, and, having done so, has discharged any and all obligations arising from that section.

That the wording of subsection 12(1) of the Act compels a "one time" issuance of a certificate only is confirmed in the wording of subsection 26(1) of the Regulations, which states that no person shall hold more than "one valid . . . certificate of citizenship". The applicant may not be, at present, in physical possession of the certificate which has been issued to her, but there is no evidence to suggest that the certificate is no longer in existence, or that it is no longer valid. For the purposes of the Act and Regulations, the applicant holds a valid certificate of citizenship. Not only is there no provision in the statute allowing for the issuance of a duplicate, but the Regulations expressly prohibit such an action.

I am unable to find, therefore, that the applicant has demonstrated a legal right to the action she seeks to have performed. There is no legal obligation on the part of the Department of the Secretary of State to issue a duplicate certificate, and

l'exécution; 2) l'obligation dont il demande l'exécution forcée par voie de *mandamus* doit être née et doit incomber au fonctionnaire au moment de la demande de réparation; 3) cette obligation doit être de nature purement ministérielle; et 4) il doit y avoir une demande et un refus d'exécuter l'obligation. Dans l'arrêt *O'Grady* précité, le juge Urie a cité un extrait assez long de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Karavos v. Toronto & Gillies*, [1948] 3 D.L.R. 294; [1948] O.W.N. 17, où le juge Laidlaw s'est prononcé en ces termes à la page 297 D.L.R.:

[TRADUCTION] Pour que le redressement [*mandamus*] puisse être accordé, celui qui le sollicite doit établir ce qui suit: (1) «un droit clair et licite de faire accomplir la chose dont on demande l'exécution, de la manière demandée, et par la personne qui fait l'objet de la demande de redressement»: High's Extraordinary Legal Remedies, 3rd ed., p. 13, art. 9; p. 15, art. 10.

Ni la Loi ni le *Règlement sur la citoyenneté* ne prévoient la délivrance du double d'un certificat de citoyenneté à une personne qui peut, pour quelque raison que ce soit, en demander un. Aux termes du paragraphe 12(1) de la Loi, le ministre «délivre un certificat de citoyenneté aux citoyens qui en font la demande». Le ministre a exécuté cette obligation particulière lorsque la requérante a obtenu son certificat de citoyenneté en mars 1981, et il s'est ainsi acquitté de toutes les obligations prévues à ce paragraphe.

Le fait que le texte du paragraphe 12(1) de la Loi impose une délivrance «unique» de certificat se trouve confirmé par celui du paragraphe 26(1) du Règlement, qui prévoit qu'il est interdit à quiconque de posséder plus «d'un certificat de citoyenneté valide». Il se peut que, actuellement, la requérante ne soit pas en possession matérielle du certificat qu'on lui a délivré, mais rien ne prouve que ce certificat n'existe plus ou qu'il n'est plus valide. Aux fins de la Loi et du Règlement, la requérante détient un certificat de citoyenneté valide. Non seulement la loi ne prévoit pas la délivrance d'un double, mais le Règlement interdit expressément un tel acte.

En conséquence, je ne saurais conclure que la requérante a établi un droit licite à l'acte qu'elle cherche à faire accomplir. Le Secrétariat d'État n'est nullement tenu par la loi de délivrer un double d'un certificat, et la requérante n'a pas

the applicant has on that basis failed to fulfil one of the key preconditions to the granting of *mandamus*.

The applicability of both section 27 of the Regulations and section 27 of the *Citizenship Act* was raised during argument, and my references to the regulation and to the identically numbered section of the Act may have given rise to some confusion. Ultimately, neither section 27 of the Regulations nor section 27 of the Act affect my decision herein. I have not considered Regulation 27 in these reasons since the regulation deals with the surrendering of a certificate of citizenship to the Registrar where there is reason to believe "that the person may not be entitled thereto or has violated any of the provisions of the Act", and with the Registrar's right to retain and/or cancel the certificate in these circumstances. The Registrar in this case does not appear to have exercised the powers conferred on him by regulation 27, and the section would therefore appear to be of little relevance to the issue before me. Section 27 of the Act empowers the Governor in Council to make regulations providing for, *inter alia*, the "number of copies of any certificate . . . issued under this Act . . . that any person is entitled to have". This the Governor in Council appears to have done in section 26 of the Regulations which, as I have stated, is ultimately determinative of the issue before me.

For the above reasons, therefore, this application is dismissed.

ainsi rempli l'une des principales conditions préalables à l'octroi d'un bref de *mandamus*.

On a soulevé au cours du débat l'applicabilité tant de l'article 27 du Règlement que de l'article 27 de la *Loi sur la citoyenneté*, et le fait que j'ai mentionné la règle et l'article de la Loi numérotés de façon identique a peut-être créé de la confusion. En dernière analyse, ni l'article 27 du Règlement, ni l'article 27 de la Loi n'affectent ma décision en l'espèce. Je n'ai pas examiné la règle 27 dans les présents motifs puisqu'elle porte sur la restitution d'un certificat de citoyenneté au greffier lorsqu'il y a des raisons de croire «que la personne n'y a pas droit ou a violé l'une quelconque des dispositions de la Loi», et sur le droit du greffier de retenir ou d'annuler ou de retenir et d'annuler le certificat dans ces circonstances. En l'espèce, le greffier ne semble pas avoir exercé les pouvoirs qu'il tient de la règle 27, et l'article semblerait donc intéresser peu la question dont je suis saisi. En vertu de l'article 27 de la Loi, le gouverneur en conseil peut notamment, par règlement, préciser le nombre de copies de certificats . . . délivrés en vertu de la présente loi . . . qu'une personne a le droit d'obtenir». C'est ce que le gouverneur en conseil semble avoir fait à l'article 26 du Règlement qui, ainsi que je l'ai dit, tranche définitivement la question dont je suis saisi.

Par ces motifs, la présente demande est rejetée.

T-865-85

T-865-85

Abie Weisfeld (also known as Eibie Weizfeld) (Plaintiff)

v.

Her Majesty the Queen and the Minister of Public Works (Defendants)

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

Trial Division, McNair J.—Ottawa, December 5, 6, 7, 8 and 9, 1988; Vancouver, May 5, 1989.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of expression — Peace camp shelter set up on Parliament Hill grounds to protest testing by U.S.A. of cruise missiles in Canada — Removal of shelter not violating plaintiff's freedom of expression — S. 2(b) freedom neither absolute nor unqualified — To be weighed against collective interest — Public Works Nuisances Regulations aimed at conduct, not content — Mere presence of structures on grounds insufficient to render them expressive symbols of anti-cruise message — No evidence freedom of peaceful assembly and association interfered with.

Crown — Torts — Peace camp shelter set up on Parliament Hill to protest testing of cruise missiles in Canada by U.S.A. — Removal and dismantlement of shelter under ss. 4(2) Ontario Trespass to Property Act and 6(2) Public Works Nuisances Regulations within defendants' authority — Shelter and other chattels constituting trespass and public nuisance — Federal Crown not subjecting self to provincial law by engaging in activity regulated thereby.

Public works — Plaintiff erecting peace camp shelter on Parliament Hill grounds to protest Canadian policy allowing U.S.A. to test cruise missiles in Canada — Right of defendants to remove and dismantle shelter under s. 4(2) Ontario Trespass to Property Act and s. 6(2) Public Works Nuisances Regulations — Shelter and other chattels constituting trespass and public nuisance — Term "nuisance" in Regulations meaning public nuisance — Constraints aimed at regulation of conduct, not content in terms of time, place and manner — Not impacting adversely upon content of plaintiff's message.

In 1983 the plaintiff set up a peace camp on the grounds of Parliament Hill to protest the Canadian government's policy allowing the U.S.A. to test its cruise missiles in Canada. The

Abie Weisfeld (également connu sous le nom de Eibie Weizfeld) (demandeur)

a c.

Sa Majesté la Reine et le ministre des Travaux publics (défendeurs)

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

b

Section de première instance, juge McNair—Ottawa, 5, 6, 7, 8 et 9 décembre 1988; Vancouver, 5 mai 1989.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté d'expression — Camp de la paix érigé sur la colline du Parlement pour protester contre la mise à l'essai par les États-Unis des missiles de croisière au Canada — L'enlèvement de l'abri du camp de la paix ne violait pas la liberté d'expression du demandeur — La liberté garantie par l'art. 2b) de la Charte n'est ni absolue ni inconditionnelle — Il faut l'examiner en tenant compte de l'intérêt commun — Le Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics vise le mode d'exercice et non le contenu de cette liberté — La simple présence de structures sur la colline parlementaire ne suffit pas à en faire des symboles expressifs de message contre les missiles de croisière — Rien ne prouve qu'on a fait obstacle à la liberté de réunion pacifique et d'association.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Abri du camp de la paix érigé sur la colline parlementaire pour protester contre la mise à l'essai par les États-Unis des missiles de croisière au Canada — Les défendeurs avaient le pouvoir en vertu de l'art. 4(2) de la Loi sur l'entrée sans autorisation de l'Ontario et de l'art. 6(2) du Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics, d'enlever et de démanteler l'abri du camp de la paix — L'abri en question ainsi que les autres biens meubles constituaient, à la fois, une entrée sans autorisation et une nuisance publique — La Couronne fédérale qui poursuit des activités régies par les lois provinciales n'est pas liée par ces lois.

Travaux publics — Le demandeur a érigé un abri du camp de la paix sur la colline du Parlement pour protester contre la politique canadienne qui autorisait les États-Unis à mettre à l'essai leurs missiles de croisière au Canada — Les défendeurs avaient le droit d'enlever et de démanteler l'abri en question en vertu de l'art. 4(2) de la Loi sur l'entrée sans autorisation de l'Ontario et de l'art. 6(2) du Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics — L'abri en question ainsi que les autres biens meubles constituaient une entrée sans autorisation et une nuisance publique — L'expression «acte nuisible» utilisée dans le Règlement englobe la nuisance publique — Les restrictions visaient à régir le comportement du demandeur et non le contenu de son message, quant à la manière, au temps et au lieu — Elles ne portaient pas atteinte au contenu de son message.

En 1983, le demandeur a érigé sur la colline du Parlement un camp de la paix pour protester contre la décision du gouvernement canadien d'autoriser les États-Unis à mettre à l'essai leurs

peace camp, originally a rudimentary shelter, was made a more permanent structure in 1985.

Following complaints from citizens, the Minister of Public Works, on April 22, 1985, required the plaintiff, by notice given pursuant to subsection 4(2) of the Ontario *Trespass to Property Act*, to remove the peace camp shelter. Upon the plaintiff's refusal to comply, a work crew of the Department of Public Works proceeded to dismantle and remove the shelter and other chattels. Plaintiff subsequently attempted to re-establish the peace camp but was prevented from doing so pursuant to subsection 6(2) of the *Public Works Nuisances Regulations*. That provision, which came into effect on April 23, 1985, prohibits the construction of any structure on any public work except under the authority of the Minister.

This action for declaratory relief raises two issues: (1) whether the defendants were entitled to remove the shelter, tents, tables and other chattels erected on the grounds of Parliament Hill; (2) whether the defendants' actions violated the plaintiff's freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter. The plaintiff argues that the shelter symbolized his continuous protest against the Canadian government's policy, that the symbol was essential to the effective communication of his political message, and that the governmental restrictions were aimed at content, not conduct, thereby inhibiting his right to political expression.

Held, the action should be dismissed.

(1) *Public nuisance and trespass*

The shelter, tents, tables and other objects erected on the grounds of Parliament Hill contained all the elements of a public nuisance, whether at common law or by virtue of the *Public Works Nuisances Regulations*. They constituted an unreasonable interference with the use and enjoyment of those grounds by classes of Her Majesty's subjects, namely, those charged with their management and control, and members of the public. There was ample evidence that the peace camp shelter interfered with the proper maintenance of the grounds and that its presence imposed additional burdens on the forces responsible for security on Parliament Hill. The use of open-flame cooking, lighting and heating devices constituted a potential fire hazard. An inference could be drawn that the lack of proper sanitary facilities might lead to health problems. Finally, the shelter offended the aesthetic sensibilities of a number of visitors to Parliament Hill, who perceived it as an "eyesore". The shelter and tents constituted "structures" which contravened subsection 6(2) of the *Public Works Nuisances Regulations*. It was unnecessary to determine whether a folding table constituted such a "structure" given the finding of public nuisance.

Although the word "nuisance" in the Regulations refers to a public nuisance, the Court was not concerned with any element of criminality. The defendants were entitled to avail themselves of their common law right of abatement by removing the obstructions complained of, without first having to take crimi-

missiles de croisière au Canada. Au début, le camp de la paix était rudimentaire mais en 1985, il a pris un caractère plus permanent.

Par suite des plaintes provenant de citoyens, le ministre des Travaux publics a, le 22 avril 1985, enjoint au demandeur au moyen d'un avis donné conformément au paragraphe 4(2) de la *Loi sur l'entrée sans autorisation* de l'Ontario, d'enlever l'abri du camp de la paix. Vu le refus du demandeur d'accéder à cette demande, une équipe d'employés du ministère des Travaux publics a procédé au démantèlement et à l'enlèvement de l'abri et des autres biens meubles. Le demandeur a par la suite tenté de reconstruire le camp de la paix, mais il en a été empêché en vertu du paragraphe 6(2) du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics*. Cette disposition qui est entrée en vigueur le 23 avril 1985, interdit la construction de toute structure sur un ouvrage public, à moins d'y être autorisé par le ministre.

La présente action visant un jugement déclaratoire soulève deux questions: (1) les défendeurs avaient-ils le droit d'enlever l'abri, les tentes, tables et autres biens meubles installés sur la colline du Parlement; (2) les actes des défendeurs violaient-ils la liberté d'expression du demandeur garantie par l'alinéa 2b) de la Charte. Le demandeur prétend que l'abri constituait un symbole de sa protestation continue contre la politique du gouvernement canadien, que le symbole en question était essentiel pour la communication efficace de son message politique et que les restrictions gouvernementales visaient le contenu dudit message et non pas son comportement, portant ainsi atteinte à son droit d'exprimer ses vues politiques.

Jugement: l'action devrait être rejetée.

(1) *Nuisance publique et entrée sans autorisation*

L'abri, les tentes, les tables et autres objets installés sur la colline du Parlement avaient toutes les caractéristiques d'une nuisance publique, que ce soit en vertu de la *common law* ou du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics*. Ils constituaient un obstacle déraisonnable à l'utilisation et à la jouissance de ces lieux pour certaines catégories de sujets de Sa Majesté, à savoir les personnes responsables de la gestion et du contrôle des lieux et les citoyens. La preuve établissait clairement que l'abri du camp de la paix nuisait à l'entretien convenable des lieux et que sa présence imposait un surcroît de travail aux autorités responsables de la sécurité sur la colline parlementaire. L'utilisation d'appareils de cuisson, d'éclairage et de chauffage à flamme découverte constituait un danger d'incendie. On pourrait conclure que l'absence d'installations sanitaires adéquates risquait de causer des problèmes de santé. Enfin, l'abri offensait la vue de nombreux visiteurs qui se promenaient sur la colline et qui le considéraient comme une «horreur». L'abri et les tentes constituaient des «structures» qui contrevenaient au paragraphe 6(2) du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics*. Il était inutile d'établir si une table pliante constituait une «structure» de ce genre puisqu'on avait constaté l'existence d'une nuisance publique.

Bien que l'expression «acte nuisible» dans le Règlement englobe la nuisance publique, la Cour n'était préoccupée par aucun élément de criminalité. Les défendeurs avaient le droit de recourir à la suppression de la nuisance publique, que prévoit la *common law*, et de faire disparaître les obstacles en question

nal proceedings, summarily or by indictment, against the person alleged to have perpetrated the public nuisance.

The plaintiff's action of placing structures on the Parliament Hill grounds amounted to an actionable trespass sufficient to justify their removal. Failure to remove an object placed on another's land constitutes an actionable wrong and there is continuing trespass as long as the object remains.

(2) *Freedom of expression under Charter, paragraph 2(b)*

Paragraph 2(b) of the Charter did not deprive the defendants their right to remove the shelter, tents, tables and other chattels.

The freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter is not an absolute and unqualified freedom to disregard existing laws reflecting the collective interest of organized society as a whole. The governmental constraints were directed to the reasonable regulation of conduct in terms of time, place and manner. Those constraints did not impact adversely upon the content of the plaintiff's message which was communicated by word of mouth, by handing out leaflets and by carrying placards. While the shelter, tents, tables and other chattels may have been intended as attractions for inviting further inquiry, their mere presence was not sufficient, of itself, to make them essential, expressive symbols of the plaintiff's anti-cruise message.

Finally, the evidence did not show any semblance of interference with the plaintiff's freedom of peaceful assembly and association. Although it was unnecessary to express an opinion as to the application of Charter section 1, the restrictions herein were within the scope of reasonable limits under that section.

The plaintiff's submission, that subsections 4(2) of the *Trespass to Property Act* and 6(2) of the Regulations, by allegedly conferring an unlimited discretion upon the Minister of Public Works without articulating any controlling guidelines, impinged upon his freedom of expression and violated the rule of law, had to be rejected. Nor could the submission, that by engaging in activity regulated by provincial law, the federal Crown had subjected itself to that law, be accepted. Upon the application of section 16 of the *Interpretation Act*, the provincial statute was not binding on Her Majesty in right of Canada nor did it affect Her rights and prerogatives.

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.), ss. 1, 2(b),(c),(d).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 176.
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. 1-23, s. 16.
Public Works Act, R.S.C. 1970, c. P-38, s. 28.
Public Works Nuisances Regulations, C.R.C., c. 1365, ss. 2, 4 (rep. and sub. by SOR/85-370, s. 1), 5 (as added *idem*), 6(2) (as added *idem*), 8 (as added *idem*), 9 (as added *idem*).

sans devoir d'abord tenter des poursuites criminelles, par procédure sommaire ou par mise en accusation, contre la personne à qui l'on reprochait d'avoir commis la nuisance publique.

Le fait pour le demandeur d'installer des structures sur la colline du Parlement équivalait à une entrée sans autorisation ouvrant droit à une poursuite et justifiait leur enlèvement. Le défaut d'enlever un objet placé sur le terrain d'autrui constitue une faute ouvrant droit à une poursuite, et l'entrée sans autorisation se poursuit aussi longtemps que l'objet n'est pas enlevé.

(2) *Liberté d'expression prévue à l'alinéa 2b) de la Charte*

L'alinéa 2b) de la Charte ne privait pas les défendeurs de leur droit d'enlever l'abri, les tentes, les tables et autres biens mobiliers.

La liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte ne donne pas toute latitude pour faire fi des lois en vigueur, qui reflètent les intérêts collectifs d'une société organisée. Les restrictions du gouvernement avaient pour objet d'imposer des normes de comportement raisonnables quant au temps, au lieu et à la manière. Ces restrictions ne portaient nullement atteinte au contenu du message qui était communiqué verbalement, ou au moyen de feuillets ou de pancartes. Les abris, les tentes, les tables et les autres objets mobiliers qui se trouvaient sur la colline étaient peut-être destinés à éveiller la curiosité des passants, mais leur simple présence ne suffisait pas à en faire des moyens essentiels d'expression de message anti-missile du demandeur.

Enfin, la preuve n'a pas démontré que, même en apparence, la liberté de réunion pacifique et d'association du demandeur n'a pas été respectée. Bien qu'il fût inutile d'exprimer une opinion relativement à l'application de l'article 1 de la Charte, les restrictions en cause constituaient des limites raisonnables au sens dudit article.

L'argument du demandeur selon lequel les paragraphes 4(2) de la *Loi sur l'entrée sans autorisation* et 6(2) du Règlement auraient conféré au ministre des Travaux publics un pouvoir illimité sans contenir aucune directive quant à l'exercice de ce pouvoir, ce qui empiétait sur sa liberté d'expression et violait la règle de droit, devait être rejeté. Il en est de même en ce qui concerne l'argument selon lequel la Couronne fédérale, en poursuivant des activités qui sont régies par des lois provinciales, devait se considérer comme liée par ces lois. En vertu de l'article 16 de la *Loi d'interprétation*, la loi provinciale ne liait Sa Majesté du chef du Canada ni n'avait d'effet à l'égard de celle-ci ou sur ses droits et prérogatives.

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, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 2b),c),d).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 176.
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. 1-23, art. 16.
Loi sur l'entrée sans autorisation, L.R.O. 1980, chap. 511, art. 4(2).
Loi sur les travaux publics, S.R.C. 1970, chap. P-38, art. 28.

Trespass to Property Act, R.S.O. 1980, c. 511, s. 4(2).

Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics, C.R.C., chap. 1365, art. 2, 4 (abrogé et remplacé par DORS/85-370, art. 1), 5 (ajouté idem), 6(2) (ajouté idem), 8 (ajouté idem), 9 (ajouté idem).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Videoflicks Ltd. et al. (1984), 48 O.R. (2d) 395; 14 D.L.R. (4th) 10 (C.A.); affd *sub nom. R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; 35 D.L.R. (4th) 338 (C.A.); *Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 et al. and Government of Saskatchewan et al.* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609 (Sask. C.A.); *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; *New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1984] 2 F.C. 410 (C.A.); *Attorney-General for Ontario v. Orange Productions Ltd. et al.* (1972), 21 D.L.R. (3d) 257 (Ont. H.C.).

DISTINGUISHED:

Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada, [1987] 2 F.C. 68 (C.A.); *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573.

CONSIDERED:

Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U.S. 288; 82 L.Ed. 2d 221 (1984); *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536; 13 L.Ed. 2d 471 (1965).

REFERRED TO:

Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors (1984), 45 O.R. (2d) 80 (C.A.); affg (1983), 41 O.R. (2d) 583 (Div. Ct.); *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.); *Baird, et al. v. The Queen*, Ont. S.C., No. 1062/85, Maloney J., 10/1/86, not reported; affd Ont. C.A., No. 96/86, Brooke, Goodman and Grange JJ., 9/6/87, not reported; *Gauthier v. The King* (1918), 56 S.C.R. 176; *Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61; *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.) et al.*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Attorney-General v. P. Y. A. Quarries Ltd.*, [1957] 2 Q.B. 169; *Reynolds v. Urban District Council of Presteign*, [1896] 1 Q.B. 604; *Georgian Cottagers' Association Inc. v. Corporation of Township of Flos & Kerr* (1962), 32 D.L.R. (2d) 547 (Ont. H.C.); *Cardiff Rating Authority and Cardiff Assessment Committee v. Guest Keen Baldwin's Iron Steel Co., Ltd.*, [1949] 1 K.B. 385 (C.A.); *Cromer v. B.C. Teachers' Fed.*, [1986] 5 W.W.R. 638; 29 D.L.R. (4th) 641 (B.C.C.A.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.

a JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. v. Videoflicks Ltd. et al. (1984), 48 O.R. (2d) 395; 14 D.L.R. (4th) 10 (C.A.); conf. par *sub nom. R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; 35 D.L.R. (4th) 338 (C.A.); *Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 et al. and Government of Saskatchewan et al.* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609 (C.A. Sask.); *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410 (C.A.); *Attorney-General for Ontario v. Orange Productions Ltd. et al.* (1972), 21 D.L.R. (3d) 257 (H.C. Ont.).

d

DISTINCTION FAITE AVEC:

Comité pour la République du Canada c. Canada, [1987] 2 C.F. 68 (C.A.); *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

e

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Clark v. Community for Creative Non-Violence, 468 U.S. 288; 82 L.Ed. 2d 221 (1984); *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536; 13 L.Ed. 2d 471 (1965).

f

DÉCISIONS CITÉES:

Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors (1984), 45 O.R. (2d) 80 (C.A.); conf. (1983), 41 O.R. (2d) 583 (C. div.); *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.); *Baird, et al. v. The Queen*, C.S. Ont., n° 1062/85, juge Maloney, 10-1-86, non publiée; conf. par C.A. Ont., No. 96/86, juges Brooke, Goodman et Grange, 9-6-87, non publiée; *Gauthier v. The King* (1918), 56 R.C.S. 176; *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61; *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.) et autre*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Attorney-General v. P. Y. A. Quarries Ltd.*, [1957] 2 Q.B. 169; *Reynolds v. Urban District Council of Presteign*, [1896] 1 Q.B. 604; *Georgian Cottagers' Association Inc. v. Corporation of Township of Flos & Kerr* (1962), 32 D.L.R. (2d) 547 (H.C. Ont.); *Cardiff Rating Authority and Cardiff Assessment Committee v. Guest Keen Baldwin's Iron Steel Co., Ltd.*, [1949] 1 K.B. 385 (C.A.); *Cromer v. B.C. Teachers' Fed.*, [1986] 5 W.W.R. 638; 29 D.L.R. (4th) 641 (C.A.C.-B.); *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

j

AUTHORS CITED

Clerk & Lindsell on Torts, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 1982.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co. Ltd., 1983.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.
 Mill, John S. *On Liberty*. London: Walter Scott Publishing Co., 1900-01.
Salmond and Heuston on the Law of Torts, 18th ed. by R. F. V. Heuston and R. S. Chambers. London: Sweet & Maxwell, 1981.

COUNSEL:

Harry Kopyto, Sylvano Debrio and Joseph E. Magnet for plaintiff.
Luther Chambers, Q.C. for defendants.

SOLICITORS:

Harry Kopyto, Toronto, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MCNAIR J.:

A Case for Charter Relief

This case is the aftermath of certain political activity staged on the grounds of Parliament Hill by the plaintiff and others to protest the policy of the Canadian government in permitting the United States of America to test its cruise missiles in Canada. The plaintiff's thesis is simply that the establishment of a peace camp on Parliament Hill to symbolize his continuous and ongoing protest against the cruise missile policy was essential to the effective communication of his political message. The plaintiff pleads that the actions of the defendants in dismantling and removing the peace camp shelter from Parliament Hill and in continuing to prevent him from maintaining a peace encampment thereon violated his constitutional right of freedom to protest as guaranteed by paragraphs 2(b), 2(c) and 2(d) 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.)]. More specifically, the prayer for relief of the plaintiff's statement of

DOCTRINE

Clerk & Lindsell on Torts, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 1982.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co. Ltd., 1983.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.
 Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. Cowansville (Oc): Éditions Yvon Blais Inc., 1988
 Mill, John S. *On Liberty*. London: Walter Scott Publishing Co., 1900-01.
Salmond and Heuston on the Law of Torts, 18th ed. by R. F. V. Heuston and R. S. Chambers. London: Sweet & Maxwell, 1981.

AVOCATS:

Harry Kopyto, Sylvano Debrio et Joseph E. Magnet pour le demandeur.
Luther Chambers, c.r., pour les défendeurs.

PROCUREURS:

Harry Kopyto, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

LE JUGE MCNAIR:

f Cas de redressement fondé sur la Charte

La présente action est la conséquence de certaines activités politiques organisées par le demandeur et d'autres personnes sur la colline du Parlement, pour protester contre la décision du gouvernement canadien d'autoriser les États-Unis d'Amérique à mettre à l'essai leurs missiles de croisière au Canada. Le demandeur prétend en gros que le camp de la paix érigé sur la Colline, qui symbolisait son opposition acharnée à cette décision, était essentiel à la communication efficace de son message politique. Il soutient que les mesures prises par les défendeurs pour enlever l'abri qu'il avait construit sur la colline du Parlement et pour l'empêcher de s'y réinstaller ont contrevenu à son droit à la liberté de protestation garanti aux alinéas 2b),c) et d) 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, chap. 11 (R.-U.)]. En particulier, il demande dans sa

claim seeks, *inter alia*, the following declaratory relief, viz.:

(b) (i) A declaration that section 6(2) of the *Public Works Nuisances Regulations* are of no force or effect.

(ii) A declaration that the acts of the Defendant in dismantling the Parliament Hill Peace Camp and evicting the Plaintiffs as occupants thereof and in interfering with the Plaintiff's expressive activities in attempting to protest on Parliament Hill by distributing literature from a table violated the rights of the Plaintiffs as guaranteed under Section 2(b), (c), (d) of the Charter of Rights and Freedoms and are not justifiable under Section 1 thereof, and are to that extent of no force or effect under Section 52 thereof;

In addition to the foregoing, the plaintiff claims consequential relief in the form of an injunction, special damages of \$2,000 and punitive or general damages of \$200,000.

Facts

In 1983 the plaintiff conceived the idea of establishing a peace camp on the grounds of Parliament Hill to protest the government's cruise missile policy. On April 18, 1983 the plaintiff was given gratuitous permission by officials of the government of Canada to erect a tent on the Parliament Hill grounds. The plaintiff and other occupants of the tent were asked the next day by officers of the RCMP to remove the tent and, when they refused to comply, the RCMP officers removed the tent themselves. The plaintiff was never given permission at any time thereafter to erect tents on the grounds of Parliament Hill. Nonetheless, the plaintiff and several of his fellow protestors maintained their peace camp watch on Parliament Hill for about a week, handing out leaflets and sleeping on the ground without shelters or tents. Later in the spring of 1983, the plaintiff and his compatriots erected a banner on poles, to which they attached tarpaulins to create a rudimentary shelter to protect them from the elements. The plaintiff remained there until the end of May 1983.

In the summer of 1983, pursuant to an offer of officials of the government of Canada the plaintiff and his colleagues moved their peace camp shelter to a site on Lebreton flats, approximately 1.5 kilometres distant from Parliament Hill. However, they left a table and banner on the Parliament Hill grounds. Later during that summer, the plaintiff decided to move the shelter back to Parliament

déclaration que soit prononcé le jugement déclaratoire suivant:

[TRADUCTION] b) (i) Déclarer que le paragraphe 6(2) du Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics est inopérant.

(ii) Déclarer que les gestes du défendeur, qui a enlevé le camp de la paix érigé sur la colline du Parlement et en a expulsé les occupants, et qui a empêché le demandeur de poursuivre ses activités de protestation sur la Colline, c'est-à-dire de distribuer des dépliants présentés sur une table, ont été posés en violation des droits du demandeur garantis par les alinéas 2b),c) et d) de la Charte des droits et libertés, qu'ils ne sont pas justifiés par l'article 1 de la Charte et qu'ils sont donc inopérants sous le régime de l'article 52 de la Charte;

Outre ce qui précède, le demandeur réclame la réparation suivante: une injonction, des dommages-intérêts spéciaux au montant de 2 000 \$ et des dommages-intérêts punitifs ou généraux au montant de 200 000 \$.

Les faits

En 1983, le demandeur a eu l'idée d'ériger un camp de la paix sur la colline du Parlement pour protester contre la politique du gouvernement au sujet des missiles de croisière. Le 18 avril 1983, des représentants du gouvernement du Canada lui ont donné la permission de monter gratuitement une tente sur la Colline. Le lendemain, des agents de la GRC ont prié le demandeur et les autres occupants de démonter la tente. Ceux-ci ont refusé d'obtempérer et les agents de la GRC ont enlevé la tente eux-mêmes. Le demandeur n'a plus jamais eu la permission de monter une tente sur la Colline. Malgré cela, le demandeur et plusieurs protestataires ont occupé la Colline pendant environ une semaine; ils y ont distribué des dépliants et y ont dormi à la belle étoile. Un peu plus tard durant le printemps 1983, ils ont installé une bannière sur des poteaux auxquels ils ont fixé des bâches afin de créer un abri rudimentaire pour se protéger contre les éléments. Le demandeur est demeuré là jusqu'à la fin de mai 1983.

Durant l'été 1983, le demandeur et ses collègues ont accepté l'offre de représentants du gouvernement du Canada de déménager leur abri sur les plaines Lebreton, qui sont situées à environ 1,5 kilomètre du Parlement. Ils ont toutefois laissé une table et une bannière sur la Colline. Plus tard durant l'été, le demandeur a décidé de ramener l'abri sur la Colline, estimant qu'il s'agissait d'un

Hill to serve as a more effective symbol of protest. No express permission was given for the relocation of the shelter and government officialdom chose to ignore it, at least until the spring of 1985. The relocated shelter was maintained on Parliament Hill during the summer of 1983 and through the winter of 1984. The plaintiff left the shelter in May of 1984 and did not return to it permanently until the fall of that year, except for occasional visits.

In the fall of 1984 the plaintiff and two associates, Yvon Dubé and Chantal Houle, decided to reconstruct the present shelter into a more permanent edifice. A platform was constructed of two-by-four wood pieces overlaid by carpeting. Aluminum poles were fastened to this base to which were attached from the inside sheets of styrofoam and reflective aluminum paper and other materials. The outside of this tent-like structure consisted of orange and black plastic sheeting. A tricolour flag or banner was fastened to the side of the structure fronting on Wellington Street, on which were inscribed in both English and French the words "Peace Camp", but there was nothing else on the shelter to suggest its occupants stood for nuclear disarmament and against cruise missile testing in Canada. The actual anti-cruise message was communicated to the public by word of mouth and literature hand-outs or by carrying placards around the grounds of Parliament Hill. The materials for the tent-like structure were donated by sympathetic well-wishers. During 1983 there was also displayed at the peace camp site a mock-up or replica of the cruise missile, but this had been removed by university students some time in 1984.

In the eight-month period prior to April 22, 1985 the plaintiff worked full time at his job in Ottawa with the Palestinian diplomatic office, leaving only the weekends free for communicating his political views to members of the public frequenting Parliament Hill. However, the message was conveyed during the plaintiff's absence by his associates, Mr. Dubé and Ms. Houle. The re-established shelter served as permanent living quarters for the plaintiff and his two colleagues during this period.

symbole de protestation plus efficace. Aucune autorisation expresse ne lui a alors été accordée, mais les autorités ont préféré ne rien faire, du moins jusqu'au printemps 1985. L'abri en question est demeuré sur la Colline durant l'été 1983 et tout au long de l'hiver 1984. Le demandeur l'a quitté en mai 1984 et ne s'y est réinstallé en permanence qu'à l'automne de ladite année. Entre-temps, il y a fait quelques visites.

À l'automne 1984, le demandeur et deux associés, Yvon Dubé et Chantal Houle, ont décidé de reconstruire l'abri pour lui donner un caractère plus permanent. Ils ont fabriqué une plate-forme avec des planches de bois de deux pouces sur quatre pouces et l'ont recouverte de tapis. Ils ont fixé des poteaux d'aluminium à cette base, puis ont installé à l'intérieur des feuilles de mousse de polystyrène, du papier d'aluminium réfléchissant et d'autres matériaux. Ils ont recouvert cette construction ayant l'apparence d'une tente de feuilles de plastique oranges et noires. Un drapeau tricolore sur lequel étaient inscrits en français et en anglais les mots «Camp de la paix» y a été fixé, du côté qui faisait face à la rue Wellington; rien d'autre n'indiquait que les occupants de l'abri militaient en faveur du désarmement nucléaire et s'opposaient à l'essai du missile de croisière au Canada. Le message comme tel était transmis au public de vive voix et dans des dépliants, de même qu'au moyen de pancartes avec lesquelles les protestataires se promenaient sur la Colline. Les matériaux qui ont servi à fabriquer cette installation leur ont été donnés par des sympathisants. Il y avait également une réplique du missile de croisière sur le site du camp de la paix en 1983, mais des étudiants universitaires l'ont subtilisée en 1984.

Durant les huit mois qui ont précédé la date du 22 avril 1985, le demandeur travaillait à temps plein au service diplomatique palestinien, à Ottawa; il ne lui restait donc que les week-ends pour exposer son point de vue aux personnes qui se trouvaient sur la Colline. Durant son absence, ses associés, M. Dubé et M^{lle} Houle, prenaient la relève. Pendant cette période, le demandeur et ses deux collègues ont vécu en permanence dans le nouvel abri.

Some time during this period the plaintiff received a further offer from governmental officials to establish the peace camp shelter on or near Lebreton flats from where he could commute to Parliament Hill to carry banners or placards and distribute literature as a means of conveying his anti-cruise message to the public. Nothing came of this offer, principally because the plaintiff insisted that any acceptance was conditional on his being permitted to maintain a table and banners on the Parliament Hill grounds, which the government refused.

Meanwhile, the incumbent Minister of Public Works, Hon. Roch LaSalle, was receiving complaints from citizens regarding the presence of the peace camp on Parliament Hill, the disapprobative term most commonly employed being that of "eyesore". The Minister was persuaded to the view that the peace camp constituted a trespass on the property of Parliament Hill. Accordingly, he instructed his Deputy Minister to apprise the peace camp contingent of the fact that they were trespassing and that they must remove the peace camp and its paraphernalia from the Parliament Hill property.

On the morning of April 22, 1985, Brian Crawford, Property Manager of the Department of Public Works, appeared on the scene and read to the occupants of the shelter a notice in both English and French prohibiting them from camping on the grounds of Parliament Hill and erecting or maintaining any structure or device thereon and requiring them to forthwith remove from such grounds the peace camp shelter and all furnishings and materials associated therewith, including personal belongings, failing which these items of personal property would be removed by employees of the Department of Public Works. The plaintiff was handed a copy of the notice, which was given under the Minister's signature pursuant to subsection 4(2) of the *Trespass to Property Act*, R.S.O. 1980, c. 511. A work crew of the Department of Public Works was standing by at the site. Crawford and members of the work crew offered to assist the plaintiff and his colleagues in the removal of the peace camp shelter and other property from Parliament Hill and to transport them to the premises of their choice. However, the offer was

À un moment donné, des représentants du gouvernement ont à nouveau offert au demandeur de transporter l'abri sur les plaines Lebreton ou à proximité de ce site; de là, il aurait aisément pu se rendre sur la Colline avec ses pancartes et ses dépliants pour y poursuivre sa croisade anti-missile. Cela n'a rien donné, principalement parce que le demandeur a insisté pour qu'on lui permette de garder une table et des bannières sur la Colline, ce que le gouvernement a refusé.

Durant ce temps, le ministre des Travaux publics de l'époque, l'honorable Roch LaSalle, recevait des plaintes de citoyens au sujet de la présence sur la colline du Parlement du camp de la paix, que la plupart qualifiaient d'«horreur». Le ministre s'est rallié au point de vue de ceux qui affirmaient que le camp de la paix constituait une entrée sans autorisation sur la colline du Parlement. Il a donc demandé à son sous-ministre de dire aux occupants du camp de la paix qu'ils commettaient une intrusion et qu'ils devaient débarrasser la Colline du camp de la paix et de tout leur fourbi.

Dans la matinée du 22 avril 1985, le responsable de la gestion immobilière du ministère des Travaux publics, M. Brian Crawford, s'est rendu sur la Colline et a lu aux occupants de l'abri un avis rédigé en français et en anglais leur interdisant de camper sur la Colline et d'y ériger ou d'y maintenir une structure quelconque. L'avis les obligeait à enlever sur-le-champ l'abri, ainsi que tous les meubles et objets s'y trouvant, y compris les effets personnels, faute de quoi des employés du ministère des Travaux publics s'en chargeraient eux-mêmes. Le demandeur a reçu copie de l'avis, qui était signé par le ministre conformément au paragraphe 4(2) de la *Loi sur l'entrée sans autorisation*, L.R.O. 1980, chap. 511. Une équipe d'employés du ministère des Travaux publics était sur place, prête à intervenir. Monsieur Crawford et les employés du ministère ont offert au demandeur et à ses collègues de les aider à enlever l'abri et les autres objets et à les transporter à l'endroit de leur choix. Le demandeur a toutefois refusé cette offre

refused because the plaintiff adamantly opposed their removal.

The plaintiff and one of the other protestors refused to leave the shelter when the work crew of the Department attempted to move it and manifested their opposition by clinging to the inside. The tent-like structure of the shelter, when viewed from the outside by persons unfamiliar with its construction, gave no visible clues as to how it might be dismantled and removed without destroying it. The plaintiff offered no advice or assistance in this regard, but persisted in clinging to the shelter and resisting its removal. All attempts made by the work crew of the Department to lift the shelter off the ground intact proved unsuccessful. Thwarted in their endeavours to remove the shelter intact, the agents of the Minister of Public Works then proceeded to dismantle the shelter by cutting the plastic covering from the aluminum frame. On completion of this work, they then attempted to remove the bare frame of the shelter, but once again their efforts were unsuccessful because the plaintiff continued to cling to the frame, thereby causing its eventual collapse. Finally, the plaintiff was arrested and taken into custody by RCMP officers on the scene. Prior to this, the plaintiff had been advised by Mr. Crawford that the shelter materials and other chattels were being taken to the Department's warehouse in Plouffe Park, where they could be retrieved by the owners at any time. Some were retrieved that same afternoon. Others were confiscated and held by the RCMP as evidence for the adjudication of charges pending against the plaintiff. The remaining goods and chattels were eventually removed to another departmental warehouse on Catherine Street.

Following the dismantlement of the original shelter, the plaintiff and others made several subsequent attempts during April of 1985 to re-establish the peace camp by erecting tents and placing tables and sleeping bags on the grounds of Parliament Hill. RCMP officers interceded and warned them that the new regulations enacted on April 23, 1985 prohibited the erection of any structures or the placing of any objects on the Parliament Hill grounds. The plaintiff paid no heed to this admonition with the result that he was arrested and removed from the grounds. There were similar occurrences on October 21, November 12 and

car il s'opposait catégoriquement à l'enlèvement du camp de la paix.

Le demandeur et un autre protestataire ont refusé de quitter l'abri lorsque l'équipe du ministère a voulu le déplacer, et ils ont manifesté leur opposition en s'agrippant aux parois intérieures. L'abri ressemblait à une tente, mais pour celui qui ignorait comment il avait été construit, il n'y avait rien de l'extérieur qui indiquait comment l'enlever sans le détruire. Le demandeur n'a donné aucun conseil et n'a fourni aucune aide à cet égard, et il a persisté à s'accrocher à l'abri et à résister à son enlèvement. Tous les efforts qu'ont faits les employés du ministère pour soulever l'abri sans l'abîmer ont échoué. Frustrés dans leurs efforts, ils ont alors commencé à démonter l'abri en coupant les feuilles de plastique qui recouvraient la charpente d'aluminium. Ils ont ensuite tenté d'enlever cette charpente, mais sans succès parce que le demandeur continuait de s'y accrocher; celle-ci a fini par s'effondrer. Le demandeur a finalement été arrêté et placé sous la surveillance des agents de la GRC qui étaient sur les lieux. Monsieur Crawford lui avait dit plus tôt que l'abri et les objets qui s'y trouvaient seraient transportés dans un entrepôt du ministère situé dans le parc Plouffe, où leurs propriétaires pourraient les récupérer en tout temps. Certains l'ont été l'après-midi même. D'autres ont été confisqués par la GRC pour servir de preuve relativement aux accusations qui seraient portées contre le demandeur. Le reste des objets a finalement été transporté à un autre entrepôt du ministère sur la rue Catherine.

À la suite du démantèlement de l'abri, le demandeur et d'autres personnes ont tenté à plusieurs reprises, durant le mois d'avril 1985, de reconstruire le camp de la paix en montant des tentes et en installant des tables et des sacs de couchage sur la colline du Parlement. Des agents de la GRC les ont avertis qu'aux termes du nouveau règlement adopté le 23 avril 1985, il était interdit d'ériger une structure ou de placer des objets sur ces lieux. Le demandeur n'a tenu aucun compte de ces avertissements, de sorte qu'il a dû être arrêté et emmené ailleurs. La même chose est arrivée le 21 octobre, le 12 novembre et le 14

November 14, 1988 during the federal general election. On these occasions, the plaintiff and his compatriots erected tables on the grounds of Parliament Hill, and in one instance put up a tent, only to be confronted by the same pattern of authoritative response. RCMP officers on the scene requested the immediate removal of the offending articles and cautioned the plaintiff that he would be arrested if he resisted their removal. On each of these occasions, the plaintiff forcibly resisted the removal of the objects by clinging to them with the result that he was placed under arrest.

Statutory Framework

I consider it to be undisputed that the title of the grounds of Parliament Hill is vested in Her Majesty in right of Canada and that the Minister of Public Works is generally charged with the control, management and administration thereof: see the *Public Works Act*, R.S.C. 1970, c. P-38, as amended. Nor can there be any doubt that the grounds of Parliament Hill are "public works" within the definition of the *Public Works Act*. Section 28 of the Act empowers the Governor in Council to make such regulations as are deemed necessary "for the management, maintenance, proper use and protection of ... any ... public works".

Public Works Nuisances Regulations were enacted under the foregoing statutory authority: C.R.C., c. 1365. Sections 2 and 4 [rep. and sub. by SOR/85-370, s. 1] of the Regulations read as follows:

2. No person shall loiter or commit any nuisance in, on or about any public work.

4. Every person who violates any of these Regulations is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to a fine not exceeding \$50.

These *Public Works Nuisances Regulations* were amended by repealing section 4 relating to the summary conviction offence and fine provisions and substituting therefor new sections 4 to 11: SOR/85-370, April 23, 1985. Section 2 of the amending Regulations provided that the amendments enacted by section 1 thereof were to apply before publication in the *Canada Gazette*, com-

novembre 1988, durant la campagne électorale fédérale. À ces occasions, le demandeur et ses compagnons ont installé des tables sur la Colline et ont même monté une tente à un moment donné, mais les autorités ont réagi de la même façon. Les agents de la GRC qui étaient sur les lieux leur ont demandé d'enlever immédiatement les objets en question et ont dit au demandeur qu'il serait arrêté s'il s'opposait à leur enlèvement. À chacune de ces occasions, le demandeur a résisté avec vigueur à l'enlèvement des objets en s'y accrochant, et il a dû être mis en état d'arrestation.

c Cadre législatif

Il m'apparaît certain que le titre de propriété des terrains de la Colline appartient à Sa Majesté du chef du Canada et que le ministre des Travaux publics est responsable du contrôle, de la gestion et de l'administration de ces terrains: voir la *Loi sur les travaux publics*, S.R.C. 1970, chap. P-38, modifiée. Par ailleurs, il ne fait aucun doute que la Colline est un «ouvrage public» au sens de la *Loi sur les travaux publics*. L'article 28 de cette Loi autorise le gouverneur en conseil à prendre les règlements qu'il juge nécessaires «à l'administration, à l'entretien, au bon usage et à la protection [d']ouvrages publics».

Le *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics*, C.R.C., chap. 1365, a été adopté sous le régime de la Loi précitée. Les articles 2 et 4 [abrogé et remplacé par DORS/85-370, art. 1] du Règlement sont libellés de la façon suivante:

2. Nulle personne ne flânera ni ne commettra d'actes nuisibles aux environs d'un ouvrage public ni dans ou sur celui-ci.

4. Toute personne qui enfreint l'un quelconque des articles du présent règlement est coupable d'infraction et passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende d'au plus \$ 50.

L'article 4 du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* relatif aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité et aux amendes a été abrogé et remplacé par de nouvelles dispositions, c'est-à-dire les articles 4 à 11, DORS/85-370, 23 avril 1985. Aux termes de l'article 2 du Règlement modifié, les modifications énoncées à l'article 1 dudit

mencing on April 23, 1985. The provisions of the new Regulations most pertinent to this case are sections 5, 6(2), 8 and 9, which read as follows:

5. No person shall erect, construct or post any thing, material or object in or upon any public work other than in such places as are specifically designated for such purposes.

6. ...

(2) No person shall erect, use, occupy or maintain any structure in or upon any public work except by or under the authority of the Minister.

8. Any person found contravening section 6 of these Regulations shall forthwith, on receiving notice from the Minister or a peace officer, either orally or in writing, requiring him to cease such activity and to quit the public work, remove his personal property from and quit the public work and shall not thereafter resume the activity to which the notice applies.

9. A peace officer may remove from a public work any person who refuses to obey a notice under section 8 and any personal property apparently in the possession of that person.

Charter Provisions

The relevant provisions of the Charter are sections 1 and 2 which read as follows:

Guarantee of Rights and Freedoms

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.

Fundamental Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(c) freedom of peaceful assembly; and

(d) freedom of association.

The Issues

The defendants set out in their factum what they consider to be the issues raised by the case, which are:

(1) Were the Defendants entitled in law, apart from considerations of subsections 2(b),(c) and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to remove the shelter, tents, tables and other chattels erected or placed on the grounds of Parliament Hill by the Plaintiff and others, whether such removal occurred on April 22, 1985, and at times thereafter?

Règlement devaient entrer en vigueur à compter du 23 avril 1985, avant leur publication dans la *Gazette du Canada*. Les dispositions du nouveau Règlement qui s'appliquent en l'espèce sont les articles 5, 6(2), 8 et 9:

5. Il est interdit d'ériger, de construire ou d'afficher tout objet ou chose dans ou sur un ouvrage public, ailleurs qu'aux endroits expressément désignés à ces fins.

6. ...

(2) Il est interdit d'ériger, d'utiliser, d'occuper ou de maintenir une structure sur un ouvrage public, à moins d'y être autorisé par le Ministre.

8. Quiconque contrevient à l'article 6 doit, dès qu'il reçoit du Ministre ou d'un agent de la paix, un avis oral ou écrit lui ordonnant de cesser l'activité interdite et de quitter l'ouvrage public, enlever ses effets personnels de l'ouvrage public, quitter celui-ci et ne pas reprendre l'activité faisant l'objet de l'avis.

9. Un agent de la paix peut expulser d'un ouvrage public toute personne qui refuse d'obtempérer à l'avis mentionné à l'article 8 et en enlever les effets personnels qui semblent être en la possession de cette dernière.

Dispositions de la Charte

Les dispositions pertinentes de la Charte sont les articles 1 et 2:

Garantie des droits et libertés

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.

Libertés fondamentales

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

c) liberté de réunion pacifique;

d) liberté d'association.

Les questions en litige

Les défendeurs énoncent dans leur mémoire les questions suivantes qu'ils estiment être au cœur du litige:

[TRADUCTION] (1) Abstraction faite des dispositions figurant aux alinéas 2b),c) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les défendeurs avaient-ils le droit d'enlever, le 22 avril 1985 et à d'autres moments par la suite, l'abri, les tentes, les tables et autres biens meubles montés ou installés sur la colline du Parlement par le demandeur et d'autres personnes?

(2) Did subsections 2(b),(c) and (d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms nevertheless deprive the Defendants of their right so to remove the shelter, tents, tables and other chattels?

(3) Assuming that the answer to question (2) is in the affirmative, was such removal nevertheless justified pursuant to section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms?

(4) Are the Defendants liable for any damage to the shelter or tents or other chattels that were removed in the morning of April 22, 1985, and at times thereafter?

(5) Are the Defendants liable for exemplary or punitive damages?

Plaintiff's counsel takes no exception to this statement of the issues. He chooses, however, to frame the issue of the case in this way:

The Court is being asked a narrow question. It is asked to rule only that the actions here, in the circumstances here, under the legislative authority here, are violating freedom of expression, and assembly and association rights.

The central theme of the plaintiff's case is that he was expressing a political message of protest to the cruise missile policy of the Canadian government by both direct and symbolic means, and that the symbols represented by the shelters, tents and tables on Parliament Hill were in fact political forums for discussions and debate that were essential to the effective communication of the political message. As I see it, the main thrust of the argument is directed to the Charter guarantee of freedom of expression and the associated freedoms of peaceful assembly and association only become involved as supporting buttresses in a limited and peripheral sense.

Unfettered Administrative Discretion

For his opening salvo, plaintiff's counsel makes the point that subsection 4(2) of the *Trespass to Property Act* and subsection 6(2) of the *Public Works Nuisances Regulations* purport to confer on the Minister of Public Works an unlimited and unfettered discretion to prohibit any and all expressive activities on Parliament Hill without articulating any controlling guidelines for the exercise of such an untrammelled discretion, thereby directly impinging on guaranteed freedoms of expression, assembly and association under the Charter. In support of this proposition, plaintiff's counsel relies on the Ontario Court of Appeal decision in *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1984), 45

(2) Les alinéas 2b),c) et d) de la Charte canadienne des droits et libertés privaient-ils malgré tout les défendeurs de leur droit d'enlever l'abri, les tentes, les tables et autres biens meubles?

(3) En supposant que la réponse à la question (2) soit affirmative, cet enlèvement était-il justifié par l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés?

(4) Les défendeurs sont-ils responsables des dommages qu'ont pu subir l'abri, les tentes ou les autres biens meubles qui ont été enlevés dans la matinée du 22 avril 1985 ou par la suite?

(5) Les défendeurs sont-ils passibles de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires?

Le procureur du demandeur ne conteste pas cet énoncé des questions en litige. Il formule plutôt le problème dans les termes suivants:

[TRADUCTION] La question soumise à la Cour est simple. On lui demande seulement de déclarer que les gestes posés dans les circonstances que l'on connaît, en conformité des dispositions législatives applicables, violent la liberté d'expression, la liberté de réunion et la liberté d'association.

Le demandeur invoque comme principal argument sa volonté d'employer des moyens à la fois directs et symboliques pour transmettre son message politique de protestation contre la décision du gouvernement canadien relativement au missile de croisière. Les abris, les tentes et les tables installés sur la colline du Parlement étaient en réalité des outils dont il avait besoin pour nourrir le débat et assurer la communication efficace de son message. Selon moi, cet argument repose d'abord et avant tout sur la liberté d'expression garantie par la Charte, et les libertés connexes de réunion pacifique et d'association n'interviennent qu'à titre d'arguments secondaires.

Pouvoir discrétionnaire administratif absolu

D'entrée de jeu, le procureur du demandeur soutient que le paragraphe 4(2) de la *Loi sur l'entrée sans autorisation* et le paragraphe 6(2) du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* confèrent au ministre des Travaux publics le pouvoir discrétionnaire illimité et absolu d'interdire toute forme d'expression sur la colline du Parlement, mais ne contiennent aucune ligne directrice quant à l'exercice de ce pouvoir, ce qui empiète clairement sur les libertés d'expression, de réunion et d'association garanties par la Charte. Le procureur du demandeur s'appuie sur la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1984),

O.R. (2d) 80, upholding the decision of the Divisional Court¹ that paragraphs 3(2)(a) and (b), and sections 35 and 38 of the *Theatres Act* [R.S.O. 1980, c. 498] impose a limit on freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter because they set no limits, reasonable or otherwise, to the censorship board's discretion to censor and prohibit films that could be considered "reasonable limits prescribed by law" within the meaning of section 1 of the Charter. He also relies on *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.). Plaintiff's counsel takes the matter one step further by arguing that any regulatory scheme requiring the exercise of an unfettered administrative discretion violates the rule of law if it fails to incorporate as part thereof some system of justificatory criteria for the exercise of such discretion, irrespective of any question of Charter rights and freedoms. He also argues that the Minister's authorization of June 12, 1985 to the Special Committee or the Use of Parliament Hill to exercise the authority vested in him under the *Public Works Nuisance Regulations* "in relation to the management, charge and direction of the lands comprising Parliament Hill" was an improper delegation of something within his exclusive management and control.

Defendants' counsel points out that this authorization, whatever its intent, was after the fact of the events of April of 1985 in so far as these affected the plaintiff. It follows therefore, in his submission, that the question of whether the authorization was *intra vires* or *ultra vires* becomes entirely academic to the central point of the case because it is a peace officer who has the authority under the *Public Works Nuisances Regulations* to remove any person refusing to obey a notice given under section 8 thereof. He cites in support of this submission the Supreme Court of Ontario case of *Baird, et al. v. The Queen* (No. 1062/85, January 10, 1986, unreported) in which Mr. Justice Maloney found in *certiorari* proceedings that section 8 of the amended *Public Works Nuisances Regulations* did not delegate to a peace officer the power to make regulations. An appeal from this decision was dismissed by the Ontario Court of

¹ (1983), 41 O.R. (2d) 583.

45 O.R. (2d) 80, qui confirmait la décision de la Cour divisionnaire¹ selon laquelle les alinéas 3(2)a) et b) et les articles 35 et 38 de la *Loi sur les salles de cinéma* [L.R.O. 1980, chap. 498] limitent la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte parce que, ne pouvant être considérés comme «une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables» au sens de l'article 1 de la Charte, ils ne fixent pas de limites raisonnables ou autres au pouvoir discrétionnaire du bureau de censure de censurer et d'interdire des films. Il s'appuie également sur l'arrêt *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.). Il pousse l'argument plus loin en soutenant que toute disposition d'un règlement qui confère à l'administration un pouvoir discrétionnaire absolu contrevient au principe de légalité si elle n'est assortie d'aucun critère en justifiant l'exercice, indépendamment des droits et libertés garantis par la Charte. Il ajoute que l'autorisation que le ministre a donnée, le 12 juin 1985, au Comité responsable de la colline du Parlement d'exercer le pouvoir que lui confère le *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* [TRADUCTION] «relativement à l'administration, à la charge et à la gestion des terres incluant la colline du Parlement» constituait une délégation illégale d'un pouvoir que lui seul pouvait exercer.

Le procureur des défendeurs note que cette autorisation, quel qu'en soit le but, a été accordée après les événements d'avril 1985 dans la mesure où ceux-ci concernaient le demandeur. Selon lui, la question de savoir si l'autorisation était *intra vires* ou *ultra vires* devient purement théorique eu égard au nœud du litige car c'est un agent de la paix qui peut, aux termes du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics*, expulser une personne qui refuse d'obtempérer à l'avis mentionné à l'article 8 de ce Règlement. Il s'appuie sur l'arrêt *Baird, et al. v. The Queen* (n° 1062/85, 10 janvier 1986, non publié) de la Cour suprême de l'Ontario, dans lequel le juge Maloney a statué, dans un recours en *certiorari*, que l'article 8 du Règlement modifié n'avait pas pour effet de déléguer à un agent de la paix le pouvoir de prendre des règlements. Cette décision a été portée en appel, mais la Cour d'appel de l'Ontario a

¹ (1983), 41 O.R. (2d) 583.

Appeal (No. 96/86, June 9, 1987, unreported) on the ground that the Regulations in question were valid. In my opinion the matter of this so-called delegation is not something which has any bearing on the central issue of whether the defendants were lawfully entitled to remove the plaintiff's shelter and other chattels in the face of his guaranteed freedom of expression.

Nor do I accept the submission of plaintiff's counsel that an administrative discretion, unfettered by justificatory guidelines, represents in each and every case a fundamental violation of the rule of law, based on the principle of *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. The point made by Rand J. in that case regarding the rule of law was to the following effect [at page 142]:

... that an administration according to law is to be superseded by action dictated by and according to the arbitrary likes, dislikes and irrelevant purposes of public officers acting beyond their duty, would signalize the beginning of disintegration of the rule of law as a fundamental postulate of our constitutional structure.

It seems to me that this statement represents something far less sweeping than the proposition contended for by plaintiff's counsel, with which I do not agree.

The Common Law of Trespass and Public Nuisance

The decision of the Supreme Court of Canada in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, laid to rest any vestiges of doubt that the Charter applies to the common law.

Defendant's counsel submits that they had every right at common law to effect the removal of the plaintiff's shelter, tents, tables and other chattels from the grounds of Parliament Hill by reason that these structures or objects constituted both a trespass and a public nuisance. Plaintiff's counsel argues that there is no element of public nuisance involved which would necessitate making a specific finding. Instead, he mounts a two-pronged attack on subsection 4(2) of the *Trespass to Property Act* and subsection 6(2) of the *Public Works Nuisances Regulations*, arguing that these statutory enactments were improperly utilised with the sole object of forcing the plaintiff to remove himself

rejeté l'appel (n° 96/86, 9 juin 1987, non publié) pour le motif que le Règlement en question était valide. À mon avis, cette question de délégation n'a rien à voir avec celle de savoir si les défendeurs pouvaient légalement enlever l'abri et les autres biens meubles du demandeur, compte tenu de la liberté d'expression garantie par la Charte.

Il refuse par ailleurs de souscrire à l'argument du procureur du demandeur voulant que l'exercice d'un pouvoir administratif discrétionnaire qui n'est assujéti à aucune ligne directrice équivaut dans chaque cas à une violation fondamentale du principe de légalité. Il asseoit cet argument sur le principe énoncé dans l'arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121. La remarque qu'a faite le juge Rand dans cette affaire au sujet du principe de légalité est la suivante [à la page 142]:

[TRADUCTION] ... le fait que les sympathies et les antipathies arbitraires, de même que les visées non pertinentes d'officiers publics qui agissent en excédant leurs pouvoirs, puissent dicter leurs actions et remplacer une administration établie par la loi, voilà le signe avant-coureur de la désintégration du principe de légalité comme un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle.

Cette remarque m'apparaît beaucoup moins catégorique que l'argument avancé par le procureur du demandeur, avec lequel je ne suis pas d'accord.

L'entrée sans autorisation et la nuisance publique en common law

La Cour suprême du Canada dit clairement dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, que la Charte s'applique à la *common law*.

Le procureur des défendeurs prétend que le gouvernement avait parfaitement le droit en *common law* d'enlever l'abri, les tentes, les tables et les autres biens meubles du demandeur qui se trouvaient sur la Colline, parce que ces structures ou objets constituaient à la fois une entrée sans autorisation et une nuisance publique. Le procureur du demandeur rétorque qu'en l'espèce, rien ne permet de conclure à l'existence d'un élément précis de nuisance publique. Il s'en prend plutôt sur deux fronts au paragraphe 4(2) de la *Loi sur l'entrée sans autorisation* et au paragraphe 6(2) du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics*, que le gouvernement aurait

and his chattels from Parliament Hill. In his submission, the defendants' actions were arbitrary, capricious and illegal.

As for the *Trespass to Property Act*, plaintiff's counsel submits that where the federal Crown is engaging in activity which is regulated by provincial law it must be taken to have subjected itself to that law. With respect, I disagree. As noted by counsel for the defendants, section 16 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, provides as follows:

16. No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except only as therein mentioned or referred to.

In *Gauthier v. The King* (1918), 56 S.C.R. 176, Anglin J. said at page 194:

Provincial legislation cannot *proprio vigore* take away or abridge any privilege of the Crown in right of the Dominion.

See also *Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61, at page 72; *Attorney General (Qué.) and Keable v. Attorney General (Can.) et al.* [1979] 1 S.C.R. 218, at page 244; and Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., at pages 236-239.

The *Trespass to Property Act* does not specifically mention Her Majesty in right of Canada, let alone Her Majesty in right of the province. In my opinion, the statute is not binding on Her Majesty in right of Canada, nor does it affect Her Majesty's rights and prerogatives. I am further of the opinion that the reference to a provincial statute in the notice given to the plaintiff by the defendants on April 22, 1985 does not vitiate any rights they may have had at common law to remove the peace camp shelter and its sundry paraphernalia from the Parliament Hill grounds.

I accept as an accurate statement of law the following passage from Fleming, *The Law of Torts*, 6th ed., at page 39:

If a structure or other object is placed on another's land, not only the initial intrusion but also failure to remove it constitute an actionable wrong. There is a "continuing trespass" as long as the object remains; . . .

utilisés à tort dans le seul but de forcer le demandeur à quitter la colline du Parlement. À son avis, les gestes des défendeurs étaient arbitraires, capricieux et illégaux.

^a S'agissant de la *Loi sur l'entrée sans autorisation*, le procureur du demandeur soutient que lorsque la Couronne fédérale poursuit des activités qui sont régies par des lois provinciales, elle doit se considérer liée par ces lois. Je ne saurais partager cette opinion. Comme l'a fait remarquer le procureur des défendeurs, l'article 16 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, est libellé de la façon suivante:

^c 16. Nul texte législatif de quelque façon que ce soit ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet à l'égard de Sa Majesté ou sur les droits et prérogatives de Sa Majesté, sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue.

Dans l'arrêt *Gauthier v. The King* (1918), 56 R.C.S. 176, le juge Anglin a dit à la page 194:

^d [TRADUCTION] La législation provinciale ne peut d'elle-même supprimer ou restreindre un privilège de la Couronne du droit du Canada.

Voir aussi *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61, à la page 72, et *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.) et autre*, [1979] 1 R.C.S. 218, à la page 244; et Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., aux pages 236 à 239.

^g La *Loi sur l'entrée sans autorisation* ne mentionne pas spécifiquement Sa Majesté du chef du Canada, encore moins Sa Majesté du chef de la province. À mon avis, cette Loi ne lie pas Sa Majesté du chef du Canada et n'a aucun effet sur ses droits et prérogatives. Je suis également d'avis que la mention d'une loi provinciale dans l'avis donné au demandeur par les défendeurs le 22 avril 1985 ne vicie pas les droits que les défendeurs pouvaient avoir en *common law* de débarrasser la colline du Parlement de l'abri et de tout le fourbi qui s'y trouvait.

ⁱ Je considère comme un exposé exact du droit l'extrait suivant tiré de l'ouvrage de Fleming, *The Law of Torts*, 6^e éd., à la page 39:

^j [TRADUCTION] Si quelqu'un installe une structure ou un objet quelconque sur le terrain d'autrui, non seulement l'intrusion initiale, mais aussi le défaut d'enlever la structure ou l'objet constituent une faute ouvrant droit à une poursuite. L'entrée sans autorisation se poursuit aussi longtemps que l'objet n'est pas enlevé; . . .

See also *Clerk & Lindsell on Torts*, 15th ed., paras. 22-01, 22-06 and 22-07; and *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 18th ed., pages 36-40.

Counsel for the defendants takes the position that the establishment of the peace encampment with all its paraphernalia on the grounds of Parliament Hill amounted to an unreasonable interference with their use and enjoyment by classes of Her Majesty's subjects, namely, those charged with the maintenance and security of the grounds and members of the visiting public. In his submission, the placing of shelters, tents, tables and other chattels on the grounds of Parliament Hill constituted a public nuisance at common law prior to April 23, 1985, and a statutory nuisance thereafter.

Linden, *Canadian Tort Law*, 4th ed., defines the concept of public nuisance, at page 495:

Usually, the phrase "public nuisance" describes a criminal or quasi-criminal offence which involves actual or potential interference with public convenience or welfare. A public nuisance must materially affect the reasonable comfort and convenience of life of a class of Her Majesty's subjects. It is not necessary to establish that every member of the public has been affected, as long as a substantial number is. Whether the number of persons affected is sufficient to be described as a class is a question of fact. One test is to ask whether the nuisance is "so widespread in its range or indiscriminate in its effect that is [sic] not reasonable to expect one person to take proceedings on his own responsibility to put a stop to it, but that it should be taken on the responsibility to [sic] the community at large".

See also *Attorney-General v. P. Y. A. Quarries Ltd.*, [1957] 2 Q.B. 169, per Romer L.J. at page 184 and Denning L.J. at pages 190-191.

In *Attorney-General for Ontario v. Orange Productions Ltd. et al.* (1972), 21 D.L.R. (3d) 257 (Ont. H.C.), the Attorney-General brought an application at the instance of a municipality to restrain the defendant from holding an outdoor rock festival in a neighbouring park and the Court held that the festival should be restrained on the ground that it represented an unfair public nuisance to the neighbourhood in the absence of proper sanitary facilities in the park and some limitation put on the numbers attending. Wells C.J.H.C. applied the principle of *Attorney-General v. P. Y. A. Quarries Ltd.*, supra, noting particu-

Voir aussi *Clerk & Lindsell on Torts*, 15^e éd., par. 22-01, 22-06 et 22-07; et *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 18^e éd., aux pages 36 à 40.

^a Le procureur des défendeurs prétend que la présence sur la Colline du camp de la paix et de tout l'attirail des occupants constituait un obstacle déraisonnable à l'utilisation et à la jouissance de ces lieux par certaines catégories de sujets de Sa Majesté, à savoir les personnes responsables de l'entretien et de la sécurité des lieux et les visiteurs. Selon lui, l'installation d'abris, de tentes, de tables et d'autres biens mobiliers sur la Colline constituait une nuisance publique fondée sur la *common law* avant le 23 avril 1985 et fondée sur un texte de loi après cette date.

^d Dans l'ouvrage de Linden intitulé *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd., la notion de nuisance publique est définie à la page 603:

Habituellement, l'expression «nuisance publique» décrit une infraction criminelle ou quasi criminelle dans laquelle on retrouve une atteinte réelle ou éventuelle aux commodités ou au bien-être du public. Une nuisance publique doit avoir un effet appréciable sur le confort et les commodités raisonnables de la vie d'une catégorie de citoyens. Il n'est pas nécessaire d'établir que chaque citoyen a été touché, il suffit qu'un nombre important l'ait été. La question de savoir si le nombre de personnes est suffisant pour qu'on puisse dire qu'il s'agit d'une catégorie de personnes constitue une question de fait. Comme critère on peut se demander si la nuisance est «à ce point répandue ou aveugle qu'il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce qu'une seule personne intente des poursuites de son propre chef pour y mettre fin, et que celles-ci incombent à la collectivité en général».

^g Voir aussi *Attorney-General v. P. Y. A. Quarries Ltd.*, [1957] 2 Q.B. 169, à la page 184 (lord Romer) et aux pages 190 et 191 (lord Denning).

^h Dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Orange Productions Ltd. et al.* (1972), 21 D.L.R. (3d) 257 (H.C. Ont.), le procureur général s'est adressé aux tribunaux à la demande d'une municipalité pour empêcher la défenderesse de tenir un festival de musique rock dans un parc avoisinant. La Cour a statué que ce festival ne pouvait avoir lieu parce qu'il constituait une nuisance publique pour le voisinage, vu l'absence d'installations sanitaires dans le parc et le fait que le nombre de spectateurs n'était pas limité. Le juge en chef Wells, qui a appliqué le principe énoncé dans l'arrêt *Attorney-General v. P. Y. A. Quarries Ltd.*,

larly the statements of Romer and Denning LL.J., and concluded [at page 268] that "there was a general air of discomfort which the neighbourhood should not have been subjected to".

Defendants' counsel makes the point that it is a matter of no moment that the plaintiff may have been informed that the shelter, tents, tables and other objects erected or placed by him on Parliament Hill were being removed pursuant to the *Public Works Nuisances Regulations* or any other statutory enactment; their presence constituted at common law both a trespass and a public nuisance.

The *Public Works Nuisances Regulations*, before their amendment on April 23, 1985, prohibited the commission of a nuisance "in, on or about any public work". I consider that the nuisance referred to in the Regulations must be taken to mean a public nuisance, which is a summary conviction offence. Incidentally, section 176 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, creates the indictable offence of common nuisance. In my view, a public nuisance and a common nuisance are one and the same thing. However, I am not concerned in the present case with any element of criminality. The point is that the defendants would be entitled to avail themselves of their common law right of abatement by removing the obstructions or encroachments complained of, without first having to take criminal proceedings, summarily or by indictment, against the person alleged to have perpetrated the public nuisance: see *Reynolds v. Urban District Council of Presteign*, [1896] 1 Q.B. 604; *Georgian Cottagers' Association Inc. v. Corporation of Township of Flos & Kerr* (1962), 32 D.L.R. (2d) 547 (Ont. H.C.), per Gale J. at pages 561-562; and Fleming, *op. cit.*, at pages 413-415. To paraphrase Mr. Justice Gale in the *Georgian Cottagers'* case, I see no reason why the Minister of Public Works, acting through his agents, could not lawfully effect the removal of the plaintiff's shelter and other chattels on April 22, 1985 as a means of putting an end to the interfer-

précité, a mis en évidence les déclarations des juges Romer et Denning et a conclu [à la page 268] [TRADUCTION] «qu'il y avait un sentiment général d'inconfort qu'il ne convenait pas d'imposer au voisinage».

Selon le procureur des défendeurs, il est sans importance que l'on ait avisé le demandeur que l'abri, les tentes, les tables et les autres objets qu'il avait montés ou placés sur la Colline étaient enlevés aux termes du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* ou d'un autre texte de loi; leur présence constituait, selon la *common law*, à la fois une entrée sans autorisation et une nuisance publique.

Avant que la modification du 23 avril 1985 n'entre en vigueur, le *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* interdisait à quiconque de commettre un acte nuisible «aux environs d'un ouvrage public ni dans ou sur celui-ci». À mon sens, l'expression «acte nuisible» utilisée dans le Règlement englobe la nuisance publique, qui est une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Soit dit en passant, la nuisance publique est aussi un acte criminel au sens de l'article 176 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Selon moi, ces textes désignent une même réalité. Quoi qu'il en soit, il n'y a aucun élément de criminalité dans le cas qui nous occupe. Le fait est que les défendeurs pouvaient avoir recours à la suppression de la nuisance, que prévoit la *common law*, et faire disparaître les obstacles ou les empiètements en question sans devoir d'abord intenter des poursuites criminelles, par procédure sommaire ou par mise en accusation, contre la personne à qui l'on reprochait d'avoir commis la nuisance publique. Voir les arrêts *Reynolds v. Urban District Council of Presteign*, [1896] 1 Q.B. 604; *Georgian Cottagers' Association Inc. v. Corporation of Township of Flos & Kerr* (1962), 32 D.L.R. (2d) 547 (H.C. Ont.), aux pages 561 et 562 (juge Gale); et Fleming, *op. cit.*, aux pages 413 à 415. Pour paraphraser M. le juge Gale dans l'arrêt *Georgian Cottagers'*, je ne vois pas pourquoi le ministre des Travaux publics, par l'intermédiaire de ses préposés, n'aurait pas pu enlever en toute légalité, le 22 avril 1985, l'abri et les autres possessions du demandeur, afin de mettre un terme au désagrément qu'ils causaient aux membres du public pré-

ence with the public user of the Parliament Hill grounds within his jurisdictional control.

Defendants' counsel argues that from and after April 23, 1985 section 5 and subsection 6(2) of the amended *Public Works Nuisances Regulations* served specifically to prohibit the erection or construction or use of any structure or object on the Parliament Hill grounds in places not specifically designated therefor or without the authority of the Minister of Public Works. He urges that the broader definition of the words "erect" and "construct" and "structure", taken in conjunction with the modern principle of statutory interpretation that words are to be interpreted broadly in their entire context, evinces a clear legislative intent that the word "structure" in subsection 6(2) of the Regulations was meant to apply to the setting up of any fabric or framework of material parts on a public work, whether they represent a building or a tent or a table. I have no difficulty in finding that the shelters and tents erected or put up by the plaintiff on the grounds of Parliament Hill contravened subsection 6(2) of the *Public Works Nuisances Regulations*. The question of whether a table can be a structure within the meaning of subsection 6(2) of the Regulations is another matter. This appears to have been the statutory provision of which the RCMP officers relied as justification for removing the plaintiff and his tables during the occurrences in the fall of 1988. On one of those occasions, the table erected by the plaintiff was completely sheathed by plastic sheeting, while on another the table appears from the video tape to have been constructed out of a wooden pallet resting on some sort of a pedestal base. It seems to me that those tables could well come within the meaning of the word "structure" in subsection 6(2) of the Regulations. The other occasion during that fall appears to have involved a folding table and I would have some reservations as to whether that particular table constituted a structure. The employment of the word "structure" in statutory enactments usually seems to pose something of a conundrum for, as Lord Denning so aptly put it in the *Cardiff Ratings* case:² "A structure is something which is constructed,

² *Cardiff Rating Authority and Cardiff Assessment Committee v. Guest Keen Baldwin's Iron Steel Co., Ltd.*, [1949] 1 K.B. 385 (C.A.) at p. 396.

sents sur la Colline, vu que le contrôle de ces lieux relève de sa compétence.

Le procureur des défendeurs soutient que depuis le 23 avril 1985, l'article 5 et le paragraphe 6(2) du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* dans sa forme modifiée visent précisément à interdire l'érection, la construction ou l'utilisation d'une structure ou d'un objet à des endroits sur la colline du Parlement qui ne sont pas prévus à cette fin ou encore sans l'autorisation du ministre des Travaux publics. Vu la règle moderne d'interprétation des lois selon laquelle les mots doivent faire l'objet d'une interprétation libérale suivant leur contexte, le procureur des défendeurs prétend que les termes «ériger», «construire» et «structure» pris dans leur sens large font clairement ressortir l'intention du législateur d'appliquer le mot «structure» employé au paragraphe 6(2) du Règlement à une toile ou à une charpente quelconque installée sur un ouvrage public, qu'il s'agisse d'un abri, d'une tente ou d'une table. Il m'apparaît évident que les abris et les tentes montés ou installés par le demandeur sur la Colline contrevenaient au paragraphe 6(2) du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics*. La question de savoir si une table est une structure au sens du paragraphe 6(2) du Règlement est toute autre. Il semble que les agents de la GRC se soient fondés sur cette disposition pour expulser le demandeur de la Colline et enlever la table qu'il y avait installée au cours des événements de l'automne 1988. À un moment donné, cette table était complètement recouverte de plastique. Une autre fois, elle semblait avoir été fabriquée, d'après la bande vidéo, au moyen d'une plate-forme en bois qui reposait sur une sorte de piédestal. Il me semble que ces installations pourraient bien correspondre à la définition du mot «structure» employé au paragraphe 6(2) du Règlement. La dernière fois, il semblait s'agir d'une table pliante, mais j'hésiterais à affirmer qu'elle constituait une structure. Le mot «structure» que le législateur emploie dans les textes de loi semble généralement constituer une énigme car, comme lord Denning l'a dit avec beaucoup d'à-propos dans l'arrêt *Cardiff Rating*²: [TRADUCTION] «Une structure, c'est

² *Cardiff Rating Authority and Cardiff Assessment Committee v. Guest Keen Baldwin's Iron Steel Co., Ltd.*, [1949] 1 K.B. 385 (C.A.), à la p. 396.

but not everything which is constructed is a structure." In my view, it is unnecessary to make a specific finding on the point of whether a folding table is a structure because the erection or placing of shelters, tents, tables and other objects on the Parliament Hill grounds constituted a public nuisance, whether at common law or by virtue of the *Public Works Nuisances Regulations*, which the defendants had every right to abate by effecting their removal.

In the present case, there is ample evidence that the peace camp shelter interfered with the proper maintenance of the Parliament Hill grounds, that it actually caused damage to that portion of the lawn where it sat, and that its presence imposed additional burdens on the security forces responsible for the security of the Parliament Hill grounds. It can hardly be questioned that the employment of open-flame cooking, lighting and heating devices by the occupants of the shelter constituted a potential fire hazard and danger. Certainly, the inference can be drawn that the lack of proper sanitary facilities could pose something of a health or sanitary problem. There is evidence that the peace camp shelter offended the aesthetic sensibilities of a number of visitors to Parliament Hill, who perceived it as an "eyesore". In my opinion, there is an abundance of evidence to support a finding that the shelter, tents, tables and other objects erected or placed on the grounds of Parliament Hill by the plaintiff and his colleagues contained all the elements of a public nuisance which materially interfered with the use and enjoyment of the Parliament Hill neighbourhood by others, namely, those charged with its management and control and visiting members of the public. I am also of the opinion that the placing of the structures and other objects on the Parliament Hill grounds constituted an actionable trespass sufficient to justify their removal. It follows therefore, in my opinion, that the question posed by the defendants as the first issue to be resolved must be answered in the affirmative.

Charter Freedoms and Particularly Freedom of Expression Under Paragraph 2(b)

This leads into the next question which is whether the defendants' actions violated any of the plaintiff's fundamental freedoms guaranteed by

quelque chose qui est construit, mais les choses construites ne sont pas toutes des structures.» À mon avis, il est inutile que je me prononce sur la question de savoir si une table pliante est une structure parce que les abris, les tentes, les tables et les autres objets que le demandeur avait montés ou placés sur la Colline constituaient une nuisance publique, que ce soit en vertu de la *common law* ou du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics*, et c'est pourquoi les défendeurs étaient pleinement fondés à les faire enlever.

En l'espèce, la preuve établit clairement que l'abri du camp de la paix nuisait à l'entretien des lieux, qu'il a même endommagé la pelouse et que sa présence imposait un surcroît de travail aux autorités responsables de la sécurité sur la Colline. On ne saurait nier que l'utilisation d'appareils de cuisson, d'éclairage et de chauffage à flamme découverte par les occupants de l'abri constituait un danger d'incendie. On pourrait certainement conclure que l'absence d'installations sanitaires adéquates risquait de causer des problèmes de santé ou d'hygiène. La preuve révèle que l'abri offensait la vue de nombreux visiteurs qui se promenaient sur la Colline, et qui le considéraient comme une «horreur». À mon avis, les éléments de preuve sont suffisamment nombreux pour me permettre d'affirmer que l'abri, les tentes, les tables et les autres objets montés ou installés sur la colline du Parlement par le demandeur et ses collègues avaient toutes les caractéristiques d'une nuisance publique et constituaient un obstacle à l'utilisation et à la jouissance des lieux par d'autres, notamment les personnes chargées de la gestion et du contrôle, et les visiteurs. Je suis également d'avis que le fait d'avoir installé ces structures et objets sur la colline du Parlement constituait une entrée sans autorisation ouvrant droit à une poursuite, et que leur enlèvement était justifié. Par conséquent, j'estime qu'il faut répondre par l'affirmative à la première question posée par les défendeurs.

Les libertés garanties par la Charte et la liberté d'expression prévue à l'alinéa 2b)

La question suivante est de savoir si les gestes posés par les défendeurs ont violé l'une des libertés fondamentales du demandeur, garanties par les

paragraphs 2(b),(c) and (d) of the Charter and, more particularly, his freedom to freely express his message of protest on the grounds of Parliament Hill. It is undisputed that these Charter provisions apply to the common law rights relied on by the defendants as justification for their actions. Plaintiff's counsel reinforces his front of attack by arguing that subsection 6(2) of the amended *Public Works Nuisances Regulations* strikes at the very core of the plaintiff's freedom of political speech as manifested by the expressive symbols of shelters, tents and tables. In his submission, the statutory enactment in question goes beyond the mere regulation of time, place and things and inhibits the right of political expression, which has been long recognized as an essential cornerstone of Canadian parliamentary democracy.

Defendants' counsel urges that section 2 of the Charter is only meant to proscribe governmental restrictions capable of directly interfering with the freedoms guaranteed thereby; peripheral or incidental regulation of conduct as opposed to content is not an objectionable restriction on guaranteed freedoms *per se*. He relies strongly on *R. v. Videoflicks Ltd. et al.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; 14 D.L.R. (4th) 10 (C.A.), *aff'd sub nom. R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. Defendants' counsel further submits that in order for the removal of the plaintiff's shelter, tents, tables and other chattels from the Parliament Hill grounds to amount to a denial of the plaintiff's freedom to express his views about cruise missiles, these chattels by themselves and by their mere presence must have represented an expression of such views. The facts, he says, negate any such conclusion. In his submission, the outward appearance of these chattels conveyed no message to public bystanders concerning the plaintiff's views on the cruise missile. Instead, the message itself was communicated by word of mouth solicitation or by handing out literature or by carrying signs. Furthermore, he contends that the freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter is not a blanket freedom for anyone to use someone else's property, including public property, to publish his ideas. Finally, defendants' counsel submits that the removal of the plaintiff's shelter, tents, tables and other chattels from the grounds of Parliament Hill did not amount to a violation of his guaranteed freedoms

alinéas 2b),c) et d) de la Charte, en particulier la liberté d'exprimer librement son message de protestation sur la colline du Parlement. Il est clairement établi que ces dispositions de la Charte s'appliquent aux droits fondés sur la *common law* que les défendeurs ont invoqués pour justifier leurs gestes. Le procureur du demandeur prétend que le paragraphe 6(2) du *Règlement concernant les actes nuisibles sur des ouvrages publics* touche au cœur même de la liberté d'expression politique du demandeur, que symbolisaient l'abri, les tentes et les tables. Selon lui, la disposition en question ne se limite pas à régir des questions comme le temps et le lieu, ou des objets; elle contrevient à la liberté d'expression politique, qui est depuis longtemps reconnue comme l'un des fondements de la démocratie parlementaire au Canada.

Le procureur des défendeurs soutient que l'article 2 de la Charte ne vise qu'à interdire les restrictions gouvernementales susceptibles d'empiéter directement sur les libertés que cet article garantit; dès lors, les dispositions accessoires destinées à régir non pas le contenu de ces libertés, mais leur mode d'exercice ne constituent pas en soi des limitations abusives de ces libertés. Il s'appuie fortement sur l'arrêt *R. v. Videoflicks Ltd. et al.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; 14 D.L.R. (4th) 10 (C.A.), confirmé par l'arrêt publié sous le titre de *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Selon lui, pour que l'enlèvement de l'abri, des tentes, des tables et des autres biens meubles du demandeur corresponde à une négation de la liberté du demandeur d'exprimer ses vues sur les missiles de croisière, il aurait fallu que ces objets, de par leur nature et par leur simple présence, soient l'expression de telles opinions. Or, dit-il, les faits établissent le contraire. Selon lui, l'apparence extérieure de ces objets ne transmettait aucun message aux passants au sujet des opinions du demandeur sur le missile de croisière. Le message était plutôt communiqué de vive voix, par la distribution de dépliants ou au moyen d'affiches. Il soutient par ailleurs que la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte n'est pas une liberté générale dont quiconque peut s'autoriser pour utiliser des biens appartenant à autrui, y compris des biens de l'État, dans le but de faire connaître ses idées. En conclusion, le procureur des défendeurs soutient que l'enlèvement de l'abri, des tentes, des tables et des autres objets

of peaceful assembly or association within the meaning of paragraphs 2(c) and (d) of the Charter.

John Stuart Mill's classic political treatise, *On Liberty* (London: Walter Scott Publishing Co.), eloquently championed the liberty of the individual and the concomitant right of freedom of opinion. Nevertheless, the eminent author felt constrained to point out at page 104:

The liberty of the individual must be thus far limited; he must not make himself a nuisance to other people.

In *New Brunswick Broadcasting Co., Limited v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1984] 2 F.C. 410 (C.A.), one of the appellants' arguments was that the requirement for a broadcasting licence violated its right of freedom of the press and other media of communication guaranteed to everyone by paragraph 2(b) of the Charter. Thurlow C.J., stated the opinion of the Court on this point at page 426:

In my opinion, the argument confuses the freedom guaranteed by the Charter with a right to the use of property and is not sustainable. The freedom guaranteed by the Charter is a freedom to express and communicate ideas without restraint, whether orally or in print or by other means of communication. It is not a freedom to use someone else's property to do so. It gives no right to anyone to use someone else's land or platform to make a speech, or someone else's printing press to publish his ideas. It gives no right to anyone to enter and use a public building for such purposes.

The Federal Court of Appeal adopted a dissimilar approach in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1987] 2 F.C. 68. The essential portion of the headnote gives a good summary of the case, and reads [at pages 68-69]:

Respondents Lépine and Deland were prevented from disseminating their political ideas by carrying placards and distributing pamphlets in the public areas at Montréal International Airport. The refusal was based on a policy of prohibiting all solicitation therein, whether political, religious or otherwise, with the exception of the sale of poppies by veterans. It was argued that this policy is justified by Crown ownership rights and by Regulations prohibiting unauthorized business and advertising at airports.

The Trial Judge granted a declaration that the appellant had not observed the respondents fundamental freedoms and that the public areas at the airport constitute a public forum where

que le demandeur avait installés sur la colline du Parlement ne violait ni la liberté de réunion pacifique ni la liberté d'association garanties au demandeur par les alinéas 2c) et d) de la Charte.

^a Dans son ouvrage politique classique *On Liberty* (London: Walter Scott Publishing Co.), John Stuart Mill a défendu avec conviction la liberté individuelle et le droit connexe à la liberté d'expression. Toutefois, l'éminent auteur s'est senti obligé de préciser à la page 104:

[TRANSDUCTION] La liberté individuelle est donc très limitée; celui qui l'a ne doit pas importuner autrui.

^b Dans l'affaire *New Brunswick Broadcasting Co., Limited c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410 (C.A.), l'appelante prétendait notamment que l'obligation d'obtenir une licence de radiodiffusion violait son droit à la liberté de la presse et des autres moyens de communication garantie à tous par l'alinéa 2b) de la Charte. Le juge en chef Thurlow a exprimé l'opinion de la Cour sur cette question à la page 426:

^c À mon avis, l'argument confond la liberté garantie par la Charte avec le droit de faire usage d'un bien, et il ne saurait être accueilli. La liberté garantie par la Charte est la liberté d'exprimer et de communiquer des idées sans restriction aucune, que ce soit verbalement, par publication ou par d'autres moyens de communication. Il ne s'agit pas d'une liberté d'utiliser le bien d'autrui pour le faire. Elle ne confère nullement à une personne le droit d'utiliser le terrain ou la terrasse d'autrui pour faire un discours, ou la presse d'imprimerie de quelqu'un d'autre pour publier ses idées. Elle ne donne à personne le droit d'entrer dans un immeuble public et de l'utiliser pour de telles fins.

^d La Cour d'appel fédérale a exprimé un point de vue différent dans l'affaire *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1987] 2 C.F. 68. Le sommaire donne un bon aperçu de l'affaire [aux pages 68 et 69]:

^e Les intimés Lépine et Deland ont été empêchés de diffuser leurs idées politiques en portant des pancartes et en distribuant des brochures dans les aires publiques de l'aéroport international de Montréal. Ce refus était fondé sur une politique prohibant toute sollicitation à cet endroit, qu'elle soit politique, religieuse ou autre, la seule exception étant la vente des coquelicots par les anciens combattants. On a avancé que cette politique se justifiait en raison des droits de propriété de la Couronne et du règlement interdisant les activités commerciales et la publicité non autorisée dans les aéroports.

^f Le juge de première instance a rendu un jugement déclaratoire portant que l'appelante n'avait pas respecté les libertés fondamentales des intimés et que les aires publiques à l'aéro-

fundamental freedoms can be exercised. This is an appeal from that decision.

Held (Pratte J. dissenting), the appeal should be dismissed with respect to the declaration that the appellant had not observed the respondents' fundamental freedoms but allowed on the question whether the public areas at the airport were a public forum for the exercise of fundamental freedoms.

It was common ground that the respondents were told by the airport authorities that they must leave the terminal solely because they were engaging in political propaganda. In my view, this fact alone serves to make the Dorval Airport case readily distinguishable from the case at bar. Furthermore, the sole activities engaged in by the respondents in the airport terminal were confined to carrying placards advertising their message and handing out leaflets to the public and there was no erection or placing of structures or objects on government or public property, as in the present case.

In *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288; 82 L.Ed. 2d 221 (1984), the issue was whether a National Park Service regulation prohibiting camping in certain parks violated the First Amendment when applied to prohibit demonstrators from sleeping in tents in Lafayette Park and the Mall in the heart of Washington, D.C., in connection with a demonstration intended to call attention to the plight of the homeless. The Supreme Court of the United States held that it did not and reversed the contrary judgment of the Court of Appeals. White J., delivering the majority opinion of the Court, stated the following reasons for decision at pages 293 U.S.; 227 L.Ed.:

Expression, whether oral or written or symbolized by conduct, is subject to reasonable time, place or manner restrictions. We have often noted that restrictions of this kind are valid provided that they are justified without reference to the content of the regulated speech, that they are narrowly tailored to serve a significant governmental interest, and that they leave open ample alternative channels for communication of the information.

Burger C.J., although fully concurring in the majority opinion, filed a separate opinion in which he said at pages 300 U.S.; 231 L.Ed.:

Respondents' attempt at camping in the park is a form of "picketing"; it is conduct, not speech. Moreover, it is conduct that interferes with the rights of others to use Lafayette Park

gare constituait un forum public où peuvent s'exercer les libertés fondamentales. La présente espèce est un appel de cette décision.

Arrêt (le juge Pratte dissident): l'appel devrait être rejeté en ce qui concerne le jugement déclaratoire portant que l'appellante n'a pas respecté les libertés fondamentales des intimés, mais il devrait être accueilli relativement à la question de savoir si les aires publiques de l'aérogare constituent un forum public où peuvent s'exercer les libertés fondamentales.

Dans cette affaire, les autorités de l'aéroport ont ordonné aux intimés de quitter l'aérogare pour la simple raison qu'ils faisaient de la propagande politique. À mon avis, ce fait permet à lui seul d'établir une distinction évidente entre l'affaire de l'aéroport de Dorval et la présente espèce. De plus, la seule activité des intimés à l'aéroport se limitait à exposer leur point de vue en portant des pancartes et en distribuant des brochures aux membres du public. Aucune structure n'avait été érigée ni installée dans un lieu public ou sur des terrains de la Couronne, comme c'est le cas en l'espèce.

Dans l'affaire *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288; 82 L.Ed. 2d 221 (1984), il s'agissait de savoir s'il était contraire au Premier amendement de s'appuyer sur les dispositions d'un règlement sur les parcs nationaux interdisant le camping dans certains parcs pour interdire à des personnes de dormir dans des tentes installées dans le parc Lafayette et dans le Mail situés au centre de Washington, D.C., dans le cadre d'une manifestation destinée à sensibiliser l'opinion au sort des sans-abri. La Cour suprême des États-Unis a répondu par la négative et a infirmé le jugement de la Cour d'appel. Le jugement de la majorité a été rendu par le juge White, qui a prononcé les motifs suivants aux pages 293 U.S.; 227 L.Ed.:

[TRADUCTION] Que l'expression soit orale, écrite ou symbolisée par un comportement, elle demeure soumise à des restrictions raisonnables quant à la manière, au temps ou au lieu. Nous avons souvent indiqué que de telles restrictions sont valides pourvu qu'elles soient justifiées, indépendamment du contenu du message, qu'elles soient strictement destinées à promouvoir un objectif gouvernemental important et qu'il y ait bien d'autres moyens de communiquer l'information.

Le juge en chef Burger, qui a souscrit à l'opinion de la majorité, a cependant rédigé des motifs distincts aux pages 300 U.S.; 231 L.Ed.:

[TRADUCTION] La tentative des intimés de camper dans le parc est une forme de «piquetage»; il s'agit d'un comportement, et non de paroles. De plus, c'est un comportement qui empêche

for the purposes for which it was created. Lafayette Park and others like it are for all the people, and their rights are not to be trespassed even by those who have some "statement" to make.

Marshall J., joined by Brennan J., dissented on the ground that the demonstrators' sleep was symbolic speech and that the regulation of it was not reasonable.

Mr. Justice McIntyre, delivering the majority opinion of the Supreme Court of Canada in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*, was of the view that peaceful picketing in a labour dispute involved some element of freedom of expression under paragraph 2(b) of the Charter. However, he dismissed the appeal against the granting of an injunction to restrain such picketing on the ground that the Charter did not apply to the case at bar in the absence of any offending statute. Rather, the litigation was between purely private parties and did not involve any exercise of or reliance on governmental action which would invoke the Charter. Defendants' counsel submits that the *Dolphin* decision actually turned on the private litigation point with the result that the comments regarding Charter protection of picketing as a form of freedom of expression are largely *obiter*. I am inclined to agree that there is merit in that submission. In any event, nothing significant turns in the present case on McIntyre J.'s statement regarding Charter protection of peaceful picketing, whether *obiter* or otherwise. The plaintiff's complaint is that the governmental restrictions were specifically tailored to enfold the symbolic manifestations of his protest message. In other words, they were aimed at content and not conduct.

In *R. v. Videoflicks Ltd. et al.*, *supra*, one of the questions before the Court was whether section 2 of the *Retail Business Holidays Act* [R.S.O. 1980, c. 453] requiring retail businesses to be closed on certain holidays, including Sunday, infringed the appellants' guaranteed freedom of expression under paragraph 2(b) of the Charter. Mr. Justice Tarnopolsky, writing the opinion of the Court,

les autres de se prévaloir de leur droit d'utiliser le parc Lafayette pour les fins auxquelles il a été créé. Le parc Lafayette et d'autres parcs semblables existent pour le bénéfice de la population en général, dont les droits ne peuvent être bafoués, même par ceux qui ont une «déclaration» à faire.

^a Le juge Marshall, avec l'appui du juge Brennan, a exprimé son désaccord pour le motif que le geste des manifestants était un message symbolique et qu'il n'était pas raisonnable de l'assujettir à un ^b règlement.

Monsieur le juge McIntyre, qui a rendu le jugement de la majorité dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, précité, a écrit que le piquetage pacifique dans le cadre d'un conflit de travail ^c comporte un certain élément de liberté d'expression au sens de l'alinéa 2b) de la Charte. Il a toutefois rejeté l'appel relatif à la délivrance d'une injonction destinée à interdire le piquetage pour le motif que la Charte ne s'appliquait pas en l'espèce ^d car il n'y avait pas de loi en défaut. Il s'agissait d'un litige entre parties privées seulement, litige dans lequel on n'a invoqué aucun acte gouvernemental susceptible d'entraîner l'application de la ^e Charte. Le procureur des défendeurs soutient que la décision rendue dans l'affaire *Dolphin* portait en réalité sur la question des litiges entre parties privées, de sorte que les remarques du juge au sujet de la protection conférée par la Charte au piquetage comme forme de liberté d'expression ^f avaient surtout le caractère d'une opinion incidente. Je suis porté à souscrire à ce point de vue. Quoi qu'il en soit, la présente affaire n'a pas grand-chose à voir avec ce qu'a dit le juge McIntyre au sujet de la protection conférée par la ^g Charte au piquetage pacifique, qu'il s'agisse ou non d'une opinion incidente. Le demandeur prétend que les restrictions gouvernementales dont il se plaint ont été conçues précisément pour régir les ^h manifestations symboliques de son message de protestation. En d'autres termes, elles ne visaient pas le comportement du demandeur, mais le contenu de son message.

ⁱ Dans l'arrêt *R. v. Videoflicks Ltd. et al.*, précité, l'une des questions dont la Cour a été saisie était de savoir si l'article 2 de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* [L.R.O. 1980, chap. 453], qui oblige les commerces de détail à rester fermés certains jours fériés, y compris le dimanche, violait la liberté d'expression garantie à l'appelante par l'alinéa 2b) de la Charte. Monsieur le

acknowledged that "freedom of expression under the Charter must extend to all forms of expression". The learned Judge noted at pages 431 O.R.; 46-47 D.L.R.:

The matter does not end there however. Counsel for the Attorney-General makes clear that the central question is whether the regulation of sales or rentals through prohibitions of such on the holidays named in the Act really amounts to a limit on freedom of expression. To answer in the affirmative, she argues, would effectively prohibit the government from adopting any type of regulation in this area since all regulation implies restriction. I agree. Under the Act, there is no regulation of content which, in the absence of justification under s. 1 of the Charter, would constitute contravention of s. 2 thereof: . . . Mere regulation as to time and place, however, cannot be considered an infringement of freedom of expression, unless there is evidence that such regulation in intent or effect adversely impacts upon content or adversely interferes with production, availability and use or determines who can be involved in these. No such evidence was provided in this case. [Emphasis added.]

An appeal from this decision was dismissed by the Supreme Court of Canada, Wilson J. dissenting in part: see *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*. The question of any infringement of the fundamental freedom of expression under paragraph 2(b) of the Charter was not argued before the Supreme Court of Canada. Instead, the constitutional questions comparable to those at the Ontario Court of Appeal level involved only the application of paragraph 2(a), and sections 7 and 15 of the Charter.

In *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; 35 D.L.R. (4th) 338 (C.A.), one of the questions was whether section 177 of the *Criminal Code*, which created the offence of spreading false news, was unconstitutional because it infringed paragraph 2(b) of the Charter, the fundamental freedom of expression. The Court held that an offence falling within the ambit of section 177 lay within the permissibly regulated area which was not constitutionally protected and did not come within the residue which comprised freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter. In reaching that result, the Court considered the limits of freedom of expression, stating at pages 147 O.R.; 356 D.L.R.:

It is essential at the outset to consider just exactly what is the "freedom of expression" which is constitutionally protected.

juge Tarnopolsky, qui a rédigé les motifs de la Cour, a reconnu que [TRADUCTION] «la liberté d'expression accordée par la Charte doit s'étendre à toutes les formes d'expression». Le juge a dit, *a* aux pages 431 O.R.; 46-47 D.L.R.:

[TRADUCTION] L'affaire ne se termine pas ici, toutefois. Comme le précise la représentante du procureur général, la question centrale est de savoir si le fait d'interdire les ventes ou les locations durant les jours fériés mentionnés dans la Loi équivaut véritablement à une limitation de la liberté d'expression. Si l'on répondait à cette question par l'affirmative, soutient-elle, on empêcherait le gouvernement d'adopter quelque règlement que ce soit dans ce domaine, car tous les règlements comportent des restrictions. Je souscris à ce point de vue. Il n'y a, dans la Loi, aucune disposition régissant le contenu qui, en l'absence de toute justification fondée sur l'art. 1 de la Charte, contreviendrait à l'art. 2 de la Charte: . . . On ne saurait considérer comme une violation de la liberté d'expression de simples dispositions régissant le temps et le lieu, à moins d'arriver à prouver que ces dispositions ont pour but ou pour effet de porter atteinte au contenu, d'entraver la production, la disponibilité et l'utilisation, ou de déterminer quelles personnes peuvent être visées. Aucune preuve n'a été fournie à cet effet. [C'est moi qui souligne.]

La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi interjeté dans cette affaire. Madame le juge Wilson était dissidente en partie: voir *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité. La question de savoir si la liberté fondamentale d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte avait été violée n'a pas été débattue devant la Cour suprême. Celle-ci s'est plutôt contentée d'étudier l'application de l'alinéa 2a) et des articles 7 et 15 de la Charte, comme l'avait fait la Cour d'appel de l'Ontario.

Dans l'affaire *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; 35 D.L.R. (4th) 338 (C.A.), l'une des questions en litige était de savoir si l'article 177 du *Code criminel*, aux termes duquel la diffusion de fausses nouvelles constitue une infraction, était inconstitutionnel parce qu'il contrevenait à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte. La Cour a statué que le geste posé en violation de l'article 177 faisait partie des sujets qu'il est permis de réglementer et qui ne bénéficieraient pas de la protection conférée par la Charte, et n'était pas compris dans la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour a pris en considération les limites de la liberté d'expression et a déclaré aux pages 147 O.R.; 356 D.L.R.:

[TRADUCTION] Il convient dès le début d'examiner ce qu'est, au juste, cette «liberté d'expression» protégée par la Charte. Ces

The words are extremely broad. They are not like rights proscribed under some other sections of the Charter such as ss. 10, 11(f) and (i). There the limits of the rights protected are much clearer, and a breach is more readily apparent and, if a breach has occurred, can be tested under s. 1 of the Charter.

Freedom of expression must necessarily have regard to the corresponding rights and freedoms of other persons. It contemplates the existence of a social order in which other persons must not be denied similar rights. A simplistic example, which is often given, is that a person is not at liberty to shout "fire!" in a crowded theatre.

As Dickson C.J.C. stated when delivering the judgment of the Supreme Court of Canada in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 385 at p. 418, 18 D.L.R. (4th) 321 at p. 354, [1985] 1 S.C.R. 295:

Freedom means that, *subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others*, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

(Emphasis added.) (See also his dicta to the same effect at p. 425 C.C.C., p. 361 D.L.R.) In that case Chief Justice Dickson was, of course, addressing his remarks to the limits of the fundamental freedom of religion under s. 2(a) of the Charter but his remarks are, in our opinion, opposite for "freedom of expression".

The Court conducted an extensive review of the authorities, noting particularly McIntyre J.'s conclusion in the *Dolphin Delivery* case [at page 586] that paragraph 2(b) of the Charter "declared freedom of expression to be a fundamental freedom and any questions as to its constitutional status have therefore been settled". However, the Court recognized that the fundamental freedom guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter was not an absolute and unqualified value that could never be balanced against other important, competing values. The judicial opinion on this point was stated at pages 150-151 O.R.; 359-360 D.L.R.:

When determining the limits of freedom of expression, a distinction must be drawn at the outset between "rights" and "freedoms". A "right" is defined positively as what one can do. A "freedom", on the other hand, is defined by determining first the area which is regulated. The freedom is then what exists in the unregulated area—a sphere of activity within which all acts are permissible. It is a residual area in which all acts are free of specific legal regulation and the individual is free to choose. The regulated area will include restrictions for purposes of decency and public order, and specifically with respect to the freedom of expression, prohibitions concerning criminal libel and sedition. It is what Rand J. described in *Saumur v. City of Quebec and A.-G. Que.* (1953), 106 C.C.C. 289 at p. 322,

mots ont un sens très large. Ils ne désignent pas des droits semblables à ceux qui sont prévus dans d'autres dispositions de la Charte, comme l'art. 10 et les al. 11(f) et (i). Les limites de ces droits sont beaucoup plus claires et il est plus aisé d'en constater la violation, auquel cas on peut examiner cette violation à la lumière de l'art. 1 de la Charte.

La liberté d'expression doit nécessairement s'exercer dans le respect des droits et des libertés d'autrui. Elle suppose l'existence d'un ordre social dans lequel des droits similaires doivent être reconnus aux autres personnes. À titre d'exemple simpliste et fréquemment cité, une personne n'a pas le droit de crier «au feu!» dans une salle de cinéma bondée.

Comme le juge en chef Dickson l'a mentionné lorsqu'il a rendu le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 385, à la p. 418, 18 D.L.R. (4th) 321, à la p. 354, [1985] 1 R.C.S. 295:

La liberté signifie que, *sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui*, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

(Les italiques sont de moi.) (Voir aussi son opinion incidente au même effet à la p. 425 C.C.C., et à la p. 361 D.L.R.) Dans cette affaire, le juge en chef Dickson s'intéressait aux limites de la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la Charte, mais nous sommes d'avis que ses remarques s'appliquent tout autant à la «liberté d'expression».

La Cour a fait une étude exhaustive de la jurisprudence et a noté en particulier la conclusion du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery* [à la page 586], selon laquelle l'alinéa 2b) de la Charte «déclare que la liberté d'expression est une liberté fondamentale et son statut constitutionnel ne fait donc plus aucun doute». La Cour a toutefois reconnu que cette liberté fondamentale garantie par l'alinéa 2b) de la Charte n'était pas une valeur absolue et inconditionnelle à laquelle on ne pourrait jamais opposer d'autres valeurs tout aussi importantes, mais antagonistes. Elle exprime son opinion sur cette question aux pages 150-151 O.R.; 359-360 D.L.R.:

[TRADUCTION] S'agissant des limites de la liberté d'expression, il convient tout d'abord de faire une distinction entre les «droits» et les «libertés». Le terme «droit» désigne ce qui est permis. En revanche, pour définir une «liberté», il faut d'abord déterminer ce qui est réglementé. La liberté, c'est alors ce qui n'est pas réglementé; c'est une sphère d'activité dans laquelle tous les actes sont permis. C'est une sphère qui englobe tous les actes qui ne font l'objet d'aucune disposition législative particulière et que le citoyen peut poser librement. Le champ qui est réglementé comprend les restrictions destinées à garantir la décence et l'ordre public et, plus particulièrement en ce qui touche la liberté d'expression, les dispositions interdisant la diffamation et la sédition. Comme l'a dit le juge Rand dans l'arrêt *Saumur c. La cité de Québec et le P.G. du Qué.* (1953), 106 C.C.C. 289, à la p. 322, [1953] 4 D.L.R. 641, à la p. 670,

[1953] 4 D.L.R. 641 at p. 670, [1953] 2 S.C.R. 299 at p. 329, as "the residue inside the periphery".

In *Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 et al. and Government of Saskatchewan et al.* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609 (Sask. C.A.), Bayda C.J.S. observed at page 618:

Indeed, that every freedom has an inherent limit is axiomatic. A freedom without an inherent limit would lead to an absurdity, for a freedom by everyone to do everything is a freedom to do nothing. The freedom in those circumstances could be compared to Shakespeare's glory which he likened to a circle in the water "which never ceaseth to enlarge itself, till by broad spreading it disperse to naught" (Henry VI, Part I, Act I, Scene II, line 133). A parallel notion was expressed by Mortimer J. Adler in *Six Great Ideas* (MacMillan Pub. Co., 1981), at p. 144, as noted by Wilson J. in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen* (unreported decision of Supreme Court of Canada, dated May 9, 1985) [now reported 18 D.L.R. (4th) 481 at pp. 516-7]:

Living in organized societies under effective government and enforceable laws, as they must in order to survive and prosper, human beings neither have autonomy nor are they entitled to unlimited liberty of action. Autonomy is incompatible with organized society. Unlimited liberty is destructive of it.

See also *Cromer v. B.C. Teachers' Fed.*, [1986] 5 W.W.R. 638; 29 D.L.R. (4th) 641 (B.C.C.A.).

Madam Justice Wilson also said in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, at page 489:

The rights under the *Charter* not being absolute, their content or scope must be discerned quite apart from any limitation sought to be imposed upon them by the government under s. 1. As was pointed out by the Ontario Court of Appeal in *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225, at p. 244:

... the Charter was not enacted in a vacuum and the rights set out therein must be interpreted rationally having regard to the then existing laws ...

There is no liberty without law and there is no law without some restriction of liberty: see Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 267.

The learned Judge was alluding to the "right", of liberty under section 7 of the *Charter*, but a corresponding approach is apposite, in my view, to the "freedoms" guaranteed by section 2 thereof.

In *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536; 13 L.Ed. 2d 471 (1965), the Supreme Court of the United States reversed the convictions of a civil rights leader for breach of the peace and obstructing

[1953] 2 R.C.S. 299, à la p. 329, c'est [TRADUCTION] «ce qu'il y a à l'intérieur de ce périmètre».

Dans l'arrêt *Re Retail, Wholesale & Department Store Union, Locals 544, 496, 635 and 955 et al. and Government of Saskatchewan et al.* (1985), 19 D.L.R. (4th) 609 (C.A. Sask.), le juge en chef Bayda de la Saskatchewan a fait remarquer à la page 618:

[TRADUCTION] C'est l'évidence même que toute liberté comporte une limite. Une liberté qui ne serait assortie d'aucune limite serait une absurdité, car celui qui est libre de tout faire n'est libre de rien faire. On pourrait comparer la liberté dans ces conditions à la gloire, que Shakespeare assimilait à un cercle dans l'eau «qui va toujours s'élargissant, jusqu'à ce qu'à force de s'étendre, il s'évanouisse dans le néant» (Henri VI, partie I, acte I, scène II, ligne 133). Dans l'ouvrage *Six Great Ideas* (MacMillan Pub. Co., 1981), Mortimer J. Adler, que cite le juge Wilson dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine* (décision non publiée de la Cour suprême du Canada, 9 mai 1985) [maintenant publiée dans 18 D.L.R. (4th) 481, aux p. 516 et 517], dit à peu près la même chose à la p. 144:

Vivant en sociétés organisées avec un gouvernement réel et des lois applicables, ce qui est nécessaire à leur survie et à leur prospérité, les humains ne sont pas autonomes et ils n'ont pas droit non plus à une liberté d'action illimitée. L'autonomie est incompatible avec une société organisée. Une liberté illimitée la détruit.

Voir aussi *Cromer v. B.C. Teachers' Fed.*, [1986] 5 W.W.R. 638; 29 D.L.R. (4th) 641 (C.A.C.-B.).

Madame le juge Wilson a également dit dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la page 489:

Comme les droits accordés par la *Charte* ne sont pas absolus, leur contenu ou leur portée doit être cerné tout à fait indépendamment des limites que le gouvernement a cherché à leur imposer par l'article premier. Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225, à la p. 244:

[TRADUCTION] ... la *Charte* n'a pas été adoptée dans le vide et les droits qu'elle énonce doivent être interprétés de façon rationnelle compte tenu des règles de droit existantes ...

Il n'y a pas de liberté sans règles de droit et il n'y a pas de règles de droit sans une certaine restriction de la liberté: voir Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 267.

Le juge faisait allusion au «droit» à la liberté garanti par l'article 7 de la *Charte*, mais j'estime que ce point de vue vaut également pour les «libertés» garanties par l'article 2 de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536; 13 L.Ed. 2d 471 (1965), la Cour suprême des États-Unis a annulé les déclarations de culpabilité qui avaient été prononcées contre un dirigeant d'un

public passages on the grounds that they infringed his rights of free speech and assembly. Irrespective of the actual result, Goldberg J., writing the majority opinion, stated at pages 554 U.S.; 484 L. Ed.:

From these decisions certain clear principles emerge. The rights of free speech and assembly, while fundamental in our democratic society, still do not mean that everyone with opinions or beliefs to express may address a group at any public place and at any time. The constitutional guarantee of liberty implies the existence of an organized society maintaining public order, without which liberty itself would be lost in the excesses of anarchy.

Conclusion

I find on the evidence that the plaintiff and his associates were never prevented from communicating their political message of protest to the government's cruise missile policy on the grounds of Parliament Hill by word of mouth solicitation or by carrying placards or banners or by handing out literature, nor were they ever prevented from assembling or associating on the Parliament Hill grounds for the purpose of making their protest views known by these means. What they were prevented from doing was erecting or placing shelters, tents, tables and other objects on the grounds of Parliament Hill. The evidence establishes that it was made abundantly clear to the plaintiff by the peace officers acting under the explicit instructions of the Minister of Public Works that he was free to communicate his message of protest to interested bystanders on Parliament Hill by oral or written solicitation or by demonstrating with placards and banners. While the shelters, tents, tables and other objects may have been intended as attractions for inviting further inquiry, the fact of their mere presence is not sufficient of itself, in my view, to make them essential, expressive symbols of the plaintiff's anti-cruise message. An uninformed newcomer to the neighbourhood of Parliament Hill, seeing the plaintiff standing by his table or seated by his tent, could not possibly know what the plaintiff was protesting without first asking and being informed. In short, the mere presence of the inanimate structures and objects *per se* could not be reasonably understood by the unenlightened viewer to be expressively communicative of the actual message sought to be portrayed thereby.

mouvement voué à la défense des droits civiques, à qui l'on reprochait d'avoir troublé la paix et d'avoir obstrué la voie publique, parce que cela contrevenait à ses droits de parole et de réunion.

^a Faisant abstraction de la conclusion réelle, le juge Goldberg, qui s'est prononcé au nom de la majorité, a déclaré aux pages 554 U.S.; 484 L.Ed.:

[TRADUCTION] Certains principes évidents ressortent de ces décisions. Même si les droits de parole et de réunion sont fondamentaux dans notre société démocratique, il ne faut quand même pas conclure que toute personne désireuse d'exprimer des opinions ou des croyances peut prendre la parole en public n'importe où et n'importe quand. La liberté garantie par la Constitution suppose l'existence d'une société organisée, capable de maintenir l'ordre public sans lequel cette même liberté serait perdue dans les excès de l'anarchie.

Conclusion

Il ressort de la preuve que l'on n'a jamais empêché le demandeur et ses collègues de transmettre, sur la colline du Parlement, leur message politique de protestation contre la décision du gouvernement au sujet du missile de croisière, que ce soit de vive voix, au moyen de pancartes ou de bannières, ou par la distribution de dépliants. D'autre part, on ne leur a jamais interdit de se réunir sur la Colline pour ce faire. On leur a seulement interdit de monter ou d'installer des abris, des tentes, des tables et d'autres objets à cet endroit. La preuve révèle que les agents de la paix, à qui le ministre des Travaux publics avait donné des instructions précises, ont bien fait comprendre au demandeur qu'il était entièrement libre de transmettre son message de protestation aux personnes intéressées qui déambulaient sur la Colline, que ce soit verbalement, par écrit, ou au moyen de pancartes et de bannières. Les abris, les tentes, les tables et les autres objets qui se trouvaient sur la Colline étaient peut-être destinés à éveiller la curiosité des passants, mais leur simple présence ne suffisait pas, selon moi, à en faire des moyens essentiels d'expression du message du demandeur. La personne non renseignée qui apercevait le demandeur debout près de la table ou assis à côté de la tente ne pouvait pas savoir de quoi il était question si elle ne se renseignait pas auprès de ce dernier. En bref, il ne serait pas raisonnable de penser que la présence de ces structures et de ces objets inanimés permettait à l'observateur non averti de saisir le message que le demandeur voulait transmettre.

In my opinion, the freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter is not an absolute and unqualified freedom to disregard existing laws reflecting the collective interests of organized society as a whole. I find on the facts of the present case that the governmental constraints were directed only to the reasonable regulation of conduct in terms of time, place and manner restrictions. I am also of the opinion that these constraints did not impact adversely upon the content of the plaintiff's message as manifested by the normal vocal, visual or demonstrative means of communication in respect thereof. The plaintiff's case, as it seems to me, is that these governmental restrictions were aimed at inanimate objects or structures said to represent in themselves, on the basis of a purely subjective determination, the quintessential symbols of a message of protest. As indicated, I do not agree with that proposition. Furthermore, I am unable to find on the evidence any semblance of interference with the plaintiff's freedom of peaceful assembly and association. Therefore, it necessarily follows that the second question posed by the defendants must be answered in the negative. That being the case, it is unnecessary to express any opinion on the application of section 1 of the Charter. Assuming that such were necessary, I would be of the opinion that the governmental restrictions in this instance were well within the scope of reasonable limits under section 1 of the Charter for achieving a significant governmental interest in the permissibly regulated area of conduct unrelated to the inhibition of freedom of expression.

For the foregoing reasons, the plaintiff's action is dismissed with costs.

À mon avis, la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte ne donne pas toute latitude pour faire fi des lois en vigueur, qui reflètent les intérêts collectifs d'une société organisée. Dans le cas en l'espèce, les restrictions imposées par le gouvernement avaient simplement pour objet d'imposer des normes de comportement raisonnables quant au temps, au lieu et à la manière. Je suis également d'avis que ces restrictions ne portaient nullement atteinte au contenu du message que souhaitait transmettre le demandeur, qui a pu employer les moyens de communication verbale, écrite et visuelle courants à cette fin. En gros, le demandeur soutient que ces restrictions s'appliquaient à des structures ou à des objets inanimés qui étaient censés représenter, de façon purement subjective, l'essence même de son message de protestation. Comme je l'ai mentionné, je ne souscris pas à ce point de vue. De plus, la preuve ne me permet absolument pas de conclure que, même en apparence, la liberté de réunion pacifique et d'association du demandeur n'a pas été respectée. Il faut donc répondre par la négative à la deuxième question des défendeurs. Dès lors, il est inutile que je me prononce sur l'application de l'article 1 de la Charte. Si cela avait été nécessaire, j'aurais été d'avis que les restrictions imposées par le gouvernement dans les circonstances constituaient des limites raisonnables au sens de l'article 1 de la Charte et étaient destinées à assurer la réalisation d'un objectif gouvernemental important dans une sphère d'activité dont la réglementation est permise et qui n'a rien à voir avec la négation de la liberté d'expression.

Pour les motifs précités, l'action du demandeur est rejetée avec dépens.

T-218-88

T-218-88

Information Commissioner of Canada (*Applicant*)**Commissaire à l'information du Canada (*requérant*)**

v.

a c.

Secretary of State for External Affairs (*Respondent*)**Secrétaire d'État aux Affaires extérieures (*intimé*)**

INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (SECRETARY OF STATE FOR EXTERNAL AFFAIRS) (T.D.)

b RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) c. CANADA (SECÉTAIRE D'ÉTAT AUX AFFAIRES EXTÉRIEURES) (1^{re} INST.)

Trial Division, Dubé J.—Ottawa, November 1 and 7, 1989.

Section de première instance, juge Dubé—Ottawa, 1^{er} et 7 novembre 1989.

Access to information — Secretary of State for External Affairs refusing to disclose information in "call up" forms used by government bodies requiring temporary help services under arrangement whereby contractors file master "standing offer" for temporary services specified therein — When services required, "call up" form issued to contractor who supplies and pays employee — Application under Access to Information Act s. 42(1)(a) to review refusal — Application allowed — Security classification in "call up" form subject to disclosure under Access to Information Act as not personal information within Privacy Act s. 3 even when linked with names of individuals who filled position — Security classification not protected information as relates to services performed, not to individual.

c Accès à l'information — Le Secrétaire d'État aux Affaires extérieures refuse de communiquer des renseignements contenus dans des formulaires de commandes subséquentes utilisés par les organismes gouvernementaux qui demandent des services de personnel intérimaire dans le cadre d'une entente en vertu de laquelle des entrepreneurs déposent une «offre permanente» principale pour les services temporaires visés dans l'offre — Lorsque les services sont requis, un formulaire «de commandes subséquentes» est délivré à l'entrepreneur qui fournit et paye l'employé — Demande fondée sur l'art. 42(1)a) de la Loi sur l'accès à l'information en vue d'obtenir une révision du refus — Demande accueillie — La classification de sécurité comprise dans les formulaires de «commandes subséquentes» peut être divulguée en vertu de la Loi sur l'accès à l'information car il ne s'agit pas d'un renseignement personnel au sens de l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels, même lorsqu'elle est liée aux noms des personnes qui ont occupé le poste — La classification de sécurité ne constitue pas un renseignement protégé car elle porte sur la nature de la prestation de services et non sur la personne.

Privacy — Security classification in government "call up" form for temporary help engaged under "standing offer" not personal information within Privacy Act s. 3 even when linked with names of individuals who filled position — Even if security classification personal information, would fall under Privacy Act s. 3(k) exclusion as relating to services performed, not to individual.

g Protection des renseignements personnels — La classification de sécurité dans un formulaire «de commandes subséquentes» de personnel intérimaire engagé en vertu d'une «offre permanente» ne constitue pas un renseignement personnel au sens de l'art. 3 même lorsqu'elle est liée aux noms des personnes qui ont occupé le poste — Même si la classification de sécurité constitue un renseignement personnel, elle s'inscrirait dans le cadre de l'exclusion que prévoit l'art. 3k) parce qu'elle porte sur la nature de la prestation de services et non sur la personne.

Construction of statutes — Application to review refusal by government department to disclose information requested under Access to Information Act, including security classification included in "call-up" forms — Privacy Act, s. 3(k) "personal information" — English and French versions differing — Version best reflecting purpose of section, read in context of Act and in light of scheme of legislation to be adopted — When Access to Information Act, s. 2 and Privacy Act, s. 3 read together, object clear: information to be provided to public with exception of personal information relating to individuals — Information relating to position not personal information, whether individual working for government as employee (s. 3(j)) or under contract (s. 3(k)) — Wording of

h Interprétation des lois — Demande en vue d'obtenir une révision du refus d'un ministère du gouvernement de communiquer des renseignements demandés en vertu de la Loi sur l'accès à l'information qui comprennent des classifications de sécurité qui figurent sur des formulaires «de commandes subséquentes» — «Renseignements personnels» aux termes de l'art. 3k) de la Loi sur la protection des renseignements personnels — Différence entre les textes français et anglais — La version qui reflète le mieux le but de l'article interprété dans le contexte de la Loi et compte tenu de l'esprit de la Loi doit être adoptée — L'objet ressort clairement de l'interprétation conjointe de l'art. 2 de la Loi sur l'accès à l'information et de l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements

French text would provide more privacy to individual hired by government through personnel agency — No reason for different treatment — Merely bad translation — Application granted.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 19, 42(1)(a), 49.

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 2, 3.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée, [1979] 1 S.C.R. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; *sub nom. Cie Immobilière BCN v. M.N.R.*, 25 N.R. 361.

AUTHORS CITED

Beaupré, Rémi Michael *Construing Bilingual Legislation in Canada*, Toronto: Butterworths, 1981.

COUNSEL:

M. L. Phelan, P. J. Wilson and Paul B. Tetro for applicant.
Wendy E. Burnham and P. Dubrule for respondent.

SOLICITORS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

DUBÉ J.: This application launched under paragraph 42(1)(a) of the *Access to Information Act*¹ by the Information Commissioner of Canada ("the Commissioner") is for a review of the refusal by the Secretary of State for External Affairs ("the

¹R.S.C., 1985, c. A-1.

personnels: les renseignements doivent être communiqués au public à l'exception des renseignements personnels concernant les individus — Les renseignements concernant un poste ne constituent pas des renseignements personnels, que l'individu travaille pour le gouvernement à titre d'employé (art. 3jj) ou en vertu d'un contrat (art. 3k)) — Le texte français prévoirait une plus grande protection des renseignements personnels à la personne qui est engagée par le gouvernement par l'entremise d'une agence de personnel — Il n'y a pas de raison pour un traitement différent — Il s'agit simplement d'une mauvaise traduction — Demande accueillie.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Lois sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), chap. A-1, art. 19, 42(1)a, 49.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), chap. P-21, art. 2, 3.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée, [1979] 1 R.C.S. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; sous le nom de *Cie Immobilière BCN c. M.R.N.*, 25 N.R. 361.

DOCTRINE

Beaupré, Rémi Michael *Interprétation de la législation bilingue*, Montréal: Wilson et Lafleur Ltée, 1986.

AVOCATS:

M. L. Phelan, P. J. Wilson et Paul B. Tetro pour le requérant.
Wendy E. Burnham et P. Dubrule pour l'intimé.

PROCUREURS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE DUBÉ: Il s'agit d'une demande fondée sur l'alinéa 42(1)a) de la *Loi sur l'accès à l'information*¹ présentée par le Commissaire à l'information du Canada («le Commissaire») en vue d'obtenir une révision du refus du Secrétaire d'État aux

¹L.R.C. (1985), chap. A-1.

Department”) to disclose certain information requested by one Michael A. Dagg on December 1, 1986 being all “call-ups” processed by the Department during the months of July and August 1986.

Pursuant to Mr. Dagg’s request, the Department released eighty records consisting of forms entitled “Call-up Against a Standing Offer”. Twenty-five of these records contained security classifications required for the jobs filled by the temporary help employees assigned to the positions. The Department held that these security classifications were exempted from disclosure pursuant to section 19 of the *Access to Information Act* as being personal information. Mr. Dagg complained to the Commissioner.

These call-up forms are used by government bodies requiring temporary help services as part of an arrangement administered by the Department of Supply and Services whereby various persons, corporate or otherwise, file with that Department, on a periodic basis, a master “standing offer” for the temporary services specified in the offer. When a government department requires the services of a temporary help employee, it issues a “call-up form” to one of the offerors under the standing offer. The temporary help employee is then assigned to the requesting department to provide the specified services. The employee is paid by the personnel agency supplying the employee.

In its original response to Mr. Dagg’s request, the Department revealed, as part of the call-up form, the individual names of the employees. The Privacy Commissioner found that the Department had acted in violation of the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21] in revealing such “personal information”. Having been thus chastised for releasing the names, the Department states it was not about to compound the error by releasing the information relating to the security level which could, by virtue of the fact that the names had been released, reveal personal information about those individuals.

Affaires extérieures («le Ministère») de communiquer certains renseignements demandés par Michael A. Dagg le 1^{er} décembre 1986, à savoir des «commandes subséquentes» traitées par le Ministère au cours des mois de juillet et août 1986.

Par suite de la demande de M. Dagg, le Ministère a communiqué quatre-vingt documents constitués de formulaires désignés sous le nom de «commandes subséquentes à une offre permanente». Vingt-cinq de ces documents contenaient les classifications de sécurité exigées relativement aux emplois occupés par des employés temporaires affectés aux postes. Le Ministère a soutenu qu’il pouvait refuser de communiquer ces classifications de sécurité en application de l’article 19 de la *Loi sur l’accès à l’information* parce qu’il s’agissait de renseignements personnels. M. Dagg a porté plainte auprès du Commissaire.

Ces formulaires de commandes subséquentes sont utilisés par les organismes gouvernementaux qui demandent des services de personnel intérimaire dans le cadre d’une entente administrée par le ministère des Approvisionnements et Services en vertu de laquelle diverses personnes, morales ou physiques, déposent au Ministère, de façon périodique, une «offre permanente» principale pour les services temporaires visés dans l’offre. Lorsqu’un Ministère du gouvernement requiert les services d’employés temporaires, il délivre un «formulaire de commandes subséquentes» à l’un des proposants visés à l’offre permanente. L’employé temporaire est alors affecté au Ministère demandeur pour fournir les services requis. L’employé est payé par l’agence de personnel qui fournit l’employé.

Dans sa réponse initiale à la demande de M. Dagg, le Ministère a communiqué dans le cadre du formulaire de commandes subséquentes, le nom des employés. Le Commissaire à la protection de la vie privée a conclu que le Ministère avait agi en violation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), chap. P-21] par la divulgation de tels «renseignements personnels». Le Ministère qui a donc été critiqué parce qu’il avait communiqué les noms, n’allait pas aggraver l’erreur en communiquant les renseignements relatifs aux cotes de sécurité qui pourraient, en vertu du fait que les noms avaient été communiqués, révéler des renseignements personnels au sujet de ces personnes.

After having investigated the instant complaint, the Information Commissioner recommended to the Department that it disclose the information on security classification, on grounds that this information was not "personal information" by virtue of paragraph 3(k) of the *Privacy Act*.

The Department still refused to disclose the security information requested. It should be noted at this stage, however, that subsequent to this application for review, the Department has received consent from fifteen of the twenty-five individuals and released the relevant security classification. No consent was received from the remaining ten individuals who did not respond or could not be located.

There are, therefore, two issues to be resolved: (1) Does the security classification included in the call-ups constitute personal information within the meaning of section 3 of the *Privacy Act* when linked with the names of the individuals who filled the position? (2) If the answer is yes, is this information exempted for the purpose of section 19 of the *Access to Information Act*?

Subsection 19(1) which provides that "personal information" shall not be disclosed reads as follows:

19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act*.

The interpretative section 3 of the *Privacy Act* defines "personal information" as follows:

3. ...
 "personal information" means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing:
 (a) information relating to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age or marital status of the individual,
 (b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,

Après avoir examiné la plainte, le Commissaire à l'information a recommandé au Ministère de divulguer les renseignements sur la classification de sécurité, pour les motifs que ces renseignements ne constituaient pas des «renseignements personnels» aux termes de l'alinéa 3k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

Le Ministère a encore refusé de communiquer les renseignements demandés en matière de sécurité. Toutefois, il convient de souligner à ce stade-ci, qu'après la présente demande de révision, le Ministère a reçu le consentement de quinze des vingt-cinq personnes et a communiqué les classifications de sécurité pertinentes. Les dix autres personnes n'ont pas donné de consentement soit parce qu'elles n'ont pas répondu ou parce qu'elles n'ont pas pu être retrouvées.

Par conséquent, deux questions doivent être tranchées: (1) la classification de sécurité comprise dans les demandes subséquentes constitue-t-elle un renseignement personnel au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* lorsqu'elle est liée au nom des personnes qui ont occupé le poste? (2) Dans l'affirmative, ce renseignement constitue-t-il une exception aux fins de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*?

Voici le texte du paragraphe 19(1) qui prévoit que les «renseignements personnels» ne doivent pas être communiqués:

19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

L'article 3 d'interprétation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* définit les «renseignements personnels» de la manière suivante:

3. ...
 «renseignements personnels» Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment:
 a) les renseignements relatifs à sa race, à son origine nationale ou ethnique, à sa couleur, à sa religion, à son âge ou à sa situation de famille;
 b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;

(c) any identifying number, symbol or other particular assigned to the individual,

(d) the address, fingerprints or blood type of the individual,

(e) the personal opinions or views of the individual except where they are about another individual or about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to another individual by a government institution or a part of a government institution specified in the regulations,

(f) correspondence sent to a government institution by the individual that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature, and replies to such correspondence that would reveal the contents of the original correspondence.

(g) the views or opinions of another individual about the individual,

(h) the views or opinions of another individual about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to the individual about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to the individual by an institution or a part of an institution referred to in paragraph (e) but excluding the name of the other individual where it appears with the views or opinions of the other individual, and

(i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

but for the purposes of sections 7, 8 and 26 and section 19 of the *Access to Information Act* does not include

(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,

(i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,

(ii) the title, business address and telephone number of the individual,

(iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,

(iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and

(v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment.

(k) information about an individual who is or was performing services under contract for a government institution that relates to the services performed, including the terms of the contract, the name of the individual and the opinions or views of the individual given in the course of the performance of those services,

(l) information relating to any discretionary benefit of a financial nature, including the granting of a licence or permit, conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit, and

(m) information about an individual who has been dead for more than twenty years;

The Commissioner argues that security classification is a condition attached to the position itself

c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identificatrice, qui lui est propre;

d) son adresse, ses empreintes digitales ou son groupe sanguin;

e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale, ou subdivision de celle-ci visée par règlement;

f) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confidentielle envoyée par lui à une institution fédérale, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur;

g) les idées ou les opinions d'autrui sur lui;

h) les idées ou opinions d'un autre individu qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à lui octroyer par une institution, ou subdivision de celle-ci, visée à l'alinéa e), à l'exclusion du nom de cet autre individu si ce nom est mentionné avec les idées ou opinions;

i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

toutefois, il demeure entendu que, pour l'application des articles 7, 8 et 26, et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant:

j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment:

(i) le fait même qu'il est ou a été employé par l'institution,

(ii) son titre et les adresse et numéro de téléphone de son lieu de travail,

(iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste,

(iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu'il a établi au cours de son emploi,

(v) les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de son emploi;

k) un individu qui a conclu un contrat de prestation de services avec une institution fédérale et portant sur la nature de la prestation, notamment les conditions du contrat, le nom de l'individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu'il a exprimées au cours de la prestation;

l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d'un permis ou d'une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;

m) un individu décédé depuis plus de vingt ans.

The Commissaire soutient que la classification de sécurité constitue une condition liée au poste et

and not to the individual and, as such, it is not personal information. It is merely a minimum requirement and its inclusion on the call-up form does not indicate the level of security clearance actually held by the employee, but merely that the employee has met the minimum clearance for that position.

The Department agrees that the security classification in question is a condition attached to the position, but submits that it is personal information as well, since the names of the individuals have already been revealed.

Clearly, security classification pertains to a position and not to the individual who applied for that position or who eventually filled it. Personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act* means information relating to an individual whether it be his race, colour, religion, personal record, opinions, etc. Nowhere does security classification fall within the heads of personal information listed under section 3 of the *Privacy Act*. Even paragraph 3(c), which deals with identifying numbers, symbols or other particulars, limits such particulars to the individual, not to the position held by the individual. Thus, in my view, security classification is not information to be withheld on the ground that it is "personal information".

If I am mistaken and security classification is "personal information", it would, in my view, fall under the exclusion provided by the above paragraph 3(k), on the ground that security classification is information that relates to the services performed and not to the individual.

However, the French and English versions of paragraph 3(k) differ in that the English version refers to information about an individual who was "performing services under contract", whereas the French text refers to an individual "*qui a conclu un contrat*". Obviously, the French version is narrower as it limits the exclusion to an individual who has personally concluded contractual arrangements with the government, whereas the English

non à la personne et, à ce titre, ne constitue pas un renseignement personnel. Il s'agit simplement d'une exigence minimale et son inscription sur le formulaire de demande subséquente n'indique pas le niveau de la cote de sécurité que détient l'employé mais simplement que l'employé a satisfait à l'exigence minimale en matière de sécurité pour ce poste.

Le Ministère convient que la classification de sécurité en question constitue une condition liée au poste mais soutient qu'il s'agit également d'un renseignement personnel étant donné que les noms des personnes ont déjà été communiqués.

De toute évidence, la classification de sécurité se rattache à un poste et non à la personne qui a demandé ce poste ou qui l'a finalement occupé. Les renseignements personnels que définit l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* désignent les renseignements relatifs à une personne, que ce soit sa race, sa couleur, sa religion, son dossier personnel, ses opinions, etc. La classification de sécurité ne figure nulle part dans les rubriques relatives aux renseignements personnels énumérés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Même l'alinéa 3c) qui traite des numéros, symboles ou toute autre indication identificatrice restreint ces indications à la personne et non au poste occupé par celle-ci. Donc, à mon avis, la classification de sécurité ne constitue pas un renseignement qui ne doit pas être divulgué pour le motif qu'il s'agit de «renseignements personnels».

Si je me trompe et si la classification de sécurité constitue des «renseignements personnels», à mon avis, elle s'inscrirait dans le cadre de l'exclusion que prévoit l'alinéa 3k) mentionné précédemment, pour le motif qu'elle constitue un renseignement portant sur la nature de la prestation de service et non sur la personne.

Toutefois, il y a une différence entre les textes français et anglais de l'alinéa 3k). Le texte anglais parle d'un renseignement au sujet d'un individu «*performing services under contract*», alors que le texte français parle d'un individu «qui a conclu un contrat». De toute évidence, le texte français entraîne une interprétation plus restrictive car il limite l'exclusion à un individu qui a personnellement conclu des ententes contractuelles avec le

text relates to an individual who was performing services for the government, whether it be directly or indirectly through a personnel agency.

It is submitted by both parties, and in accordance with the jurisprudence,² that the approach to be taken in interpreting two versions inconsistent with each other is to adopt the version which best reflects the purpose of the relevant section, read in the context of the Act and in light of the scheme of the legislation.

It is therefore appropriate at this stage to review section 2 of the *Access to Information Act* which outlines the purpose of the Act, namely to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in government records in accordance with the principles that government information should be available to the public and that necessary exceptions "should be limited and specific". The purpose of the *Privacy Act* is also outlined in its section 2, which provides that the purpose of the Act is to protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held by government.

Reading both sections together, it is clear that the rule is to provide information to the public and the exception is personal information. The *Privacy Act* specifically protects limited information relating to the individual. Exclusions from that protection are provided in paragraphs 3(j) to 3(m). Paragraph 3(j) deals specifically with information relating to the position of an individual "who is or was an officer or employee" of government, while paragraph 3(k) deals with "an individual who is or was performing services under contract" for government.

It appears clear to me that the object of the two acts, read together, is that information shall be provided to the public, except personal information relating to individuals. Information relating to the position is not such personal information, whether the individual works directly for the government as an employee under paragraph 3(j) or by way of

² *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; *sub nom. Cie Immobilière BCN v. M.N.R.*, 25 N.R. 361 and Rémi Michael Beaupré, *Construing Bilingual Legislation in Canada*, Toronto: Butterworths, 1981.

gouvernement, alors que le texte anglais vise un individu qui fournit des services au gouvernement directement ou indirectement par l'entremise d'une agence de personnel.

^a Les deux parties soutiennent en conformité avec la jurisprudence², que la position qui doit être adoptée pour interpréter deux versions incompatibles est d'adopter la version qui reflète le mieux le but de l'article pertinent interprété dans le contexte de la Loi et compte tenu de l'esprit de la loi.

Il convient donc à ce stade-ci d'examiner l'article 2 de la *Loi sur l'accès à l'information* qui indique l'objet de la Loi, qui est d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit «étant précises et limitées». L'objet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est également défini dans son article 2 qui prévoit que la Loi a pour objet de protéger les renseignements personnels relevant des institutions fédérales.

Il ressort clairement de l'interprétation conjointe de ces deux articles que la règle est la communication des renseignements au public et l'exception vise les renseignements personnels. La *Loi sur la protection des renseignements personnels* protège expressément des renseignements limités qui concernent la personne. Les alinéas 3j) à 3m) prévoient les exceptions à cette protection. L'alinéa 3j) traite expressément des renseignements concernant le poste d'une personne qui est «un cadre ou employé» du gouvernement alors que l'alinéa 3k) traite d'un individu qui a conclu un contrat de prestation de services» avec le gouvernement.

^h Il me paraît évident que les deux lois interprétées de façon conjointe prévoient la communication des renseignements au public à l'exception des renseignements personnels concernant les individus. Les renseignements concernant un poste ne constituent pas de tels renseignements personnels, que l'individu travaille directement pour le gouver-

² *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865; [1979] C.T.C. 71; (1979), 79 DTC 5068; *sub nom. Cie Immobilière BCN c. M.N.R.*, 25 N.R. 361 et Rémi Michael Beaupré, *Interprétation de la législation bilingue*, Montréal: Wilson et Lafleur Ltée, 1986.

contract under paragraph 3(k). There is nothing in the scheme of the Act which would provide more privacy to the individual who is hired by the government through a personnel agency. The French text "*qui a conclu un contrat de prestation de services*" is, in my view, merely bad translation.

Consequently, it is hereby ordered pursuant to section 49 of the *Access to Information Act* that the respondent, the Secretary of State for External Affairs, disclose to Michael A. Dagg the security classifications noted on the ten remaining call-up forms where the information has not already been disclosed.

^a nement à titre d'employé aux termes de l'alinéa 3j) ou en vertu d'un contrat aux termes de l'alinéa 3k). Il n'y a rien dans l'esprit de la Loi qui prévoirait une plus grande protection des renseignements personnels à la personne qui est engagée par le gouvernement par l'entremise d'une agence de personnel. Le texte français «qui a conclu un contrat de prestation de services» est, à mon avis, simplement une mauvaise traduction.

^b Par conséquent, la Cour ordonne en application de l'article 49 de la *Loi sur l'accès à l'information* que l'intimé, le Secrétaire d'État aux Affaires extérieures, communique à Michael A. Dagg les classifications de sécurité figurant sur les dix autres formulaires de demande subséquente dans le cas où le renseignement n'a pas déjà été communiqué.

A-1227-88

A-1227-88

Saugeen Indian Band, as represented by its Chief, Vernon Roote, and by its Councillors, Arnold Solomon, Roy Wesley, Oliver Kahgee Sr., Chester Ritchie, Mildred Ritchie, Harriet Kewaquom, Marie Mason, and Franklin Shawbedees (*Appellant*) (*Plaintiff*)

v.

Her Majesty The Queen (*Respondent*) (*Defendant*)

INDEXED AS: SAUGEEN INDIAN BAND v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Stone and MacGuigan J.J.A.—Ottawa, November 21, 22 and December 7, 1989.

Native peoples — Taxation — Excise Tax Act, s. 27(1) imposing tax on sale of goods manufactured in Canada — Indian Act, s. 87 exempting Indians and Indian bands from direct and indirect taxation, but not from incidence of indirect taxation such as federal sales tax — Band not entitled to refund of federal sales tax paid on goods purchased for use on reserve.

Customs and excise — Excise Tax Act — Indian Band seeking to recover s. 27 federal sales tax paid by others on goods purchased for use on reserve — John Stuart Mill's definition of direct and indirect taxation adopted — Appellant did not pay tax as such, but commodity prices which included tax — Sales taxes under Excise Tax Act not taxes on property, but on business transactions, levied at time of transaction — Indian Act, s. 87(1)(b) not applicable as tax paid by party earlier in commercial chain, therefore not imposed on personal property of Indian or band on reserve.

This was an appeal from the Trial Division judgment finding that section 87 of the *Indian Act* should not be interpreted so as to entitle the appellant to a refund of federal sales tax with respect to certain commodities it purchased for use on the reserve. Some of the transactions involved purchases directly from manufacturers, one from a licensed wholesaler, and the rest from vendors further down the distribution chain who never had direct responsibility for paying federal sales tax to the Crown. The Trial Judge reasoned that had "it been intended that the Indians and Indian bands were to be exempt from all incidence or burden of indirect taxes, as well as from direct liability for taxes, surely section 87 would have been more specifically worded to so provide".

Held, the appeal should be dismissed.

La bande indienne de Saugeen, représentée par son chef Vernon Roote et par ses conseillers Arnold Solomon, Roy Wesley, Oliver Kahgee père, Chester Ritchie, Mildred Ritchie, Harriet Kewaquom, Marie Mason et Franklin Shawbedees (*appelante*) (*demanderesse*)

c.

Sa Majesté la Reine (*intimée*) (*défenderesse*)

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE SAUGEEN c. CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Heald, Stone et MacGuigan, J.C.A.—Ottawa, 21, 22 novembre et 7 décembre 1989.

Peuples autochtones — Taxation — L'art. 27(1) de la Loi sur la taxe d'accise impose une taxe sur la vente de marchandises fabriquées au Canada — L'art. 87 de la Loi sur les Indiens exempte les Indiens et les bandes indiennes d'une taxation directe et indirecte, mais non de l'incidence d'une taxation indirecte telle que la taxe de vente fédérale — La bande n'est pas en droit de se faire rembourser la taxe de vente fédérale payée sur les marchandises achetées pour être utilisées sur la réserve.

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Une bande indienne cherche à recouvrer la taxe de vente fédérale prévue à l'art. 27 et payée par d'autres sur les marchandises achetées pour être utilisées sur la réserve — Adoption de la définition d'imposition directe et indirecte de John Stuart Mill — L'appelante n'a pas payé la taxe en tant que telle, mais le prix des biens qui comprenait la taxe — Les taxes de vente sous le régime de la Loi sur la taxe d'accise sont, non pas des impôts sur les biens, mais des taxes sur les opérations commerciales, lesquelles taxes sont perçues au moment de l'opération — L'art. 87(1)(b) de la Loi sur les Indiens ne s'applique pas puisque la taxe ayant été payée par quelqu'un d'autre à une phase antérieure de la chaîne commerciale, elle ne frappe donc pas les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

Il s'agit d'un appel formé contre le jugement par lequel la Section de première instance a décidé que l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* ne devrait pas être interprété comme permettant à l'appelante de se faire rembourser la taxe de vente fédérale relative à certaines marchandises qu'elle a achetées pour être utilisées sur la réserve. Certaines des opérations consistaient en achats effectués directement auprès de fabricants, un achat chez un marchand en gros muni de licence, et le reste auprès de vendeurs situés au bas de la chaîne de distribution et qui n'avaient jamais eu la responsabilité directe de payer la taxe de vente fédérale à la Couronne. Selon le juge de première instance, «le législateur eût-il l'intention d'exonérer les Indiens et les bandes indiennes de toute incidence ou fardeau des impôts indirects, l'article 87 l'aurait prévu plus expressément».

Arrêt: l'appel devrait être rejeté.

John Stuart Mill's definition of direct and indirect taxation, adopted by the Judicial Committee of the Privy Council in *Bank of Toronto v. Lambe*, could not be disregarded. Thus, indirect taxes are "those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another". It is the burden of the tax which is transferred, not the tax itself. In other words, consumers can be considered as paying individual taxes, not as taxes, but as part of the market price of the commodities purchased.

This point was decided in *Price (Nfld.) Pulp & Paper Ltd. v. The Queen*. The Federal Court of Appeal held that the purchaser of machinery had no standing to claim from the Crown recovery of the sales tax which the Crown had received from the vendor and which had been included, by means of an equivalent increase, in the price of the machinery bought by the purchaser.

The appellant therefore could not be said to be taxed by the *Excise Tax Act*, even though the burden of the tax is undoubtedly passed on to it. The appellant did not pay tax as such, but commodity prices which included the tax. The appellant was, therefore, not the real taxpayer.

From the case law on the *Excise Tax Act*, it may be concluded that the fact that several provisions of the Act allow exemptions or refunds to certain end-users cannot be taken as a rule for the others, or a guide to the intention of the statute as a whole. As a result, sales taxes under the *Excise Tax Act* must be taken, not as taxes on property, but as taxes on business transactions, levied at the time of the transaction.

This interpretation of the *Excise Tax Act* excludes the application of paragraph 87(1)(b) of the *Indian Act* because, since the tax has been paid by a party earlier in the commercial chain than the band, it cannot be said to be imposed on "the personal property of an Indian or a band situated on a reserve". This also excludes the application of subsection 87(2) since it refers to "such property", that is, the same "personal property of an Indian or a band situated on a reserve". The appellant is therefore not entitled to any exemption with respect to any of the transactions nor to any refund of the sales tax remitted.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 92(2).

Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 27(1), 44(1), (2).

Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 86.

Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 83, 87 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 47, s. 25).

On ne saurait écarter la définition d'imposition directe et indirecte de John Stuart Mill, laquelle a été adoptée par le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Bank of Toronto v. Lambe*. Ainsi donc, les impôts indirects sont «ceux qu'on exige d'une personne dans l'intention que celle-ci se fasse indemniser par une autre». C'est le fardeau de la taxe qui est transféré et non la taxe elle-même. Autrement dit, les consommateurs peuvent être considérés comme payant des impôts individuels, non pas en tant que taxes, mais comme une partie du prix sur le marché des denrées achetées.

Ce point a été tranché dans l'arrêt *Price (Nfld.) Pulp & Paper Ltd. c. La Reine*. La Cour d'appel fédérale a statué que l'acheteuse de machines n'avait pas qualité pour réclamer à la Couronne le remboursement de la taxe de vente que la Couronne avait reçue de la vendeuse et qui avait été incluse, au moyen d'une augmentation équivalente, dans le prix des machines acquises par l'acheteuse.

On ne saurait donc dire que l'appelante est assujettie à une taxe sous le régime de la *La Loi sur la taxe d'accise*, quand bien même on lui ferait indubitablement supporter le fardeau de la taxe. L'appelante n'a pas payé la taxe comme telle, mais le prix des denrées qui comprenait la taxe. En conséquence, l'appelante n'était pas la véritable contribuable.

Compte tenu de la jurisprudence sur la *Loi sur la taxe d'accise*, on peut conclure que le fait que plusieurs dispositions de la Loi accordent des exemptions ou remboursements à certains utilisateurs finals ne saurait être interprété comme une règle pour les autres, ni comme une indication de l'intention de l'ensemble de la Loi. En conséquence, les taxes de vente prévues à la *Loi sur la taxe d'accise* doivent être considérées, non pas comme des impôts sur les biens, mais comme des taxes sur les opérations commerciales, lesquelles taxes sont perçues au moment de l'opération.

Cette interprétation de la *Loi sur la taxe d'accise* écarte l'application de l'alinéa 87(1)(b) de la *Loi sur les Indiens* puisque, la taxe ayant été payée à une phase antérieure de la chaîne commerciale par une partie autre que la bande, on ne peut dire qu'elle frappe «les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve». L'application du paragraphe 87(2) se trouve également écartée parce que celui-ci parle de «l'un de ces biens», c'est-à-dire les mêmes «biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve». L'appelante n'a donc pas droit à une exemption à l'égard de l'une quelconque des opérations, ni à un remboursement des taxes de vente remises.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 5], art. 92(2).

Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 27(1), 44(1), (2).

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, chap. 149, art. 86.

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 83, 87 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 47, art. 25).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

AFFIRMED:

Saugeen Indian Band v. Canada, [1989] 3 F.C. 186 (T.D.).

APPLIED:

Bank of Toronto v. Lambe (1887), 12 App. Cas. 575 (P.C.); *C.P.R. v. A.G. for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231; [1952] 4 D.L.R. 11; *Délisle v. Shawinigan Water & Power Co.* (1941), 79 C.S. 353; [1941] 4 D.L.R. 556 (Que. S.C.); *The Queen v. M. Geller Inc.*, [1963] S.C.R. 629; *Price (Nfld.) Pulp & Paper Ltd. v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 436 (C.A.), affd on another ground, [1977] 2 S.C.R. 36.

DISTINGUISHED:

The Queen v. Stevenson Construction Co. Ltd., [1979] CTC 86; (1978), 79 DTC 5044; 24 N.R. 390 (F.C.A.); *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Re: Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; (1982), 37 A.R. 541; 42 N.R. 361; *Brown v. R. in Right of B.C.* (1979), 20 B.C.L.R. 64; 107 D.L.R. (3d) 705; [1980] 3 W.W.R. 360 (C.A.).

CONSIDERED:

Francis v. The Queen, [1956] S.C.R. 618; (1956), 3 D.L.R. (2d) 641; 56 DTC 1077.

REFERRED TO:

Air Canada v. British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 1161; (1989), 59 D.L.R. (4th) 161; [1989] 4 W.W.R. 97; *Dominion Distillery Products Co. Ltd. v. The King*, [1938] S.C.R. 458; [1938] 4 D.L.R. 289.

COUNSEL:

Maureen M. Gregory for appellant (plaintiff).

Dogan D. Akman for respondent (defendant).

SOLICITORS:

Tweedy, Ross, Charlottetown, for appellant (plaintiff).

Deputy Attorney General of Canada for respondent (defendant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: The principal issue in this case is whether section 87 of the *Indian Act*,

JURISPRUDENCE

DÉCISION CONFIRMÉE:

Bande indienne de Saugeen c. Canada, [1989] 3 C.F. 186 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Bank of Toronto v. Lambe (1887), 12 App. Cas. 575 (P.C.); *C.P.R. v. A.G. for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231; [1952] 4 D.L.R. 11; *Délisle v. Shawinigan Water & Power Co.* (1941), 79 C.S. 353; [1941] 4 D.L.R. 556 (C.S. Qc); *The Queen v. M. Geller Inc.*, [1963] R.C.S. 629; *Price (Nfld.) Pulp & Paper Ltd. c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 436 (C.A.), confirmée pour un autre motif, [1977] 2 R.C.S. 36.

DISTINCTION FAITE AVEC:

La Reine c. Stevenson Construction Co. Ltd., [1979] CTC 86; (1978), 79 DTC 5044; 24 N.R. 390 (C.A.F.); *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; (1982), 37 A.R. 541; 42 N.R. 361; *Brown v. R. in Right of B.C.* (1979), 20 B.C.L.R. 64; 107 D.L.R. (3d) 705; [1980] 3 W.W.R. 360 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Francis v. The Queen, [1956] R.C.S. 618; (1956), 3 D.L.R. (2d) 641; 56 DTC 1077.

DÉCISIONS CITÉES:

Air Canada c. Colombie-Britannique, [1989] 1 R.C.S. 1161; (1989), 59 D.L.R. (4th) 161; [1989] 4 W.W.R. 97; *Dominion Distillery Products Co. Ltd. v. The King*, [1938] R.C.S. 458; [1938] 4 D.L.R. 289.

AVOCATS:

Maureen M. Gregory pour l'appelante (demanderesse).

Dogan D. Akman pour l'intimée (défendresse).

PROCUREURS:

Tweedy, Ross, Charlottetown, pour l'appelante (demanderesse).

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée (défendresse).

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: En l'espèce, il s'agit principalement de savoir si l'article 87 de la

R.S.C. 1970, c. I-6, as amended by S.C. 1980-81-82-83, c. 47 [s. 25], should be interpreted to entitle the appellant to a refund of federal sales tax with respect to certain commodities it purchased. The relevant part of section 87 reads as follows:

87. Notwithstanding any other Act of the Parliament of Canada 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 or surrendered lands; and
- (b) the personal property of an Indian or band situated on a reserve;

and no Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property; . . .

Section 83 relates to the raising of money by a band itself, and is not relevant to the case at bar.

In the 1985 Revised Statutes of Canada the *Indian Act* appears as Chapter I-5. Section 87 is divided into subsections as follows, but is otherwise identical:

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.

Because of the greater ease in identifying different parts of the section, I shall employ the 1985 version of the statute.

The taxes were paid pursuant to subsection 27(1) of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13, the relevant part of which is as follows:

27. (1) There shall be imposed, levied and collected a consumption or sales tax . . . on the sale price of all goods

- a) produced or manufactured in Canada . . .
- b) imported into Canada . . .
- c) sold by a licensed wholesaler . . .
- d) retained by a licensed wholesaler for his own use or for rental by him to others . . .

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, modifié par S.C. 1980-81-82-83, chap. 47 [art. 25], devrait être interprété comme permettant à l'appelante de se faire rembourser la taxe de vente fédérale relative à certaines marchandises qu'elle a achetées. La partie applicable de l'article 87 est ainsi conçue:

87. Nonobstant toute autre loi du Parlement du Canada ou toute loi de la législature d'une province, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation, à savoir:

- a) l'intérêt d'un Indien ou d'une bande dans une réserve ou des terres cédées; et
- b) les biens personnels d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve;

et 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 a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l'un de ces biens . . .

L'article 83 porte sur la réunion de fonds par la bande elle-même et ne s'applique pas à l'espèce.

Dans les Lois révisées du Canada (1985), la *Loi sur les Indiens* y figure sous le titre de Chapitre I-5. L'article 87 est divisé en paragraphes, mais il est à d'autres égards identique:

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.

Parce qu'il est plus facile de relever les différentes parties de l'article, je vais employer la version 1985 de la loi.

Les taxes ont été payées en vertu du paragraphe 27(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, chap. E-13; la partie pertinente de ce paragraphe est ainsi rédigée:

27. (1) Est imposée, prélevée et perçue une taxe de consommation ou de vente . . . sur le prix de vente de toutes marchandises,

- a) produites ou fabriquées au Canada . . .
- b) importées au Canada . . .
- c) vendues par un marchand en gros muni de licence . . .
- d) retenues par un marchand en gros muni de licence pour son propre usage ou pour être par lui louées à d'autres . . .

The appellant seeks declaratory relief against the sales tax but not against the consumption tax. It is common ground that in every case where the sales tax is paid the actual payment is made by a manufacturer, wholesaler or licensed retailer, as the case may be. It is also common ground that the tax is usually passed on to the consumer. The issue is whether this passing on of the tax to the end-user of a commodity, when it occurs, is a matter of contract or of law.

The parties filed an agreed statement of facts, using nine transactions to illustrate the types of situations that occur. The goods dealt with in these transactions, all purchased for use on the reserve, were as follows: (1) nuts and bolts; (2) solid calcium chloride; (3) liquid calcium chloride; (4) road signs and hazard markers; (5) service tubes used in plumbing; (6) fluorescent lights; (7) diesel fuel; (8) thrust washers; and (9) machine plugs. Transactions 1, 3, 5 and 7 involved sales where the property in the goods passed to the Indian band on the reserve. Some of the transactions involved purchases directly from manufacturers (2, 3, 4, 8 and 9), one from a licensed wholesaler (1), and the rest from vendors further down the distribution chain who never had direct responsibility for paying federal sales tax to the Crown (5, 6 and 7). In all nine cases the appellant knew the amount of federal sales tax, and in transactions 2 and 3 the amount was shown on the invoices.

At trial [[1989] 3 F.C. 186], Reed J. concluded on the principal issue as follows [at page 203]:

In my view then, the words of section 87 stating that no Indian band "is subject to taxation in respect of . . .", must be read as meaning that such bands are not to be taxed as taxpayers. Had it been intended that the Indians and Indian bands were to be exempt from all incidence or burden of indirect taxes, as well as from direct liability for taxes, surely section 87 would have been more specifically worded to so provide.

* * *

L'appelante conclut à un jugement déclaratoire à l'encontre de la taxe de vente et non de la taxe de consommation. Il est constant que, dans chaque cas, lorsque la taxe de vente est payée, le paiement réel est effectué par un fabricant, un marchand en gros ou un détaillant muni de licence, selon le cas. Il est également constant que la taxe est habituellement repassée au consommateur. Il s'agit de savoir si le fait de repasser la taxe à l'utilisateur final d'un produit, lorsque cela se produit, est une question de contrat ou une question de droit.

L'exposé conjoint des faits déposé par les parties contient neuf opérations représentatives des situations qui peuvent se produire. Les marchandises faisant l'objet de ces opérations ont toutes été achetées pour être utilisées sur la réserve: 1) boulons et écrous; 2) chlorure de calcium à l'état solide; 3) chlorure de calcium à l'état liquide; 4) panneaux de signalisation routière et balises d'avertissement; 5) canalisations de plomberie; 6) tubes fluorescents; 7) huile diesel; 8) rondelles de butée; et 9) bougies d'allumage. Les opérations 1, 3, 5 et 7 représentaient des ventes où la propriété du bien était transférée à la bande indienne à l'intérieur de la réserve. Certaines des opérations consistaient en achats effectués directement auprès du fabricant (opérations 2, 3, 4, 8 et 9), un achat chez un marchand en gros muni de licence (opération 1), et le reste auprès de vendeurs situés au bas de la chaîne de distribution et qui n'avaient jamais eu pour responsabilité directe de payer la taxe de vente fédérale à la Couronne (opérations 5, 6 et 7). Dans toutes les neuf opérations, la demanderesse connaissait le montant de la taxe de vente fédérale et, pour ce qui est des opérations 2 et 3, le montant figurait sur les factures.

Au procès [[1989] 3 C.F. 186], le juge Reed a tiré la conclusion suivante sur la principal point litigieux [à la page 203]:

J'en conclus que la disposition de l'article 87 qui prévoit que nulle bande indienne «n'est assujetti[e] à une taxation concernant . . .» doit être interprétée comme signifiant que les bandes indiennes ne doivent pas être imposées à titre de contribuables. Le législateur eût-il l'intention d'exonérer les Indiens et les bandes indiennes de toute incidence ou fardeau des impôts indirects, l'article 87 l'aurait prévu plus expressément.

* * *

The appellant argued that the Trial Judge erred in her interpretation of both the *Excise Tax Act* and the *Indian Act*.

With respect first to the *Excise Tax Act*, the appellant's case in a nutshell is that federal sales tax is a commodity tax, based on a percentage of the selling price, which, although normally paid by a vendor, is in reality paid by the end-user of the commodity to whom it is passed on by law as a tax.

The appellant contended that the Trial Judge failed to appreciate the legal significance of her own finding that federal sales tax is an indirect tax. It was said that, although federal sales tax is demanded of the manufacturer, it is not with the intention that the manufacturer should pay the tax, for that would make it a direct tax. It is not a mere matter of contract that the excise tax is passed on to the end-user of a commodity, but a matter of law, for it is inherent in the legal nature of an indirect tax that it clings as a burden to the commodity and is passed on to subsequent purchasers in the chain of title as a tax and not simply as an enhancement of the purchase price of the goods.

The appellant urged on us the famous definition of direct and indirect taxation of John Stuart Mill that was adopted by the Judicial Committee of the Privy Council in *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (P.C.), at page 582:

"Taxes are either direct or indirect. A direct tax is one which is demanded from the very persons who it is intended or desired should pay it. Indirect taxes are those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another; such are the excise or customs."

"The producer or importer of a commodity is called upon to pay a tax on it, not with the intention to levy a peculiar contribution upon him, but to tax through him the consumers of the commodity, from whom it is supposed that he will recover the amount by means of an advance in price."

This distinction has become a classic one in Canadian constitutional law, because of the limitation on provincial taxing power in subsection 92(2) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982*

L'appelante soutient que le juge de première instance a mal interprété tant la *Loi sur la taxe d'accise* que la *Loi sur les Indiens*.

Pour ce qui est de la *Loi sur la taxe d'accise*, l'argument de l'appelante peut se résumer en deux mots: la taxe de vente fédérale est une taxe de consommation, fondée sur un pourcentage du prix de vente et qui, bien que normalement payée par un vendeur, est en réalité payée par l'utilisateur final du produit auquel elle est repassée par la loi en tant que taxe.

L'appelante prétend que le juge de première instance ne s'est pas rendu compte de la portée juridique de sa propre conclusion selon laquelle la taxe de vente fédérale est un impôt indirect. Il est dit que, bien que la taxe de vente fédérale soit exigée du fabricant, cette mesure ne vise pas à faire payer la taxe par celui-ci car, autrement, elle deviendrait alors un impôt direct. Le fait que la taxe d'accise soit repassée à l'utilisateur final d'un produit constitue, non pas une simple question de contrat, mais une question de droit, car un impôt indirect, de par sa nature juridique, s'attache comme un fardeau à la marchandise et est repassé aux acheteurs subséquents dans les titres successifs en tant que taxe et non simplement en tant qu'accroissement du prix d'achat des marchandises.

Devant la Cour, l'appelante insiste sur la fameuse définition d'imposition directe et indirecte de John Stuart Mill, laquelle a été adoptée par le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575 (P.C.), à la page 582:

[TRADUCTION] «L'impôt est ou bien direct ou bien indirect. L'impôt direct est celui qu'on exige des personnes mêmes qui doivent l'assumer. Les impôts indirects sont ceux qu'on exige d'une personne dans l'intention que celle-ci se fasse indemniser par une autre: c'est le cas des taxes d'accise et des droits de douane.»

«Le producteur ou l'importateur d'une denrée doit payer un impôt sur celle-ci non pas parce qu'on veut lui imposer une contribution particulière, mais afin d'imposer par son entremise les consommateurs de ladite denrée, en supposant qu'il va leur faire supporter le fardeau de l'impôt en augmentant ses prix.»

Cette distinction est devenue une distinction classique dans le droit constitutionnel canadien, en raison de la limitation du pouvoir d'imposition des provinces prévu au paragraphe 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*,

Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] to “Direct Taxation within the Province,” and I entirely agree with the appellant that it cannot be disregarded in a case such as this either on the basis that it is valid only for constitutional law or for the reasons that it is not now, and never was, satisfactory to economists.

However, to apply the distinction for non-constitutional purposes requires great precision in concept. Not even Mill himself asserted that an indirect tax is literally passed on: “indirect taxes are those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another”, and again, “to tax through him the consumers of the commodity, from whom it is supposed he will recover the amount by means of an advance in price” [emphasis added]. Even an indirect tax is still truly paid by the vendor. What he passes on to the purchaser is the burden or incidence of the tax, by indemnifying himself through an advance in price. This is in fact how Lord Hobhouse in *Lambe* introduced the distinction, before quoting Mill *supra*, when he stated (at page 581): “the economists are always seeking to trace the effect of taxation throughout the community, and are apt to use the words ‘direct,’ and ‘indirect,’ according as they find that the burden of a tax abides more or less with the person who first pays it” [emphasis added]. Although Lord Hobhouse was not prepared to leave the legal definition to the economists, I believe he nevertheless accepted that the purpose of the distinction was to locate the incidence of taxation.

The appellant greatly relied upon the dictum of Rand J. in his concurring reasons for judgment in *C.P.R. v. A.G. for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231, at pages 251-252; [1952] 4 D.L.R. 11:

Lord Greene in the same case [*British Columbia v. Esquimalt & Nanaimo Railway Company*, [1950] A.C. 87] speaks of the “fundamental difference” between the “economic tendency” of an owner to try to shift the incidence of a tax and the “passing on” of the tax regarded as the hallmark of an

1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 5]] à «la taxation directe dans les limites de la province», et je suis entièrement d'accord avec l'appelante sur le fait qu'on ne saurait l'écarter dans un cas comme l'espèce soit parce qu'elle est valide seulement pour les fins du droit constitutionnel, soit parce qu'elle n'est pas maintenant, et ne l'a jamais été, satisfaisante aux yeux des économistes.

Toutefois, appliquer cette distinction pour des fins non constitutionnelles exige une grande précision dans le concept. Même Mill lui-même n'a pas affirmé que l'impôt indirect est réellement repassé: «les impôts indirects sont ceux qu'on exige d'une personne dans l'intention que celle-ci se fasse indemniser par une autre» et de nouveau: «afin d'imposer par son entremise les consommateurs de ladite denrée, en supposant qu'il va leur faire supporter le fardeau de l'impôt en augmentant ses prix» [c'est moi qui souligne]. Même un impôt indirect est quand même réellement payé par le vendeur. Ce qu'il repasse à l'acheteur est le fardeau ou l'incidence de la taxe, en se faisant indemniser au moyen d'une augmentation de prix. C'est, en fait, la façon dont lord Hobhouse a, dans l'arrêt *Lambe*, introduit la distinction, avant de citer Mill *supra*, lorsqu'il a tenu les propos suivants (à la page 581): [TRADUCTION] «les économistes cherchent toujours à relever la conséquence de la taxation dans la collectivité, et pour utiliser les mots «direct» et «indirect», ils se fondent sur le fait que, selon eux, le fardeau d'une taxe incombe plus ou moins à la personne qui la paye en premier lieu» [c'est moi qui souligne]. Bien que lord Hobhouse n'ait pas voulu laisser aux économistes le soin de s'occuper de la définition juridique, j'estime qu'il a néanmoins accepté que la définition visait à relever l'incidence de la taxation.

L'appelante s'appuie largement sur l'opinion incidente figurant dans les motifs de jugement concourants prononcés par le juge Rand dans l'arrêt *C.P.R. v. A.G. for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231, aux pages 251 et 252; [1952] 4 D.L.R. 11:

[TRADUCTION] Lord Greene dans la même affaire [*British Columbia v. Esquimalt & Nanaimo Railway Company*, [1950] A.C. 87] parle de la «différence fondamentale» entre la «tendance économique» qu'a un propriétaire à faire supporter par quelqu'un d'autre l'incidence d'une taxe et le fait de «repasser»

indirect tax . . . If the tax is related or relateable, directly or indirectly, to a unit of the commodity or its price, imposed when the commodity is in course of being manufactured or marketed, then the tax tends to cling as a burden to the unit or the transaction presented to the market.

The key words relied upon by the appellant, "the tax tends to cling as a burden," are, it seems to me, clearly a metaphor, and connote the transfer, not of the tax itself, but of its burden. I do not find anything contrary to this view in the other case on which the appellant relied, *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; (1989), 59 D.L.R. (4th) 161; [1989] 4 W.W.R. 97 at pages 1186-1187 S.C.R.:

The question 'Who pays the tax?', as opposed to 'Who bears the burden of the tax?' is in fact not addressed by the constitutional cases at all, and therefore seems to me to fall to be decided by a different line of cases, one which deals directly with issues as to payment and recovery.

In *Dominion Distillery Products Co. Ltd. v. The King*, [1938] S.C.R. 458; [1938] 4 D.L.R. 289 where the suppliant under a petition of right sought recovery of moneys paid to the Crown as sales taxes and excise duties upon liquors which it purchased at prices which it alleged included such taxes, Davis J. said for the majority of the Court (at page 462 S.C.R.):

We should find it difficult to decide, if it were necessary to do so, that some one other than the manufacturer or producer, upon whom the duties and taxes were imposed and by whom they were actually paid to the Crown, could recover the payments from the Crown.

Although *obiter*, this observation forecast the attitude of the Courts in cases to come.

The issue avoided in *Dominion Distillery* arose in *Délisle v. Shawinigan Water & Power Co.* (1941), 79 C.S. 353; [1941] 4 D.L.R. 556 (Que. S.C.), where a wartime order-in-council allowed suppliers of electricity to charge their customers an additional amount equal to a wartime sales tax. Demers J. held that this applied as well to Indians resident upon a reserve in respect of electricity

la taxe considérée comme portant la marque d'un «impôt indirect» . . . Si la taxe est reliée ou peut être reliée, directement ou indirectement à une unité de la marchandise ou de son prix, imposée lorsque la denrée est en voie d'être fabriquée ou commercialisée, alors la taxe tend à s'attacher comme un fardeau à l'unité ou à l'opération qui se présente au marché.

Les mots clés sur lesquels s'appuie l'appelante, «la taxe tend à s'attacher comme un fardeau» constituent clairement, à mon avis, une métaphore, et connotent l'idée d'un transfert, non pas de la taxe elle-même, mais de son fardeau. Je ne trouve rien de contraire à ce point de vue dans l'autre affaire invoquée par l'appelante, savoir l'affaire *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; (1989), 59 D.L.R. (4th) 161; [1989] 4 W.W.R. 97 aux pages 1186 et 1187 R.C.S.:

La question «Qui paye la taxe?», par opposition à la question «Qui porte le fardeau de la taxe?» n'est, en fait, nullement abordée dans les affaires constitutionnelles, et elle doit donc, à mon avis, être tranchée par une différente jurisprudence, celle qui porte directement sur les questions de paiement et de recouvrement.

Dans l'arrêt *Dominion Distillery Products Co. Ltd. v. The King*, [1938] R.C.S. 458; [1938] 4 D.L.R. 289, où le pétitionnaire, au moyen d'une pétition de droit, a demandé le remboursement des sommes d'argent payées à la Couronne à titre de taxe de vente et de droits d'accise sur les spiritueux qu'il a achetés à des prix qui, selon lui, comprenaient ces taxes, le juge Davis s'est prononcé en ces termes au nom de la majorité de la Cour (à la page 462 R.C.S.):

[TRADUCTION] Il nous serait difficile de décider, s'il fallait le faire, que quelqu'un autre que le fabricant ou le producteur, qui étaient tenus aux droits et aux taxes et qui les ont réellement payés à la Couronne, pourrait recouvrer les paiements de celle-ci.

Bien qu'il s'agisse là d'une opinion incidente, cette observation prévoit l'attitude des tribunaux dans les affaires à venir.

La question évitée dans l'affaire *Dominion Distillery* a refait surface dans l'affaire *Délisle v. Shawinigan Water & Power Co.* (1941), 79 C.S. 353; [1941] 4 D.L.R. 556 (C.S. Qc), où un décret en temps de guerre a permis aux fournisseurs d'électricité de faire payer à leurs clients une somme additionnelle égale à une taxe de vente en temps de guerre. Le juge Demers a statué que

supplied to them for use in their dwellings, despite the provision of the *Indian Act* that “No Indian or non-treaty Indian shall be liable to be taxed for any real or personal property.” He stated his reason as follows (at pages 356-357 C.S.):

I maintain that there is no tax imposed on the [Indian] plaintiff. The essential characteristics of a tax, says Thomas M. Cooley, *Taxation* (1924) 4th ed., vol. 1, § 3, p. 68, are that it is not a voluntary payment or donation, but an enforced contribution.

The plaintiff is not bound to take electricity. People may illumine their homes by other means. The party who is taxed by the Order-in-Council and the law is the defendant;—nobody else.

Then, as we see, this tax, which evidently is an indirect tax, is imposed on the defendant, not on the plaintiff. That is what Cooley, *Taxation* (1924) 4th ed., vol. 1, § 50, p. 141, says:

Indirect taxes are levied upon commodities before they reach the consumer, and are paid by those upon whom they ultimately fall, *not as taxes*, but as part of the market price of the commodity.”

It is of that tax, of the Customs Taxes or Excise Taxes—all those indirect taxes are imposed on the importer or on the manufacturer. In the end, it is the consumer or buyer who must pay for the increase of the cost of the goods imported or manufactured. Indians, when they buy imported goods subject to Customs or Excise duties, must, like the others, pay higher prices; so they must do for this indirect tax on their electricity, and they cannot pretend that any tax is being imposed on their “real or personal property”.

I find particularly significant the view endorsed by Demers J. that the consumer pays individual taxes, not as taxes, but as part of the market price of the commodities purchased.

In *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618; (1956), 3 D.L.R. (2d) 641; 56 DTC 1077, an Indian resident on a reserve in Québec adjoining one in New York brought articles from the United States into Canada. He paid the customs duty under protest and by his petition of right claimed the return of the money. The Supreme Court, after holding that rights under the Jay Treaty were unenforceable without implementing legislation in Canada, also held that then section 86 [the present

cette mesure s’appliquait aussi aux Indiens résidents d’une réserve à l’égard de l’électricité qu’on leur avait fournie pour être utilisée dans leur demeure, malgré la disposition de la *Loi sur les Indiens* selon laquelle «Les biens meubles ou immeubles d’un Indien ou d’un Indien non soumis au régime d’un traité ne peuvent être taxés». Il a invoqué les motifs suivants (aux pages 356 et 357 C.S.):

[TRADUCTION] Je maintiens qu’aucune taxe n’est imposée au demandeur [Indien]. Selon Thomas M. Cooley, *Taxation* (1924) 4^e éd., vol. 1, § 3, p. 68, les caractéristiques essentielles d’une taxe résident dans le fait qu’il ne s’agit pas d’un paiement ou donation volontaire, mais d’une contribution forcée.

Le demandeur n’est pas tenu d’utiliser l’électricité. On peut éclairer sa maison par d’autres moyens. La partie qui fait l’objet d’une taxe imposée par le décret et la loi est la défenderesse; personne d’autre.

Nous voyons donc que cette taxe, qui est à l’évidence un impôt indirect, est imposée, non pas au demandeur, mais à la défenderesse. C’est ce que dit Cooley, *Taxation* (1924) 4^e éd., vol. 1, § 50, p. 141:

Les impôts indirects sont perçus sur les denrées avant qu’elles ne parviennent au consommateur, et sont payés par ceux à qui ils incombent en fin de compte, *non pas en tant que taxes*, mais comme une partie du prix de la denrée sur le marché.

Il en est de cette taxe comme des droits de douanes, et de la taxe d’accise—tous ces impôts indirects sont imposés à l’importateur ou au fabricant. En fin de compte, c’est le consommateur ou l’acheteur qui doit payer l’augmentation du coût des marchandises importées ou fabriquées. Les Indiens, lorsqu’ils achètent des marchandises importées passibles de droits de douanes ou d’accise doivent, comme les autres, payer des prix plus élevés; ils sont ainsi tenus à cet impôt indirect sur leur électricité, et ils ne sauraient prétendre qu’une taxe est imposée sur leurs «biens immeubles ou meubles».

Je trouve particulièrement révélateur le point de vue adopté par le juge Demers selon lequel le consommateur paye des impôts individuels, non pas en tant que taxes, mais comme une partie du prix sur le marché des denrées achetées.

Dans l’affaire *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; (1956), 3 D.L.R. (2d) 641; 56 DTC 1077, un indien, résident d’une réserve au Québec adjacente à une réserve de New York, a introduit au Canada des articles provenant des États-Unis. Il a payé contre son gré les droits de douane et, au moyen d’une pétition de droit, il a réclamé le remboursement de son argent. La Cour suprême, après avoir statué que les droits prévus au traité Jay ne pouvaient être appliqués en l’absence de

section 87] of the *Indian Act* [R.S.C. 1952, c. 149] did not apply “because customs duties are not taxes upon the personal property of an Indian situated on a Reserve but are imposed upon the importation of goods into Canada” (*per* Kerwin C.J., at page 662). Kellock J. put it this way (at page 630): “Before the property here in question could become situated on a reserve, it had become liable to customs duty at the border.” I agree with the appellant’s contention that this case cannot be taken as the last word as to the effect of section 87 of the *Indian Act*.

Then, in *The Queen v. M. Geller Inc.*, [1963] S.C.R. 629, where the vendor of dressed sheepskins had paid excise tax which was admitted to be not legally owing but was itself barred from recovery by a two-year limitation period and the purchaser also sought recovery, Taschereau J. held for the Court (at page 631):

The person obliged to pay the tax is the dresser, and the person entitled to a refund is the dresser if the tax has been paid through mistake of law or fact. In the present case, the tax was paid by the dresser Nu-Way and it was the sole person entitled to a refund. This was denied by the Exchequer Court, and rightly in view of the terms of s. 105, para. 6.

The respondent has no legal right to claim. It is true that M. Geller Inc. reimbursed Nu-Way, but this payment does not give a right of action to the former, which the law denies.

The arrangements made between Geller and Nu-Way are of no concern to the appellant. They are “*res inter alios acta*” and cannot affect the rights of the Crown.

The appellant attempted to cast doubt on these cases in the light of developments in the law of restitution, as summarized in *Air Canada*, *supra*. But the restitution cases deal with unjust enrichment following a mistake of law or fact by an admitted taxpayer, and raise no issue as to a claimant’s status as a taxpayer. In my view they are therefore of no assistance on the issue of who paid the tax.

mesures d’application au Canada, a également décidé que l’article 86 à l’époque [l’actuel article 87] de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1952, chap. 149] ne s’appliquait pas [TRADUCTION] «parce que les droits de douane ne sont pas des impôts sur les biens meubles d’un Indien situés sur une réserve, mais ils sont imposés sur l’importation de marchandises au Canada» (le juge en chef Kerwin, à la page 662). À cet égard, le juge Kellock a tenu les propos suivants (à la page 630): [TRADUCTION] «Avant que les biens en question en l’espèce ne se trouvent à être situés sur une réserve, ils étaient devenus passibles de droits de douanes à la frontière.» Je conviens avec l’appelante que cette affaire ne saurait être considérée comme le dernier mot pour ce qui est de l’effet de l’article 87 de la *Loi sur les Indiens*.

Puis, dans l’affaire *The Queen v. M. Geller Inc.*, [1963] R.C.S. 629, où le vendeur de peaux de mouton apprêtées avait payé une taxe d’accise dont on a admis qu’elle n’était pas légalement due mais qui ne pouvait être recouvrée en raison d’une prescription de deux ans, et l’acheteur a également demandé le recouvrement, le juge Taschereau s’est, au nom de la Cour, prononcé en ces termes (à la page 631):

[TRADUCTION] La personne tenue de payer est l’apprêteur et, si la taxe a été payée par erreur de droit ou de fait, la personne fondée à toucher un remboursement est l’apprêteur. En l’espèce, la taxe a été payée par l’apprêteur, qui était la Nu-Way, et cette dernière seule a droit au remboursement. La pétition de droit a été rejetée à bon droit par la Cour de l’Échiquier, vu ce que stipule l’article 105(6).

L’intimée n’est pas fondée en droit à faire une réclamation. Il est vrai que la M. Geller Inc. a remboursé la Nu-Way, mais ce paiement ne donne pas à la M. Geller Inc. un droit d’action que la loi lui refuse.

L’appelante n’a pas à tenir compte des accords intervenus entre les deux compagnies susdites. Ces accords sont *res inter alios acta* et ne peuvent porter préjudice aux droits de la Couronne.

L’appelante a tenté d’émettre des doutes sur ces affaires compte tenu de l’évolution du droit de la restitution telle qu’elle a été résumée dans l’arrêt *Air Canada* précité. Mais ces décisions sur la restitution portent sur l’enrichissement sans cause par suite d’une erreur de droit ou de fait de la part d’un contribuable reconnu, et ne soulèvent aucune question quant au statut d’un plaideur en tant que contribuable. J’estime qu’elles n’aident nullement à résoudre la question de savoir qui a payé la taxe.

The very point at issue in the case at bar, it seems to me, has already been decided by this Court in *Price (Nfld.) Pulp & Paper Ltd. v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 436 (C.A.). There the appellant/purchaser had already made nine of twelve instalment payments, which by the contract included payment by the purchaser to the vendor of the sums paid by the vendor to the Crown for sales tax, before the machinery under purchase was exempted from sales tax by a statutory amendment. On a petition of right by the purchaser it was held that the amendment had no retroactive effect upon the payments already made. However, the Court held as a second ground that the purchaser had no standing to claim recovery. Thurlow J. (as he then was) wrote for the Court (at pages 441-442):

[T]he appellant in my opinion has established no right against the Crown to recover the amount claimed. The fact as asserted by counsel that the appellant was the only person interested in obtaining reimbursement of the money is not in my opinion, sufficient to afford the appellant a right of action therefor against the Crown because no tax was imposed upon or received from the appellant, and in my view it cannot be affirmed that as against the Crown the appellant was ever the owner of the money which the Crown received from Dominion Engineering Works Limited as payments of the tax.

The Supreme Court, [1977] 2 S.C.R. 36, affirmed the decision on the first ground alone, leaving the second open, but the decision by this Court on the second ground is nonetheless binding on us.

I would therefore conclude on this point that the appellant cannot be said to be taxed by the *Excise Tax Act*, even though the burden of the tax is undoubtedly passed on to it, as several of the invoices made explicit. What the appellant paid was not the tax as such, but commodity prices which included the tax. This is sufficient, for constitutional purposes, to make the tax indirect. But it is not enough, for tax purposes, to establish the appellant as the real taxpayer.

It is true that by the *Excise Tax Act* some items are exempt from tax unconditionally (e.g. foodstuffs) and others are exempt conditionally, either

Le véritable point litigieux en l'espèce a, à mon avis, déjà été tranché par cette Cour dans l'affaire *Price (Nfld.) Pulp & Paper Ltd. c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 436 (C.A.). Dans cette affaire-là, a l'appelante/acheteuse avait déjà effectué neuf des douze acomptes, qui, en vertu du contrat, comprendraient le paiement par l'acheteuse à la vendeuse des sommes versées par celle-ci à la Couronne à titre de taxe de vente, avant que les machines achetées ne fussent exemptées de taxe de vente par une modification législative. Par suite d'une pétition de droit de l'acheteuse, il a été décidé que la modification n'avait aucun effet rétroactif sur les paiements déjà effectués. Toutefois, la Cour a statué sur le second moyen en décidant que l'acheteuse n'avait pas qualité pour demander le recouvrement. Le juge Thurlow (tel était alors son titre) s'est exprimé en ces termes au nom de la Cour (aux pages 441 et 442):

[L']appelante n'a pas su établir, à mon avis, qu'elle était fondée à réclamer à la Couronne le recouvrement du montant en cause. Le fait que l'appelante, comme l'a affirmé l'avocat, soit la seule personne intéressée à obtenir le remboursement de ces sommes ne suffit pas à mon avis à lui conférer un droit d'action à cet égard à l'encontre de la Couronne puisqu'elle n'a été assujettie à aucune taxe et n'en a pas payé; j'estime en outre qu'on ne peut affirmer que l'appelante, et non la Couronne, ait jamais été propriétaire des sommes versées à la Couronne par la Dominion Engineering Works Limited à titre de paiement de la taxe.

La Cour suprême, [1977] 2 R.C.S. 36, a confirmé cette décision sur le premier moyen seulement, mais elle n'a pas statué sur le second. Néanmoins, la décision de la présente Cour sur le deuxième moyen nous lie.

En conséquence, je suis d'avis de conclure sur ce point qu'on ne saurait dire que l'appelante est assujettie à une taxe sous le régime de la *Loi sur la taxe d'accise* quand bien même on lui ferait indubitablement supporter le fardeau de la taxe, comme le montrent plusieurs des factures. Ce que l'appelante a payé n'était pas la taxe comme telle, mais le prix des denrées qui comprenait la taxe. Cela suffit, aux fins constitutionnelles, à faire de la taxe un impôt indirect. Mais cela ne suffit pas, aux fins fiscales, à établir que l'appelante est la véritable contribuable.

Il est vrai que, en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, certains articles jouissent de l'exemption absolue (par exemple les denrées alimentaires) et

on the basis of the status of the purchaser (e.g. diplomats, hospitals, municipalities) or on the basis of the use to which the item is put (e.g., pollution control, municipal transportation systems). If there is no legal obligation on the licensee to pass on the tax and if end-users are not in law taxed, the appellant asked why would the Act allow refunds and exemptions based upon the status of, or the intended use by, the end-user of the goods? On this basis the appellant submitted that the very scheme of the Act itself illustrates that the tax is legally passed on to the end-user.

The authority principally relied upon for this interpretation is *The Queen v. Stevenson Construction Co. Ltd.*, [1979] CTC 86; (1978), 79 DTC 5044; 24 N.R. 390 (F.C.A.), a decision of this Court. In that case the federal sales tax on construction materials which were integrated or otherwise consumed into ferry terminals had been paid by predecessors in title to the respondents but passed on to them in the price they paid. Because the ferry terminals were being built and repaired by the Government of British Columbia, the refund provisions of subsection 44(2) of the *Excise Tax Act* [R.S.C., 1985, c. E-15, subsection 68(3)] applied, and the only question was whether the respondents, whose contracts with the provincial government provided that the federal sales tax should not be included in the cost of the works to the government, could claim the refund. Subsection 44(2) (for sake of simplicity as it appears in R.S.C. 1970, c. E-13) reads as follows:

44. ...

(2) Where goods have been purchased or imported by Her Majesty in right of a province for any purpose other than

(a) resale,

(b) use by any board, commission, railway public utility, university, manufacturer, company or agency owned, controlled or operated by the government of the province or under the authority of the legislature or the lieutenant governor in council, or

(c) use by Her Majesty or by Her agents or servants in connection with the manufacturer or production of goods or use for other commercial or mercantile purposes,

d'autres sont exemptés en raison du statut de l'acheteur (par exemple diplomates, hôpitaux, municipalités) ou de leur destination (par exemple lutte contre la pollution, services de transport en commun). Si le concessionnaire n'est pas légalement tenu de repasser la taxe et si les utilisateurs finals ne sont pas assujettis à des taxes, l'appelante demande pourquoi la Loi accorderait des remboursements et des exemptions en raison du statut des utilisateurs finals des marchandises ou de l'usage voulu par ceux-ci? Forte de cet argument, l'appelante soutient donc que l'idée que la taxe est légalement repassée à l'utilisateur final se dégage de l'économie même de la Loi.

Cette interprétation repose principalement sur l'arrêt de cette Cour qui fait autorité: *La Reine c. Stevenson Construction Co. Ltd.*, [1979] CTC 86; (1978), 79 DTC 5044; 24 N.R. 390 (C.A.F.). Dans cette affaire, la taxe de vente fédérale sur les matériaux de construction qui ont été intégrés ou autrement consommés aux fins des travaux sur des débarcadères de bacs avait été payée par les vendeurs mais repassée aux intimées dans le prix qu'elles avaient payé. Parce que les débarcadères de bacs ont été construits et réparés par le gouvernement de la Colombie-Britannique, les dispositions relatives au remboursement du paragraphe 44(2) de la *Loi sur la taxe d'accise* [L.R.C. (1985), chap. E-15, paragraphe 68(3)] s'appliquaient, et la seule question était de savoir si les intimées, dont les contrats avec le gouvernement provincial prévoyaient que les taxes de vente fédérales ne devraient pas être comprises dans le coût des travaux exécutés pour le gouvernement, pouvaient réclamer le remboursement. Le paragraphe 44(2) (tel qu'il figure dans S.R.C. 1970, chap. E-13, par souci de simplicité) est ainsi conçu:

44. ...

(2) Lorsque des marchandises ont été achetées par Sa Majesté du chef de quelque province du Canada pour toute fin autre que

a) la revente;

b) l'utilisation par tout bureau, commission, chemin de fer, service public, université, usine, compagnie ou organisme possédé, contrôlé ou exploité par le gouvernement de la province ou sous l'autorité de la législature ou du lieutenant-gouverneur en conseil ou

c) l'utilisation par Sa Majesté ou par ses mandataires ou préposés relativement à la fabrication ou production de marchandises, ou pour d'autres fins commerciales ou mercantiles;

a refund of taxes paid under Part III, IV or V may be granted to Her Majesty or to the importer, transferee, manufacturer, producer, wholesaler, jobber or other dealer as the case may require.

This Court held that the respondents should succeed. Le Dain J., for the Court, said as follows (at page 91 CTC):

With respect to the fourth point—whether the respondents do not qualify for a refund because they did not initially pay the tax—I agree with the conclusion of the Trial Judge that subsection 44(2) does not impose as a condition of refund that the person who seeks the refund must have paid the tax initially, but rather contemplates that a refund may be made to one to whom the tax has been passed on. This, I think, is indicated by the words “as the case may require” in subsection 44(2). [Emphasis added.]

He added (at page 91 CTC):

... the word “dealer” in subsection 44(2) appears to me to be broad enough in that particular context to include persons who have dealt with the goods in the manner of the respondents. The purpose of the description of the persons to whom a refund may be made is not so much to limit such persons to specific categories but to encompass anyone who has borne the ultimate burden of the tax in dealing with the goods.

It seems clear to me that the Court was in no way purporting to make a general pronouncement upon the scheme of the *Excise Tax Act* but merely interpreting a particular refund provision. I believe this is emphasized by the words I have highlighted in the first passage quoted, viz., that subsection 44(2) “does not impose as a condition of refund that the person who seeks the refund, must have paid the tax initially” but may be “one to whom the tax has been passed on.” This is not a reversal of the *Price* decision, but rather an exception to it, in the sense that the particular refund provision is generous in its terms. It is, in short, a subsection 44(2) decision, not one interpreting subsection 44(1), which deals generally with deductions and refunds.

In my view the fact that several provisions of the Act allow exemptions or refunds to certain end-users cannot be taken as a rule for the others, or a guide to the intention of the statute as a whole. That intention has already been established by this Court in *Price*. As a result, sales taxes under the

un remboursement de taxes payées en vertu de la Partie III, IV ou V peut être accordé à Sa Majesté ou à l'importateur, cessionnaire, fabricant, producteur, marchand en gros, intermédiaire ou autre commerçant, selon le cas.

a Cette Cour a statué que les intimées devraient avoir gain de cause. Le juge Le Dain, a déclaré au nom de la Cour (à la page 91 CTC):

En ce qui concerne le quatrième point, à savoir si les intimées n'ont pas droit au remboursement parce qu'elles n'ont pas payé elles-mêmes les taxes, je souscris à la conclusion du juge de première instance, à savoir que le paragraphe 44(2) ne prévoit pas, comme condition de remboursement, que la personne réclamant ce remboursement doit avoir payé la taxe elle-même, mais que selon ce paragraphe, le remboursement peut être fait à celui qui doit la supporter en fin de compte. C'est ce qui, à mon avis, ressort de l'expression «selon le cas» figurant au paragraphe 44(2). [C'est moi qui souligne.]

Il a ajouté (à la page 91 CTC):

[L]e mot «commerçant» figurant au paragraphe 44(2) est suffisamment large, dans ce contexte, pour englober ceux qui font un usage commercial de ces marchandises comme l'ont fait les intimées. L'énumération des personnes ayant droit au remboursement ne vise pas à limiter ce dernier à certaines catégories expressément prévues, mais plutôt à embrasser tous ceux qui, du fait de l'usage commercial de ces marchandises, doivent supporter la taxe en dernière analyse.

e Il me semble clair que la Cour n'a nullement voulu se prononcer de façon générale sur l'économie de la *Loi sur la taxe d'accise*, mais qu'elle n'a fait qu'interpréter la disposition relative au remboursement. À mon avis, cette idée se détache des mots que j'ai soulignés dans le premier passage cité, savoir que le paragraphe 44(2) «ne prévoit pas, comme condition de remboursement, que la personne réclamant ce remboursement doit avoir payé la taxe elle-même», mais que selon ce paragraphe, le remboursement peut être fait à «celui qui doit la supporter en fin de compte». Il ne s'agit pas d'un renversement de la décision *Price*, mais d'une exception à celle-ci, en ce sens que la disposition particulière relative au remboursement est généreuse dans ses conditions. Il s'agit, en bref d'une décision sur le paragraphe 44(2) et non d'une décision interprétant le paragraphe 44(1), qui traite généralement de déductions et de remises.

À mon avis, le fait que plusieurs dispositions de la Loi accordent des exemptions ou remboursements à certains utilisateurs finals ne saurait être interprété comme une règle pour les autres, ni comme une indication de l'intention de l'ensemble de la Loi. Dans l'arrêt *Price*, cette Cour a déjà

Excise Tax Act must be taken, not as taxes on property, but as taxes on business transactions, levied at the time of the transaction.

The next question, then, is as to the effect of subsection 87(2) of the *Indian Act*. In my view, the interpretation I have given to the *Excise Tax Act* excludes the application of paragraph 87(1)(b) because, since the tax has been paid by a party earlier in the commercial chain than the band, it cannot be said to be imposed on "the personal property of an Indian or a band situated on a reserve." The appellant, however, invoked the protection of subsection 87(2), and particularly the words "or is otherwise subject to taxation," arguing that the burden of an indirect tax is such that the band may be said to be "otherwise subject" to it. In support of this contention, the appellant referred to the "notwithstanding clause" with which section 87 begins and the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41. *Re: Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; (1982), 37 A.R. 541; 42 N.R. 361, at pages 1078-1079 S.C.R., was also cited to support the argument that immunities from taxation (in that case of provincial governments) should not be rendered illusory by purely formalistic devices.

In *Nowegijick* an Indian living on a reserve claimed that income earned through employment by an Indian corporation with its head office on the reserve and which was paid to him on the reserve was exempt from income tax under section 87, even though the actual work was done off the reserve. In the course of allowing the exemption for the reason that section 87 should be read as creating an exemption for persons, as well as for their personal property, Dickson J. (as he then was) laid down this principle in relation to section 87 (at page 36 S.C.R.):

It is legal lore that, to be valid, exemptions to tax laws should be clearly expressed. It seems to me, however, that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and

établi cette intention. En conséquence, les taxes de vente prévues à la *Loi sur la taxe d'accise* doivent être considérées, non pas comme des impôts sur les biens, mais comme des taxes sur les opérations commerciales, lesquelles taxes sont perçues au moment de l'opération.

L'autre question porte sur l'effet du paragraphe 87(2) de la *Loi sur les Indiens*. À mon avis, l'interprétation que j'ai donnée à la *Loi sur la taxe d'accise* écarte l'application de l'alinéa 87(1)(b) puisque, la taxe ayant été payée à une phase antérieure de la chaîne commerciale par une partie autre que la bande, on ne peut dire qu'elle frappe «des biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve». L'appelante se retranche toutefois derrière le paragraphe 87(2) et invoque particulièrement les mots «ni autrement soumis à une taxation» pour prétendre que le fardeau d'un impôt indirect est tel qu'on peut dire que la bande y est «autrement soumise». À l'appui de cette prétention, l'appelante fait état de la «clause nonobstant» qui figure au début de l'article 87, et de l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41. L'arrêt *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; (1982), 37 A.R. 541; 42 N.R. 361, aux pages 1078 et 1079 R.C.S., a également été cité pour étayer l'argument selon lequel les immunités contre la taxation (en l'occurrence celles des gouvernements provinciaux) ne devraient pas être rendues illusoire par des moyens purement formalistes.

Dans l'affaire *Nowegijick*, un Indien habitant une réserve a prétendu que le revenu qui lui était versé sur la réserve et qu'il tirait d'un emploi chez une société indienne, qui avait son siège social sur la réserve, était exempt d'impôt sur le revenu en vertu de l'article 87, bien que le lieu de travail fût en réalité à l'extérieur de la réserve. Accordant l'exemption pour le motif que l'article 87 devrait être interprété comme créant une exemption à l'égard des personnes, ainsi qu'à l'égard de leurs biens personnels, le juge Dickson (tel était alors son titre) a posé le principe suivant relatif à l'article 87 (à la page 36 R.C.S.):

Selon un principe bien établi, pour être valide, toute exemption d'impôts doit être clairement exprimée. Il me semble toutefois que les traités et les lois visant les Indiens doivent

doubtful expressions resolved in favour of the Indians. If the statute contains language which can reasonably be construed to confer tax exemption that construction, in my view, is to be favoured over a more technical construction which might be available to deny exemption. In *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), it was held that Indian treaties "must . . . be construed, not according to the technical meaning of [their] words . . . but in the sense in which they would naturally be understood by the Indians".

He also said (at page 39 S.C.R.):

The words "in respect of" are, in my opinion, words of the widest possible scope. They import such meanings as "in relation to", "with reference to" or "in connection with". The phrase "in respect of" is probably the widest of any expression intended to convey some connection between two related subject matters.

The respondent argued that this general principle of liberal construction for Indian treaties and statutes should have application only when the statute is doubtful or ambiguous, but my own view is that it should be applied whenever the statutory language is reasonably open to a liberal construction. The language was thus open in *Nowegijick* since taxable income is after all personal property, and was paid to an Indian on a reserve. As Dickson J. put it (at page 38 S.C.R.):

A tax on income is in reality a tax on property itself. If income can be said to be property I cannot think that taxable income is any less so.

But in the case at bar I find a legal barrier in the way of a liberal construction to subsection 87(2), essentially the same as that to subsection 87(1). The concluding phrase of the subsection is "in respect of any such property," that is, the same "personal property of an Indian or a band situated on a reserve." The tax was not, however, paid on the personal property of a band on a reserve, because it was not paid by the band at all, but by a licensed manufacturer, importer, or wholesaler. Thus, even where as in transactions 1, 3, 5 and 7 the goods passed to the appellant on the reserve, that is immaterial, because the tax was levied on the vendor with respect to his sale of the goods, and not on the Band as purchaser or on the property of the Band. *Brown v. R. in Right of B.C.* (1979), 20 B.C.L.R. 64; 107 D.L.R. (3d) 705; [1980] 3 W.W.R. 360 (C.A.), is distinguishable as

recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens. Si la loi contient des dispositions qui, suivant une interprétation raisonnable, peuvent conférer une exemption d'impôts, il faut, selon moi, préférer cette interprétation à une interprétation plus stricte qui pourrait être utilisée pour refuser l'exemption. Dans l'affaire *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), on a conclu que les traités avec les Indiens [TRADUCTION] «doivent . . . être interprétés non pas selon le sens strict de [leur] langage . . . mais selon ce qui serait, pour les Indiens, le sens naturel de ce langage».

b Il a ajouté (à la page 39 R.C.S.):

À mon avis, les mots «quant à» ont la portée la plus large possible. Ils signifient, entre autres, «concernant», «relativement à» ou «par rapport à». Parmi toutes les expressions qui servent à exprimer un lien quelconque entre deux sujets connexes, c'est probablement l'expression «quant à» qui est la plus large.

L'intimée fait valoir que ce principe général d'interprétation libérale des traités et lois visant les Indiens devrait s'appliquer seulement lorsque la loi est discutable ou ambiguë, mais j'estime qu'il devrait s'appliquer toutes les fois que le texte législatif se prête raisonnablement à une interprétation libérale. Tel est le cas dans l'affaire *Nowegijick* puisqu'un revenu imposable est après tout un bien personnel, et qu'un tel revenu a été payé à un Indien habitant une réserve. Ainsi que le juge Dickson l'a dit (à la page 38 R.C.S.):

Un impôt sur le revenu est en réalité un impôt sur un bien. Si on peut dire qu'un revenu est un bien, je conçois mal qu'un revenu imposable ne le soit pas.

Mais, en l'espèce, un motif juridique s'oppose à une interprétation libérale du paragraphe 87(2), essentiellement le même que dans le cas du paragraphe 87(1). L'expression finale du paragraphe est «quant à l'un ces biens» c'est-à-dire les mêmes «biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve». La taxe n'a toutefois pas été payée sur les biens meubles d'une bande sur une réserve, parce qu'elle n'a pas du tout été payée par la bande, mais par un fabricant muni de licence, par un importateur ou par un marchand en gros. Ainsi donc, même lorsque, comme dans les opérations 1, 3, 5 et 7, les marchandises ont été transmises à l'appelante sur la réserve, cela importe peu parce que la taxe a été imposée au vendeur relativement à la vente des marchandises qu'il a effectuée, et non à la bande en tant qu'acheteur ou sur les biens de celle-ci. Les faits en cause dans l'arrêt

the provincial tax in question was a direct tax paid by a reserve Indian on personal property (electricity) delivered on the reserve.

I find the conclusion inevitable that subsection 87(2) does not assist the appellant in the case at bar. The appellant is therefore, not entitled to any exemption with respect to any of the nine transactions set out in the agreed statement of facts, and consequently cannot be entitled to any refund of the sales taxes remitted.

Since the other matters argued before us were dependent upon the favourable resolution of this first issue for the appellant, it becomes unnecessary to decide them.

The appeal should therefore be dismissed with costs.

HEALD J.A.: I concur.

STONE J.A.: I agree.

Brown v. R. in Right of B.C. (1979), 20 B.C.L.R. 64; 107 D.L.R. (3d) 705; [1980] 3 W.W.R. 360 (C.A.), se distinguent des faits en l'espèce parce que la taxe provinciale en question dans cette affaire était un impôt direct payé par un Indien d'une réserve sur un bien meuble (électricité) livré sur la réserve.

Je me vois dans l'obligation de conclure que le paragraphe 87(2) n'est d'aucune utilité à l'appelante à l'instance. L'appelante n'a donc pas droit à une exemption à l'égard de l'une quelconque des neuf opérations énumérées dans l'exposé conjoint des faits, et ne saurait, par conséquent, se faire rembourser les taxes de vente remises.

Puisque les autres questions débattues devant la Cour dépendaient d'une décision favorable à l'appelante sur la première question, il est inutile de les trancher.

L'appel devrait donc être rejeté avec dépens.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

A-571-89

A-571-89

Pacific Press Limited, Neil Graham, John Trethewey, Glen Bohn and CKNW Radio (Applicants)

v.

Minister of Employment and Immigration; R. G. Smith, in his capacity as Adjudicator pursuant to the *Immigration Act (Canada)* and Charles Julius McVey (Respondents)

INDEXED AS: *PACIFIC PRESS LTD. v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Desjardins J.J.A.—Vancouver, January 11; Ottawa, January 26, 1990.

Immigration — Practice — S. 28 application to set aside Adjudicator's decision, under Immigration Act, s. 29(3), to hold inquiry in camera — S. 29(3) giving member of public opportunity to request permission to attend inquiry if establishes inquiry would not be impeded and no adverse effect for person investigated or family — Latter limitation odd as other persons could be prejudiced — Not appropriate, on present record, to make general declaration as to validity of s. 29(3) — Assertion of right to judicial or quasi-judicial proceeding founded on Charter, s. 2(b) must, of itself, inferentially satisfy slight burden imposed on "member of public" in s. 29(3) and shift onus onto person seeking to exclude press — Adjudicator erred in law in making order without evidence in support — Person seeking to exclude press ought to be afforded opportunity to present necessary supporting evidence under condition preventing its disclosure and publication — Application allowed.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of press — Immigration inquiry — S. 28 application to set aside Adjudicator's decision ordering in camera inquiry under Immigration Act, s. 29(3) — Not appropriate to make general declaration as to whether s. 29(3) invalid as inconsistent with Charter s. 2(b) — Matter not necessarily dealt with by Adjudicator and evidence could be adduced to support Charter s. 1 justification of in camera inquiries — Assertion of right to access to judicial or quasi-judicial proceeding founded on Charter s. 2(b) must, of itself, inferentially satisfy slight s. 29(3) burden imposed on member of public seeking access and shift onus onto person seeking to exclude press — Adjudicator erred in law in making order without supporting evidence — Application allowed.

Pacific Press Limited, Neil Graham, John Trethewey, Glen Bohn et CKNW Radio (requérants)

a

c.

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration; R. G. Smith, en sa qualité d'arbitre conformément à la *Loi sur l'immigration (Canada)* et Charles Julius McVey (intimés)

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

c

Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et Desjardins, J.C.A.—Vancouver, 11 janvier; Ottawa, 26 janvier, 1990.

Immigration — Pratique — Demande fondée sur l'art. 28 en vue d'infirmer la décision de l'arbitre rendue en vertu de l'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration de tenir une enquête à huis clos — L'art. 29(3) permet à un membre du public d'assister à l'enquête s'il démontre que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés — Cette dernière restriction est étrange compte tenu du fait que d'autres personnes pourraient être lésées — Compte tenu du dossier, il n'est pas approprié de rendre une déclaration générale quant à la validité de l'art. 29(3) — L'affirmation d'un droit d'accès à une procédure judiciaire ou quasi judiciaire fondé sur l'art. 2b) de la Charte doit en soi, par déduction, répondre à ce léger fardeau que doit acquitter le membre du public à l'art. 29(3) et imposer celui-ci à la personne qui demande l'exclusion de la presse — L'arbitre a commis une erreur de droit en rendant l'ordonnance sans élément de preuve pour la justifier — La personne qui demande d'exclure la presse doit avoir la possibilité de présenter les éléments de preuve nécessaires dans des conditions qui empêcheront leur divulgation et leur publication — Demande accueillie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté de la presse — Enquête en matière d'immigration — Demande fondée sur l'art. 28 en vue d'infirmer la décision de l'arbitre ordonnant la tenue d'une enquête à huis clos en vertu de l'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration — Il n'est pas approprié de rendre une déclaration générale pour déterminer si l'art. 29(3) est invalide parce qu'incompatible avec l'art. 2b) de la Charte — La question n'a pas été nécessairement traitée par l'arbitre et des éléments de preuve pourraient être apportés à l'appui d'une justification de la tenue d'enquêtes à huis clos en vertu de l'art. 1 — L'affirmation d'un droit d'accès à une procédure judiciaire ou quasi judiciaire fondée sur l'art. 2b) de la Charte doit en soi, par déduction, répondre à ce léger fardeau que doit acquitter le membre du public en vertu de l'art. 29(3) et imposer celui-ci à la personne qui demande l'exclusion de la presse — L'arbitre a commis une erreur de droit en rendant l'ordonnance sans élément de preuve pour la justifier — Demande accueillie.

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, 2(b). **a**

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28. **b**

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 29(3) (as am. by R.S.C., 1985, (1st Supp.), c. 31, s. 99).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Cameron, [1966] 58 D.L.R. (2d) 486; (1966), 4 C.C.C. 273; 49 C.R. 49 (Ont. C.A.).

REFERRED TO:

Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General), [1989] 2 S.C.R. 1326.

COUNSEL:

Roger D. McConchie and *Patrick G. Foy* for applicants Pacific Press Limited, Neil Graham, John Trethewey and Glen Bohn. **e**

Daniel W. Burnett and *Christopher P. Weafer* for applicant CKNW Radio.

Mary A. Humphries for respondent Minister of Employment and Immigration. **f**

Robert S. Anderson for respondent Charles Julius McVey.

SOLICITORS:

Ladner Downs, Vancouver, for applicants Pacific Press Limited, Neil Graham, John Trethewey and Glen Bohn. **g**

Owen, Bird, Vancouver, for applicant CKNW Radio.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of Employment and Immigration. **h**

Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver, for respondent Charles Julius McVey.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.A.: This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application seeks to set aside the decision of the respondent Adjudicator to

LOIS ET RÉGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44], art. 1, 2b).

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44], art. 52(1).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 29(3) (mod. par L.R.C. (1985), (1^{er} suppl.), chap. 31, art. 99).

c JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

R. v. Cameron, [1966] 58 D.L.R. (2d) 486; (1966), 4 C.C.C. 273; 49 C.R. 49 (C.A. Ont.).

d

DÉCISION CITÉE:

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général), [1989] 2 R.C.S. 1326.

AVOCATS:

Roger D. McConchie et *Patrick G. Foy* pour les requérants Pacific Press Limited, Neil Graham, John Trethewey et Glen Bohn.

Daniel W. Burnett et *Christopher P. Weafer* pour la requérante CKNW Radio.

Mary A. Humphries pour l'intimé le ministre de l'Emploi et de l'Immigration.

Robert S. Anderson pour l'intimé Charles Julius McVey.

PROCUREURS:

Ladner Downs, Vancouver, pour les requérants Pacific Press Limited, Neil Graham, John Trethewey et Glen Bohn.

Owen, Bird, Vancouver, pour la requérante CKNW Radio.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé le ministre de l'Emploi et de l'Immigration.

Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver, pour l'intimé Charles Julius McVey.

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Cette demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] a pour but d'infirmar la

conduct an inquiry under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, with respect to the respondent *McVey in camera*. The Adjudicator found his authority in subsection 29(3) [as am. by R.S.C., 1985, (1st Suppl.), c. 31, s. 99] of the Act.

29. (1) As inquiry by an adjudicator shall be held in the presence of the person with respect to whom the inquiry is to be held wherever practicable.

(2) At the request or with the permission of the person with respect to whom an inquiry is to be held, an adjudicator shall allow any person to attend an inquiry if such attendance is not likely to impede the inquiry.

(3) Except as provided in subsection (2), an inquiry by an adjudicator shall be held *in camera* unless it is established to the satisfaction of the adjudicator, on application by a member of the public, that the conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and that the person with respect to whom the inquiry is to be held or any member of that person's family would not be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public.

The applicants seek a declaration, pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] that subsection 29(3) is of no force and effect by reason of its inconsistency with their freedom under paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

They also argue that the decision was not supported by the evidence. The Minister appeared only to support the validity of the legislation. The Adjudicator, entirely properly, did not appear. *McVey* supports both the validity of the legislation and the order and asks, further, that if the matter is referred back to the Adjudicator he be given the direction that, if requested by *McVey*, evidence and argument opposing the opening of the inquiry to the public be received *in camera*.

I do not consider it appropriate, on the present record, to make a general declaration as to the validity or otherwise of subsection 29(3) even

décision de l'arbitre intimé de tenir une enquête à huis clos en vertu de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, au sujet de l'intimé *McVey*. L'arbitre a fondé sa compétence sur le paragraphe 29(3) [mod. par L.R.C. (1985), (1^{er} suppl.), chap. 31, art. 99] de la Loi.

29. (1) L'arbitre mène l'enquête, dans la mesure du possible, en présence de l'intéressé.

(2) À la demande ou avec l'autorisation de l'intéressé, l'arbitre permet la présence d'observateurs, dans la mesure où elle ne risque pas d'entraver le déroulement de l'enquête.

(3) Sous réserve du paragraphe (2), l'arbitre tient son enquête à huis clos sauf si, à la demande d'un membre du public, il lui est démontré que la tenue en public de l'enquête ne compromettrait pas cette dernière et que la personne qui en fait l'objet ou les membres de sa famille ne s'en trouveraient pas lésés.

Les requérants veulent obtenir une déclaration en conformité du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]] portant que le paragraphe 29(3) est inopérant en raison de son incompatibilité avec leur liberté prévue en vertu de l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi de constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]].

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Ils prétendent également que la décision n'est pas étayée par la preuve. Le ministre a comparu seulement pour appuyer la validité de la Loi. L'arbitre a eu tout à fait raison de ne pas comparaître. *M. McVey* appuie tant la validité de la Loi que celle de l'ordonnance et demande en outre qu'on ordonne à l'arbitre, si l'affaire lui est renvoyée, qu'à la demande de *M. McVey* les éléments de preuve et les arguments contre la tenue en public de l'enquête soient entendus à huis clos.

Compte tenu du dossier, j'estime qu'il n'est pas approprié de rendre une déclaration générale quant à la validité du paragraphe 29(3) même si

though the Adjudicator did make such a finding. In the first place, having perused the transcript with care, I find no request to the Adjudicator to make the declaration he did. The inclusion of a request for such a declaration in the notice of motion initiating this section 28 application is not, in my opinion, a basis for us doing so when the question was not necessarily dealt with by the Adjudicator. In the second place, and notwithstanding the preeminence argued to have been accorded paragraph 2(b) by the Supreme Court of Canada in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, this Court ought not ignore its own experience in dealing with immigration matters. It is apparent to us that evidence could be made available in support of a section 1 justification of provision for *in camera* inquiries. We have been advised that judgment has been reserved by the Trial Division in an action for a declaration dealing with this issue in the case of a refugee claimant. Obviously, the less said by this Court at the moment, the better. It has been suggested that if we fail to deal with it and the matter is returned to the Adjudicator it may only be a matter of time until the issue is unavoidably before us again. That may be but, if it is, it may be back with a body of section 1 evidence.

Subsection 29(3) does give the Adjudicator a discretion. It places on a member of the public, interested in doing so, the onus of establishing two negatives: that the conduct of the inquiry in public would not impede it and that neither the person concerned nor any member of that person's family would be thereby adversely affected. The latter limitation is odd. What, for example of the prison guard, policeman or soldier who, through friendship, bribery or sympathy, has facilitated a refugee claimant's escape and what of resident foreigners, perhaps missionaries or business people, willing to testify only if their opportunity to return is not prejudiced?

It may be arguable that the onus is misplaced. Again, I think it best, in the circumstances, not to express a concluded opinion on that aspect of the

l'arbitre s'est prononcé en faveur de sa validité. Premièrement, après avoir soigneusement lu la transcription, je conclus qu'aucune demande n'a été présentée à l'arbitre pour qu'il rende cette déclaration. L'inclusion d'une telle demande dans l'avis introductif d'instance en vertu de l'article 28 ne nous justifie pas, à mon avis, de rendre une telle déclaration lorsque l'arbitre n'en a pas nécessairement traité. Deuxièmement, et sans égard à la prééminence que l'on prétend avoir été accordée à l'alinéa 2b) par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, cette Cour ne peut ignorer sa propre jurisprudence dans l'examen des questions d'immigration. Il nous paraît évident que des éléments de preuve pourraient être apportés à l'appui d'une justification de la disposition relative à la tenue d'enquêtes à huis clos en vertu de l'article premier. Nous avons été avisé que la Section de première instance a mis en délibéré sa décision dans une action en déclaration portant sur cette question dans le cas d'un revendicateur du statut de réfugié. Il est évidemment préférable que cette Cour intervienne le moins possible à cette étape-ci. On a laissé entendre que si nous n'examinions pas cette demande et si l'affaire était renvoyée à l'arbitre, ce ne serait peut-être qu'une question de temps avant que l'affaire se retrouve inévitablement devant nous. Cela se peut mais, le cas échéant, l'affaire comportera alors un dossier d'éléments de preuve fondés sur l'article premier.

Le paragraphe 29(3) confère à l'arbitre un pouvoir discrétionnaire. Il impose au membre du public intéressé le fardeau d'établir deux conditions négatives: que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés. Cette dernière restriction est étrange. Qu'en est-il par exemple du gardien de prison, du policier ou du soldat qui par amitié, corruption ou sympathie a facilité la fuite d'un revendicateur du statut de réfugié, et qu'en est-il des résidents étrangers, peut-être des missionnaires ou des gens d'affaires, qui n'acceptent de témoigner que si leur possibilité de retour n'est pas compromise?

On peut prétendre que le fardeau est mal placé. Encore une fois, je pense qu'il est préférable dans les circonstances de ne pas exprimer une opinion

provision. The practical consequence seems not, in my view of the question, to be particularly significant since the standard properly to have been applied by the Adjudicator was as stated by Aylesworth, J.A., in *R. v. Cameron*, [1966] 58 D.L.R. (2d) 486; (1966), 4 C.C.C. 273; 49 C.R. 49 (Ont. C.A.), at page 498 D.L.R.:

Where, however, the onus lies upon the Crown to prove a negative as an element of the charge, little proof will often suffice. Such proof often must be drawn by inference from other proven facts.

It seems to me that the assertion of a right to access to a judicial or quasi-judicial proceeding founded on paragraph 2(b) of the Charter must, of itself, inferentially satisfy that slight burden and shift the onus to the person seeking to exclude the press.

The Adjudicator did not take that approach. Rather he held:

I am satisfied therefore that the onus of satisfying the adjudicator under subsection 29(3) of the Immigration Act lies with the applicant and, further, that it is not incumbent upon the person concerned's counsel to submit evidence per se but that any submissions may still be considered.

His reason for holding the inquiry *in camera* was based solely on undisputed submissions, not evidence, to the effect that McVey's wife, resident somewhere in the United States, "is suffering from terminal cancer and that the publicity issuing from an inquiry may have a severe adverse affect on her". Nothing was said of other measures that might reasonably be taken to deny her access to the publicity. In my opinion, that provided no proper basis for an exercise of discretion to close the inquiry. Whatever freedom of the press entails, there must surely be an evidentiary basis to support its lawful impairment in a judicial or quasi-judicial proceeding. The Adjudicator erred in law in making the order he did without evidence to support it.

The problem faced by the Adjudicator arose directly out of his refusal to conduct *in camera* the

définitive sur cet aspect de la disposition. Compte tenu de ma façon d'aborder la question, j'estime que les conséquences pratiques ne sont pas particulièrement importantes puisque la norme que l'arbitre a correctement appliquée est celle formulée par le juge Aylesworth de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Cameron*, [1966] 58 D.L.R. (2d) 486; (1966), 4 C.C.C. 273; 49 C.R. 49 (C.A. Ont.), à la page 498 D.L.R.:

[TRADUCTION] Cependant, lorsque la Couronne a le fardeau d'établir une condition négative comme élément de l'accusation, il suffit souvent que peu d'éléments de preuve soient apportés. Ces éléments de preuve doivent souvent être déduits des autres faits prouvés.

Il me semble que l'affirmation d'un droit d'accès à une procédure judiciaire ou quasi judiciaire fondé sur l'alinéa 2b) de la Charte doit en soi, par déduction, répondre à ce léger fardeau et imposer celui-ci par inversion à la personne qui demande que la presse soit exclue.

L'arbitre n'a pas retenu cette façon de faire. Au contraire, il a conclu:

[TRADUCTION] Je suis donc convaincu que le fardeau de convaincre l'arbitre en vertu du paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration* incombe au requérant et, de plus, qu'il n'appartient pas à l'avocat de l'intéressé de produire des éléments de preuve indépendants en soi mais que tout argument peut encore être examiné.

Sa raison de conclure à la tenue d'une enquête à huis clos était fondée uniquement sur des arguments non contestés, et non pas des éléments de preuve, selon lesquels l'épouse de M. McVey, résidant quelque part aux États-Unis, [TRADUCTION] «souffre d'un cancer en phase terminale et que la publicité découlant d'une enquête pourrait avoir un grave effet préjudiciable sur sa santé». Rien n'a été dit des autres mesures qui pourraient raisonnablement être prises pour l'empêcher de prendre connaissance de l'enquête. À mon avis, cela ne constituait pas un fondement approprié justifiant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en faveur de la tenue d'une enquête à huis clos. Peu importe ce que comporte la liberté de la presse, il doit certainement y avoir des éléments de preuve pour justifier qu'on y porte atteinte dans une instance judiciaire ou quasi judiciaire. L'arbitre a commis une erreur de droit en rendant l'ordonnance sans élément de preuve pour la justifier.

Le problème de l'arbitre découlait directement de son refus de tenir l'enquête à huis clos à la suite

proceedings on the applicants' request that the inquiry be open. As a result of that, McVey refused to lead evidence. On the assumption that *in camera* proceedings in an inquiry under the *Immigration Act* may be justified notwithstanding paragraph 2(b) of the Charter, it seems obvious that the person seeking to exclude the press ought to be afforded the opportunity to present the necessary supporting evidence under conditions that will prevent its disclosure and publication. Experienced counsel will be able to suggest a variety of acceptable measures to maintain confidentiality while allowing the evidence to be tested by adverse interests.

I would allow this section 28 application, set aside the decision of the Adjudicator to hold the inquiry *in camera* and remit the matter to him for reconsideration on a basis not inconsistent with these reasons.

HEALD J.A.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I concur.

de la demande des requérants qu'elle soit tenue publiquement. Par conséquent, M. McVey a refusé de produire des éléments de preuve. Si l'on suppose que la tenue d'une enquête à huis clos en vertu de la *Loi sur l'immigration* peut être justifiée sans égard à l'alinéa 2b) de la Charte, il semble évident que la personne qui demande d'exclure la presse puisse avoir la possibilité de présenter les éléments de preuve nécessaires dans des conditions qui empêcheront leur divulgation et leur publication. Les avocats expérimentés vont pouvoir proposer diverses mesures acceptables pour conserver la confidentialité tout en permettant que les éléments de preuve soient évalués par les parties opposées.

J'accueillerais cette demande fondée sur l'article 28, j'infirmes la décision de l'arbitre de tenir l'enquête à huis clos et je lui renverrais l'affaire pour qu'elle soit examinée à nouveau en conformité avec ces motifs.

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

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

T-1769-89

T-1769-89

Toronto Star Newspapers Ltd., Southam Inc., Paul Watson, and James Poling (Applicants)

v.

Joseph Kenney, Robert Reford, Mahmoud Mohammad Issa Mohammad and The Attorney General of Canada (Respondents)

and

Canadian Broadcasting Corporation (Intervener)

INDEXED AS: TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. v. KENNEY (T.D.)

Trial Division, Martin J.—Ottawa, September 15 and 19, 1989; February 13, 1990.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Immigration Act, s. 29(3) providing inquiries in camera unless established on application by member of public conduct of inquiry in public not impeding inquiry and subject of inquiry or family members not adversely affected — Media application for access to credible basis hearing refused — Charter, s. 2(b) guaranteed freedom of press versus individual's Charter, s. 7 rights — Assertion of right to access to judicial or quasi-judicial proceeding under s. 2(b) satisfying burden on applicants under s. 29(3) and onus shifting to person seeking to exclude press — S. 29(3) not unconstitutional as real discretion in adjudicator — Mandatory in camera hearings infringing freedom of press — S. 29(3) criticized as literal interpretation placing impossible onus on applicant to prove public hearing not detrimental — If absolute confidentiality desired, credible basis inquiry should be administrative, not judicial proceeding.

Immigration — Practice — Adjudicator denying applications under Immigration Act, s. 29(3) to hold inquiry in public based solely on submissions — Mere assertion of right to access to judicial proceeding shifting onus imposed by s. 29(3) to person seeking to exclude media — Although evidentiary basis required to support Adjudicator's decision, evidence may be received under conditions preventing its disclosure and publication — S. 83.1 leave not required to attack constitutional validity of legislation although required to question decision of Adjudicator under Federal Court Act, s. 18.

This was an application for an order quashing the Adjudicator's decision that the initial refugee hearing be held in the absence of the applicants; prohibiting the Adjudicator from continuing the inquiry until he has heard the application to have the inquiry conducted in public; and directing the

Toronto Star Newspapers Ltd., Southam Inc., Paul Watson, et James Poling (requérants)

a c.

Joseph Kenney, Robert Reford, Mahmoud Mohammad Issa Mohammad et le Procureur général du Canada (intimés)

b et

Société Radio-Canada (intervenante)

RÉPERTORIÉ: TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. c. KENNEY (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Martin—Ottawa, 15 et 19 septembre 1989; 13 février 1990.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — L'art. 29(3) de la Loi sur l'immigration prévoit la tenue des enquêtes à huis clos sauf si, quelqu'un en ayant fait la demande, il est démontré que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés — La demande des médias d'assister à l'audience sur le minimum de fondement a été rejetée — Opposition entre liberté de la presse garantie à l'art. 2(b) de la Charte et les droits de l'individu consacrés à l'art. 7 de la Charte — L'affirmation du droit à l'accès aux procédures judiciaires ou quasi judiciaires fondé sur l'art. 2(b) satisfait à l'obligation de preuve imposée aux requérants par l'art. 29(3), laquelle passe à celui qui cherche à exclure la presse — L'art. 29(3) n'est pas anticonstitutionnel car l'arbitre a un véritable pouvoir discrétionnaire — Le huis clos obligatoire enfreint la liberté de la presse — L'art. 29(3) est critiqué au motif que son interprétation littérale impose aux requérants l'obligation impossible de prouver que l'audience publique ne causera aucun préjudice — Si la confidentialité absolue est souhaitée, l'enquête sur le minimum de fondement devrait être une procédure administrative et non judiciaire.

Immigration — Pratique — L'arbitre rejette en vertu de l'art. 29(3) les demandes visant la tenue de l'enquête en public en se fondant seulement sur des observations — La simple affirmation du droit d'accès aux procédures judiciaires reporte l'obligation de preuve imposée par l'art. 29(3) sur la personne qui cherche à exclure la presse — Bien que des éléments de preuve soient requis à l'appui de la décision de l'arbitre, cette preuve peut être reçue dans des conditions qui préviennent sa divulgation et sa publication — L'autorisation visée à l'art. 83.1 n'est pas nécessaire pour attaquer le caractère constitutionnel d'une mesure législative bien qu'elle soit requise pour contester la décision de l'arbitre en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale.

Les requérants demandent une ordonnance qui annule la décision par laquelle l'arbitre a ordonné que l'audience initiale sur le minimum de fondement soit tenue hors la présence des requérants; qui interdit à l'arbitre de poursuivre son enquête jusqu'à ce qu'il ait entendu la demande visant à faire ouvrir

Adjudicator to apply *Immigration Act*, subsection 29(3) in a manner consistent with the Charter. Subsection 29(3) provides that an inquiry shall be held *in camera* unless it is established on application by a member of the public that the conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and that the subject of the inquiry or members of his family would not be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public. Pursuant to applications to hold the hearing in public, the Adjudicator decided to exclude the applicants on the ground that the disclosure of certain evidence could prejudice the safety of others. No evidence was called and the decision was based solely on submissions. The applicants submitted that (1) the Adjudicator erred in exercising his discretion solely upon the submissions of counsel; (2) subsection 29(3) must be interpreted to place the onus on the refugee claimant to prove that a public hearing would impede it or adversely affect the immigrant or his family, as placing the onus on the member of the public would be an impossible onus; and (3) subsection 29(3) should be declared unconstitutional as infringing upon Charter, paragraph 2(b) guarantee of freedom of the press and access to quasi-judicial proceedings. The Attorney General submitted that a refugee claimant's Charter, section 7 rights were of a higher order than the paragraph 2(b) rights of the applicants or, alternatively that subsection 29(3) represented reasonable limits imposed upon the applicants' paragraph 2(b) rights. Counsel for the refugee claimant argued that since the onus is upon the applicants to show that conduct of the inquiry in public will not impede it, if they fail to call evidence to discharge the burden, the Adjudicator can exercise his discretion under subsection 29(3) without hearing any evidence.

Held, the application to quash the Adjudicator's decision and for prohibition should be allowed; the application for a declaration that subsection 29(3) of the *Immigration Act* is unconstitutional should be denied.

Leave to proceed under *Immigration Act*, section 83.1 is not required where the constitutional validity of legislation is questioned. Section 83.1 directs itself to *Federal Court Act*, section 18 proceedings questioning decisions of adjudicators.

Re Southam Inc. and The Queen (No. 1), stands for the proposition that a provision in a statute which calls for mandatory *in camera* hearings infringes upon the freedom of the press guaranteed in Charter, paragraph 2(b) and is unconstitutional unless the Crown can discharge the burden of establishing that the limitation imposed would be demonstrably justified in a free and democratic society. If subsection 29(3) were to be applied literally, the burden of proof upon the applicants would be impossible to discharge. An applicant cannot prove that no member of a refugee claimant's family would be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public when he does not have any idea who or where those family members are. Likewise, the question of whether the conduct of an inquiry would impede the inquiry depends upon the evidence which the refugee claimant intends to lead. The concerns about fully disclosing his reasons for claiming refugee status are uniquely within the knowledge of the refugee claimant. If the burden of proof placed upon the member of the public by subsection

l'enquête au public; et qui ordonne à l'arbitre d'appliquer le paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration* de façon compatible avec la Charte. Le paragraphe 29(3) prévoit que l'arbitre tient son enquête à huis clos sauf si, quelqu'un lui en ayant fait la demande, il lui est démontré que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés. À la suite de demandes visant la tenue de l'audience en public, l'arbitre a décidé d'exclure les requérants au motif que la divulgation de certains éléments de preuve pouvait compromettre la sécurité d'autrui. Aucune preuve n'a été produite et la décision de l'arbitre était uniquement fondée sur des observations. Les requérants ont soutenu que (1) l'arbitre a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire sur la seule foi des observations des avocats; (2) le paragraphe 29(3) doit être interprété comme imposant au demandeur de statut l'obligation de prouver qu'une audience tenue en public entraverait cette dernière ou que l'intéressé et sa famille s'en trouveraient lésés, car imposer la charge de la preuve au public, ce serait lui imposer un fardeau impossible; et (3) le paragraphe 29(3) devrait être déclaré inconstitutionnel parce qu'il est contraire à la liberté de la presse et à l'accès aux procédures quasi judiciaires garantis à l'alinéa 2b) de la Charte. Le procureur général a fait valoir que les droits du demandeur de statut garantis à l'article 7 de la Charte l'emportent sur les droits accordés aux requérants à l'alinéa 2b) ou, subsidiairement, que le paragraphe 29(3) constituait une limite raisonnable imposée aux droits accordés aux requérants par l'alinéa 2b). L'avocate du demandeur de statut a soutenu que puisqu'il appartient aux requérants de prouver que la tenue en public de l'enquête ne compromettra pas cette dernière, en l'absence de preuve de leur part, l'arbitre est en droit d'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'il tient du paragraphe 29(3) sans entendre de témoignages.

Jugement: la demande visant l'annulation de la décision de l'arbitre et la délivrance d'un bref de prohibition devrait être accueillie; la demande visant à faire déclarer inconstitutionnel le paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration* devrait être rejetée.

L'autorisation de procéder conformément à l'article 83.1 de la *Loi sur l'immigration* n'est pas requise lorsqu'est contestée la constitutionnalité d'une mesure législative. L'article 83.1 vise les procédures fondées sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* qui contestent les décisions rendues par les arbitres.

L'arrêt *Re Southam and the Queen (No. 1)*, appuie la proposition selon laquelle une disposition d'une loi qui impose obligatoirement des audiences à huis clos porte atteinte à la liberté de la presse garantie par l'alinéa 2b) de la Charte et est inconstitutionnelle, à moins que la Couronne ne s'acquitte du fardeau d'établir que la justification de la limite imposée à la liberté de la presse pourrait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Si l'on devait appliquer littéralement le paragraphe 29(3), les requérants seraient incapables de s'acquitter du fardeau de la preuve qui leur serait imposé. Il est impossible à un requérant de prouver qu'aucun membre de la famille du demandeur de statut ne serait lésé si l'enquête devait être tenue en public alors qu'il peut fort bien ignorer qui sont les membres de la famille du demandeur de statut, et où ils se trouvent. De même, la question de savoir si la tenue d'une enquête en public compromettrait cette dernière, dépend de la preuve qu'entend produire le demandeur de statut. Les faits à la source de la répugnance du demandeur de statut à révéler les

29(3) is impossible to discharge, and if the exercise of the Adjudicator's discretion in favour of conducting the hearing in public is dependent upon the member of the public meeting that burden, then in fact there is no discretion and subsection 29(3) would have to be declared unconstitutional. However, in *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, the Federal Court of Appeal held that the assertion of a right to access to a judicial or quasi-judicial proceeding founded upon paragraph 2(b) of the Charter must of itself satisfy that burden and shift the onus to the person seeking to exclude the press. Given that interpretation of subsection 29(3), the constitutional balance between the right of access to the hearing and the protection of the rights of the refugee claimant have been maintained by the restoration of a real discretion in the adjudicator to determine on a case-by-case basis whether or not the credible basis hearing should be held *in camera* or in public.

While an evidentiary basis to support the Adjudicator's decision is required, a person seeking to exclude the press ought to be afforded the opportunity to present his evidence under conditions that will prevent its disclosure and publication.

As to the submission that an *in camera* hearing is the only way to encourage refugee claimants to make their claims, as long as the screening process is in the nature of a judicial procedure, it seems a contradiction in terms to suggest that the fact of the application and the identity of the refugee claimant be kept confidential. In order for a member of the public to exercise the right to apply to have the hearing conducted in public, both facts would have to have been given some publicity. If Parliament wants total confidentiality, the credible basis hearing should be removed from the judicial process and be conducted on an administrative basis.

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, 2(b), 7.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 337(2)(b), 474 (as am. by SOR/79-57, s. 14).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 29 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 99), 83.1 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 19).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 29.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; 34 C.R. (3d) 27; 33 R.F.L. (2d) 279 (C.A.);

raisons pour lesquelles il revendique le statut de réfugié ne sont connus que de lui. S'il est impossible au public de s'acquitter du fardeau de la preuve que lui impose le paragraphe 29(3), et si l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'arbitre en faveur de la tenue en public de l'audience dépend de l'exécution de cette obligation, alors il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire et le paragraphe 29(3) devrait être déclaré inconstitutionnel. Cependant, dans l'arrêt *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la Cour d'appel fédérale a statué que l'affirmation d'un droit d'accès à une procédure judiciaire ou quasi judiciaire fondé sur l'alinéa 2b) de la Charte doit en soi répondre à ce fardeau et imposer celui-ci à la personne qui demande que la presse soit exclue. Étant donné cette interprétation du paragraphe 29(3), l'équilibre constitutionnel entre le droit d'accès et la protection des droits du demandeur de statut a été préservé par la restitution à l'arbitre d'un véritable pouvoir discrétionnaire, celui de déterminer dans chaque cas d'espèce si l'audience sur le minimum de fondement devrait être tenue à huis clos ou en public.

Bien que la décision de l'arbitre doit reposer sur des éléments de preuve, la personne qui demande d'exclure la presse devrait avoir la possibilité de présenter des éléments de preuve nécessaires dans des conditions qui empêcheront leur divulgation et leur publication.

Pour ce qui est de la prétention que l'audience à huis clos est la seule façon d'inciter les demandeurs de statut à faire leurs revendications, tant que le processus de sélection participera d'une procédure judiciaire, il semble contradictoire de laisser entendre que tant la demande que l'identité du demandeur de statut vont être gardées confidentielles. Pour que le public puisse exercer le droit de demander la tenue en public de l'audience, il faut que la demande et l'identité de l'intéressé aient reçu quelque publicité. Si le législateur veut la confidentialité totale, il faudrait retirer l'audience sur le minimum de fondement du processus judiciaire pour le reléguer au plan administratif.

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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44], art. 1, 2b), 7.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 29 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 31, art. 99), 83.1 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 19).
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 29.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 337(2)b), 474 (mod. par DORS/79-57, art. 14).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; 34 C.R. (3d) 27; 33 R.F.L. (2d) 279 (C.A.);

Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] 1 F.C. 419 (C.A.).

CONSIDERED:

Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment & Immigration) (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 12 (F.C.T.D.). *a*

AUTHORS CITED

Canada, House of Commons, Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue no. 25 (April 23, 1985), at pp. 25:17-25:18 and Issue no. 29 (May 9, 1985), at pp. 29:22-29:23. *b*

COUNSEL:

R. Juriansz and *Paul B. Schabas* for applicants.
Marlys A. Edwardh for respondent Mahmoud Mohammad Issa Mohammad.
Charlotte A. Bell and *Debra M. McAllister* *d* for respondent Attorney General of Canada.

G. Michael W. Hughes for intervener Canadian Broadcasting Corporation. *e*

SOLICITORS:

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, for applicants.
Ruby and Edwardh, Toronto, for respondent *f* Mahmoud Mohammad Issa Mohammad.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.
Legal Services, Canadian Broadcasting Corporation, Toronto, for intervener Canadian *g* Broadcasting Corporation.

The following are the reasons for order rendered in English by

MARTIN J.: The applicants apply pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] for the following relief:

- (1) an order granting leave to commence this application, if necessary; *i*
- (2) an interim order prohibiting the respondent Joseph Kenney from continuing with the inquiry until this motion is finally determined; *j*
- (3) an order permitting this motion to be heard on short notice;

Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1990] 1 C.F. 419 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Southam Inc. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 12 (C.F. 1^{re} inst.).

DOCTRINE

Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, *Procès-verbal et témoignages*, fascicule n° 25 (23 avril 1985), aux p. 25:17 et 25:18 et fascicule n° 29 (9 mai 1985), aux p. 29:22 et 29:23.

AVOCATS:

R. Juriansz et *Paul B. Schabas* pour les requérants.
Marlys A. Edwardh pour l'intimé Mahmoud Mohammad Issa Mohammad.
Charlotte A. Bell et *Debra M. McAllister* pour l'intimé le sous-procureur général du Canada.
G. Michael W. Hughes pour l'intervenante Société Radio-Canada.

PROCUREURS:

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, pour les requérants.
Ruby and Edwardh, Toronto, pour l'intimé Mahmoud Mohammad Issa Mohammad.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé le procureur général du Canada.
Services juridiques, Société Radio-Canada, Toronto, pour l'intervenante Société Radio-Canada.

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

LE JUGE MARTIN: Les requérants demandent en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] la réparation suivante:

- (1) une ordonnance leur accordant l'autorisation d'introduire cette demande, si nécessaire;
- (2) une ordonnance provisoire interdisant à l'intimé Joseph Kenney de poursuivre l'enquête jusqu'à l'issue finale de cette requête;
- (3) une ordonnance autorisant l'audition de cette requête à bref délai;

(4) an order in the nature of *certiorari* and prohibition quashing the decision of the respondent Adjudicator, Joseph Kenney, made on August 22, 1989, that the initial refugee hearing into the status of Mahmoud Mohammad Issa Mohammad be held in the absence of the applicants, and prohibiting the respondent Joseph Kenney from continuing with the inquiry until the applicants are permitted to be present;

(5) an order in the nature of *mandamus* directing the respondent Adjudicator, Joseph Kenney, to permit the applicants to be present at the inquiry;

(6) an order pursuant to subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* directing that the respondent Adjudicator Joseph Kenney conduct the inquiry and interpret and apply subsection 29(3) of the *Immigration Act* in a manner consistent with paragraph 2(b) of the Charter.

After hearing counsel on the first grounds of relief made pursuant to section 83.1 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19] (the "Act"), leave was granted to proceed with the section 18 application attacking the August 22, 1989 decision of the respondent Joseph Kenney (the "Adjudicator") excluding the applicants, as representatives of the news media, from the credible basis hearing proposed to be conducted under the provisions of the Act and in accordance with the provisions set out in section 29.

Counsel for the applicants argued that leave to proceed under section 83.1 of the Act was not required with respect to the relief requested in paragraph (6) in so far as that relief raised the issue of the constitutional validity of section 29 of the Act. I am in accord with that submission. Section 83.1 directs itself to proceedings under section 18 of the *Federal Court Act* with respect to decisions or orders made or matters arising under the *Immigration Act*, or the Rules or Regulations, and not with respect to the constitutional validity of any particular section of the Act.

Accordingly, to the extent that the application raises a question with respect to the constitutional

(4) un bref de prohibition et de *certiorari* annulant la décision en date du 22 août 1989 par laquelle l'arbitre Joseph Kenney permettait que l'audience initiale relative au statut de réfugié de Mahmoud Mohammad Issa Mohammad soit tenue hors la présence des requérants, et interdisant à l'arbitre intimé Joseph Kenney de poursuivre l'enquête tant que les requérants n'auront pas été autorisés à y assister;

(5) un bref de *mandamus* ordonnant à l'arbitre intimé Joseph Kenney, d'autoriser les requérants à assister à l'enquête;

(6) une ordonnance visée au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ordonnant à l'arbitre intimé Joseph Kenney de tenir l'enquête concernée et d'interpréter et d'appliquer le paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration* d'une façon qui soit compatible avec l'alinéa 2b) de la Charte;

Après que l'avocat des requérants ait exposé ses premiers moyens fondés sur l'article 83.1 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 19] (la «Loi»), l'autorisation a été accordée à l'audition de la demande fondée sur l'article 18 qui attaquait la décision en date du 22 août 1989 par laquelle l'intimé Joseph Kenney (l'«arbitre») excluait les requérants, en qualité de représentant des médias d'information, de l'audience sur le minimum de fondement projetée en application des dispositions de la Loi et notamment des dispositions de l'article 29.

L'avocat des requérants a fait valoir que l'autorisation de procéder conformément à l'article 83.1 de la Loi n'était pas requise à l'égard de la réparation sollicitée au paragraphe (6) dans la mesure où cette réparation soulevait la question de la constitutionnalité de l'article 29 de la Loi. Je suis d'accord. L'article 83.1 vise les procédures fondées sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour ce qui est des décisions ou ordonnances rendues dans le cadre de la *Loi sur l'immigration* ou de ses textes d'application—règlements ou règles—ou de toute question soulevée dans ce cadre, et non pour ce qui est de la constitutionnalité d'un article quelconque de la Loi.

Conséquemment, dans la mesure où la demande soulève la question de la constitutionnalité de l'ar-

validity of section 29 of the *Immigration Act*, no leave is required under section 83.1 of the Act. To the extent that the application questions the decision of the Adjudicator made under subsection 29(3) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 99] of the Act, leave to appeal to this Court is required and was granted by me on September 15, 1989.

The interim order prohibiting the continuation of the inquiry before the Adjudicator sought by the applicants was not pressed because, as I recall, counsel informed me that the Adjudicator had decided to postpone the continuation of the hearing pending the decision of this Court. Apparently no order was made in response to that portion of the application.

The application for an order permitting the application to be heard on short notice does not appear to have been addressed by counsel. As no objection was made by counsel for the other parties and as the application proceeded in any event, it can be taken that leave was given to proceed on short notice.

Other motions were made by Canadian Broadcasting Corporation, in similar proceedings numbered T-1783-89 and T-1799-89, as a result of which leave was given to discontinue those proceedings and to add Canadian Broadcasting Corporation as an intervener in this application and in the Federal Court action number T-1798-89.

Finally, in the applicants' Federal Court action number T-1798-89, a motion was filed by counsel for the applicants at the opening of the proceedings on September 15, 1989 for an order pursuant to Rule 474 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] for a determination of whether section 29 of the Act or a part thereof is inconsistent with paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and therefore of no force and effect. I was informed by counsel that the motion was filed at the Toronto Registry on September 12, 1989 but for some reason it did not find its way to Ottawa

ticle 29 de la *Loi sur l'immigration*, l'autorisation prévue à l'article 83.1 de la Loi n'est pas nécessaire. Dans la mesure où la demande met en question la décision rendue par l'arbitre en application du paragraphe 29(3) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 31, art. 99] de la Loi, l'autorisation d'interjeter appel auprès de cette Cour est nécessaire, et je l'ai accordée le 15 septembre 1989.

Les requérants n'ont pas insisté sur l'ordonnance provisoire interdisant la poursuite de l'enquête devant l'arbitre car, si je me souviens bien, les avocats m'ont avisé que l'arbitre avait décidé de remettre à plus tard la poursuite de l'audience en attendant la décision de cette Cour. Il semble qu'aucune ordonnance n'ait été rendue en réponse à cette partie de la demande.

Il ne semble pas que l'avocat des requérants ait plaidé la demande visant une ordonnance qui permettrait l'audition de la demande à bref délai. Les avocats des autres parties ne s'y étant pas opposés et la demande ayant été entendue de toute façon, on peut supposer qu'il y a eu autorisation de procéder à bref délai.

La Société Radio-Canada a fait d'autres requêtes dans des procédures semblables portant les numéros de greffe T-1783-89 et T-1799-89, en conséquence desquelles le désistement des parties a été autorisé, ainsi que l'adjonction de la Société Radio-Canada en qualité d'intervenante dans cette demande et dans l'action devant la Cour fédérale portant le numéro de greffe T-1798-89.

Pour finir, dans le cadre de l'action des requérants devant la Cour fédérale, numéro de greffe T-1798-89, les avocats des requérants ont déposé une requête à l'ouverture des procédures le 15 septembre 1989 visant la délivrance d'une ordonnance conformément à la Règle 474 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] afin que la Cour statue sur la question de savoir si l'article 29 de la Loi, en tout ou en partie, est incompatible avec l'alinéa 2b) 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]] et, par conséquent, est inopérant. Les avocats m'ont

and was not filed there until the opening of the proceedings.

This motion in action number T-1798-89 also asked for orders pursuant to Rule 474(2) directing:

- a) that the case upon which the question shall be determined shall consist of the agreed statement of facts, filed, and
- b) that the question be argued at the same time and place as Federal Court proceeding T-1769-89.

A second motion in this action was inadvertently filed in proceeding number T-1769-89 which error was corrected at the opening of the proceedings on September 15, 1989. As the only relief in that second motion to which counsel directed my attention duplicated the last named relief referred to in the Rule 474 motion, i.e. that the question to be determined be argued at the same time as the proceedings in T-1769-89, I can ignore that second motion. The transcript of the hearing indicates (at pages 10 to 13) that the Rule 474 motion was granted. I have since reviewed the motion and the applicable Rule and have concluded that I did not have the authority to accede to that motion.

Rule 474 provides for applications for the determination of points of law of which the late filed application by counsel for the applicants was one. Rule 474(2) [as am. by SOR/79-57, s. 14] provides, in a mandatory way, what shall be done if the Court orders that the question be so determined. No consideration was given to the matter set out in Rule 474(2). Although the transcript indicates that I granted the motion to have the Rule 474 application and the section 18 application heard at the same time, I was not authorized to make such an order. Accordingly, if the parties wish to proceed under Rule 474, the motion by the plaintiffs in T-1798-89 will have to be renewed.

informé que la requête a été déposée au greffe de Toronto le 12 septembre 1989 mais, pour une raison quelconque, elle est parvenue à Ottawa et y a été déposée seulement à l'ouverture des a procédures.

Cette requête faite dans le cadre de l'action portant le numéro de greffe T-1798-89 demandait aussi des ordonnances conformément à la Règle b 474(2) portant que:

- a) la question à déterminer le sera à partir d'un exposé conjoint des faits, déposé;
- b) la question sera débattue aux mêmes moment et endroit que l'action devant la Cour fédérale portant le numéro de greffe T-1769-89.

Une seconde requête dans la présente action a été déposée par mégarde dans le cadre de la d procédure ayant le numéro de greffe T-1769-89; cette erreur a été rectifiée au début des procédures le 15 septembre 1989. Comme la seule réparation recherchée dans cette seconde requête que l'avocat e a portée à mon attention correspondait à la dernière réparation recherchée dans la requête fondée sur la Règle 474, à savoir que la question à trancher soit débattue en même temps que la procédure numéro de greffe T-1769-89, je n'ai pas f à faire de cas de la seconde requête. La transcription de l'audition montre (aux pages 10 à 13) que la requête fondée sur la Règle 474 a été accueillie. J'ai depuis étudié la requête et la Règle applicable, et j'ai conclu que je n'avais pas l'autorité nécessaire pour accéder à cette requête. g

Le Règle 474 prévoit les demandes visant le règlement de points de droit, ce que se trouve être la dernière demande déposée par l'avocat des requérants. La Règle 474(2) [mod. par DORS/ h 79-57, art. 14] prévoit, en des termes impératifs, ce qu'il faut faire si la Cour accorde l'ordonnance. Aucune considération n'a été accordée à ce qui est exposé à la Règle 474(2). Bien que la transcription i porte que j'ai accueilli la requête sollicitant l'audition conjointe des deux demandes fondées respectivement sur la Règle 474 et sur l'article 18, je n'étais pas autorisé à rendre une telle ordonnance. Conséquemment, si les parties souhaitent procéder selon la Règle 474, la requête des demandeurs dans le cadre de l'action numéro de greffe, T-1798-89 devra être renouvelée. j

The parties to the action in T-1798-89 put forward an agreed statement of facts which would apply to the Rule 474 motion in the following terms:

The parties by their counsel agree that the facts upon which the question of law to be determined under R. 474 should be decided are the facts before this court in the application bearing Court File No. T-1769-89,

to which counsel for the applicants, the Attorney General for Canada and Mahmoud Mohammad Issa Mohammad ("Mohammad") agreed. Counsel for the intervener Canadian Broadcasting Corporation indicated that it wished to accept and adopt the facts set out in the factum of the plaintiffs in Court action T-1798-89 to which it unilaterally added further facts set out in paragraphs (2) and (3) of its factum filed on September 15, 1989. Similarly counsel for Mohammad, while accepting the facts set out in paragraphs (1) to (12) of the applicants' memorandum of fact and law, unilaterally added an additional three pages of facts in her memorandum of fact and law filed in the Toronto Registry on September 12, 1989. Finally, while agreeing that the facts upon which the Rule 474 determination should be made in the T-1798-89 action were to be the facts before the Court in the T-1769-89 proceedings, counsel for the Attorney General of Canada stated its own facts in her memorandum of fact and law filed in both the T-1798-89 and T-1769-89 proceedings at the opening of the hearing on September 15, 1989.

After examining the various statements of facts it became apparent to me that the facts upon which the determination of law was to be made had not been crystallized to the extent generally required under a Rule 474 determination. In fact, in my view, there was no agreed statement of facts to which the parties and the intervener had subscribed.

Counsel for Mohammad advised that her understanding of the agreement was:

... at the time of signing of that agreement that it was the intentions of the parties that the facts in question were not simply the facts as stated by the applicant, but would be all the

Les parties à l'action numéro de greffe T-1798-89 ont présenté un exposé conjoint des faits qui s'appliquerait à la requête fondée sur la Règle 474 dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Les parties conviennent par l'intermédiaire de leurs avocats que les faits en fonction desquels il devrait être statué sur la question de droit à décider conformément à la Règle 474 sont les faits soumis à l'appréciation de cette Cour dans le cadre de la demande portant le numéro de greffe T-1769-89,

termes dont ont convenu les avocats des requérants, du procureur général du Canada et de Mahmoud Mohammad Issa Mohammad («Mohammad»). L'avocat de l'intervenante Société Radio-Canada a laissé entendre que celle-ci voulait accepter et adopter les faits exposés dans le mémoire des demandeurs dans l'action numéro de greffe T-1798-89 dans le cadre de laquelle elle a unilatéralement ajouté les autres faits figurant aux paragraphes (2) et (3) de son mémoire déposé le 15 septembre 1989. De la même façon, l'avocate de Mohammad, tout en acceptant les faits énoncés aux paragraphes (1) à (12) de l'exposé des faits et du droit des requérants, a ajouté unilatéralement trois pages additionnelles de faits dans son exposé des faits et du droit déposé au greffe de Toronto le 12 septembre 1989. Finalement, tout en convenant que les faits devant servir de fondement à la décision prévue à la Règle 474 dans l'action numéro de greffe T-1798-89 devaient être les faits soumis à la Cour dans l'action numéro de greffe T-1769-89, l'avocate du procureur général du Canada a exposé ses propres faits dans son exposé des faits et du droit déposé à la fois dans l'action numéro de greffe T-1798-89 et dans l'action numéro de greffe T-1769-89 à l'ouverture de l'audience le 15 septembre 1989.

Après avoir examiné les diverses déclarations, il m'est apparu que les faits devant servir de fondement à la décision sur un point de droit n'avaient pas été cristallisés dans la mesure généralement exigée pour une décision fondée sur la Règle 474. De fait, à mon sens, il n'y avait pas d'exposé conjoint des faits dont les parties et l'intervenante avaient convenu.

L'avocate de Mohammad nous a informés qu'elle comprenait l'entente comme suit:

[TRADUCTION] ... au moment de la signature de cette entente, les parties entendaient que les faits en question ne soient pas simplement les faits exposés par le requérant, mais plutôt tous

facts put forward as facts that might be found by Your Lordship on the application. So they are the facts as set out by the applicant, and also the facts relied upon by the respondents.

Because there was no reasonably concise statement of facts to which the parties and the intervener have agreed, the Rule 474 motion for the determination of a point of law in action number T-1798-89 and the motion to have that determination made at the same time as the determination in the T-1769-89 proceedings were both premature and, as already indicated, if the parties wish to proceed in action T-1798-89, they will have to renew their Rule 474 application.

The error on my part in granting the applicants' motions in action T-1798-89 should not cause any inconvenience to the parties because I propose, in any event, to deal with the constitutional question which in my view is raised in the applicants' section 18 application in T-1769-89.

As already indicated, it was the decision of the Adjudicator immediately preceding the credible basis hearing of Mohammad to exclude the applicants and the intervener from the hearing that provoked this application. Mohammad had been the subject of an inquiry held pursuant to a report made under section 27 of the Act. He had consented to media representatives being present at that inquiry subject to his claimed right to withdraw that consent should unforeseeable matters arise which, in his view, might jeopardize his safety or that of his family. On December 15, 1988 the inquiry adjourned since the Adjudicator had determined that, but for Mohammad's claim to be a Convention refugee, a removal or deportation notice would be issued.

On August 21, 1989 the credible basis hearing pursuant to section 29 of the Act was convened before the Adjudicator and the respondent Robert Reford, a member of the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board, to determine whether Mohammad had a credible basis for his claim to be a Convention refugee. When this hear-

les faits soumis comme tels sur lesquels votre Seigneurie pourrait se prononcer dans le cadre de la demande. Il s'agit donc des faits exposés par le requérant, et aussi des faits sur lesquels s'appuient les intimés.

a En raison de l'absence d'une déclaration raisonnablement concise à laquelle auraient souscrit les parties et l'intervenante, la requête fondée sur la Règle 474 sollicitant qu'il soit statué sur un point de droit dans le cadre de l'action numéro de greffe T-1798-89 et la requête sollicitant que cette décision soit rendue en même temps que celle dans l'action numéro de greffe T-1769-89 étaient toutes deux prématurées et, comme on l'a dit, si les parties tiennent à ce que l'action numéro de greffe T-1798-89 suive son cours, elles devront renouveler leur demande sur la Règle 474.

L'erreur que j'ai commise en accueillant les requêtes des requérants dans le cadre de l'action numéro de greffe T-1798-89 ne devrait pas gêner les parties car je me propose, en tout état de cause, de traiter de la question de la constitutionnalité que soulève, à mon avis, la demande fondée sur l'article 18 soumise par les requérants dans l'action numéro de greffe T-1769-89.

Comme je l'ai déjà indiqué, la présente demande procède de la décision par laquelle l'arbitre a résolu d'exclure les requérants et l'intervenante de l'audition de Mohammad sur le minimum de fondement, immédiatement avant que celle-ci n'ait lieu. Mohammad avait fait l'objet d'une enquête donnant suite au rapport visé à l'article 27 de la Loi. Il avait consenti à la présence des médias à cette enquête, sous réserve du droit qu'il revendiquait de retirer son consentement dans l'éventualité où il surviendrait des événements imprévus qui, à son avis, seraient susceptibles de compromettre sa sécurité ou celle de sa famille. L'enquête a été ajournée le 15 décembre 1988, l'arbitre ayant décidé que, n'était-ce de la revendication par Mohammad du statut de réfugié au sens de la Convention, une mesure de renvoi ou une mesure d'expulsion serait prise.

i Le 21 août 1989, l'audience prévue à l'article 29 de la Loi a été tenue en présence de l'arbitre et de l'intimé Robert Reford, membre de la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, pour déterminer si la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention faite par Mohammad reposait sur un

ing began Mohammad consented to the presence of certain members of the public but not to the presence of media representatives. At this turn of events applications to have the hearing conducted in public were made by the applicants and the intervener pursuant to subsection 29(3) of the Act. Upon the applications being made the Adjudicator informed the applicants the procedure in order to determine whether the hearing would be held in public would be by submission only and that no evidence need be called. The relevant portions of section 29 of the Act provide as follows:

29. (1) An inquiry by an adjudicator shall be held in the presence of the person with respect to whom the inquiry is to be held wherever practicable.

(2) At the request or with the permission of the person with respect to whom an inquiry is to be held, an adjudicator shall allow any person to attend an inquiry if such attendance is not likely to impede the inquiry.

(3) Except as provided in subsection (2), an inquiry by an adjudicator shall be held *in camera* unless it is established to the satisfaction of the adjudicator, on application by a member of the public, that the conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and that the person with respect to whom the inquiry is to be held or any member of that person's family would not be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public.

Counsel for Mohammad submitted that the applicants bore the burden of satisfying the Adjudicator on both the requirements of subsection 29(3) i.e. of proving affirmatively to the satisfaction of the Adjudicator that the conduct of the inquiry in public would not impede it and that neither Mohammad nor any member of his family would be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public.

She made the following submission to the Adjudicator:

The next branch of Section 29(3) of obvious importance is the question of adverse impact on Mr. Mohammad and his family. I do not know of any authority which would confine the notion of adverse simply to physical harm or physical safety and I think you are entitled to look at adverse in the broadest sense, from psychological harm to children, as well as physical harm to individuals who may be connected to Mr. Mohammad who are abroad. Approaching it from that point of view, there are a number of facts which I wish to draw to your attention and give you specific information which I would have to ask that you proceed to hear me *in camera* so you can fully assess. These facts have not been disclosed before and I do not—I think it would be helpful for you to be aware of them.

minimum de fondement. Lorsque cette audience a débuté, Mohammad a consenti à la présence de certains membres du public, mais non pas à celle des représentants des médias. Voyant cela, les requérants et l'intervenante ont demandé que l'audience soit tenue en public, conformément au paragraphe 29(3) de la Loi. Sur présentation des demandes, l'arbitre a informé les requérants que la procédure visant à déterminer si l'audience se tiendrait en public se ferait par voie d'observations seulement, et qu'il n'y avait pas lieu de produire des preuves. Les parties pertinentes de l'article 29 de la Loi sont libellées comme suit:

29. (1) L'arbitre mène l'enquête, dans la mesure du possible, en présence de l'intéressé.

(2) À la demande ou avec l'autorisation de l'intéressé, l'arbitre permet la présence d'observateurs, dans la mesure où elle ne risque pas d'entraver le déroulement de l'enquête.

(3) Sous réserve du paragraphe (2), l'arbitre tient son enquête à huis clos sauf si, quelqu'un lui en ayant fait la demande, il lui est démontré que la tenue en public de l'enquête n'entraverait pas cette dernière et que ni l'intéressé ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés.

L'avocate de Mohammad a soutenu qu'il appartenait aux requérants de convaincre l'arbitre du respect des deux exigences du paragraphe 29(3), c'est-à-dire de démontrer à l'arbitre que la tenue en public de l'enquête ne compromettrait pas cette dernière, et que ni Mohammad ni les membres de sa famille ne s'en trouveraient lésés.

Elle a fait à l'arbitre les observations suivantes:

[TRADUCTION] La partie suivante du paragraphe 29(3) qui a une importance évidente est la question du préjudice que pourraient subir M. Mohammad et sa famille. Je ne connais aucune source doctrinale ou jurisprudentielle qui limiterait la notion de préjudice aux simples lésions corporelles ou à la sécurité de la personne, et je crois qu'il vous est permis de considérer le préjudice dans son sens le plus large, le tort psychologique infligé aux enfants, aussi bien que les lésions corporelles causées aux personnes pouvant être liées à M. Mohammad et qui sont à l'étranger. Les choses vues sous cet angle, il existe certains faits sur lesquels je tiens à attirer votre attention et vous donner des renseignements précis, et j'aimerais que vous m'entendiez à huis clos afin d'apprécier pleinement ce que j'ai à dire. Ces faits n'ont pas été révélés avant et je n'ai pas—je crois qu'il vous serait utile de les connaître.

The Adjudicator replied that:

We will take your request for *in camera* divulging of certain facts under advisement.

Counsel for the applicants in his submission said, among other things,

... we don't submit that there is any constitutional defect in the legislation as it is drafted. However, the legislation must be administered in conformity with the guarantees of the Charter. It cannot be administered so as to infringe my client's right of freedom of the press.

Before me counsel for the applicants restated that argument in the following terms:

To argue that the adjudicator should have construed the statute in a way not to infringe our rights and given—and acted as if the language of the statute were different other than its clear terms really is to say that the statute is defective constitutionally. He should have recognized that and acted accordingly. So it doesn't become a different argument, it is a restatement of the same constitutional argument.

And we add to that submission the argument that quite apart from infringing the Charter right, simply at law he had a legal duty to exercise his discretion judicially. It is true that he had to be satisfied there would be no adverse effect, but at law there was a duty on him to act judicially and that required an evidentiary base.

Later, in the August 21, 1989 hearing, counsel for Mohammad indicated that she accepted it as her obligation to put the facts before the Adjudicator and added that, if there was any doubt as to whether this would be sufficient and the Adjudicator wanted her to call evidence, she was prepared to do so:

... but some of the evidence I will call, obviously it will be my request that I have to call it *in camera*, otherwise I can't really proceed to call it.

On the following day, August 22, 1989, the Adjudicator gave his decision. On the question of the necessity of having to receive evidence in order to form a basis for exercising his discretion, the Adjudicator had this to say:

Mr. Juriansz, speaking for The Toronto Star and I think it was The Hamilton Spectator, has suggested the procedural aspects of 29(3) be broadened to allow possible cross-examination of witnesses and thus far more intense scrutiny of the access issue. We doubt this is what the Committee or Parliament had in mind and we can find no support for such a microscopic approach in the legislation, regulations or jurisprudence. Such a procedure would have the effect of greatly prolonging any inquiry or hearing which generated public interest.

L'arbitre a répondu:

[TRADUCTION] Nous allons étudier votre demande de divulgation à huis clos de certains faits.

L'avocat des requérants a dit notamment ce qui suit dans ses observations:

[TRADUCTION] ... nous ne prétendons pas que le libellé de la mesure législative soit entaché de quelque vice constitutionnel. Elle doit toutefois être appliquée en conformité avec les garanties de la Charte. Elle ne peut l'être de façon à violer le droit de mon client à la liberté de la presse.

En ma présence, l'avocat des requérants a repris cet argument dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Soutenir que l'arbitre aurait dû interpréter la Loi de façon à ne pas violer nos droits et donner—et agir comme si le libellé de la Loi différerait de ses termes clairs, c'est dire de fait que la Loi est entachée d'un vice constitutionnel. Il aurait dû le reconnaître et agir en conséquence. Ainsi donc il ne s'agit pas d'un argument différent, mais de la reprise du même argument d'ordre constitutionnel.

Et nous ajoutons à cet argument qu'indépendamment de la violation du droit garanti par la Charte, il avait simplement en droit l'obligation d'exercer judiciairement son pouvoir discrétionnaire. Il est vrai qu'il devait être convaincu qu'il n'y aurait pas préjudice, mais en droit, il était tenu d'agir judiciairement, ce qui exige des preuves.

Plus tard, au cours de l'audience du 21 août 1989, l'avocate de Mohammad a laissé entendre qu'elle se considérait tenue de soumettre les faits à l'arbitre, et elle a ajouté que s'il y avait le moindre doute que cela suffise et que l'arbitre voulait qu'elle produise des preuves, elle était disposée à le faire:

[TRADUCTION] ... mais je demanderai évidemment à produire certaines preuves à huis clos, sans quoi je ne pourrai les produire.

Le jour suivant, soit le 22 août 1989, l'arbitre a rendu sa décision. Il s'est prononcé comme suit sur la nécessité de recevoir des preuves comme fondement à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire:

[TRADUCTION] M. Juriansz, qui s'exprimait pour le Toronto Star et je crois pour le Hamilton Spectator, a suggéré l'élargissement des aspects du paragraphe 29(3) ressortissant à la procédure de façon à permettre le contre-interrogatoire possible des témoins et partant, un examen beaucoup plus intense de la question de l'accès du public. Nous doutons que ce soit ce qu'envisageaient le Comité ou le Parlement, et nous ne trouvons aucune justification pour un tel examen au microscope dans la loi, les règlements ou la jurisprudence. Une telle façon de procéder aurait pour conséquence de prolonger considérablement l'enquête ou l'audience qui soulèverait l'intérêt du public.

Accordingly, in the absence of specific legislative or regulatory language, we are not prepared to adopt the approach suggested and will decide the matter on the strength of the submissions, arguments and case law only.

The Adjudicator accepted the position put forward by counsel for Mohammad, with respect to the concern over her client's safety if the hearing were held in public, in the following terms:

In this case, we have been presented with the novel argument that a public hearing might impede the conduct of the claimant's case because counsel would be reluctant to divulge certain facts. Such evidence, it is said, must be presented *in camera* because its disclosure could prejudice the safety of others.

If public access were to be granted over the objections of the claimant and harm resulted, there is nothing any Canadian court could do to repair the damage. This is the whole thrust of the issue. Subsection 29(3) is, in our opinion, a validly enacted provision, carefully considered at Committee and adopted by Parliament.

We accept the view that subsection 29(3) was expressly created for protection of refugee claimants. We believe we have a responsibility to give this consideration some priority. While we cannot and do not dismiss lightly the right of the public to know and the right of the media to ensure that this happens, we must balance this against other equally compelling concerns.

It is our considered opinion that the concerns expressed by Mr. Mohammad's counsel must prevail. We conclude Section 29(3) is a reasonable limit in these circumstances on the *Charter* rights of the media and would be viewed as such by a superior court.

Finally the Adjudicator cited with approval from *Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 12 (F.C.T.D.) in which the Court found that the Adjudicator in that case had properly decided the onus lay with members of the public to meet the burden of proof required under subsection 29(3) of the Act.

Before me counsel for the applicants submitted that the Adjudicator erred in exercising his discretion in the absence of evidence and solely upon the submissions of counsel. Furthermore he submitted that subsection 29(3) must be interpreted to place the onus on the refugee claimant to prove that a public hearing would impede it or adversely affect the immigrant or his family. To place the onus on the member of the public seeking to have the hearing conducted in public would be to place on him an impossible onus and thus, while subsection 29(3) was drafted in form to give a discretion to

Ainsi donc, en l'absence de termes précis dans la loi ou les règlements, nous ne sommes pas disposés à accepter l'approche proposée, et nous déciderons la question uniquement en fonction des observations, des arguments et de la jurisprudence.

^a L'arbitre a accepté l'argument de l'avocate de Mohammad quant aux craintes relatives à la sécurité de son client si l'audience devait se tenir en public. Voici ce qu'il a dit à cet égard:

^b [TRADUCTION] En l'espèce, on a fait valoir l'argument nouveau qu'une audience publique pourrait entraver la conduite de l'affaire du demandeur parce que son avocate répugnerait à divulguer certains faits. Ces preuves, dit-on, doivent être produites à huis clos parce que leur divulgation pourrait compromettre la sécurité d'autres personnes.

^c Si le public devait être admis malgré l'opposition du demandeur de statut et qu'il en résultait un préjudice, aucun tribunal canadien ne pourrait y remédier. Voilà l'essentiel de la question. Le paragraphe 29(3) est, à notre avis, une disposition valablement édictée, étudiée avec soin en comité et adoptée par le Parlement.

^d Nous souscrivons à l'opinion que le paragraphe 29(3) vise expressément la protection des demandeurs de statut. Nous croyons être tenus d'accorder quelque priorité à cette considération. Certes, nous ne saurions nier et nous ne nions pas le droit du public de savoir et le droit des médias de le tenir au courant, mais nous devons les mettre dans la balance avec ^e d'autres considérations également importantes.

^f Nous sommes d'avis, à la réflexion, que les inquiétudes dont nous a fait part M. Mohammad doivent l'emporter. Nous concluons que le paragraphe 29(3) constitue une limite raisonnable dans ces circonstances aux droits accordés aux médias par la *Charte*, et qu'il serait considéré tel par une cour supérieure.

^g Finalement, l'arbitre a cité en les approuvant des extraits de l'arrêt *Southam Inc. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 12 (C.F. 1^{re} inst.) dans lequel la Cour avait statué que l'arbitre dans cette affaire avait décidé à bon droit qu'il appartenait au public de s'acquitter du fardeau de la preuve imposé au paragraphe 29(3) de la Loi.

^h En ma présence, l'avocat des requérants a fait valoir que l'arbitre avait commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire en l'absence de preuve et uniquement sur la foi des observations des avocats. Il a en outre soutenu que le paragraphe 29(3) doit être interprété comme imposant au demandeur de statut l'obligation de prouver que la tenue en public de l'audience entraverait cette dernière ou que l'intéressé ou les membres de sa famille s'en trouveraient lésés. Imposer la charge de la preuve au membre du public qui souhaite la tenue de l'audience en public, ce serait lui imposer

the Adjudicator to hold a public or *in camera* hearing, in fact and in substance it gave no discretion to the Adjudicator because of the impossible onus placed upon the person seeking a public hearing.

Accordingly, counsel for the applicants submitted that subsection 29(3) should be declared unconstitutional as infringing upon paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which guarantees freedom of the press and access to quasi-judicial proceedings which infringement could not be justified under the provisions of section 1 of the Charter.

Counsel for the Attorney General of Canada defended the constitutionality of subsection 29(3) of the Act on the basis of the need to create an environment in which refugee claimants would feel free to divulge all information relating to their claims and to escape possible retribution against themselves, should their claims be rejected, or against their families in their country of origin, should their claims be accepted. On these considerations counsel claimed that *in camera* hearings were warranted. In her view the section 7 Charter rights of her client were of a higher order than the paragraph 2(b) rights of the applicants and would have to give way to them.

Alternatively she submitted that subsection 29(3) represented reasonable limits imposed upon the applicants' paragraph 2(b) Charter rights because the concern for the safety of the refugee claimant and his family were sufficiently important to warrant overriding the applicants' constitutionally protected right of access to quasi-judicial proceedings and that the means chosen, an *in camera* hearing to be determined at the discretion of the Adjudicator, was proportional to the end sought to be achieved.

Counsel referred to the legislative history of the section in question. She noted that prior to 1985 the relevant portion of section 29 of the Act [*Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52*] provided as follows:

un fardeau impossible et ainsi donc, bien que le libellé du paragraphe 29(3) accorde à l'arbitre le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience publique ou à huis clos, en fait et fondamentalement, cette disposition ne lui laisserait aucune discrétion vu le fardeau impossible imposé à celui qui souhaite la tenue en public de l'audience.

C'est pourquoi l'avocat des requérants a affirmé que le paragraphe 29(3) devrait être déclaré inconstitutionnel parce qu'il violerait l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garantit la liberté de la presse et l'accès aux procédures quasi judiciaires, cette violation ne pouvant se justifier en vertu des dispositions de l'article 1 de la Charte.

L'avocate du procureur général du Canada a défendu le caractère constitutionnel du paragraphe 29(3) de la Loi en excipant du besoin de créer un climat dans lequel les demandeurs de statut se sentiraient libres de divulguer tous les renseignements relatifs à leur revendication et d'échapper aux vengeances qui pourraient être exercées contre eux si leur revendication était rejetée, ou contre leur famille dans leur pays d'origine, si leur revendication était accueillie. L'avocate du procureur général du Canada a affirmé qu'en raison de ces considérations, les audiences à huis clos étaient justifiées. Selon elle, les droits de son client garantis par l'article 7 de la Charte étaient supérieurs aux droits accordés aux requérants à l'alinéa 2b), et les premiers droits devraient l'emporter sur les seconds.

Subsidiairement, elle a affirmé que le paragraphe 29(3) constituait une limite raisonnable imposée aux droits que l'alinéa 2b) de la Charte accorde aux requérants parce que le souci pour la sécurité du demandeur de statut et de sa famille était suffisamment important pour l'emporter sur le droit constitutionnel des requérants à l'accès aux procédures quasi judiciaires, et elle a ajouté que le moyen choisi, une audience à huis clos décidée à la discrétion de l'arbitre, était proportionnel à la fin poursuivie.

L'avocate du procureur général du Canada s'est reportée aux antécédents législatifs de l'article en question. Elle a souligné que dans sa version antérieure à 1985, la partie pertinente de l'article 29 de la Loi [*Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52*] était libellée comme suit:

29. (1) An inquiry by an adjudicator shall be held in the presence of the person with respect to whom the inquiry is to be held wherever practicable.

(2) At the request or with the permission of the person with respect to whom an inquiry is to be held, an adjudicator shall allow any person to attend an inquiry if such attendance is not likely to impede the inquiry.

(3) Except as provided in subsection (2), an inquiry by an adjudicator shall be held *in camera*.

Apparently it was determined that this virtual mandatory *in camera* provision would offend against the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guaranteeing freedom of the press pursuant to paragraph 2(b) which freedom included free access to judicial and quasi-judicial hearings as determined by the Ontario Court of Appeal in *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113. In order to avoid the possibility of a declaration of unconstitutionality on that account it was proposed that subsections (2) and (3) of section 29 be repealed and be replaced by the following subsection:

29. ...

(2) An inquiry by an adjudicator may, on application therefor, be held *in camera* if it is established to the satisfaction of the adjudicator that the person with respect to whom the inquiry is to be held, or any interest of Her Majesty, as the case may be, would be adversely affected if the inquiry were conducted in public.

As that provision came to be considered by Parliament and its committees it became apparent that the legislators were not satisfied that the proposed amendment would give adequate protection to the refugee claimant. The proposed amendment was withdrawn and the following amendment was made with respect to subsection 29(3) [as am. by S.C. 1985, c. 26, s. 112] only, leaving subsection 29(2) intact:

29. ...

(3) Except as provided in subsection (2), an inquiry by an adjudicator shall be held *in camera* unless it is established to the satisfaction of the adjudicator, on application by a member of the public, that the conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and that the person with respect to whom the inquiry is to be held or any member of that person's family would not be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public.

The explanation given to the House of Commons Committee on Justice and Legal Affairs for the proposed change was given, at the request of the then Minister of Justice, by Mr. D. Martin Low, General Counsel, Human Rights Law Sec-

29. (1) Toute enquête par un arbitre a lieu, dans la mesure du possible, en présence de la personne qui en fait l'objet.

(2) À la demande ou avec l'autorisation de la personne faisant l'objet de l'enquête, l'arbitre doit permettre à des observateurs d'assister à l'enquête, dans la mesure où leur présence n'est pas susceptible d'en entraver le déroulement.

(3) Sous réserve du paragraphe (2), l'arbitre mène l'enquête à huis clos.

Apparemment, il a été décidé que cette disposition pratiquement obligatoire sur le huis clos irait à l'encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit, dans son alinéa 2b), la liberté de la presse, laquelle liberté comprenait le libre accès aux audiences judiciaires et quasi judiciaires selon la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113. Pour éviter la possibilité d'une déclaration d'inconstitutionnalité à cet égard, on a proposé que les paragraphes (2) et (3) de l'article 29 soient abrogés et remplacés par le paragraphe suivant:

29. ...

(2) L'arbitre peut, sur demande, tenir son enquête à huis clos s'il estime que la personne qui en fait l'objet ou les intérêts de Sa Majesté seraient lésés par la tenue de l'enquête en public.

Il appert que, lors de l'examen de cette disposition par le Parlement et ses comités, les législateurs ont trouvé insuffisante la protection accordée au demandeur de statut de réfugié par la modification projetée. Celle-ci a été retirée et la modification suivante a été apportée au paragraphe 29(3) [mod. par S.C. 1985, chap. 26, art. 112] seulement, laissant intact le paragraphe 29(2):

29. ...

(3) Sous réserve du paragraphe (2), l'arbitre tient son enquête à huis clos sauf si, à la demande d'un membre du public, il lui est démontré que la tenue en public de l'enquête ne compromettrait pas cette dernière et que la personne qui en fait l'objet ou les membres de sa famille ne s'en trouveraient pas lésés.

C'est à la demande du ministre de la Justice de l'époque que M. D. Martin Low, avocat général, Section des droits de la personne, ministère de la Justice, a, le 23 avril 1985, donné au Comité de la justice et des questions juridiques de la Chambre

tion, Department of Justice, on April 23, 1985, [Issue No. 25] in the following terms [at pages 25:17-25:18]:

Mr. Heap, the genesis of this change lies in a decision of the Ontario Court of Appeal, in a case called *Re Southam No. 1*. This case had to do with in camera hearings under the Juvenile Delinquents Act. There was an automatic exclusion of the public which the Southam newspaper chain successfully challenged on the basis that it infringed on their right of freedom of the press and, in a sense, access to the courts.

We took a message from the decision; there have been a number of other areas where automatic blanket exclusions of the media from judicial proceedings have been examined to see whether or not there was some clear justification for the automatic exclusion in all cases. We believe there is a very high onus to overcome if an automatic exclusion, which does not depend on individual factual circumstances, is to be maintained.

By May 9, 1985 it became apparent that the legislators were not satisfied with the proposed amendment because it appeared it would be too easy for a member of the public to compel a public hearing and thereby, in the minds of the legislators at least, to jeopardize the safety of the refugee claimant or his family. The following exchange between Mr. Robinson and Mr. Speyer at the House of Commons Committee on Justice and Legal Affairs [Issue No. 29], at which the amendment, which is the present law, was proposed, states quite clearly the intention behind the amendment [at pages 29:22-29:23]:

Mr. Robinson: Mr. Chairman, I move that clause 112 of Bill C-27 be amended by striking out lines 3 to 13 on page 77 and substituting the following:

112. Subsection 29(3) of the *Immigration Act, 1976* is repealed and the following substituted therefor:

(3) Except as provided in subsection (2) an inquiry by an adjudicator shall be held in camera unless it is established to the satisfaction of the adjudicator on application by a member of the public, that the conduct of the inquiry in public would not impede the inquiry and that the person with respect to whom the inquiry is to be held or any member of that person's family would not be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public.

The Chairman: Is there any debate?

Mr. Robinson: Mr. Chairman, the purpose of the amendment is to respond in particular to the concerns expressed by my colleague from Spadina, Mr. Heap, who is the official spokesperson on immigration for the New Democratic Party. He raised a concern that the amendment as originally proposed might, in fact, cause undue hardship to applicants for refugee status in that there may be information revealed publicly which could jeopardize either their own personal position or the position of their family in the country from which they were fleeing.

des communes [fascicule n° 25] l'explication suivante du changement projeté [aux pages 25:17 et 25:18]:

Monsieur Heap, l'origine de cette modification remonte à une décision de la Cour d'appel de l'Ontario, dans la cause *Re Southam No. 1*. Elle portait sur la tenue d'audiences à huis clos intéressant la Loi sur les jeunes délinquants. Le public était alors automatiquement exclu de la procédure mais la chaîne de journaux Southam réussit à contester ce huis clos en alléguant qu'il contrevenait à la liberté de la presse et au droit d'avoir accès aux tribunaux.

Il y a eu bon nombre d'autres circonstances où l'exclusion automatique de la presse des audiences de la Cour a fait l'objet d'un réexamen afin de voir si cela était justifié. Nous croyons que s'il y a une exclusion automatique qui ne dépend pas des faits de la cause, il est très difficile de la justifier.

Vers le 9 mai 1985, les législateurs n'étaient pas, semble-t-il, satisfaits de la modification projetée en ce sens qu'il serait trop facile pour un membre du public de forcer la tenue en public d'une audience, ce qui, selon eux du moins, compromettrait la sécurité du demandeur de statut ou de sa famille. L'échange de vues suivant entre M. Robinson et M. Speyer à une séance du Comité de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes [fascicule n° 29], au cours de laquelle la modification, qui fait partie de la loi actuelle, a été proposée, exprime très clairement la fin visée par la modification [aux pages 29:22 et 29:23]:

M. Robinson: Monsieur le président, je propose que l'article 112 du projet de loi C-27 soit modifié par substitution, aux lignes 1 à 8, page 77, de ce qui suit:

112. Le paragraphe 29(3) de la Loi sur l'immigration de 1976 est abrogé et remplacé par ce qui suit:

(3) Sous réserve du paragraphe (2), l'arbitre tient son enquête à huis clos sauf si, à la demande d'un membre du public, il lui est démontré que la tenue en public de l'enquête ne compromettrait pas cette dernière et que la personne qui en fait l'objet ou les membres de sa famille ne s'en trouveraient pas lésés.

Le président: Voulez-vous débattre cet amendement?

M. Robinson: Monsieur le président, cet amendement a pour but de répondre aux préoccupations de mon collègue de Spadina, M. Heap, qui est le critique officiel en matière d'immigration du Nouveau parti démocratique. En effet, il s'inquiète de ce que la modification initiale risque de faire du tort aux personnes qui demandent le statut de réfugiés en permettant la divulgation de renseignements susceptibles de les compromettre ou de compromettre les membres de leur famille restant dans le pays qu'elles ont quitté.

I have discussed this matter with the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice, and certainly this amendment is a significant improvement on the bill as originally worded. I just wanted to seek the clarification from the Parliamentary Secretary that, in fact, the intent of this wording is that an individual—presumably usually a member of the press, but it could be any member of the public—who does want to have an open hearing would have to show two things: first of all, that an open hearing would not impede the inquiry, and second, that there would be an affirmative obligation on the applicant to show there would be no adverse impact either on the applicant for refugee status or on that person's family. In other words, they could not just say, well, I want to be here, I am not going to impede this hearing, and then that is the end of the matter. They have to go beyond that. There are two onuses which they have to establish.

Mr. Speyer: Mr. Chairman, that is precisely what our intent is. There has been extensive discussion with respect to this section. I think it is important we come back to Mr. Robinson's point a few moments ago.

The purpose of this exercise today, and of this bill, is to seek to make sure existing sections of federal statutes conform to the Charter of Rights. It is the perception of this government that the sections we have here do not, and that is why we are improving them. Mr. Heap asked the Minister of Justice certain questions about legitimate concerns he has with respect to refugee hearings.

I must speak for myself, and having discussed it with members from our side, we want to do nothing to jeopardize a refugee at a hearing when he might be adversely affected by testimony that is given; and it is important to understand the nature of a refugee hearing and what the refugee has to demonstrate. We do not want relatives of the refugees, or the refugee himself, in any way to be put in peril as the result of a constitutional amendment, as opposed to a policy amendment. I give you that undertaking in terms of that is our intention; and that is why I think your amendment is an improvement over what was in the bill.

Counsel for Mohammad submits that the reverse onus of proof in subsection 29(3) is simply designed to recognize the important section 7 Charter rights of the refugee claimant and that liberty and fair hearing issues are superordinate values to the paragraph 2(b) Charter rights of the press.

If, counsel for Mohammad submitted, the onus is properly placed upon the applicants to discharge the burden of showing that the conduct of the inquiry in public will not impede it nor will it have adverse effects upon the refugee claimant or his family, then evidence is not essential in order to support the Adjudicator's decision to hold an *in camera* hearing. If the applicants call no evidence

J'ai discuté de cette question avec le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et il semble que cet amendement constitue une grande amélioration par rapport à la modification initiale. Je voulais simplement demander l'assurance du secrétaire parlementaire que ce libellé vise à prévoir que quiconque—il s'agit habituellement d'un journaliste, mais ce pourrait être n'importe qui—souhaite une enquête publique doit prouver deux choses: premièrement, que la tenue d'une enquête publique n'entravera pas le processus et deuxièmement, que la tenue en public de l'enquête ne compromettrait la personne qui en fait l'objet ni les membres de sa famille. En d'autres termes, ils ne pourraient pas assister à l'enquête juste en affirmant qu'ils n'ont pas l'intention d'en entraver le déroulement. Il faut aller plus loin. Le fardeau de la preuve est double ici.

M. Speyer: Monsieur le président, c'est exactement notre intention. On a beaucoup discuté de la teneur de cet article. Je pense qu'il est important de revenir sur le sujet de préoccupation exprimé par M. Robinson il y a quelques instants.

Cette réunion et le projet de loi ont pour but de rendre divers articles de lois fédérales conformes à la Charte des droits. Les articles visés dans le projet de loi dont nous sommes saisis ne remplissent pas cette fonction, de l'avis du gouvernement, et c'est pourquoi nous les amendons. M. Heap a posé au ministre de la Justice certaines questions concernant ses préoccupations, bien légitimes, à propos des enquêtes en matière de statut de réfugié.

Je parle également en mon propre nom, et à la lumière des discussions que nous avons eues avec d'autres députés de ce côté, nous voulons éviter tout ce qui peut compromettre un réfugié au cours de l'audience où les témoignages pourraient lui faire du tort; il est également important de comprendre la nature de ce genre d'enquêtes et des preuves que doit fournir le réfugié. Nous ne voulons pas que le réfugié ou des membres de sa famille soient en danger par suite d'une modification constitutionnelle, qui n'est pas un changement de politique. Je vous assure que c'est là notre intention et c'est pourquoi je pense que votre amendement constitue une amélioration par rapport au libellé initial du projet de Loi.

L'avocate de Mohammad fait valoir que l'inversion du fardeau de la preuve prévue au paragraphe 29(3) vise simplement à reconnaître les droits importants du demandeur de statut garantis par l'article 7 de la Charte, et que les questions visant la liberté et l'équité des audiences constituent des valeurs d'ordre supérieur par rapport aux droits de la presse prévus à l'alinéa 2b) de la Charte.

Selon l'avocate de Mohammad, s'il convient que les requérants aient l'obligation de prouver que la tenue en public de l'enquête ne compromettra pas cette dernière et que le demandeur de statut ou sa famille ne s'en trouveront pas lésés, des preuves ne sont pas alors indispensables pour étayer la décision de l'arbitre de tenir une audience à huis clos. Si les requérants ne présentent aucune preuve pour

to discharge the burden upon them then the Adjudicator is entitled to rely upon that fact and, because the burden upon the applicants has not been discharged, to decide that the hearing will not be open to the public.

In this case the parties seeking to have the hearing conducted in public were given ample opportunity to call evidence in order to discharge the subsection 29(3) burdens but elected not to do so. Instead the thrust of the applicants' case before the Adjudicator was that the refugee claimant should have called evidence to show why the hearings should be held in camera and that the applicants should have been given the opportunity to test that evidence by cross-examination.

A fair summary of the position of counsel for Mohammad in this respect would be to say that evidence was not necessary for the Adjudicator to exercise his discretion under subsection 29(3). Submissions by her would be sufficient and in any event the burden was on the applicants to show positively why the hearing should be held in public and not upon the refugee to show why it should be held *in camera*. Finally, she submitted that there was no obligation upon the Adjudicator to hear any further details of Mohammad's reasons for wanting an *in camera* hearing as tendered by his counsel to be given in the absence of counsel for the other parties, because the applicants had failed to discharge the initial burden on them.

Southam (No. 1) stands for the propositions, among others, that public access to the courts must be considered implicit in the Charter guarantee of freedom of the press contained in paragraph 2(b), that a provision in the statute which calls for mandatory *in camera* hearings infringes upon that freedom and is unconstitutional unless the Crown can discharge the burden of establishing that the limitation imposed upon the freedom of the press would be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of section 1 of the Charter.

In *Southam (No. 1)* the relevant statute provided that all trials involving juveniles were to be

s'acquitter du fardeau qui leur incombe, l'arbitre est alors en droit de s'appuyer sur ce fait et, puisque cette obligation n'a pas été exécutée, de décider que le public n'aura pas accès à l'audience.

a

En l'espèce, les parties qui cherchent à faire tenir en public l'audience ont eu amplement la possibilité de produire une preuve pour s'acquitter des obligations visées au paragraphe 29(3), mais elles ont choisi de ne pas le faire. Au lieu de cela, devant l'arbitre, les requérants ont insisté sur le fait que le demandeur de statut aurait dû produire une preuve qui justifierait la tenue des audiences à huis clos, et qu'on aurait dû leur donner la possibilité d'analyser cette preuve au moyen d'un contre-interrogatoire.

Pour résumer exactement la position de l'avocate de Mohammad à cet égard, il suffirait de dire qu'une preuve n'était pas nécessaire pour que l'arbitre exerce le pouvoir discrétionnaire qu'il tient du paragraphe 29(3). Ses arguments suffiraient et, en tout état de cause, il incombait aux requérants de prouver affirmativement pourquoi l'audience devrait être tenue en public, et non au réfugié de justifier sa tenue à huis clos. En dernier lieu, elle prétend que l'arbitre n'était nullement tenu d'entendre d'autres détails sur les raisons, telles qu'elles ont été données par son avocat, pour lesquelles Mohammad désirait une audience à huis clos, détails devant être donnés en l'absence des avocats des autres parties, parce que les requérants ne s'étaient pas acquittés du fardeau initial qui leur incombait.

L'arrêt *Southam (No. 1)* appuie notamment les propositions selon lesquelles l'accès du public aux tribunaux doit être considéré comme implicite dans la garantie de la liberté de la presse prévue à l'alinéa 2b) de la Charte, et une disposition de la loi qui impose obligatoirement des audiences à huis clos porte atteinte à cette liberté et est inconstitutionnelle, à moins que la Couronne ne s'acquitte du fardeau d'établir que la justification de la limite imposée à la liberté de la presse pourrait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la Charte.

Dans l'arrêt *Southam (No. 1)*, la loi pertinente prévoyait que tout procès mettant en cause des

held *in camera*. The Court found that there could be occasions when society's interest in the protection and reformation of children who fell within the definition of juvenile delinquents as defined by the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-2, would supersede the right of public accessibility to judicial proceedings but found that the blanket prohibition against all accessibility cast too wide a net. In that case the Court found that in order to bring the two interests into constitutional balance the Court should be given the discretion to exclude the public from juvenile court proceedings when it concludes, under the circumstances of any particular case, that it was in the best interests of the child or others concerned or in the best interest of the administration of justice to do so.

I agree with Mr. Low, the representative of the Department of Justice, that the proposed amendment to the *Immigration Act, 1976* deleting subsections (2) and (3) of section 29 and substituting

29. ...

(2) An inquiry by an adjudicator may, on application therefor, be held *in camera* if it is established to the satisfaction of the adjudicator that the person with respect to whom the inquiry is to be held, or any interest of Her Majesty, as the case may be, would be adversely affected if the inquiry were conducted in public.

bring the matter within the *Southam (No. 1)* principles so as to avoid the possibility of being set aside as being unconstitutional on the grounds that it represents a mandatory requirement for *in camera* hearings.

I am not as confident that the literal reading or meaning of the existing subsection 29(3) comes within those principles. Counsel for the Attorney General of Canada submits that subsection 29(3) is constitutional because the *in camera* provisions do not amount to an absolute exclusion of the public but have a discretionary provision allowing the Adjudicator to exercise his discretion on a case by case basis to determine which of the credible basis hearings, depending on the circumstances in each case, should be conducted in public or should be held *in camera*.

jeunes devaient être tenus à huis clos. La Cour a constaté qu'il pourrait y avoir des cas où l'intérêt de la société dans la protection des enfants visés par la définition de délinquants juvéniles figurant dans la *Loi sur les délinquants juvéniles*, S.R.C. 1970, chap. J-2, et dans leur retour à la vie normale, aurait le pas sur le droit du public à l'accessibilité aux procédures judiciaires, mais elle a conclu que cette interdiction générale à l'encontre de toute accessibilité est d'une trop grande portée. Dans cette affaire, la Cour a statué que, pour concilier les deux intérêts sur le plan constitutionnel, la Cour devrait avoir le pouvoir discrétionnaire d'exclure le public des procédures du tribunal pour enfants lorsqu'elle constate que cette mesure, compte tenu des faits d'un cas particulier, est dans l'intérêt de l'enfant ou des autres personnes intéressées ou dans l'intérêt de l'administration de la justice.

Je conviens avec M. Low, le représentant du ministère de la Justice, que la modification projetée de la *Loi sur l'immigration de 1976*, qui supprime les paragraphes (2) et (3) de l'article 29 et qui les remplace par

29. ...

(2) L'arbitre peut, sur demande, tenir son enquête à huis clos s'il estime que la personne qui en fait l'objet ou les intérêts de Sa Majesté seraient lésés par la tenue de l'enquête en public.

respecte les principes dégagés dans l'arrêt *Southam (No. 1)*, évitant ainsi le risque d'être écartée pour inconstitutionnalité parce qu'elle impose des audiences à huis clos.

Je ne suis pas persuadé que l'interprétation littérale ou le sens littéral de l'actuel paragraphe 29(3) soit visé par ces principes. L'avocate du procureur général du Canada soutient que le paragraphe 29(3) est constitutionnel parce que les dispositions sur le huis clos n'équivalent pas à une exclusion absolue du public, mais elles contiennent une clause facultative permettant à l'arbitre d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans chaque cas pour déterminer laquelle des audiences sur le minimum de fondement, selon les circonstances de chaque affaire, devrait être tenue en public ou devrait être tenue à huis clos.

She acknowledges that the onus upon the applicants in this case and upon applicants generally to prove those negative principles to the Adjudicator, which would cause him to conduct the hearing in public, represent a difficult onus to discharge but points to the serious harm that might otherwise befall the refugee claimant or his family if the evidence given at the hearing was made public.

Counsel for Mohammad goes even further in her submission that the principle of an *in camera* hearing is the only appropriate one for, she says, it is only with that prescription would there be a proper encouragement to refugees to make their claims and that is only by *in camera* hearings that one can be assured that the fact of the application itself and the identity of the person making the application can be kept confidential.

I can appreciate the first part of Mohammad's submission but not the second. If, as in some other free and democratic societies, the refugee-claimant screening process is done on an administrative basis then it is true that the fact of the application and the identity of the person making the application can, and according to some letters from the representatives of those countries in the record of the Attorney General of Canada, be and is kept confidential. On the other hand when the screening process is in the nature of a judicial procedure it seems almost a contradiction in terms to suggest that both the fact of the application and the identity of the refugee claimant will, by reason of section 29, be kept confidential. Subsection 29(3) contemplates applications by the public to have credible basis hearings conducted in public. In order for a member of the public to be able to exercise the right to apply to have the hearing conducted in public both the fact of the application and the refugee claimant's identity would have to have been given some publicity.

Perhaps, if Parliament wants to achieve the goal of total confidentiality, it should remove the credible basis hearing from the judicial process and instead, as some other nations have done, relegate it to the administrative side. However so long as the hearings form a part of the judicial process they must be subject to constitutional scrutiny on that basis.

Elle reconnaît que le fardeau imposé aux requérants à l'instance et aux requérants en général, de faire la preuve de ces principes négatifs devant l'arbitre, qui l'amèneront à tenir l'audience en public, constitue une obligation difficile à exécuter, mais elle signale le grave préjudice qui pourrait par ailleurs être causé au demandeur de statut ou à sa famille si la preuve produite à l'audience était rendue publique.

L'avocate de Mohammad est allée jusqu'à prétendre que le principe d'une audience à huis clos est le seul qui soit approprié parce que, selon elle, seule cette prescription encouragerait suffisamment les réfugiés à faire leurs revendications, et que seules les audiences à huis clos pourraient garantir le caractère confidentiel de la demande elle-même et de l'identité de l'auteur de cette demande.

Je peux être sensible à la première partie de l'argument de Mohammad, mais non à la seconde. Si, comme dans certaines autres sociétés libres et démocratiques, le processus de sélection des réfugiés se fait sur une base administrative, il est alors vrai que la demande et l'identité de son auteur peuvent être, et, selon certaines lettres provenant des représentants de ces pays versées dans le dossier du procureur général du Canada, sont gardées secrètes. D'autre part, lorsque le processus de sélection participe d'une procédure judiciaire, c'est, semble-t-il, presque contradictoire que de laisser entendre que tant la demande que l'identité du demandeur de statut vont, en raison de l'article 29(3), être gardées confidentielles. Le paragraphe 29(3) prévoit des demandes présentées par le public pour obtenir la tenue en public des audiences sur le minimum de fondement. Pour qu'un membre du public puisse exercer le droit de demander la tenue en public de l'audience, tant la demande que l'identité du demandeur de statut devraient avoir reçu quelque publicité.

Si le législateur vise à atteindre une confidentialité totale, peut-être devrait-il retirer l'audience sur le minimum de fondement du processus judiciaire pour la reléguer au plan administratif, comme certaines autres nations l'ont fait. Toutefois, tant que ces audiences font partie du processus judiciaire, elles doivent être sujettes à un examen constitutionnel sur ce fondement.

Counsel for the applicants submits, as already indicated, that although subsection 29(3) is drafted in form to provide for the discretion principle contained in the *Southam (No. 1)* decision, in substance and in fact there is no discretion if the Court applies a literal interpretation to it. In order to save subsection 29(3) from constitutional death he submits it must be interpreted in such a way so as to have due regard for the freedom of the press in its right, along with the right of the general public, to have access to judicial proceedings.

His submission is, and I agree with him, that to apply the literal meaning of subsection 29(3) burden of proof upon the applicants in this case, and in general, is to apply a burden which is impossible to discharge. How can, for example, the applicants prove to the satisfaction of the Adjudicator that no member of Mohammad's family would be adversely affected if the inquiry were to be conducted in public when the applicants may not, and in most cases will not, have any idea who or where are the members of the refugee claimant's family.

Likewise it is impossible for the applicants in this case or any other case to prove that the conduct of the inquiry in public would not impede it. To some extent the answer to that question will depend upon the evidence which the refugee claimant intends to lead. A refugee claimant from the United States or the United Kingdom might not have the same concerns about disclosing fully his reasons for claiming refugee status as would a refugee claimant from Northern Ireland, Iran or China, but the factual basis for those concerns, like the concerns for the safety of the refugee claimant's family left in his country of origin, are uniquely within the knowledge of the refugee claimant and not the applicant from the public. By that I mean to say it is not in all cases of refugee claimants that there will be automatically generated an environment in which the claimant cannot feel free to disclose the reasons for his claimed status and that the burden should be upon the refugee claimant to establish the existence of an environment which will diminish his ability to fully disclose the facts which support his claim. Further-

L'avocat des requérants soutient, ainsi qu'il a déjà été indiqué, que bien que le paragraphe 29(3) soit rédigé de manière à tenir compte du principe du pouvoir discrétionnaire dégagé dans la décision *a Southam (No. 1)*, essentiellement et dans les faits il n'y a pas lieu à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire si la Cour interprète littéralement cette disposition. Pour préserver la constitutionnalité du paragraphe 29(3), il fait valoir qu'on doit interpréter de manière à tenir compte du droit qu'implique la liberté de la presse, ainsi que du droit du public en général, d'avoir accès aux procédures judiciaires.

L'avocat des requérants affirme, et je suis d'accord avec lui, qu'appliquer le sens littéral du fardeau de la preuve prévu au paragraphe 29(3) aux requérants, en l'espèce et en général, revient à imposer une obligation impossible à exécuter. À titre d'exemple, comment les requérants peuvent-ils prouver à la satisfaction de l'arbitre qu'aucun membre de la famille de Mohammad ne serait lésé si l'enquête devait être tenue en public alors qu'ils peuvent fort bien ignorer, et dans la plupart des cas ignorent totalement, qui sont les membres de la famille du demandeur de statut, et où ils se trouvent.

De même, il est impossible pour les requérants à l'instance ou dans tout autre cas de prouver que la tenue en public de l'enquête compromettrait cette dernière. Dans une certaine mesure, la réponse à cette question dépend des éléments de preuve que le demandeur de statut de réfugié entend produire. Un demandeur de statut provenant des États-Unis ou du Royaume-Uni pourrait ne pas avoir les mêmes préoccupations quant à la révélation complète de ses raisons de revendiquer le statut de réfugié qu'un demandeur de statut venant de l'Irlande du Nord, de l'Iran ou de la Chine, mais les faits à la source de ces préoccupations, ainsi que les inquiétudes quant à la sécurité de la famille que le demandeur de statut a laissée dans son pays d'origine, seul ce dernier les connaît, et non le requérant membre du public. Je veux dire par là que ce n'est pas dans tous les cas de revendication du statut de réfugié que se produira automatiquement un climat dans lequel le demandeur ne saurait se sentir libre de divulguer les raisons de sa revendication du statut, et qu'il devrait incomber au demandeur de statut d'établir l'existence d'un

more, as I understand the position of the Attorney General of Canada, it is admitted there can be some credible basis hearings which could be held in public without impeding the inquiry or having adverse effect upon the refugee claimant or his family.

In my view, if the burden of proof or onus of proof apparently placed upon the member of the public by subsection 29(3) is, as a practical matter, one which is impossible to discharge and, if the exercise of the Adjudicator's discretion in favour of conducting the hearing in public is dependent upon the member of the public meeting that burden or discharging that onus, then in fact and in substance there is no discretion and subsection 29(3) would have to be declared unconstitutional on the basis of *Southam (No. 1)*.

The arguments before me all proceeded on the basis that in the application of subsection 29(3) the burden would be upon the member of the public seeking to have the inquiry held in public to establish by evidence which would be lead by the applicant that its conduct in public would not impede it nor would the immigrant or any members of his family be adversely affected if it were conducted in public.

As I have indicated I would find subsection 29(3) to be unconstitutional if it were to be applied in that manner and, in the absence of the recent *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 419 (C.A.), I would have found that to be the manner in which the subsection should be applied. In that respect I would have been overruled by the Appeal Division which found [at page 6] that, with respect to the burden of proof,

... the assertion of a right to access to a judicial or quasi-judicial proceeding founded on paragraph 2(b) of the Charter must, of itself, inferentially satisfy that slight burden and shift the onus to the person seeking to exclude the press.

Given that interpretation of subsection 29(3) of the Act it is my view that the constitutional balance between the right of access to the hearing and the protection of the rights of the refugee claimant have been maintained by the restoration of a real discretion in the Adjudicator to determine on a

climat qui va réduire sa capacité de divulguer pleinement les faits qui étayent sa revendication. De plus, si je comprends bien la position du procureur général du Canada, il est reconnu qu'il peut y avoir des audiences sur le minimum de fondement qui pourraient être tenues en public sans pour autant compromettre l'enquête ou léser le demandeur de statut ou sa famille.

À mon avis, si le fardeau de la preuve que le paragraphe 29(3) impose apparemment au membre du public est une charge qu'il est impossible d'exécuter dans la pratique et si l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'arbitre en faveur de la tenue en public de l'audience dépend de l'exécution de cette charge, alors, dans les faits et essentiellement, il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire et le paragraphe 29(3) devrait être déclaré inconstitutionnel compte tenu de l'arrêt *Southam (No. 1)*.

Tous les arguments invoqués devant moi reposent sur l'idée que dans l'application du paragraphe 29(3), il incomberait au membre du public qui cherche à faire tenir l'enquête en public d'établir, au moyen d'éléments de preuve qui seraient produits par le requérant, que la tenue en public de l'enquête ne compromettrait pas celle-ci ni ne léserait l'immigrant ou l'un quelconque des membres de sa famille.

Ainsi que je l'ai indiqué, je déclarerais le paragraphe 29(3) inconstitutionnel s'il devait s'appliquer de cette manière et, n'eût été l'arrêt récent *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 419 (C.A.), j'aurais conclu que telle devait être la manière dont ce paragraphe devrait s'appliquer. À cet égard, ma décision aurait été infirmée par la Section d'appel qui a conclu [à la page 6] que, pour ce qui est du fardeau de la preuve,

... l'affirmation d'un droit d'accès à une procédure judiciaire ou quasi judiciaire fondé sur l'alinéa 2b) de la Charte doit en soi, par déduction, répondre à ce léger fardeau et imposer celui-ci par inversion à la personne qui demande que la presse soit exclue.

Étant donné cette interprétation du paragraphe 29(3) de la Loi, j'estime que l'équilibre constitutionnel entre le droit d'accès à l'audience et la protection des droits du demandeur de statut a été préservé par la restitution à l'arbitre d'un véritable pouvoir discrétionnaire, celui de déterminer dans

case-by-case basis and on the particular circumstances of each case whether or not the credible basis hearing should be held *in camera* or conducted in public. So long as subsection 29(3) is applied in that manner I can see no reason for finding it to be unconstitutional.

There remains the question of whether there should have been an evidentiary basis for the exercise of the Adjudicator's decision. A considerable part of the argument before me was taken up with this aspect of the matter, particularly by counsel for Mohammad. It is common ground that no evidence was called and that the Adjudicator made his decision on the basis of submissions only. In this respect, in the almost identical circumstances which existed in the *Pacific Press Ltd.* case (*supra*), Mahoney J.A. observed [at pages 6-7]:

His reason for holding the inquiry *in camera* was based solely on undisputed submissions, not evidence, to the effect that McVey's wife, resident somewhere in the United States, "is suffering from terminal cancer and that the publicity issuing from an inquiry may have a severe adverse affect on her". Nothing was said of other measures that might reasonably be taken to deny her access to the publicity. In my opinion, that provided no proper basis for an exercise of discretion to close the inquiry. Whatever freedom of the press entails, there must surely be an evidentiary basis to support its lawful impairment in a judicial or quasi-judicial proceeding. The Adjudicator erred in law in making the order he did without evidence to support it.

The problem faced by the Adjudicator arose directly out of his refusal to conduct *in camera* the proceedings on the applicants' request that the inquiry be open. As a result of that, McVey refused to lead evidence. On the assumption that *in camera* proceedings in an inquiry under the *Immigration Act* may be justified notwithstanding paragraph 2(b) of the Charter, it seems obvious that the person seeking to exclude the press ought to be afforded the opportunity to present the necessary supporting evidence under conditions that will prevent its disclosure and publication. Experienced counsel will be able to suggest a variety of acceptable measures to maintain confidentiality while allowing the evidence to be tested by adverse interests.

So too in this case the Adjudicator did not seem to distinguish between the credible basis hearing which might or might not have to be held *in camera* and the hearing of the application to have the credible basis hearing conducted in public. His difficulty in this respect was, I suspect, compounded by the assertion of counsel for Mohammad that she was only prepared to lead evidence opposing

chaque cas d'espèce si l'audience sur le minimum de fondement devrait être tenue à huis clos ou en public. Tant que le paragraphe 29(3) s'applique de cette manière, je ne vois aucune raison de le déclarer inconstitutionnel.

Il reste à trancher la question de savoir si la décision de l'arbitre aurait dû reposer sur des éléments de preuve. Une grande partie de la plaidoirie portait sur cet aspect de l'affaire, particulièrement celle de l'avocate de Mohammad. Il est constant qu'aucune preuve n'a été produite et que l'arbitre a rendu sa décision en se fondant uniquement sur des arguments. À cet égard, dans les circonstances presque identiques de l'affaire *Pacific Press Ltd.* (précitée), le juge Mahoney, J.C.A., a fait cette remarque [aux pages 6 et 7]:

« Sa raison de conclure à la tenue d'une enquête à huis clos était fondée uniquement sur des arguments non contestés, et non pas des éléments de preuve, selon lesquels l'épouse de M. McVey, résidant quelque part aux États-Unis, [TRADUCTION] « souffre d'un cancer en phase terminale et que la publicité découlant d'une enquête pourrait avoir un grave effet préjudiciable sur sa santé. Rien n'a été dit des autres mesures qui pourraient raisonnablement être prises pour l'empêcher de prendre connaissance de l'enquête. À mon avis, cela ne constituait pas un fondement approprié justifiant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en faveur de la tenue d'une enquête à huis clos. Peu importe ce que comporte la liberté de la presse, il doit certainement y avoir des éléments de preuve pour justifier qu'on y porte atteinte dans une instance judiciaire ou quasi judiciaire. L'arbitre a commis une erreur de droit en rendant l'ordonnance sans élément de preuve pour la justifier. »

Le problème de l'arbitre découlait directement de son refus de tenir l'enquête à huis clos à la suite de la demande des requérants qu'elle soit tenue publiquement. Par conséquent, M. McVey a refusé de produire des éléments de preuve. Si l'on suppose que la tenue d'une enquête à huis clos en vertu de la *Loi sur l'immigration* peut être justifiée sans égard à l'alinéa 2b) de la Charte, il semble évident que la personne qui demande d'exclure la presse puisse avoir la possibilité de présenter les éléments de preuve nécessaires dans des conditions qui empêcheront leur divulgation et leur publication. Les avocats expérimentés vont pouvoir proposer diverses mesures acceptables pour conserver la confidentialité tout en permettant que les éléments de preuve soient évalués par les parties opposées.

En l'espèce aussi, l'arbitre n'a pas semblé faire la distinction entre l'audience sur le minimum de fondement dont on ne sait pas si elle devait avoir lieu à huis clos ou non et l'audition de la demande visant à faire tenir en public l'audience sur le minimum de fondement. Ses problèmes à cet égard, ont été, j'imagine, multipliés par l'affirmation de l'avocate de Mohammad selon laquelle elle

the application for a public hearing *in camera* and in the absence of counsel for the applicants. This latter condition sought to be imposed by counsel for Mohammad was on the mistaken belief, since acknowledged by counsel for Mohammad, that counsel for the applicants could not give an undertaking of confidentiality which would be binding as between themselves and their clients, the press.

In accordance with the foregoing reasons, an order will be issued

a) quashing the decision of the Adjudicator Joseph Kenney made on August 22, 1989, directing that the initial refugee hearing into the status of Mahmoud Mohammad Issa Mohammad be held in the absence of the applicants, and prohibiting the Adjudicator from continuing with the inquiry until he has heard the application on behalf of the applicants to have the inquiry conducted in public in accordance with the interpretation given to subsection 29(3) of the Act by Mahoney J.A. in *Pacific Press Ltd. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.

b) refusing to declare that subsection 29(3) of the *Immigration Act* is void and of no effect or is unconstitutional.

Pursuant to paragraph 337(2)(b) of the *Federal Court Rules*, counsel for the applicants are requested to prepare a draft order and to submit it to counsel for the respondents and the intervener for approval as to its form and then to me for review and, if accepted, for entry.

There will be no order as to costs.

était disposée à produire seulement à huis clos et en l'absence des requérants des éléments de preuve pour contester la demande de tenue en public de l'audience. Cette dernière condition que l'avocate de Mohammad a cherché à faire imposer reposait sur l'impression erronée, comme elle l'a depuis reconnu, que les avocats des requérants ne pouvaient donner un engagement de confidentialité qui les lierait ainsi que leurs clients, c'est-à-dire la presse.

Par ces motifs, il sera rendu une ordonnance

a) annulant la décision par laquelle l'arbitre Joseph Kenney a, le 22 août 1989, ordonné que l'audience initiale sur le statut de Mahmoud Mohammad Issa Mohammad soit tenue en l'absence des requérants, et interdisant à l'arbitre de poursuivre l'enquête jusqu'à ce qu'il ait entendu la demande introduite par les avocats des requérants pour faire tenir l'enquête en public, conformément à l'interprétation que le juge Mahoney, J.C.A., a donnée au paragraphe 29(3) la Loi dans l'arrêt *Pacific Press Ltd. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*.

b) refusant de déclarer inopérant ou inconstitutionnel le paragraphe 29(3) de la *Loi sur l'immigration*.

En vertu de l'alinéa 337(2)b) des *Règles de la Cour fédérale*, les avocats des requérants sont priés de rédiger un projet d'ordonnance et de le remettre aux avocats des intimés et de l'intervenante pour qu'ils l'approuvent quant à la forme, et de me le soumettre pour que je l'examine et, s'il est accepté, pour qu'il soit enregistré.

Il n'y aura pas lieu à adjudication des dépens.

T-1758-89

T-1758-89

Titan Sports Inc. and Titan Promotions (Canada) Inc. (Applicants)

Titan Sports Inc. et Titan Promotions (Canada) Inc. (requérantes)

v.

a c.

Mansion House (Toronto) Limited carrying on business as Cabaret East, 445204 Ontario Limited carrying on business as Queensbury Arms Tavern, Tempworld Limited carrying on business as Chez Paree II, 558560 Ontario Limited carrying on business as Chez Paree II Place de Royale, Zack's Emporium & Eatery [1111 Finch Avenue West, 2787 Eglinton Avenue East and 1625 Military Trail, Toronto], Scoozi's in the New Yorkdale Inn, Caddy's, O'Tooles Roadhouse Restaurants [1747 Albion Road, 355 Rexdale Boulevard and 1891 Kennedy Road, Toronto], 620712 Ontario Inc. carrying on business as Alexander's Tavern, 710639 Ontario Inc. carrying on business as Alexander's Tavern, Wizards, Flamingo Road Cabaret Inc., John Doe, Jane Doe and Other Persons Who Are Not Authorized By the Applicants and Who Intend to Perform or Exhibit the Wrestling Match Known as "SummerSlam" (Respondents)

Mansion House (Toronto) Limited faisant affaire sous la raison sociale Cabaret East, 445204 Ontario Limited faisant affaire sous la raison sociale Queensbury Arms Tavern, Tempworld Limited faisant affaire sous la raison sociale Chez Paree II, 558560 Ontario Limited faisant affaire sous la raison sociale Chez Paree II Place de Royale, Zack's Emporium & Eatery [1111, avenue Finch ouest, 2787, avenue Eglinton est et 1625 Military Trail, Toronto], Scoozi's dans le New Yorkdale Inn, Caddy's, O'Tooles Roadhouse Restaurants [1747 Albion Road, 355, boulevard Rexdale et 1891 Kennedy Road, Toronto], 620712 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale Alexander's Tavern, 710639 Ontario Inc. faisant affaire sous la raison sociale Alexander's Tavern, Wizards, Flamingo Road Cabaret Inc., John Doe, Jane Doe et les autres personnes qui ne sont pas autorisées par les requérantes et qui ont l'intention de présenter le combat de lutte connu sous le nom de «SummerSlam» (intimés)

INDEXED AS: TITAN SPORTS INC. v. MANSION HOUSE (TORONTO) LTD. (T.D.)

RÉPERTORIÉ: TITAN SPORTS INC. c. MANSION HOUSE (TORONTO) LTD. (1^{re} INST.)

Trial Division, MacKay J.—Ottawa, August 25 and September 6, 1989.

Section de première instance, juge MacKay—Ottawa, 25 août et 6 septembre 1989.

Copyright — Injunctions — Ex parte application for interim injunction to prevent infringement of applicants' copyright in television production of wrestling event — Program disseminated by scrambled coded signal to limited private audiences at authorized venues — Unauthorized venues using illegally modified electronic equipment to receive and display applicants' program — Also seeking "Anton Piller" order authorizing entry of respondents' premises and for delivery up of illegally modified equipment — Applications allowed — Criteria for interlocutory or interim relief — Requirements for Anton Piller order — Order also requiring respondents to disclose details of source and supplier of unauthorized equipment — Necessary to control pirating — Precluding respondents from discussing order except with solicitors to prevent avoidance of service — Students-at-law employed by applicants included among authorized persons — Inclusion of Jane and John Doe and other persons not named in style of cause explained.

Droit d'auteur — Injonctions — Demande ex parte en vue d'obtenir une injonction provisoire pour empêcher la violation du droit d'auteur des requérantes dans une production télévisée d'un combat de lutte — Le programme est transmis au moyen d'un signal codé brouillé à des auditoires privés restreints dans des lieux de présentation autorisés — Les lieux de présentation non autorisés utilisent du matériel électronique modifié illégalement pour capter et présenter le programme des requérantes — Vise également à obtenir une ordonnance de type «Anton Piller» autorisant l'entrée dans les locaux des intimés et la remise du matériel modifié illégalement — Demandes accueillies — Critère pour la réparation interlocutoire ou provisoire — Exigences pour l'ordonnance de type Anton Piller — L'ordonnance oblige également les intimés à fournir des détails sur la source et le fournisseur du matériel non autorisé — Nécessaire pour contrôler le piratage — Empêche les intimés de discuter de l'ordonnance avec d'autres personnes que leurs avocats pour éviter qu'elles se soustraient à la signification — Les stagiaires à l'emploi des requérantes font parties des personnes autorisées — Explication de l'inclusion de Jane et John Doe et d'autres personnes qui ne sont pas nommées dans l'intitulé de la cause.

This was an *ex parte* motion for interim and interlocutory injunctions prohibiting the respondents from infringing the applicants' copyright in the television production of a major wrestling event. The applicants also sought "Anton Piller" orders authorizing entry of the respondents' premises and directing the delivery up of electronic equipment which had been illegally modified to receive and display the applicants' closed circuit performance. The applicants' program was to be disseminated by scrambled coded signal via satellite for closed circuit television broadcast to limited private audiences at authorized venues. The applicants adopted measures to protect their copyright, including the use of a sophisticated scrambling system to limit access to the performance, licensing selected venues, advertising warnings against unauthorized exhibition of the telecast as copyright infringement, and notifying owners of those venues indicating an intention to show the telecast without authorization, of their intention to protect their interests. Similar steps had proven insufficient to deter a large number of unauthorized venues from showing an earlier program, and although legal action has been commenced, the applicants believe that they will be unable to collect damages in some cases. The illegally modified equipment used by unauthorized venues was acquired from an unauthorized supplier. The applicants alleged that the unauthorized showings will result in confusion as to which venues are authorized and this could lead to loss of reputation as some of the unauthorized venues may not meet the applicants' standards. Furthermore, the applicants could be exposed to civil actions by exclusive licensees for lost revenues from ticket and concession sales. Finally, the applicants' opportunities to establish a major business activity might be lost.

Held, the application should be allowed.

The copyright claim was well founded and the unauthorized showing of the television program would constitute infringement. The potential financial losses, the loss of reputation to the applicants and the threats to their long-term interests in the industry in Canada, resulting from the operations of unauthorized venues, constituted serious and irreparable prejudice and harm. Any remedy in damages against unauthorized users would be extremely difficult to calculate and the potential to recover tenuous because of the nature of the operations of unauthorized venues, such as clubs and bars, which may not be well funded or of long standing. Weighing the balance of convenience between the parties, the applicants' interests should be protected by injunctive relief. They had good reason to believe that their copyright interests would be infringed unless steps were taken to prevent that, and that if steps were not taken they would suffer irreparable harm. In an application without notice, Rule 469(2) limits relief to an interim injunction for no more than ten days.

The applicants have established the three requirements for the issue of an "Anton Piller order": namely a very strong

Il s'agit d'une requête présentée *ex parte* en vue d'obtenir des injonctions provisoires et interlocutoires pour empêcher les intimés de porter atteinte au droit d'auteur des requérantes dans la production télévisée d'un combat de lutte important. De plus, les requérantes ont demandé des ordonnances de type «Anton Piller» pour avoir accès aux locaux des intimés et pour se faire remettre du matériel électronique qui a été modifié illégalement de manière à capter et à présenter la présentation en circuit fermé des requérantes. Le programme des requérantes devait être transmis par satellite au moyen d'un signal codé brouillé pour la présentation télévisée en circuit fermé à des auditoires privés restreints dans des lieux de présentation autorisés. Les requérantes ont adopté des mesures pour protéger leur droit d'auteur, notamment par l'utilisation d'un système de brouillage perfectionné pour limiter l'accès à la présentation, par l'autorisation de lieux de présentation choisis, par des annonces avertissant que toute présentation non autorisée de la télédiffusion constitue une atteinte au droit d'auteur et par un avis aux propriétaires de ces lieux de présentation qui ont indiqué leur intention de présenter la télédiffusion sans autorisation qu'elles ont l'intention de protéger leurs intérêts. Des mesures semblables n'ont pas été suffisantes pour empêcher dans de nombreux lieux de présentation non autorisés, la diffusion d'un programme précédent et bien qu'une instance ait été introduite, les requérantes sont d'avis qu'elles ne pourront être en mesure d'obtenir des dommages-intérêts dans certains cas. Le matériel modifié illégalement qui est utilisé dans les lieux de présentation non autorisés a été acquis d'un fournisseur non autorisé. Les requérantes allèguent que la présentation non autorisée entraînera de la confusion à l'égard des lieux autorisés et que cela pourra entraîner une perte de réputation lorsque les lieux de présentation non autorisés ne répondent pas aux normes exigées par les requérantes. En outre, les requérantes pourraient être exposées à des poursuites civiles par les détenteurs des droits exclusifs en raison de la perte de revenus dans la vente des billets et des concessions. Finalement, les requérantes pourraient perdre des occasions d'établir une activité commerciale importante.

Jugement: la demande devrait être accueillie.

La demande relative au droit d'auteur était bien fondée et la présentation non autorisée constituerait une violation. La possibilité de pertes financières, la perte de réputation des requérantes et le danger pour leurs intérêts à long terme dans l'industrie au Canada que représente l'exploitation de lieux de présentation non autorisés, constituent un préjudice et des dommages graves et irréparables. Les dommages-intérêts réclamés contre les utilisateurs non autorisés seraient extrêmement difficiles à calculer et leur recouvrement resterait problématique vu la nature des exploitations de lieux de présentation non autorisés comme des clubs et des bars dont l'existence peut être éphémère ou les assises financières peu solides. Dans la détermination de la prépondérance des inconvénients entre les parties, des intérêts des requérantes doivent être protégés par voie d'injonction. Elles ont de bonnes raisons de croire qu'en l'absence de mesures préventives, il y aura atteinte à leurs intérêts en matière de droit d'auteur et que sans ces mesures, elles subiront un préjudice irréparable. Dans le cas d'une demande faite sans avis, la Règle 469(2) limite la réparation à une injonction provisoire pour une période ne dépassant pas dix jours.

Les requérantes ont satisfait aux trois exigences nécessaires à la délivrance de l'ordonnance de type «Anton Piller»: c'est-à-

prima facie case for an injunction, very serious damage, and a real possibility that the defendant will destroy incriminating documents if there is advance notice of the order. In requiring the respondents to permit entry to their premises and the inspection and detention of unscrambling devices, the order sought was within the normal terms of an Anton Piller order. The application was, however, unusual in that it sought complete details about the source and supplier of the unauthorized unscramblers. Although there exists conflicting case law as to whether relief of this nature should be granted, the requested provision would be included in the order made herein because of the widespread practice of pirating of the applicants' program on a previous occasion and the expectation that the same would happen again. Control of pirating can only be achieved if those seeking to protect their interests in their copyright can solidify their positions with each successive event by gaining information about sources of distribution of unauthorized unscramblers. The second unusual aspect of the order sought was that it would preclude the respondents from discussing the order with anyone other than their solicitors following service upon them, in order to avoid informing other unauthorized venues of the applicants' efforts to serve the order and to seek unauthorized descrambling devices. The venues in question were widespread and could not all be visited at the same time. This term should be included in the order but could be questioned upon 24-hours' notice. While unusual, such "gag orders" are not unknown.

Two procedural matters were to be disposed of as follows: First, as students-at-law are treated for some purposes as officers of the court in Ontario, those employed on behalf of the applicants might be included among authorized persons. The services of these students were required to assist the lawyers in serving the order on the substantial number of venues. Second, wherever names of a corporation or person operating any of the venues were known, they were designated as parties, carrying on business in the name of the venue. The inclusion of Jane and John Doe and other persons not named in the style of cause was appropriate both in relation to designated venues whose owners were unknown at the time the order was issued and in relation to operators of premises now unknown that might be brought to the attention of the applicants as likely to be unauthorized venues for display of the program.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 3(1),(1.1) (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 2), 5, 13, 27(1),(5).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 469(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

American Cyanamid Co v Ethicon Ltd, [1975] 1 All ER

dire, une preuve *prima facie* très forte à l'appui d'une injonction, un préjudice très grave et la possibilité réelle que le défendeur détruisse des documents incriminants s'il est avisé à l'avance de l'ordonnance. Dans la mesure où l'ordonnance demandée enjoindrait aux intimés d'autoriser l'entrée dans les lieux désignés ainsi que l'inspection et la saisie des dispositifs de décodage, elle s'inscrit dans les conditions normales des ordonnances de type Anton Piller. Toutefois, la demande était inhabituelle parce qu'elle cherchait à obtenir des détails complets sur la source et le fournisseur des décodeurs non autorisés. Malgré l'existence d'une jurisprudence contradictoire en ce qui a trait à l'octroi d'une réparation de cette nature, la disposition demandée devrait être incluse dans l'ordonnance délivrée en l'espèce en raison de la pratique répandue du piratage de la présentation des requérantes lors d'une occasion précédente et de leur crainte que la même situation se répète encore une fois. On ne peut contrôler le piratage non autorisé que si ceux qui cherchent à protéger leurs intérêts dans leur droit d'auteur peuvent consolider leur position chaque fois que cela se produit en obtenant des renseignements sur les sources de distribution des débrouilleurs non autorisés. Selon le deuxième aspect inhabituel de l'ordonnance demandée, elle empêcherait les intimés de discuter de l'ordonnance avec d'autres personnes que leurs avocats après qu'elle leur soit signifiée, afin de ne pas révéler aux autres lieux de présentation non autorisés les efforts des requérantes pour signifier l'ordonnance et pour chercher les dispositifs de décodage non autorisés. Les lieux de présentation en question étaient très nombreux et ne pouvaient pas tous être visités en même temps. Cette modalité doit être incluse dans l'ordonnance mais peut être remise en question dans un délai de 24 heures. Sans être habituelles de telles ordonnances imposant le secret ne sont pas inconnues.

Deux questions de procédure ont été tranchées de la manière suivante: premièrement, étant donné que les stagiaires étaient traités du moins à certains égards comme des fonctionnaires de la cour en Ontario, ceux qui sont à l'emploi des requérantes pourraient faire partie des personnes autorisées. Ces stagiaires étaient nécessaires pour aider les avocats à signifier l'ordonnance dans un nombre important de lieux de présentation. Deuxièmement, lorsque les noms d'une société ou d'une personne exploitant un des lieux de présentation étaient connus, celles-ci étaient désignées à titre de parties, faisant affaire sous le nom du lieu de présentation. L'inclusion de Jane et John Doe et d'autres personnes nommées dans l'intitulé de la cause était appropriée relativement aux lieux de présentation désignés dont les propriétaires étaient inconnus au moment de la délivrance de l'ordonnance et en ce qui a trait aux exploitants des lieux qui sont encore inconnus et qui pourraient être portés à l'attention des requérantes comme étant vraisemblablement des lieux de présentation non autorisés pour la présentation du programme.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), chap. C-42, art. 3(1),(1.1) (mod. par S.C. 1988, chap. 65, art. 2), 5, 13, 27(1),(5).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 469(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

American Cyanamid Co v Ethicon Ltd, [1975] 1 All ER

504 (H.L.); *Turbo Resources Limited v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451; (1989), 91 N.R. 341 (C.A.); *Universal City Studios, Inc. v. Zellers Inc.*, [1984] 1 F.C. 49; (1983), 73 C.P.R. (2d) 1 (T.D.); *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] Ch. 55 (C.A.); *All Canada Sports Promotions Ltd. and B.C.L. Entertainment Corp. v. Sun Lite Systems, Tom Kelly, et al.*, judgment dated November 7, 1988, Supreme Court of Ontario, 32891/88, not yet reported.

NOT FOLLOWED:

Chin-Can Communication Corporation et al. v. Chinese Video Centre Ltd. et al. (1983), 70 C.P.R. (2d) 184 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Nintendo of America, Inc. v. Coinex Video Games Inc., [1983] 2 F.C. 189; (1982), 69 C.P.R. (2d) 122 (C.A.); *Culinar Foods Inc. v. Mario's Food Products Ltée*, [1987] 2 F.C. 53; (1986), 12 C.P.R. (3d) 420 (T.D.).

AUTHORS CITED

Ough, Richard N. *The Mareva Injunction and Anton Piller Order*, London: Butterworths, 1987.

COUNSEL:

Gordon J. Zimmerman and Gayle Pinheiro for applicants.

SOLICITORS:

Borden & Elliot, Toronto, for applicants.

The following are the reasons for order rendered in English by

MACKAY J.: This was a motion made *ex parte* for interim and interlocutory injunction orders prohibiting respondents from certain described activities that would infringe copyright interests of the applicants in a scheduled performance of a major wrestling event, not yet performed, planned to be distributed through authorized venues with authorized access to satellite broadcast facilities for closed circuit television. In addition, the applicants sought orders in the nature of "Anton Piller orders" to direct entry to premises of the respondents, to deliver up electronic equipment used for reception and display of closed circuit or encrypted television signals, which equipment has been modified, without authorization of the applicants, so as to be activated by the scrambled signal transmit-

504 (H.L.); *Turbo Resources Limited c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451; (1989), 91 N.R. 341 (C.A.); *Universal City Studios, Inc. c. Zellers Inc.*, [1984] 1 C.F. 49; (1983), 73 C.P.R. (2d) 1 (1^{re} inst.); *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] Ch. 55 (C.A.); *All Canada Sports Promotions Ltd. and B.C.L. Entertainment Corp. v. Sun Lite Systems, Tom Kelly, et al.*, jugement en date du 7 novembre 1988, Cour suprême de l'Ontario, 32891/88, encore inédit.

DÉCISION NON SUIVIE:

Chin-Can Communication Corporation et autres c. Chinese Video Centre Ltd. et autres (1983), 70 C.P.R. (2d) 184 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Nintendo of America, Inc. v. Coinex Video Games Inc., [1983] 2 F.C. 189; (1982), 69 C.P.R. (2d) 122 (C.A.); *Culinar Foods Inc. v. Mario's Food Products Ltée*, [1987] 2 F.C. 53; (1986), 12 C.P.R. (3d) 420 (T.D.).

DOCTRINE

Ough, Richard N. *The Mareva Injunction and Anton Piller Order*, London: Butterworths, 1987.

AVOCATS:

Gordon J. Zimmerman et Gayle Pinheiro pour les requérantes.

PROCUREURS:

Borden & Elliot, Toronto, pour les requérantes.

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

LE JUGE MACKAY: Il s'agit d'une requête présentée *ex parte* en vue d'obtenir des ordonnances provisoires et interlocutoires enjoignant aux intimés de ne pas accomplir certaines activités décrites qui porteraient atteinte aux intérêts des requérantes en matière de droit d'auteur dans la présentation prévue d'un combat de lutte important qui n'a pas encore eu lieu et qui doit être retransmis dans des lieux de présentation autorisés dotés d'installations autorisées de transmission par satellite pour télévision en circuit fermé. De plus, les requérantes ont demandé des ordonnances de type «Anton Piller» pour avoir accès aux locaux des intimés et se faire remettre du matériel électronique utilisé pour la réception et l'affichage des signaux de télévision en circuit fermé ou codés, matériel qui a

ted by the applicants containing their closed circuit copyright performance, and certain terms of the order sought would go further in support of protecting the applicants' interests.

The application was heard at a special hearing on Friday, August 25, 1989 with the televised performance, the wrestling event known as "SummerSlam" to take place on the following Monday, August 28, 1989 from 8:00 p.m. to 11:00 p.m. and from 11:00 p.m. that date to 2:00 a.m. on August 29, 1989, (all times being Eastern Daylight Time).

The applicant Titan Sports Inc. is a corporation organized and subsisting under the laws of the State of Delaware in the United States of America. The other applicant, Titan Promotions (Canada) Inc. is a corporation organized and subsisting under the laws of Canada. The applicants are affiliated corporations which share common officers and shareholders.

The applicant Titan Sports Inc. claims a reputation for the creation, promotion, production, performance and distribution of professional wrestling exhibitions under a registered service mark, World Wrestling Federation ("WWF"). Four major performances are mounted each year under the names Royal Rumble, Wrestlemania, SummerSlam, Survivor Series. These are disseminated by scrambled coded signal, via satellite, for television production of professional wrestling exhibitions to limited private audiences at authorized venues across Canada and the United States. During telecasts of these major wrestling events, including SummerSlam, the applicant Titan Sports Inc. consistently displays the several trademarks that it holds. It claims exclusive ownership of all rights in the closed circuit telecasts of the SummerSlam event to be distributed in Canada at the times and on the dates specified. It claims this as the producer, through employees and independent contractors who have assigned their rights in production to the applicant in the original work which is the television broadcast. That broadcast involves significant planning, skill and effort on the part of employees and independent contractors employed by Titan Sports Inc., and considerable costs on behalf of the corporation. The production

été modifié sans l'autorisation des requérantes de manière à recevoir le signal codé transmis par les requérantes contenant la présentation en circuit fermé visée par le droit d'auteur, et certaines modalités de l'ordonnance demandée assureraient une meilleure protection des intérêts des requérantes.

La demande a été entendue lors d'une audience spéciale le vendredi 25 août 1989 alors que le spectacle télévisé, le combat de lutte connu sous le nom de «SummerSlam», devait avoir lieu le lundi suivant le 28 août 1989 de 20 h à 23 h et de 23 h ce jour-là à 2 h le 29 août 1989 (toutes les heures sont des heures avancées de l'Est).

La requérante Titan Sports Inc. est une société constituée en vertu des lois de l'État du Delaware aux États-Unis d'Amérique et elle continue d'exister sous le régime de ces lois. L'autre requérante, Titan Promotions (Canada) Inc. est une société constituée en vertu des lois du Canada et qui continue d'exister sous le régime de celles-ci. Les requérantes sont des sociétés affiliées qui ont les mêmes dirigeants et actionnaires.

La requérante Titan Sports Inc. fait valoir qu'elle jouit d'une réputation en ce qui a trait à la création, à la promotion, à la production, à la présentation et à la distribution de combats de lutte professionnelle en vertu d'une marque de service enregistrée, World Wrestling Federation («WWF»). Chaque année quatre spectacles importants sont présentés sous les noms Royal Rumble, Wrestlemania, SummerSlam et Survivor Series. Ils sont transmis par satellite au moyen d'un signal codé brouillé pour la présentation télévisée de combats de lutte professionnelle à des auditoires privés restreints dans des lieux de présentation autorisés au Canada et aux États-Unis. Pendant la télédiffusion de ces combats de lutte importants, y compris SummerSlam, la requérante Titan Sports Inc. affiche régulièrement les nombreuses marques de commerce qu'elle détient. Elle revendique la propriété exclusive de tous les droits dans la télédiffusion en circuit fermé du spectacle SummerSlam qui doit être distribué au Canada aux heures et aux dates prévues. Elle revendique ce droit à titre de producteur, par ses employés et les entrepreneurs indépendants qui ont cédé à la requérante leurs droits sur la production de l'œuvre originale que constitue la télédiffusion. Cette télédiffusion exige une planification, des compétences et des

is said to incorporate in a unique manner musical arrangements and compositions to which Titan Sports Inc. is the owner or has secured rights for performance.

In conjunction with the process of delivering the signal containing the SummerSlam performance from the corporation's production centre, via satellite for transmission to and reception at selected sites, the applicant Titan Sports Inc. will make a simultaneous video recording of the work, thereby simultaneously fixing the work in a material form.

The claim of the applicant Titan Sports Inc. to copyright in the performance, and the exclusive rights flowing therefrom, would seem to be well founded in light of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, sections 3(1) and (1.1) [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 2], 5 and 13, as amended.

The applicant Titan Promotions (Canada) Inc. is engaged in and claims a reputation for promotion, production, performance and distribution of professional wrestling exhibitions in Canada. By agreement with Titan Sports Inc. the applicant Titan Promotions (Canada) Inc. has been granted the exclusive licence to distribute the closed circuit telecast of SummerSlam in Canada. In turn, Titan Promotions (Canada) Inc. has granted exclusive closed circuit distributorships to exhibit the telecast at selected venues in Canada to certain closed circuit distributors.

The applicants have taken the following steps to protect copyright interests in the SummerSlam closed circuit telecast.

1) Titan Sports will cause the signal to be transmitted via satellite utilising the "VideoCipher II" system, a scrambling technology used to encode and decode television signals so as to restrict and control access to performances transmitted by scrambled signals for closed circuit television.

efforts considérables de la part des employés et des entrepreneurs indépendants à l'emploi de Titan Sports Inc., ainsi que des frais considérables de la part de cette société. On soutient que la production présente de façon unique des arrangements musicaux et des compositions dont Titan Sports Inc. est la propriétaire ou dont elle a obtenu les droits de présentation.

En liaison avec le processus de transmission par satellite du signal contenant le spectacle SummerSlam du centre de production de la société et sa réception dans des lieux de présentation choisis, la requérante Titan Sports Inc. enregistrera en même temps l'œuvre sur bande la fixant ainsi simultanément sous une forme matérielle.

La revendication par la requérante Titan Sports Inc. du droit d'auteur dans la présentation, et des droits exclusifs qui en découlent, semble être bien fondée selon la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), chap. C-42, art. 3(1) et (1.1) [mod. par S.C. 1988, chap. 65, art. 2], 5 et 13 et ses modifications.

La requérante Titan Promotions (Canada) Inc. s'occupe de la promotion, de la production, de la présentation et de la distribution des combats de lutte professionnelle au Canada et revendique une réputation à cet égard. En vertu d'une entente conclue avec Titan Sports Inc., la requérante Titan Promotions (Canada) Inc. a obtenu les droits exclusifs pour retransmettre SummerSlam au Canada par télédiffusion en circuit fermé. Par ailleurs, Titan Promotions (Canada) Inc. a accordé à certains distributeurs en circuit fermé des droits exclusifs de télédiffusion du spectacle concerné à des lieux de présentation choisis au Canada.

Les requérantes ont adopté les mesures suivantes pour protéger les intérêts en matière de droit d'auteur dans la télédiffusion en circuit fermé de SummerSlam.

1) Titan Sports veillera à ce que le signal soit transmis par satellite en utilisant le système «VideoCipher II», une technologie de brouillage utilisée pour coder et décoder les signaux de télévision de manière à limiter et à contrôler l'accès à des présentations transmises par signaux codés pour télévision en circuit fermé.

2) The applicants do not intend to have the work performed for the general public, rather it is to be available only to selected venues authorized by a closed circuit distributor granted exclusive rights in certain geographic areas by licence to exhibit the SummerSlam closed circuit telecast. Authorized venues are provided by the applicants with authorized "VideoCipher II" equipment which facilitates unscrambling for closed loop transmission to large television screens for viewing by patrons at authorized venues who will have paid a fee for admission.

3) The applicants have undertaken considerable advertising and promotion of the SummerSlam telecast through regional newspapers across Canada, including advertisements specifying copyright ownership and warning against any unauthorized exhibition or rebroadcast of the telecast as an infringement of copyright interests.

4) The applicants have also served notice by letter from their solicitors of their copyright interest and have warned owners or operators of all venues that have come to their attention as having advertised or otherwise indicated an intention to show the SummerSlam telecast without authorization from the applicants that they intend to protect their interests.

Similar steps were taken by the applicants to warn against unauthorized display of the performance as a violation of copyright interests in connection with an earlier program, *Wrestlemania V*, telecast on April 2, 1989. Nevertheless, at a large number of unauthorized venues the program was shown in violation of the applicants' rights and to their detriment. Action has been commenced against operators of venues who were warned but ignored the warnings and provided this earlier program to their patrons without authorization. The applicants are concerned that if they are vindicated by judgment in that action, damages awarded are unlikely to be met by at least some of those sued. At least one of those involved on the earlier occasion has since gone out of business leaving the applicants without any effective

2) Les requérantes n'ont pas l'intention de présenter l'œuvre au grand public mais plutôt de la diffuser seulement dans des lieux de présentation choisis autorisés par un distributeur de télévision en circuit fermé titulaire de droits exclusifs dans certaines régions géographiques en vertu d'un permis pour présenter la télédiffusion en circuit fermé de SummerSlam. Les requérantes fournissent aux lieux de présentation autorisés le matériel autorisé «VideoCipher II» qui permet le décodage des signaux transmis en circuit fermé sur des grands écrans de télévision à l'intention de leurs clients ayant payé des droits d'entrée.

3) Les requérantes ont fait beaucoup de publicité et de promotion dans des journaux régionaux au Canada autour de la télédiffusion de SummerSlam, y compris des annonces mentionnant leurs droits d'auteur et avertissant que toute retransmission ou présentation non autorisée de la télédiffusion constitue une atteinte aux intérêts en matière de droit d'auteur.

4) Les requérantes ont également signifié par lettre de leurs avocats leur intérêt en matière de droit d'auteur et ont averti les propriétaires ou les exploitants de tous les lieux de présentation qui à leur connaissance ont annoncé ou ont autrement indiqué leur intention de présenter la télédiffusion du combat SummerSlam sans autorisation des requérantes qu'elles ont l'intention de protéger leurs intérêts.

Les requérantes avaient pris des mesures semblables pour indiquer que la présentation non autorisée d'un programme précédent, *Wrestlemania V*, télédiffusé le 2 avril 1989 constituait une violation de leurs intérêts en matière de droit d'auteur. Ce qui n'a pas empêché, dans de nombreux lieux de présentation non autorisés, la diffusion du programme en violation des droits des requérantes et à leur détriment. Une instance a été introduite contre les exploitants des lieux de présentation qui, sans tenir compte de l'avertissement reçu, ont sans autorisation présenté le programme précédent à leurs clients. Les requérantes craignent que si elles obtenaient gain de cause par un jugement dans cette instance, au moins quelques-uns des défendeurs ne leur verseraient vraisemblablement pas les dommages-intérêts adjugés. Au moins une des personnes impliquées dans la présentation précédente a depuis fait faillite, laissant donc les requé-

remedy in damages or for an accounting profits against that party.

Unauthorized venues apparently have access to the television signal carrying the applicants' performance by satellite transmission through the acquisition, from an unauthorized supplier of electronic equipment, of an unscrambler box which has been wired to contain an unauthorized silicone chip specially programmed, without authority of the owners, to provide access to the signal. While the VideoCipher II technology seems highly sophisticated and effective for the purposes of scrambling and descrambling television signals, its function can apparently be duplicated relatively easily by so-called "pirates".

It seems clear that if there be unauthorized showing of the television program to which the applicants have copyright, this would constitute an infringement under subsections 27(1) and (5), that is the doing of something that only the owner of copyright may do or authorize, or permitting the performance in public of a work without the consent of the owner of the copyright for private profit.

The applicants allege, *inter alia*, that:

1) the display of the program at unauthorized venues inevitably will lead to confusion over which venues are authorized, particularly since all will have displayed during the course of the program the trade-marks of Titan Sports Inc., and this confusion is compounded with advertising by unauthorized venues;

2) loss of reputation will result from confusion where unauthorized venues are not up to the standards for facilities or equipment normally required by the applicants for authorized venues and loss of reputation will also result through inability to control unauthorized access to their closed circuit scrambled telecasts;

3) the operation of unauthorized venues will expose the applicants to possible civil actions by those to whom exclusive licences for venues have been granted, as a result of lost revenues in ticket sales and concession sales they may experience

rantes sans recours pour obtenir de cette partie des dommages-intérêts ou un état des profits réalisés.

Les lieux de présentation non autorisés peuvent apparemment capter le signal de télévision transmis par satellite qui reproduit la présentation des requérantes au moyen d'un décodeur acquis d'un fournisseur non autorisé de matériel électronique, qui a été monté pour contenir une puce de silicium non autorisée spécialement programmée sans l'autorisation des propriétaires pour permettre la réception du signal. Bien que la technologie du VideoCipher II semble très avancée et efficace pour coder et décoder les signaux de télévision, sa fonction peut apparemment être reproduite assez facilement par des soi-disant «pirates».

Il semble évident que la présentation non autorisée du programme de télévision à l'égard duquel les requérantes détiennent un droit d'auteur constituerait une violation aux termes des paragraphes 27(1) et (5) c'est-à-dire l'exécution d'un acte que seul le propriétaire du droit d'auteur peut faire ou autoriser, ou l'autorisation de présenter en public une œuvre sans le consentement du propriétaire du droit d'auteur dans le but d'en tirer un profit.

Les requérantes allèguent notamment que:

1) la présentation du programme dans des lieux de présentation non autorisés entraînera inévitablement de la confusion à l'égard des lieux autorisés, d'autant plus que les uns et les autres afficheront pendant le programme les marques de commerce de Titan Sports Inc., la publicité faite par les lieux de présentation non autorisés ajoutant donc à la confusion;

2) il y aura perte de réputation due à la confusion lorsque les lieux de présentation non autorisés ne répondent pas aux normes en matière d'installation ou de matériel normalement exigées par les requérantes des lieux de présentation autorisés; l'incapacité des requérantes à contrôler l'accès non autorisé à leur télédiffusion codée en circuit fermé entraînera également une perte de réputation;

3) l'exploitation des lieux de présentation non autorisés exposera les requérantes à des poursuites civiles par les détenteurs des droits exclusifs pour des lieux de présentation en raison de la perte de revenus dans la vente des billets et des concessions

from the unauthorized operations, or the value of the applicants' program will be undermined;

4) in the long term, unless unauthorized venues are prevented from operating, the applicants' opportunities to establish a major business activity may be lost; moreover, the establishment of an effective closed circuit television industry in Canada may be undermined.

In all, the potential financial losses, the loss of reputation to the applicants and the threats to their long-term interests in the industry in Canada, through the operations of unauthorized venues, constitute serious and irreparable prejudice and harm. Moreover, any remedy in damages against unauthorized users would be extremely difficult to calculate and potential to recover is tenuous because of the nature of the operations of unauthorized venues, many of which are pubs, clubs, bars and places of similar nature for general public entertainment which may not be well funded or of long standing.

The applicants here seek interim and interlocutory injunction orders, without yet having initiated an action in this matter. Affidavit evidence was presented from a senior officer of Titan Sports Inc., from the Director of Security for the corporation responsible for VideoCipher II technology for scrambling and descrambling satellite television communications, and from the corporation with exclusive rights as closed circuit exhibitor for the SummerSlam program in Ontario who was able to identify unauthorized venues, the operators of which had advertised or otherwise indicated that they would, without authority of the applicants, show the SummerSlam program when broadcast. From these affidavits I conclude that the applicants have good reason to believe that their exclusive copyright interests will be infringed unless steps are taken to prevent that, that if steps are not taken then they will suffer irreparable harm and that in the weighing of the balance of convenience between the parties, the applicants' interests deserve to be protected by injunctive relief. The test for interlocutory or interim relief is established by *American Cyanamid Co v Ethicon Ltd*, [1975] 1 All ER 504 (H.L.); *Turbo Resources Limited v.*

que pourrait leur infliger les exploitations non autorisées, ou encore la valeur du programme des requérantes sera diminuée;

4) à long terme, si l'exploitation des lieux de présentation non autorisés n'est pas prévenue, les requérantes pourront perdre des occasions d'établir une activité commerciale importante; en outre, la création d'une industrie de la télévision en circuit fermé au Canada peut être compromise.

Bref, la possibilité de pertes financières, la perte de réputation des requérantes et le danger pour leurs intérêts à long terme dans l'industrie au Canada que représente l'exploitation de lieux de présentation non autorisés, constituent un préjudice et des dommages graves et irréparables. En outre, les dommages-intérêts réclamés contre les utilisateurs non autorisés seraient extrêmement difficiles à calculer et leur recouvrement resterait problématique vu la nature des exploitations de lieux de présentation non autorisés; en effet, un grand nombre sont des pubs, des clubs, des bars et des endroits de même nature pour le divertissement du grand public dont l'existence peut être éphémère ou les assises financières peu solides.

Les requérantes en l'espèce cherchent à obtenir des injonctions provisoires et interlocutoires sans avoir encore introduit d'instance dans cette affaire. Des témoignages par affidavit ont été présentés par un cadre supérieur de Titan Sports Inc., par le directeur de la sécurité de la société responsable de la technologie du VideoCipher II pour le codage et le décodage des transmissions d'images télévisées par satellite et par la société qui possède des droits exclusifs pour présenter en circuit fermé le programme SummerSlam en Ontario qui a été en mesure d'identifier les lieux de présentation non autorisés, dont les exploitants avaient annoncé ou autrement indiqué qu'ils présenteraient sans la permission des requérantes le programme SummerSlam lorsqu'il serait diffusé. D'après ces affidavits, je conclus que les requérantes ont de bonnes raisons de croire qu'en l'absence de mesures préventives, il y aura atteinte à leurs intérêts exclusifs en matière de droit d'auteur, c'est-à-dire que sans ces mesures, elles subiront un préjudice irréparable, et que dans la détermination de la prépondérance des inconvénients entre les parties, les intérêts des requérantes doivent être protégés par voie d'injonction. Le critère en matière d'injonction

Petro Canada Inc., [1989] 2 F.C. 451; (1989), 91 N.R. 341 (C.A.); and *Universal City Studios, Inc. v. Zellers Inc.*, [1984] 1 F.C. 49; (1983), 73 C.P.R. (2d) 1 (T.D.). In my opinion, the requirements for such relief have been met by the applicants. Moreover, they give undertaking to meet any damages that might arise to the respondents by the grant of an injunction at this stage of the proceedings and counsel undertakes that action will be commenced as soon as may be done after August 28, 1989.

In light of Rule 469(2) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], which limits relief in the case of an application without notice, as this one is, to an interim injunction for a period not exceeding ten days, any order to which the applicants are entitled in this matter would be an interim order returnable on September 5, 1989, at Ottawa, Ontario, or as soon thereafter as may be heard by the Court.

In addition, the applicants here seek certain terms in an order which terms are in the nature of "an Anton Piller order", so-called after the order issued in *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] Ch. 55 (C.A.). The three-fold test enunciated in that case has come to be accepted as the basis on which these extraordinary orders may issue, that is, where there is a very strong *prima facie* case for an injunction, where the damage likely to be caused to the applicant would be very serious, and where there is a real possibility that the defendant will destroy or secrete incriminating documents or things if there is advance notice of the order.

There seems to me no doubt that this is a strong *prima facie* case and the damage to the applicants will be very serious if their copyright interests, which will come into being simultaneously with their broadcast of the scrambled television signal for the SummerSlam program, are not protected by means appropriate to preclude use of unauthorized decoding or descrambling devices. Counsel assure me that such devices can be surrendered without effect upon the respondents' rights through other equipment they have to have access

interlocutoire ou provisoire est établi par les arrêts *American Cyanamid Co v Ethicon Ltd*, [1975] 1 All ER 504 (H.L.); *Turbo Resources Limited c. Petro Canada Inc.*, [1982] 2 C.F. 451; (1989), 91 N.R. 341 (C.A.); et *Universal City Studios, Inc. c. Zellers Inc.*, [1984] 1 C.F. 49; (1983), 73 C.P.R. (2d) 1 (1^{re} inst.). À mon avis, les requérantes ont satisfait aux conditions applicables. En outre, elles se portent garantes du préjudice que pourraient subir les intimés si une injonction était accordée à ce stade des procédures et leur avocat s'engage à ce que l'action soit introduite dans les plus brefs délais après le 28 août 1989.

Compte tenu de la Règle 469(2) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663], qui limite la réparation dans le cas d'une demande faite sans avis, comme l'espèce, à une injonction provisoire pour une période ne dépassant pas dix jours, toute ordonnance à laquelle les requérantes auraient droit en l'espèce serait une ordonnance provisoire qui sera étudiée de nouveau par la Cour le 5 septembre 1989 à Ottawa (Ontario) ou dans les plus brefs délais.

De plus, les requérantes en l'espèce visent à obtenir certaines conditions dans une ordonnance de type «Anton Piller» appelée ainsi d'après l'ordonnance délivrée dans l'arrêt *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] Ch. 55 (C.A.). Le critère en trois volets énoncé dans cet arrêt a été accepté comme le fondement en vertu duquel ces ordonnances extraordinaires peuvent être délivrées c'est-à-dire, lorsqu'il y a une preuve *prima facie* très forte à l'appui d'une injonction, lorsque le préjudice susceptible d'être causé au requérant serait très grave et lorsqu'il y a une possibilité réelle que le défendeur détruise ou cache des choses ou des documents incriminants s'il est avisé à l'avance de l'ordonnance.

À mon avis, il n'y a aucun doute qu'il s'agit d'une preuve *prima facie* forte et que le préjudice causé aux requérantes sera très grave si leurs intérêts en matière de droit d'auteur qui s'appliqueront simultanément avec leur télédiffusion du signal codé pour le programme SummerSlam ne sont pas protégés par des moyens appropriés pour empêcher l'utilisation de dispositifs non autorisés pour décoder ou débrouiller les signaux. L'avocat m'assure que ces dispositifs peuvent être remis sans nuire aux droits des intimés sur d'autre matériel dont ils

to other television programs broadcast by satellite. Finally, I am satisfied on the basis of affidavits relating experience, especially of the Director of Security for the corporation responsible for VideoCipher II technology that the respondents will secrete or destroy incriminating apparatus or documents if they have notice of the order here sought. In summary, I am satisfied in the circumstances here that the applicants make out a case for an Anton Piller type order.

The applicants point to a somewhat similar situation where Mr. Justice Henry in the Supreme Court of Ontario granted an order of the sort here sought, in *All Canada Sports Promotions Ltd. and B.C.L. Entertainment Corp. v. Sun Lite Systems, Tom Kelly, et al.*, Court File No: 32891/88, November 7, 1988, where relief was sought and granted against certain venues which it was anticipated would, without authority of the owners, present the program of a major boxing event telecast as a live performance in November 1988 for closed circuit television and authorized venues only. In a later similar situation, not referred to by counsel, Mr. Justice Strayer of this Court granted an order to restrain unauthorized presentation of another major boxing event telecast for closed circuit television. See *All Canada Sports Promotions Ltd. v. Unauthorized Receivers of Leonard vs. Hearns Telecast*, June 9, 1989, Court File No. T-1141-89.

In so far as the order sought would order the respondents, upon being served, to permit entry to the designated premises by persons authorized by the order, and the inspection of and detention of unscrambling devices and things, I am satisfied that the order is within the normal terms of Anton Piller orders. See: *Anton Piller, supra*; *Nintendo of America, Inc. v. Coinex Video Games Inc.*, [1983] 2 F.C. 189; (1982), 69 C.P.R. (2d) 122 (C.A.); *Culinar Foods Inc. v. Mario's Food Products Ltée*, [1987] 2 F.C. 53; (1986), 12 C.P.R. (3d) 420 (T.D.).

disposent pour capter d'autres télédiffusions de programmes par satellite. Enfin, je suis convaincu, sur le fondement des affidavits qui se rapportent à des expériences passées, spécialement celui du directeur de la sécurité de la société responsable de la technologie en matière de VideoCipher II, que les intimés cacheront ou détruiront des documents ou des appareils incriminants s'ils sont avertis de l'ordonnance demandée en l'espèce. Bref, je suis convaincu dans les circonstances de l'espèce que les requérantes présentent une affaire où il est justifié d'accorder une ordonnance de type Anton Piller.

Les requérantes soulignent une situation quelque peu semblable dans laquelle le juge Henry de la Cour suprême de l'Ontario a accordé une ordonnance du genre demandé en l'espèce, dans *All Canada Sports Promotions Ltd. and B.C.L. Entertainment Corp. v. Sun Lite Systems, Tom Kelly, et al.*, dossier de la Cour n° 32891/88, 7 novembre 1988, dans lequel la réparation a été demandée et accordée contre certains lieux de présentation qui, prévoyait-on, présenteraient, sans l'autorisation des propriétaires, le programme d'un combat de boxe important à titre de présentation directe en novembre 1988 uniquement pour la télévision en circuit fermé et les lieux de présentation autorisés. Dans une situation semblable ultérieure, qui n'a pas été mentionnée par l'avocat, le juge Strayer de cette Cour a accordé une ordonnance pour empêcher la présentation non autorisée d'un autre combat de boxe important télédiffusé en circuit fermé. Voir *All Canada Sports Promotions Ltd. c. Unauthorized Receivers of Leonard vs. Hearns Telecast*, le 9 juin 1989, n° du greffe T-1141-89.

Dans la mesure où l'ordonnance demandée enjoindrait aux intimés, lors de la signification, d'autoriser l'entrée dans les lieux désignés aux personnes autorisées par l'ordonnance ainsi que l'inspection et la saisie des dispositifs et des objets relatifs au décodage, je suis convaincu qu'elle s'inscrit dans les conditions normales des ordonnances de type Anton Piller. Voir: *Anton Piller*, précité; *Nintendo of America, Inc. c. Coinex Video Games Inc.*, [1983] 2 C.F. 189; (1982), 69 C.P.R. (2d) 122 (C.A.); *Culinar Foods Inc. c. Mario's Food Products Ltée*, [1987] 2 C.F. 53; (1986), 12 C.P.R. (3d) 420 (1^{re} inst.).

In two other aspects the order sought might be considered unusual. First, the applicants seek an order that the respondents not only deliver up electronic equipment identified as an unauthorized unscrambler, but also "provide complete details as to its purchase or rental, from whom it was obtained and the names and addresses of any person who assisted in the delivery of the unauthorized descrambler". I note the serious reservations expressed by Addy J. in *Chin-Can Communication Corporation et al. v. Chinese Video Centre Ltd. et al.* (1983), 70 C.P.R. (2d) 184 (F.C.T.D.), at pages 188-189 about similar terms of an order there sought, and his refusal to agree to such terms. Yet this term, requiring information about the source and supplier of the unscrambler, is consistent with the terms of the orders issued in both *All Canada Sports Promotions Ltd. et al. and Sun Lite Systems et al., supra*; and *All Canada Sports Promotions Ltd. et al. v. Persons, Names Unknown, who are Unauthorized Receivers of the Ray Charles Leonard vs. Thomas Hearn Telecast at Various Locations Across Canada, supra*. Despite reservations, in this case I agreed to an order of the nature sought, in view of the apparent widespread practice of unauthorized access and presentation of the applicants' copyright program on a previous occasion and its expectations that the same would now be repeated. Moreover, control of unauthorized pirating of programs broadcast infrequently for closed circuit television may only be accomplished if those seeking to protect their interests in their copyright can solidify their positions to do so with each successive event by gaining information about sources of distribution of unauthorized unscramblers or decoders.

Finally, I also agreed to an unusual provision in the order which would preclude the respondents from discussing the order with anyone other than their solicitors following service upon them, the purpose of which was to avoid information about the applicants' efforts to serve the order and to seek unauthorized descrambling devices from venues that are widespread and could not all be

L'ordonnance demandée peut être considérée comme inhabituelle si l'on considère deux autres aspects. D'abord, les requérantes cherchent à obtenir une ordonnance enjoignant aux intimés non seulement de remettre du matériel électronique identifié comme un décodeur non autorisé, mais également [TRADUCTION] «de fournir des détails complets à ce qui a trait à son achat ou sa location, à l'égard de la personne de laquelle il a été obtenu et le nom et l'adresse de toute personne qui a aidé à livrer le décodeur non autorisé». Je remarque les réserves exprimées par le juge Addy dans *Chin-Can Communication Corporation et autres c. Chinese Video Centre Ltd. et autres* (1983), 70 C.P.R. (2d) 184 (C.F. 1^{re} inst.) aux pages 188 et 189 à l'égard de conditions semblables d'une ordonnance qui était demandée et son refus de les accepter. Toutefois cette demande de renseignements sur la source et le fournisseur du décodeur est compatible avec les conditions des ordonnances délivrées dans les deux décisions *All Canada Sports Promotions Ltd. et al. and Sun Lite Systems et al., précité*; et *All Canada Sports Promotions Ltd. et autre c. Persons, Names Unknown, who are Unauthorized Receivers of the Ray Charles Leonard vs. Thomas Hearn Telecast at Various Locations Across Canada, précité*. Malgré certaines réserves, j'ai souscrit dans cette affaire à une ordonnance de la nature demandée, compte tenu de la pratique apparemment répandue de la réception non autorisée lors d'une occasion précédente d'un programme à l'égard duquel les requérantes détenaient un droit d'auteur ainsi que sa présentation et de leur crainte que la même situation se répète maintenant. En outre, on ne peut contrôler le piratage non autorisé de programmes diffusés peu fréquemment en circuit fermé que si ceux qui cherchent à protéger leurs intérêts dans leurs droits d'auteur peuvent consolider leur position chaque fois que cela se produit en obtenant des renseignements sur les sources de distribution des débrouilleurs ou décodeurs non autorisés.

Enfin, j'ai également accepté une disposition inhabituelle dans l'ordonnance qui empêcherait les intimés de discuter de l'ordonnance avec une autre personne que leurs avocats après qu'elle leur soit signifiée, afin de ne pas révéler les efforts des requérantes pour signifier l'ordonnance et pour chercher les dispositifs de décodage non autorisés dans les lieux de présentation qui sont très nom-

visited at the same time. Again, I had serious reservations about such terms but included them on this occasion which relates to the broadcast twice in one night of a program in which the applicants have copyright and which, in view of their interests ought to be available only to those whom they authorize. This term was included on condition that the order sought also be modified to permit questioning of any aspect of it, or any matters arising from it, by any of the respondents, or the applicants, upon 24-hours' notice rather than proposed notice of two days. It may be worth noting that terms of this sort, requiring information and directing a "gag order" against communication, while unusual are not unknown. See: Ough, *The Mareva Injunction and Anton Piller Order*, London: Butterworths, 1987, especially at pages 120 ff., Precedent of Anton Piller order.

Two procedural matters of concern in connection with the application were disposed of as follows:

1) The applicants requested the inclusion among authorized persons of students-at-law in addition to solicitors employed on behalf of the applicants. They did so because of their concern to serve and seek enforcement of the order on a substantial number of venues with a limited force of solicitors. Upon assurance of counsel that students-at-law in Ontario, the province of principal concern for unauthorized venues, were treated at least for some purposes as officers of the court, I agreed that they be included.

2) The identification of the parties as respondents (defendants) was in issue since as originally proposed, the draft order would have included, as in the style of cause originally drafted in this matter, only certain venues designated by their operating names as establishments and John Doe, Jane Doe, and other persons who intend without authorization from the applicants to perform or exhibit the SummerSlam program. Counsel agreed that whenever names of a corporation or person operating any of the venues was now known, they would be designated as parties, carrying on business as in

breux et qui ne peuvent pas tous être visités en même temps. Encore une fois, j'ai eu des réserves sérieuses à l'égard de ces conditions mais je les ai incluses en l'espèce qui se rapporte à la télédiffusion d'un programme deux fois dans une soirée à l'égard duquel les requérantes détiennent un droit d'auteur et qui, compte tenu de leurs intérêts, ne devrait pouvoir être vu que par ceux qu'elles autorisent. Cette modalité a été incluse à la condition que l'ordonnance demandée soit également modifiée de manière à permettre la remise en question de l'un quelconque de ses aspects ou de toute question qui en découle par l'un des intimés ou des requérantes dans un délai de 24 heures plutôt que celui de deux jours qui a été proposé. Il convient de souligner que des conditions de ce genre exigeant des renseignements et imposant le secret sans être habituelles ne sont cependant pas inconnues. Voir: Ough, *The Mareva Injunction and Anton Piller Order*, London: Butterworths, 1987, particulièrement aux pages 120 et suiv., Precedent of Anton Piller order.

Deux questions de procédure relatives à la demande ont été tranchées de la manière suivante:

1) Les requérantes ont demandé que des stagiaires fassent partie des personnes autorisées en plus des avocats à leur emploi. Elles l'ont fait parce qu'elles voulaient signifier l'ordonnance et chercher à l'appliquer dans un nombre important de lieux de présentation alors qu'elles disposaient d'un nombre limité d'avocats. Après avoir reçu l'assurance des avocats que les stagiaires en Ontario, la province où était visé le plus grand nombre de lieux de présentation non autorisés, étaient traités du moins à certains égards comme des fonctionnaires de la cour, j'ai accepté qu'ils soient inclus.

2) La question de l'identification des parties à titre d'intimés (défendeurs) a été soulevée étant donné que, au départ, le projet d'ordonnance aurait inclus, comme dans l'intitulé de la cause initialement rédigé dans cette affaire, seulement certains lieux de présentation désignés par leur nom d'exploitation à titre d'établissement et John Doe, Jane Doe, et d'autres personnes qui ont l'intention de présenter sans autorisation des requérantes le programme SummerSlam. L'avocat a convenu que lorsque les noms d'une société ou d'une personne exploitant un des lieux de présenta-

the name of the venue. On this understanding and with this change the order was approved so that in final form the Order included certain legal persons as respondents, other designated venues by the names under which these are operated, and John Doe and Jane Doe and other persons etc. The inclusion as respondents of John Doe, Jane Doe and other persons not named seemed appropriate in this case both in relation to venues designated in the style of cause, the owners of which were unknown at the time the order was issued, and in relation to operators of premises now unknown that might be brought to the attention of the applicants within the next few days as likely to be unauthorized venues for presentation or display of the program SummerSlam and upon whom the applicants would then serve a copy of the order issued.

The style of cause is henceforth as approved in the Order issued herein, with respondents (defendants) including names of persons or corporations carrying on businesses as designated, certain other venues designated by the names under which these are operated, and finally John Doe, Jane Doe and other persons intending without authorization to exhibit the program SummerSlam.

In the result, with some modification the order sought by the applicants was granted, with costs.

For the record, and for possible future reference by counsel contemplating an application for an Anton Piller order, the monograph by Ough, cited above, may be of interest. In particular, the terms suggested in the precedent for such an order, at pages 120 ff. seem to be worth serious consideration.

tion étaient maintenant connus, celles-ci seraient désignées à titre de parties, faisant affaire sous le nom du lieu de présentation. L'ordonnance a été approuvée avec cette entente et cette modification de sorte que dans sa forme finale elle comprenait certaines personnes morales à titre d'intimés, d'autres lieux de présentation désignés par les noms en vertu desquels ils étaient exploités et John et Jane Doe et d'autres personnes etc. L'inclusion à titre d'intimés de John Doe, Jane Doe et d'autres personnes qui ne sont pas nommées semblait appropriée en l'espèce relativement aux lieux de présentation désignés dans l'intitulé de la cause, dont les propriétaires étaient inconnus au moment de la délivrance de l'ordonnance, et en ce qui a trait aux exploitants des lieux qui sont encore inconnus et qui pourraient être portés à l'attention des requérantes dans les prochains jours comme étant vraisemblablement des lieux de présentation non autorisés pour la présentation du programme SummerSlam et à qui les requérantes signifieraient alors une copie de l'ordonnance délivrée.

L'intitulé de la cause est désormais tel qu'il a été approuvé dans l'ordonnance délivrée en l'espèce, les intimés (défendeurs) comprenant le nom des personnes ou des sociétés faisant affaire telles qu'elles sont désignées, certains autres lieux de présentation désignés par le nom en vertu duquel ils sont exploités et finalement John Doe, Jane Doe et d'autres personnes qui ont l'intention de présenter le programme SummerSlam sans autorisation.

Par conséquent, avec certaines modifications, l'ordonnance demandée par les requérantes a été accordée avec dépens.

À titre d'information et à titre de référence possible à venir pour les avocats qui envisagent la possibilité de demander une ordonnance de type Anton Piller, l'ouvrage de Ough, précité, peut être intéressant. En particulier, les conditions d'une telle ordonnance suggérées dans la jurisprudence antérieure à une telle ordonnance, aux pages 120 et suiv. semblent valoir la peine d'être examinées sérieusement.

T-889-89

T-889-89

Mattel Canada Inc. (Plaintiff)

v.

GTS Acquisitions Ltd. and Nintendo of America Inc. (Defendants)INDEXED AS: *MATTEL CANADA INC. v. GTS ACQUISITIONS LTD. (T.D.)*

Trial Division, Joyal J.—Toronto, August 8; Ottawa, August 31, 1989.

Trade marks — Infringement — Application for interlocutory injunction to prohibit unauthorized sales of "Nintendo" video games imported from U.S.A. — Plaintiff exclusive distributor and registered user in Canada for Nintendo trademark — Lack of deception of public, in that genuine "Nintendo" wares being sold, not conclusive — Where registered trade mark owner or user involved or issue of unfair competition raised, other considerations i.e. effort and expenditures to create market for product, appropriate — Trade Marks Act, s. 7(e), prohibiting anything contrary to honest industrial usage, and s. 49(3), equating use by registered user with use by registered owner for purposes of Act — Legislation designed to create fairness in marketplace not to be used to legitimize unlawful conduct.

This was an application for an interlocutory injunction to prohibit the defendant, GTS Acquisitions Ltd. ("GTS"), from selling video games and related equipment under a number of associated trade marks, the main one being "Nintendo", for which the plaintiff is the registered user and the exclusive distributor in Canada. The distributorship agreement provides for minimum annual guaranteed orders and sales. The plaintiff has conducted a massive advertising campaign, and provides extensive after-sales service, which has resulted in a tremendous growth in sales. Sixty per cent of the plaintiff's revenue is derived from the sale of these games. The defendant has been importing video games from the U.S.A. bearing the Nintendo trademark for distribution in Canada. The plaintiff alleged that the infringing sales jeopardize its ability to meet its minimum sales commitment, depreciates goodwill and causes confusion. The action alleged trade mark infringement. The defendant argued that an infringement action requires sales of wares in association with a confusing trade mark, and that the test is one of deception involving spurious goods. It further argued that there was no infringement when the mark was used in association with the genuine goods supplied by the actual owner of the mark.

Held, the application should be allowed.

Lack of deception of the public by the sale of any trade mark owner's own goods is not conclusive of the issue. The Supreme

Mattel Canada Inc. (demanderesse)

c.

GTS Acquisitions Ltd. et Nintendo of America Inc. (défenderesses)RÉPERTORIÉ: *MATTEL CANADA INC. c. GTS ACQUISITIONS LTD. (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge Joyal—Toronto, 8 août; Ottawa, 31 août 1989.

Marques de commerce — Contrefaçon — Requête en injonction interlocutoire en vue d'interdire la vente non autorisée de jeux vidéo «Nintendo» importés des É.-U. — La demanderesse est le distributeur exclusif et l'utilisateur inscrit au Canada de la marque de commerce Nintendo — L'absence de tromperie du public, en ce sens que les marchandises «Nintendo» vendues par la défenderesse GTS sont authentiques, n'est pas concluante — Lorsqu'est concerné le propriétaire ou l'utilisateur de la marque de commerce déposée ou qu'est soulevée la question de la concurrence déloyale, il y a d'autres choses à prendre en considération, par ex. les efforts déployés et les sommes dépensées afin de créer un marché pour le produit — L'art. 7e) de la Loi sur les marques de commerce interdit tout ce qui est contraire aux honnêtes usages industriels, et l'art. 49(3) assimile l'emploi de la marque par l'utilisateur inscrit à son emploi par le propriétaire inscrit, aux fins de la Loi — La Loi vise à instaurer l'équité sur le marché; elle ne peut pas servir à légitimer le comportement illégal de quelqu'un.

Il s'agissait d'une requête en injonction interlocutoire en vue d'interdire à la défenderesse GTS Acquisitions Ltd. («GTS») de vendre des jeux vidéo et du matériel connexe sous un certain nombre de marques de commerce associées, la principale étant «Nintendo», dont la demanderesse est l'utilisateur inscrit et le distributeur exclusif au Canada. L'entente relative à la distribution prévoit des commandes et des ventes annuelles minimales garanties. La demanderesse a mené une campagne massive de publicité et fournit d'importants services après-vente, ce qui a entraîné une formidable augmentation des ventes. Soixante pour cent des revenus de la demanderesse proviennent de la vente de ces jeux. La défenderesse a importé des É.-U. des jeux vidéo qui portaient la marque de commerce Nintendo, en vue de leur distribution au Canada. La demanderesse a allégué que ces ventes de contrefaçons risquent de l'empêcher de respecter son engagement quant aux ventes minimales, de faire baisser l'achalandage et de créer de la confusion. Selon l'action, il y avait contrefaçon d'une marque de commerce. La défenderesse a soutenu qu'une action en contrefaçon exige la vente de marchandises en liaison avec une marque de commerce créant de la confusion et qu'il s'agit d'un critère fondé sur la tromperie concernant des marchandises fausses. Elle a ajouté qu'il n'y avait pas contrefaçon lorsque la marque de commerce était utilisée en liaison avec les marchandises garanties d'origine fournies par le véritable propriétaire de la marque.

Jugement: la requête est accueillie.

L'absence de tromperie du public dans le cas de la vente des propres marchandises du propriétaire d'une marque de com-

Court of Canada decision, *Consumers Distributing Company Ltd. v. Seiko Time Canada Ltd. et al.*, not only opened the door to other considerations if a registered trade mark owner or registered user is involved, but opened wider that same door to other tests whenever some kind of unfair competition is raised. The plaintiff exerted strong efforts and expended large sums of money to create a market in Canada for Nintendo products.

Prima facie, subsection 49(3) (which equates the permitted use of a trade mark by a registered user with the use thereof by a registered owner for all purposes of the Act) afforded the plaintiff some protection.

The *Trade Marks Act* regularizes the whole field of trade mark ownership and incorporates therein the whole field of unfair competition. Paragraph 7(e) (which prohibits anything contrary to honest industrial usage) must mean that some kinds of games should not be played in the marketplace. It would be contrary to the intent and purpose of any legislative scheme designed to create fairness in the marketplace for any person to use that same legislation to legitimize his own unlawful conduct.

As the defendant was selling a product under the plaintiff's trade mark for which neither leave nor licence had been obtained, the threshold test propounded in the *American Cyanamid* case was satisfied. As to irreparable harm and balance of convenience, the continuing unauthorized sales of Nintendo products in Canada is injurious to the plaintiff's business and goodwill. The ensuing losses will become increasingly difficult to quantify as more of these infringing products appear on the Canadian market. The defendant has not incurred any risk, nor has it invested any capital. It does not have to keep or finance inventory. The Nintendo products do not constitute the bulk of its sales, and should it wish to continue selling Nintendo products it has an alternate source of supply.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 7(e), 49(3),(4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Consumers Distributing Company Ltd. v. Seiko Time Canada Ltd. et al., [1984] 1 S.C.R. 583; 10 D.L.R. (4th) 161; (1984), 54 N.R. 161; 29 C.C.L.T. 296; 3 C.I.P.R. 223; 1 C.P.R. (3d) 1; *Erven Warnink BV v J Townend Et Sons (Hull) Ltd.*, [1979] 2 All ER 927 (H.L.); *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *CBM Kabushiki Kaisha v. Lin Trading Co.* (1987), 10 C.I.P.R. 260; 14 C.P.R. (3d) 32; (1987), 9 F.T.R. 177 (F.C.T.D.); *McCabe v. Yamamoto & Co. (America) Inc.*, [1989] 3 F.C. 290; 23 C.P.R. (3d) 498; 23 C.I.P.R. 64; (1989), 25 F.T.R. 186 (T.D.); *Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co. Ltd. et al.*, [1960] Ex.C.R. 463; *Dunlop Rubber Company Ltd. v. A. A. Booth & Co. Ltd.*

merce n'est pas concluante dans l'affaire. La décision de la Cour suprême du Canada, *Consumers Distributing Company Ltd. c. Seiko Time Canada Ltd. et autres*, a non seulement ouvert la porte à d'autres considérations si le propriétaire d'une marque de commerce déposée ou son usager inscrit est concerné mais a ouvert également plus grande cette même porte à d'autres critères lorsqu'est soulevé quelque genre de concurrence déloyale que ce soit. La demanderesse a déployé de grands efforts et dépensé des sommes considérables d'argent pour créer un marché au Canada pour les produits Nintendo.

À première vue, le paragraphe 49(3) (qui assimile l'utilisation autorisée d'une marque de commerce par un usager inscrit à son utilisation par un propriétaire inscrit aux fins de la Loi) accordait une certaine protection à la demanderesse.

La *Loi sur les marques de commerce* régleme tout le champ de la propriété des marques de commerce et y incorpore tout le champ de la concurrence déloyale. L'alinéa 7e) (qui interdit out ce qui est contraire aux honnêtes usages industriels) doit vouloir dire que certains petits jeux ne peuvent pas se pratiquer sur le marché. Ce serait contraire au but de tout régime législatif visant à instaurer l'équité sur le marché qu'une personne puisse se servir de cette Loi pour légitimer un comportement illégal de sa part.

Comme la défenderesse vendait un produit sous la marque de commerce de la demanderesse pour laquelle aucune autorisation ni permis n'avaient été obtenus, il a été satisfait au critère exposé dans l'arrêt *American Cyanamid*. Quant à la question du tort irréparable et de la prépondérance des inconvénients, la poursuite des ventes non autorisées de produits Nintendo au Canada cause du tort à l'entreprise et à l'achalandage de la demanderesse. Et plus il y aura de ces produits contrefaits sur le marché canadien, plus les pertes qui en résulteront deviendront difficiles à évaluer quantitativement. La défenderesse n'a supporté aucun risque ni n'a investi de capitaux. Elle n'a pas à maintenir ou à financer de stock. Les produits Nintendo ne constituent pas la partie importante de ses ventes, et, si elle veut continuer de vendre des produits Nintendo, elle a une autre source d'approvisionnement.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 7e), 49(3),(4).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Consumers Distributing Company Ltd. c. Seiko Time Canada Ltd. et autres, [1984] 1 R.C.S. 583; 10 D.L.R. (4th) 161; (1984), 54 N.R. 161; 29 C.C.L.T. 296; 3 C.I.P.R. 223; 1 C.P.R. (3d) 1; *Erven Warnink BV v J Townend Et Sons (Hull) Ltd.*, [1979] 2 All ER 927 (H.L.); *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *CBM Kabushiki Kaisha c. Lin Trading Co.* (1987), 10 C.I.P.R. 260; 14 C.P.R. (3d) 32; (1987), 9 F.T.R. 177 (C.F. 1^{re} inst.); *McCabe c. Yamamoto & Co. (America) Inc.*, [1989] 3 C.F. 290; 23 C.P.R. (3d) 498; 23 C.I.P.R. 64; (1989), 25 F.T.R. 186 (1^{re} inst.); *Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co. Ltd. et al.*, [1960] R.C.É. 463; *Dunlop Rubber Company Ltd. v.*

(1926), 43 R.P.C. 139 (Ch.D.); *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; (1987), 11 F.T.R. 139 (F.C.T.D.); *Philips Export B.V. et al v. Windmere Consumer Products Inc.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 83 (F.C.T.D.); *Bollinger (J.) v. Costa Brava Wine Company Ltd.*, [1959] 3 All E.R. 800 (Ch.D.).

CONSIDERED:

Imperial Tobacco Co. of India v. Bonnan, [1924] A.C. 755 (P.C.); *Revlon Inc. and Others v. Cripps & Lee Ltd. and Others*, [1980] 6 F.S.R. 85 (C.A.); *Champagne Heidsieck et Cie Monopole Société Anonyme v. Buxton* (1929), 47 R.P.C. 28 (Ch.D.).

COUNSEL:

K. W. Chalmers and Helen C. Walsh for plaintiff.

John S. McKeown and Lesley M. Cameron for defendants.

SOLICITORS:

Day Wilson Campbell, Toronto, for plaintiff.

Cassels Brock & Blackwell, Toronto, for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

JOYAL J.: The plaintiff applies for an interlocutory injunction pending trial of the issue to prohibit the defendant GTS Acquisitions Ltd. from selling certain video games and related equipment under a number of associated trademarks for which the plaintiff is the registered user in Canada. The plaintiff contends that use of these marks by the defendant constitutes an obvious infringement and that from all the circumstances of the case, it is proper for the Court to intervene at this stage of the action.

The main trademark is "Nintendo". It is used in association with video games, video game programs and cartridges and video machines. The mark is owned by Nintendo of America Inc. and was registered in Canada in 1983 under No. 282,255. Other associated marks were registered in 1988 and 1989.

A. A. Booth & Co. Ltd. (1926), 43 R.P.C. 139 (Ch.D.); *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. c. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; (1987), 11 F.T.R. 139 (C.F. 1^{re} inst.); *Philips Export B.V. et autre c. Windmere Consumer Products Inc.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 83 (C.F. 1^{re} inst.); *Bollinger (J.) v. Costa Brava Wine Company Ltd.*, [1959] 3 All E.R. 800 (Ch.D.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Imperial Tobacco Co. of India v. Bonnan, [1924] A.C. 755 (P.C.); *Revlon Inc. and Others v. Cripps & Lee Ltd. and Others*, [1980] 6 F.S.R. 85 (C.A.); *Champagne Heidsieck et Cie Monopole Société Anonyme v. Buxton* (1929), 47 R.P.C. 28 (Ch.D.).

AVOCATS:

K. W. Chalmers et Helen C. Walsh pour la demanderesse.

John S. McKeown et Lesley M. Cameron pour les défenderesses.

PROCUREURS:

Day Wilson Campbell, Toronto, pour la demanderesse.

Cassels Brock & Blackwell, Toronto, pour les défenderesses.

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

LE JUGE JOYAL: La demanderesse sollicite une injonction interlocutoire en attendant l'instruction de l'instance, en vue d'interdire à la défenderesse GTS Acquisitions Ltd. de vendre certains jeux vidéo et du matériel connexe sous un certain nombre de marques de commerce associées dont la demanderesse est l'usager inscrit au Canada. La demanderesse prétend que l'utilisation de ces marques par la défenderesse constitue une contrefaçon évidente et que, vu toutes les circonstances de l'espèce, il serait bon que la Cour intervienne à ce stade-ci de l'action.

La marque de commerce principale est «Nintendo». Elle est utilisée en liaison avec des jeux vidéo, des programmes et des cartouches de jeux vidéo et des appareils vidéo. La marque appartient à la société Nintendo of America Inc. et a été déposée au Canada en 1983 sous le n° 282255. D'autres marques associées ont été déposées en 1988 et 1989.

Nintendo of America Inc. (Nintendo U.S.A.) is the wholly-owned subsidiary of Nintendo Co. Ltd. (Nintendo, Japan), the manufacturer of these video games and related articles. Nintendo U.S.A. is the exclusive distributor of Nintendo products in North America and in 1986, appointed the plaintiff as its exclusive distributor in Canada. The appointment was for an initial period of three years but has since been extended to July 30, 1992. The agreement between the parties provides for minimum annual guaranteed orders and for the year April 1, 1989 to March 31, 1990, it calls for minimum sales of some \$50 million U.S. of Nintendo products.

Since 1986, the plaintiff has conducted a massive marketing and advertising campaign to promote the sale of these products in Canada. By the end of 1989, some \$20 million will have been spent on that item of the plaintiff's budget. The results have been good. The plaintiff's sales have grown from \$5 million to \$68 million in the course of these years.

The games for Canadian distribution which are manufactured and packaged in Japan in bilingual form have imprinted on the packages and on the instruction manuals and promotion material the logo and trademark "Mattel". The games are sold throughout Canada to mass merchandisers, national toy specialty retailers, electronic specialists and two sub-distributors, namely Beamscope Canada and Bellevue Home Entertainment. The sale of these games represents some 60% of the plaintiff's revenues.

In addition to the games themselves and as part of its marketing policies, the plaintiff extends a 90-day warranty against all defects, provides access for customers to its qualified repair staff and also provides telephone hot lines to render assistance to customers in the operation of the video games.

Until the end of 1988, the plaintiff enjoyed the protection of its exclusive distributorship agreement with Nintendo U.S.A. The latter was of course busy selling the same games in the U.S. but

Nintendo of America Inc. (Nintendo U.S.A.) est la filiale appartenant en propriété exclusive à Nintendo Co. Ltd. (Nintendo, Japon), le fabricant de ces jeux vidéo et de produits connexes. Nintendo U.S.A. est le distributeur exclusif des produits Nintendo en Amérique du Nord et en 1986 elle a fait de la demanderesse son distributeur exclusif au Canada. Cet arrangement portait sur une période initiale de trois ans, mais il a été depuis prolongé jusqu'au 30 juillet 1992. L'entente entre les parties prévoit des commandes annuelles minimales garanties et, pour l'année comprise entre le 1^{er} avril 1989 et le 31 mars 1990, elle stipule des ventes minimales d'environ 50 millions de dollars U.S. de produits Nintendo.

Depuis 1986, la demanderesse mène une campagne massive de mise en marché et de publicité afin de promouvoir la vente de ces produits au Canada. À la fin de 1989, quelque 20 millions de dollars auront été dépensés à ce poste du budget de la demanderesse. Les résultats ont été bons. Les ventes de la demanderesse sont passées de 5 à 68 millions de dollars au cours de ces années.

Le logo et la marque de commerce «Mattel» apparaissent sur les emballages, les guides de l'utilisateur et le matériel publicitaire des jeux destinés au marché canadien qui sont fabriqués et mis sous emballage bilingue au Japon. Les jeux sont vendus partout au Canada aux grands promoteurs de vente, aux grands détaillants de jouets, aux marchands spécialisés dans la vente d'appareils électroniques et à deux sous-distributeurs, à savoir Beamscope Canada et Bellevue Home Entertainment. La vente de ces jeux représente environ 60 % des revenus de la demanderesse.

En plus des jeux eux-mêmes et dans le cadre de sa politique de mise en marché, la demanderesse offre une garantie de 90 jours contre tous les défauts, permet aux clients de recourir aux services qualifiés de ses ateliers de réparation et met également à la disposition des clients des lignes téléphoniques ouvertes vingt-quatre heures sur vingt-quatre pour leur venir en aide dans l'utilisation des jeux vidéo.

Jusqu'à la fin de 1988, la demanderesse profitait de la protection de l'entente de distribution exclusive conclue avec Nintendo U.S.A. Naturellement, cette dernière s'occupait activement de vendre les

it restricted its sales network to the U.S. and prohibited its distributors and dealers from exporting or selling video games for export from the U.S.

Several breaches, however, appeared early in 1989 when the plaintiff discovered that a "grey" market was developing in Canada with respect to these games through the purchase and importation in Canada of U.S. games, all bearing the Nintendo trademark. The plaintiff immediately took action against several of these Canadian importers or sellers, the defendant being one of them.

The defendant is a company with three owners but no other employees. It was incorporated in January, 1989 and shortly thereafter began to import U.S. video games into Canada for distribution here. According to the evidence, its U.S. sources of supply appear to be mainly Colonel Video, in Texas and Able Enterprises in Missouri. The defendant also purchases U.S. Video games from Phil's Video in Winnipeg.

In support of its application for an interlocutory injunction, the plaintiff submits that unless that kind of relief is granted to it, there will be no end to the proliferation of U.S. video games on the Canadian market. These games are hot items at the moment, the result of course of the plaintiff's massive advertising campaign and of its after-service programs. As registered user of the various trademarks associated with its products, these infringing sales not only risk putting it in default of its minimum order undertaking with Nintendo U.S.A., but severely depreciates the goodwill it has created with respect to the marks. Already, plaintiff says, there is confusion in the marketplace. Customers for the product find that the packaging and the instructional material is in the English language only. Furthermore, as the warranty associated with the Canadian video games do not apply to the U.S. product, the plaintiff's hot lines are kept busy explaining to the public that it "cannot be held responsible for the U.S. video games", a position which undermines the plaintiff's credibility with respect to its warranties, it

mêmes jeux aux États-Unis, mais elle a limité son réseau de vente à ce pays et a interdit à ses distributeurs et à ses vendeurs d'exporter des jeux vidéo ou d'en vendre en vue de leur exportation à l'extérieur des États-Unis.

Il y a eu toutefois plusieurs ruptures de l'entente au début de 1989 lorsque la demanderesse a découvert qu'il se créait un marché «gris» au Canada en ce qui avait trait à ces jeux grâce à l'achat et à l'importation au Canada de jeux américains, qui portaient tous la marque de commerce Nintendo. La demanderesse a immédiatement intenté une action contre plusieurs de ces importateurs ou vendeurs canadiens, dont la défenderesse faisait partie.

La défenderesse est une compagnie comprenant trois propriétaires mais aucun autre employé. Elle a été constituée en janvier 1989 et a commencé peu après à importer au Canada des jeux vidéo américains en vue de leur distribution au pays. Selon la preuve, ses sources d'approvisionnement aux États-Unis semblent être principalement les sociétés Colonel Video au Texas et Able Entreprises au Missouri. La défenderesse achète également des jeux vidéo américains de Phil's Video de Winnipeg.

À l'appui de sa demande d'injonction interlocutoire, la demanderesse fait valoir que, sans l'octroi d'un redressement de ce genre, il n'y aura plus de fin à la prolifération de jeux vidéo américains sur le marché canadien. Ces jeux sont devenus des articles recherchés, à la suite naturellement de la campagne massive de publicité de la demanderesse et en raison de ses programmes de service après-vente. À titre d'usager inscrit des différentes marques de commerce associées à ses produits, ces ventes de contrefaçons risquent non seulement de l'empêcher de respecter l'engagement qu'elle a pris avec Nintendo U.S.A. quant aux commandes minimales, mais également de faire grandement baisser l'achalandage qu'elle a créé en ce qui a trait aux marques de commerce. Selon la demanderesse, il y a déjà de la confusion sur le marché. Les clients à la recherche du produit s'aperçoivent que l'emballage et le mode d'emploi sont rédigés en anglais seulement. De plus, comme la garantie liée aux jeux vidéo canadiens ne s'applique pas au produit américain, les téléphonistes chargés des lignes ouvertes vingt-quatre heures sur vingt-quatre

after-service programs and its merchandising policies.

The plaintiff urges the Court to conclude that the situation meets the test laid down by the House of Lords in the celebrated case of *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.), namely:

1. There is a serious issue to be tried, the plaintiff enjoying exclusive right to the use in Canada of the Nintendo trademarks;
2. the continuing sales of the U.S. video games by the defendant as well as by so many others is causing irreparable harm which cannot be compensated in damages;
3. as the defendant can always buy the Canadian product, an injunction at this stage would not drive it out of business and therefore, the balance of convenience favours the plaintiff.

The case for the defendant is basically that its sales in Canada of the Nintendo products covered by the trademarks do not constitute infringement under the terms of the *Trade Marks Act* [R.S.C. 1970, c. T-10]. The plaintiff's case, it says, rests on its contractual rights with Nintendo U.S.A. of which the importations into Canada might constitute a breach but such breach does not arise under the statute nor is it enforceable against the defendant.

The defendant submits that an action for infringement under the *Trade Marks Act* rests upon the sale, distribution, or advertisement of wares in association with a confusing trademark. The test is one of deception involving spurious goods. On the facts of the case, there can be no infringement if the mark is used in association with the genuine goods supplied by the actual owner of the mark.

With respect to the loss of goodwill, the defendant contends that the goodwill attaches to the manufacturer, Nintendo, and not to the plaintiff. As a consequence, and in accordance with the Privy Council decision in *Imperial Tobacco Co. of*

tre de la demanderesse doivent continuellement expliquer au public qu'elle [TRADUCTION] «ne peut pas être tenue responsable des jeux vidéo américains», position qui mine la crédibilité de la demanderesse relativement à ses garanties, à ses programmes de service après-vente et à sa politique de promotion des ventes.

La demanderesse prie la Cour de conclure que la situation satisfait au critère énoncé par la Chambre des lords dans la célèbre affaire *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.):

1. Il y a une question importante à trancher, la demanderesse jouissant du droit exclusif d'utiliser au Canada les marques de commerce Nintendo;
2. la poursuite des ventes de jeux vidéo américains par la défenderesse et par plusieurs autres cause un tort irréparable qui ne peut pas être réparé par des dommages-intérêts;
3. comme la défenderesse peut toujours acheter le produit canadien, l'octroi d'une injonction à ce stade-ci ne l'empêcherait pas de faire des affaires et par conséquent la prépondérance des inconvénients penche en faveur de la demanderesse.

Dans sa preuve, la défenderesse soutient fondamentalement que ses ventes au Canada des produits Nintendo assujettis aux marques de commerce ne constituent pas une contrefaçon au sens de la *Loi sur les marques de commerce* [S.R.C. 1970, chap. T-10]. La preuve de la demanderesse, ajoute-t-elle, s'appuie sur les droits qui découlent en sa faveur du contrat conclu avec Nintendo U.S.A. dont les importations au Canada pourraient constituer une rupture de contrat, mais une telle rupture ne découle pas de la Loi ni ne s'applique à l'encontre de la défenderesse.

La défenderesse allègue qu'une action en contrefaçon intentée en vertu de la *Loi sur les marques de commerce* s'appuie sur la vente, la distribution ou la promotion de marchandises en liaison avec une marque de commerce créant de la confusion. Il s'agit d'un critère fondé sur une tromperie concernant des marchandises fausses. D'après les faits de l'espèce, il ne peut y avoir contrefaçon si la marque est utilisée en liaison avec les marchandises garanties d'origine fournies par le véritable propriétaire de la marque.

Quant à la perte d'achalandage, la défenderesse prétend que l'achalandage se rapporte au fabricant, Nintendo, et non pas à la demanderesse. Par conséquent, et en conformité avec la décision rendue par le Conseil privé dans l'affaire *Imperial*

India v. Bonnan, [1924] A.C. 755, the defendant should be perfectly free under the Act to sell the manufacturer's goods in Canada in competition with the plaintiff, even though under contract, the plaintiff is the manufacturer's sole distributor in Canada.

Further, says the defendant, the plaintiff itself has engaged in the past in the same kind of practices as the defendant. The plaintiff, according to the evidence, already has a record of importations into Canada of U.S. video games. This apparently occurred when Nintendo Japan could not satisfy Canadian demand. As a consequence, the plaintiff cannot assert irreparable harm, one of the essential requirements under an interlocutory injunction application.

The defendant argues that, in any event, any damages which might flow to the plaintiff, if it should succeed at trial, are easily compensable in monetary terms. The defendant has already provided the plaintiff with its sales to date of the U.S. video games and would of course continue to keep accounts.

Finally, the defendant states that the plaintiff, as registered user of the trademarks, has failed to comply with the expressed provisions of subsection 49(4) of the *Trade Marks Act* and that its action on the case is untimely. As it turned out, that issue was not seriously debated before me. I should find, in any event, that the opening words of subsection 49(4) of the Act provides a full answer to that technical requirement.

The Court must now come to terms with the issue. It is noted in the case of *Champagne Heidsieck et Cie Monopole Société Anonyme v. Buxton* (1929), 47 R.P.C. 28 (Ch.D.), at page 35, that the exclusive right to use a mark conferred on a proprietor is the right to use the mark as a trademark, i.e., as indicating that the goods upon which it is placed are his goods and to exclude others from selling under the mark wares which are not his.

Tobacco Co. of India v. Bonnan, [1924] A.C. 755, la défenderesse devrait être tout à fait libre en vertu de la Loi de vendre les marchandises du fabricant au Canada en concurrence avec la demanderesse, même si, en vertu du contrat, la demanderesse est le seul distributeur du fabricant au Canada.

En outre, aux dires de la défenderesse, la demanderesse elle-même s'est adonnée par le passé au même genre de pratiques que la défenderesse. La demanderesse, selon la preuve, a déjà dans le passé importé au Canada des jeux vidéo américains. Cela s'est apparemment produit lorsque Nintendo Japan ne pouvait satisfaire à la demande canadienne. La demanderesse ne peut donc pas faire valoir l'existence d'un tort irréparable, qui est l'une des conditions préalables essentielles à une demande d'injonction interlocutoire.

La défenderesse soutient que, de toute façon, les dommages-intérêts qui pourraient revenir à la demanderesse, si celle-ci devait avoir gain de cause au procès, pourraient être facilement comptabilisés. La défenderesse a déjà fourni à la demanderesse le chiffre de ses ventes à ce jour de jeux vidéo américains et continuerait naturellement d'en tenir le compte.

Enfin, la défenderesse mentionne que la demanderesse, à titre d'usager inscrit des marques de commerce, n'a pas respecté les dispositions expresses du paragraphe 49(4) de la *Loi sur les marques de commerce* et que son action en l'espèce est prématurée. Ainsi qu'il s'est avéré, la question n'a pas été débattue sérieusement devant moi. Je constate, de toute façon, que le début du paragraphe 49(4) de la Loi fournit une réponse complète à cette exigence de forme.

La Cour doit maintenant s'arranger avec la question. On fait remarquer dans l'arrêt *Champagne Heidsieck et Cie Monopole Société Anonyme v. Buxton* (1929), 47 R.P.C. 28 (Ch.D.), à la page 35, que le droit exclusif conféré à un propriétaire d'utiliser une marque est le droit d'utiliser la marque comme marque de commerce, c'est-à-dire pour indiquer que les marchandises sur lesquelles elle est apposée sont ses marchandises, et d'empêcher les autres de vendre sous cette marque des marchandises qui ne sont pas les siennes.

If the action before me were by the owner of the Nintendo marks and if the only evidence be that the defendant is selling a Nintendo product covered by the trademark, there would be no case for the owner. It would be somewhat ridiculous to assert infringement or passing off when the defendant is dealing with the owner's own wares. There cannot be, in such circumstances, any deception. The owner might have some cause of action against the defendant based on contract on grounds that the defendant is selling in a territory prohibited to him, but such action, in my view, could not be founded on deceit or deception.

In the *Imperial Tobacco Co.* case (*supra*) it is stated, at page 762 that "There is nothing to prevent a tradesman acquiring goods from a manufacturer and selling them in competition with him, even in a country into which hitherto the manufacturer or his agent has been the sole importer . . . There is no untruth and no attempt to deceive."

Substantially the same approach was adopted by English courts in *Revlon Inc. and Others v. Cripps & Lee Ltd. and Others*, [1980] 6 F.S.R. 85 (C.A.) when in circumstances similar to the ones before me, the Court of Appeal found that there is no passing off when the actual trademark owner's goods are being sold. If the sale be by an unauthorized seller, that is a matter of contract, not of infringement.

In a more recent Supreme Court of Canada decision, *Consumers Distributing Company Ltd. v. Seiko Time Canada Ltd. et al.*, [1984] 1 S.C.R. 583; 10 D.L.R. (4th) 161; (1984), 54 N.R. 161; 29 C.C.L.T. 296; 3 C.I.P.R. 223; 1 C.P.R. (3d) 1, Estey J., on behalf of the Court, provides us with a detailed analysis of the traditional doctrine that deception, i.e., selling one's goods as the goods of another, lies at the core of any action for injunctive relief. In the case before the Court, Consumers Distributing had been found selling Seiko watches which had not been obtained from the owner's exclusive Canadian distributor but from offshore sources. After reviewing the facts, Estey

Si l'action dont je suis saisi avait été intentée par le propriétaire des marques Nintendo et s'il ressortait uniquement de la preuve que la défenderesse vend un produit Nintendo auquel s'applique la marque de commerce, il n'y aurait pas de litige en ce qui concerne le propriétaire. Il serait quelque peu ridicule de faire valoir la contrefaçon ou le *passing off* lorsque la défenderesse traite avec les propres marchandises du propriétaire. Il ne peut y avoir de tromperie dans de tels cas. Le propriétaire pourrait avoir à l'encontre de la défenderesse une certaine cause d'action fondée sur le contrat pour le motif que la défenderesse vend dans un territoire qui lui est interdit, mais une telle action, à mon avis, ne pourrait pas se fonder sur la duperie ou la tromperie.

Dans l'arrêt *Imperial Tobacco Co.*, précité, il est mentionné à la page 762 [TRADUCTION] qu'«On ne peut rien faire pour empêcher un vendeur d'acquérir des marchandises d'un fabricant et de les vendre en concurrence avec lui, même dans un pays dans lequel le fabricant ou son représentant a été jusqu'ici le seul importateur . . . Il n'y a ni mensonge ni tentative en vue de tromper.»

Les tribunaux anglais ont adopté essentiellement la même approche dans l'arrêt *Revlon Inc. and Others v. Cripps & Lee Ltd. and Others*, [1980] 6 F.S.R. 85 (C.A.), lorsque, dans des circonstances similaires à celles de l'affaire dont je suis saisi, la Cour d'appel a jugé qu'il n'y avait pas *passing off* quand ce sont les marchandises du véritable propriétaire de la marque de commerce qui sont vendues. Si la vente est effectuée par un vendeur non autorisé, c'est une question de contrat et non pas de contrefaçon.

Dans une décision plus récente de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Consumers Distributing Company Ltd. c. Seiko Time Canada Ltd. et autres*, [1984] 1 R.C.S. 583; 10 D.L.R. (4th) 161; (1984), 54 N.R. 161; 29 C.C.L.T. 296; 3 C.I.P.R. 223; 1 C.P.R. (3d) 1, le juge Estey, au nom de la Cour, nous fournit une analyse minutieuse de la doctrine traditionnelle selon laquelle la tromperie, c'est-à-dire la vente des marchandises de quelqu'un comme étant celles d'un autre, est au centre de toute action en vue d'une injonction. Dans le cas dont la Cour était saisie, la société Consumers Distributing avait vendu des montres Seiko qui n'avaient pas été obtenues du distribu-

J. could not find that Consumers' action constituted passing-off. The Seiko watches it was selling were in fact the identical watch sold by the exclusive Canadian distributor and all of them, of course, came from the same manufacturing source. Furthermore, any possibility of confusion in the minds of the public that the pattern of sale by the Canadian distributor, including point of sale services, instruction booklet and properly endorsed warranties, had been overcome by an earlier injunction and damages and, as a consequence, there was no longer an issue before the Court on which "passing off" could be sustained.

Estey J., however, goes on to say at pages 597 S.C.R.; 172 D.L.R. *et seq.*, that deceit or deception, in selling one's goods as the goods of another, no longer covers the field of injurious or tortious conduct. The true basis is unfair competition, a concept which must, of course, be interpreted in balance with the avowed public interest in maintaining a free and competitive market. In essence, as was said in the Champagne case of *Bollinger (J.) v. Costa Brava Wine Company Ltd.*, [1959] 3 All E.R. 800 (Ch.D.), at page 805:

... I think that it would be fair to say that the law in this respect [i.e. passing-off] has been concerned with unfair competition between traders rather than with the deception of the public which may be caused by the defendant's conduct, for the right of action known as a "passing-off action" is not an action brought by the member of the public who is deceived but by the trader whose trade is likely to suffer from the deception practised on the public but who is not himself deceived at all.

Estey J. also quotes Lord Diplock, in the case of *Erven Warnink BV v J Townend Et Sons (Hull) Ltd.*, [1979] 2 All ER 927 (H.L.), at page 931:

Unfair trading as a wrong actionable at the suit of other traders who thereby suffer loss of business or goodwill may take a variety of forms ... but most protean is that which is generally and nowadays, perhaps misleadingly, described as 'passing-off'. The forms that unfair trading takes will alter with the ways in which trade is carried on and business reputation and goodwill acquired. [My emphasis.]

teur exclusif du propriétaire au Canada mais avaient été obtenues de l'extérieur du pays. Après examen des faits, le juge Estey n'a pas pu conclure que le geste de Consumers constituait du *passing off*. Les montres Seiko qu'elle vendait étaient de fait des montres identiques à celles que vendait le distributeur exclusif canadien et toutes ces montres naturellement provenaient de la même source de fabrication. De plus, l'octroi d'une injonction et de dommages-intérêts était déjà venu régler toute possibilité de confusion dans l'esprit du public relativement à la structure de vente mise en place par le distributeur canadien, y compris les services des points de vente, le guide de l'utilisateur et les garanties endossées véritablement, et par conséquent il n'y avait plus devant la Cour de litige au sujet duquel on pouvait invoquer le «*passing off*».

Le juge Estey ajoute toutefois, aux pages 597 R.C.S.; 172 D.L.R. *et s.*, que la duperie ou la tromperie consistant à vendre les marchandises de quelqu'un comme étant celles d'un autre ne couvre plus le comportement préjudiciable ou délictuel. Le véritable fondement en est la concurrence déloyale, une notion qui naturellement doit être interprétée en tenant compte de l'intérêt public déclaré à maintenir un marché libre et concurrentiel. Essentiellement, ainsi qu'il a été dit dans l'affaire du Champagne *Bollinger (J.) v. Costa Brava Wine Company Ltd.* [1959] 3 All E.R. 800 (Ch.D.), à la page 805:

[TRADUCTION] ... selon moi, il serait juste de dire qu'à cet égard la loi s'intéresse à la concurrence déloyale entre commerçants plutôt qu'à la tromperie dont le public peut être victime en raison de la conduite de la demanderesse, car l'action dite «*en passing off*» n'est pas intentée par le membre du public qui a été induit en erreur, mais par le commerçant dont le commerce risque de subir un préjudice par la suite de la tromperie pratiquée à l'endroit du public, mais sans qu'il soit lui-même le moins trompé.

Le juge Estey cite également lord Diplock, dans l'arrêt *Erven Warnink BV v J Townend Et Sons (Hull) Ltd.*, [1979] 2 All ER 927 (H.L.), à la page 931:

[TRADUCTION] Les pratiques commerciales déloyales en tant que délit donnant lieu à des poursuites par d'autres commerçants qui, par suite de ces pratiques, perdent des affaires ou leur achalandage, peuvent revêtir différentes formes ... mais de loin le plus protéiforme est ce qu'on appelle généralement de nos jours, bien que cette appellation puisse être trompeuse, le «*passing off*». Les diverses formes de pratiques commerciales déloyales varieront en fonction des méthodes commerciales, de la réputation de l'entreprise et de l'achalandage acquis. [C'est moi qui souligne.]

Finally, in concluding in the *Seiko* case that Consumers had not committed an actionable wrong, Estey J., at pages 612-613 S.C.R.; 184 D.L.R., feels obliged to observe that nothing had been advanced by the respondent, the Canadian distributor, with reference to rights which might flow from being the owner or registered user of the trademark "Seiko". Neither condition existing, says Estey J., there was no need to confront an earlier decision of the Exchequer Court in *Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co. Ltd. et al.*, [1960] Ex.C.R. 463.

In this latter case, Thurlow J. [as he then was] found in favour of an interlocutory injunction pending trial with respect to the importation and sale in Canada of certain electric shavers bearing the plaintiff's registered mark "Remington", "Rollelectric" and "Princess". The shavers sold by the plaintiff under these marks were manufactured for it by its parent company in the U.S., Remington Rand Electric Shaver Corporation, a division of Sperry Rand Corporation. The defendant's shavers were manufactured by the U.S. parent and also by a German company bearing the name Remington Rand. The evidence disclosed that the defendant's shavers were, outwardly at least, identical with those sold by the plaintiff.

Thurlow J., at page 464, says this: "Notwithstanding the relationship between the plaintiff and its United States parent corporation, the evidence of use of the marks by the defendants in Canada, in my opinion, shows a strong *prima facie* case of infringement of the marks". In his finding, Thurlow J. relies on *Dunlop Rubber Company Ltd. v. A. A. Booth & Co. Ltd.* (1926), 43 R.P.C. 139 (Ch. D.) and quotes Tomlin J., at pages 144-145:

The "Dunlop" tyre business is conducted under a system whereby in different countries there are different Companies, so that the English Company owns in this country a number of Trade Marks and the French "Dunlop" Company in France holds Trade Marks in France which are identical with the English Trade Marks, and I gather that a similar condition of affairs obtains in Italy and possibly in other countries. It follows from that that a French "Dunlop" tyre having upon it the Trade Marks which are identical with the English Trade

Enfin, en concluant dans l'affaire *Seiko* que Consumers n'avait pas commis de délit donnant lieu à des poursuites, le juge Estey, aux pages 612 et 613 R.C.S.; 184 D.L.R., se sent obligé de faire remarquer que rien n'avait été avancé par l'intimée, le distributeur canadien, relativement aux droits qui pourraient découler du fait d'être le propriétaire ou l'utilisateur inscrit de la marque de commerce «Seiko». Ni l'une ni l'autre condition n'existant, dit le juge Estey, il n'y avait pas lieu de confronter une décision rendue antérieurement par la Cour de l'Échiquier dans l'affaire *Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co. Ltd. et al.*, [1960] R.C.É. 463.

Dans cette dernière affaire, le juge Thurlow [tel était alors son titre] s'est prononcé en faveur d'une injonction interlocutoire en attendant le procès relativement à l'importation et à la vente au Canada de certains rasoirs électriques portant la marque déposée de la demanderesse «Remington», «Rollelectric» et «Princess». Les rasoirs vendus par la demanderesse sous ces marques étaient fabriqués pour elle par sa compagnie mère située aux É.-U., la Remington Rand Electric Shaver Corporation, qui était une division de la Sperry Rand Corporation. Les rasoirs de la défenderesse étaient fabriqués par la compagnie mère américaine et également par une compagnie allemande portant le nom de Remington Rand. Il est ressorti de la preuve que les rasoirs de la défenderesse étaient, en apparence du moins, identiques à ceux vendus par la demanderesse.

Le juge Thurlow dit ceci à la page 464: [TRADUCTION] «Malgré le lien existant entre la demanderesse et sa compagnie mère américaine, la preuve de l'utilisation des marques par les défenderesses au Canada constitue, à mon avis, une solide preuve *prima facie* de la contrefaçon des marques.» Dans sa décision, le juge Thurlow invoque l'arrêt *Dunlop Rubber Company Ltd. v. A. A. Booth & Co. Ltd.* (1926), 43 R.P.C. 139 (Ch.D.) et cite le juge Tomlin aux pages 144 et 145:

[TRADUCTION] L'entreprise de pneus «Dunlop» est dirigée suivant un système dans lequel il y a des compagnies différentes dans les différents pays, de sorte que la compagnie anglaise est propriétaire, en Angleterre, d'un certain nombre de marques de commerce et que la compagnie française «Dunlop» détient des marques de commerce en France qui sont identiques aux marques de commerce anglaises, et j'en déduis qu'une situation semblable a cours en Italie et peut-être dans d'autres pays. Il s'ensuit qu'un pneu français «Dunlop» portant les marques de

Marks cannot be imported for sale into this country without infringing the English Trade Marks.

This review of case law indicates to me that the lack of any deception on the public by the sale of any trade mark owner's own goods is not conclusive of the kind of issue before me. The *Seiko* case to which I have referred not only leaves the door open to other considerations if a registered trademark owner or registered user is involved, but also opens wider that same door to other tests whenever some kind of unfair competition is raised. I need only repeat here the comments of Lord Diplock in the *Warnink* case (*supra*) that the forms of unfair competition depend largely on the various ways trade is carried on and business reputation and goodwill acquired.

The facts of the case before me and which I have already outlined can only lead to the conclusion that the plaintiff has exerted strong efforts and expended large sums of money to create a market in Canada for Nintendo products. The plaintiff did this under the double protection of its exclusive distributorship with Nintendo U.S.A. and its exclusive registered user status under the *Trade Marks Act*. This protection appears to have been effective for some three years. It was only when, through the plaintiff's efforts, Nintendo became the hottest game in town that it started to face the "grey" market penetration.

According to subsection 49(3) of the Act, the permitted use of a trademark by a registered user has the same effect for all purposes of the Act as the use thereof by a registered owner. I should think that *prima facie* such a provision affords the plaintiff some protection.

Concurrently, and I refer again to Estey J.'s comments in the *Seiko* case, the *Trade Marks Act* not only regularizes the whole field of trademark ownership but also incorporates therein and in relation thereto the whole field, one might say the whole minefield, of unfair competition. Section 7 of the statute establishes that quite clearly. If it

commerce qui sont identiques aux marques de commerce anglaises ne peut pas être importé en Angleterre en vue d'y être vendu sans contrefaire les marques de commerce anglaises.

Le présent examen de la jurisprudence m'indique que l'absence de tromperie à l'endroit du public dans le cas de la vente des propres marchandises du propriétaire d'une marque de commerce n'est pas concluante dans le genre de question dont je suis saisi. L'affaire *Seiko* à laquelle je me suis reporté ouvre non seulement la porte à d'autres considérations si le propriétaire d'une marque de commerce déposée ou son usager inscrit est concerné mais ouvre également plus grande cette même porte à d'autres critères lorsqu'est soulevé un certain genre de concurrence déloyale. Je n'ai qu'à répéter ici les remarques de lord Diplock dans l'arrêt *Warnink*, précité, selon lesquelles les diverses formes de pratiques commerciales déloyales varieront en fonction des méthodes commerciales, de la réputation de l'entreprise et de l'achalandage acquis.

Les faits de l'affaire dont je suis saisi et que j'ai déjà exposés ne peuvent mener qu'à la conclusion que la demanderesse a déployé de grands efforts et dépensé des sommes considérables d'argent afin de créer un marché au Canada pour les produits Nintendo. La demanderesse l'a fait sous la double protection de sa qualité de distributeur exclusif de Nintendo U.S.A. et de son statut d'usager inscrit exclusif en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*. Cette protection semble avoir été efficace pendant quelque trois ans. Ce n'est que lorsque, grâce aux efforts de la demanderesse, Nintendo est devenu le jeu le plus recherché en ville qu'elle a commencé à faire face à la pénétration du marché «gris».

Selon le paragraphe 49(3) de la Loi, l'utilisation autorisée d'une marque de commerce par un usager inscrit a aux fins de la Loi le même effet que son utilisation par un propriétaire inscrit. Je pense que, à première vue, une telle disposition accorde une certaine protection à la demanderesse.

Simultanément, et je me reporte de nouveau aux remarques formulées par le juge Estey dans l'affaire *Seiko*, non seulement la *Loi sur les marques de commerce* régleme-t-elle tout le champ de la propriété des marques de commerce mais également elle y incorpore tout le champ, on pourrait dire tout le champ de mines, de la concurrence

specifically provides in paragraph 7(e) thereof that no person shall "do any other act or adopt any other business practice contrary to honest industrial or commercial usage in Canada", surely it is intended that some kind of games should not be played in the marketplace.

I need not make a definitive finding as to whether or not the case before me involves something short of honest commercial usage in Canada. If lawfulness be the test of honest practices, it might be quite unlawful for the U.S. sellers to export Nintendo U.S.A. products to Canada but their subsequent sale by the defendant to Canadian consumers might pass the test. In such event, the strong moral arm made evident in paragraph 7(e) of the Act could not be extended to Texas or Missouri dealers with the effect of ascribing to the innocent acts of their Canadian purchasers the obvious sins of their U.S. purchasers.

In the case of *CBM Kabushiki Kaisha v. Lin Trading Co.* (1987), 10 C.I.P.R. 260; 14 C.P.R. (3d) 32; (1987), 9 F.T.R. 177 (F.C.T.D.), as well as in the more recent case of *McCabe v. Yamamoto & Co. (America) Inc.*, [1989] 3 F.C. 290; 23 C.P.R. (3d) 498; 23 C.I.P.R. 64; (1989), 25 F.T.R. 186 (T.D.); I ventured to suggest that underlying the whole concept of the *Trade Marks Act* is the fundamental principle that the statute should never afford aid or protection to anyone's unlawful activities. It would be contrary to the intent and purpose of any legislative scheme to create fairness in the marketplace for any person to avail himself of that same legislation to countenance or legitimize his own unlawful conduct.

I cannot of course decide at the interlocutory stage of these proceedings whether or not this principle of legitimacy can be said to apply to the case before me. I can only conclude that some weight should be given to subsection 49(3) and section 7 of the statute. As in the *Dunlop Rubber* case (*supra*) and the *Remington Rand* case (*supra*) the defendant is selling a product under the plaintiff's trademark for which neither leave nor licence has been obtained. This, in my view,

déloyale. L'article 7 de cette loi établit cela de façon tout à fait claire. Si on y prévoit expressément à l'alinéa 7e) que nul ne doit «faire un autre acte ou adopter une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada», on veut sûrement que certains petits jeux ne puissent pas se pratiquer sur le marché.

Je n'ai pas besoin de rendre une décision finale quant à savoir si l'affaire dont je suis saisi concerne ou non quelque chose où il manque d'honnêtes usages commerciaux au Canada. Si la validité est le critère des pratiques honnêtes, il pourrait être tout à fait illégal pour les vendeurs américains d'exporter des produits Nintendo U.S.A. au Canada, mais leur vente subséquente par la défenderesse à des consommateurs canadiens pourrait être admise. Dans un tel cas, le principe moral strict prévu de façon évidente à l'alinéa 7e) de la Loi ne pourrait pas s'étendre aux vendeurs du Texas ou du Missouri et avoir pour effet d'imputer aux actes involontaires de leurs acheteurs canadiens les manquements manifestes de leurs fournisseurs américains.

Dans l'affaire *CBM Kabushiki Kaisha c. Lin Trading Co.* (1987), 10 C.I.P.R. 260; 14 C.P.R. (3d) 32; (1987), 9 F.T.R. 177 (C.F. 1^{re} inst.), et dans l'affaire plus récente *McCabe c. Yamamoto & Co. (America) Inc.*, [1989] 3 C.F. 290; 23 C.P.R. (3d) 498; 23 C.I.P.R. 64; (1989), 25 F.T.R. 186 (1^{re} inst.), je me suis permis de suggérer que ce qui sous-tend toute la *Loi sur les marques de commerce*, c'est le principe fondamental selon lequel la Loi ne devrait jamais venir protéger les activités illégales de quelqu'un. Ce serait contraire au but de tout régime législatif que de permettre à quelqu'un sur le marché de se servir de cette même loi pour faire approuver ou pour légitimer un comportement illégal de sa part.

Je ne peux naturellement pas décider au stade interlocutoire de la présente instance si le présent principe de la légitimité pourrait s'appliquer à l'affaire dont je suis saisi. Je peux seulement conclure qu'il faudrait accorder un certain poids au paragraphe 49(3) et à l'article 7 de cette loi. Comme dans l'affaire *Dunlop Rubber*, précitée, et l'affaire *Remington Rand*, précitée, la défenderesse vend un produit sous la marque de commerce de la demanderesse pour laquelle aucune autorisa-

more than satisfies the threshold test propounded in the *American Cyanamid* case and to which I have earlier referred.

Having disposed of that issue, I need not go to great lengths in dealing with the matter of irreparable harm or balance of convenience. As my findings of fact indicate, the continuing sales of the Nintendo products in Canada by way of unauthorized U.S. exportations is causing the plaintiff injury to its business and to its goodwill. Should more and more of these products find their way into the hands of Canadian dealers, the result would be a floodgate effect. The plaintiff's losses would become increasingly difficult to estimate and calculate. Nintendo products constitute a large percentage of the plaintiff's business. The commercial advantage which it now enjoys, an advantage which was evidently gained by its own heavy investments, would be continuously eroded or substantially diluted.

As far as the defendant is concerned, it only entered the market earlier this year. Its decision in that respect is essentially the result of the plaintiff's efforts in creating the market in the first place. The defendant therefore has incurred no risk nor does its venture into the field entail any investment of capital. It does not have to keep or finance inventory. It only orders from its U.S. product sources on the strength of its own customer orders. The Nintendo products do not constitute the bulk of its sales or even a substantial proportion of them. Furthermore, if it should wish to continue supplying its people with Nintendo products, it has, presumably, an alternate source of supply.

Mr. Justice Cullen of this Court found similar situations in the cases of *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; (1987), 11 F.T.R. 139 (F.C.T.D.), and *Philips Export B.V. et al v. Windmere Consumer Products Inc.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 83 (F.C.T.D.). He experienced no more trouble than did Thurlow J. in the *Remington Rand* case (*supra*) in finding for interlocutory relief. I should reach the same conclusion. The

tion ni permis n'ont été obtenus. Cela, à mon avis, fait plus que satisfaire au critère à trois volets exposé dans l'arrêt *American Cyanamid* et auquel je me suis déjà reporté.

^a Après avoir tranché cette question, je n'ai pas à me donner beaucoup de mal pour traiter de celle du tort irréparable ou de la prépondérance des inconvénients. Ainsi que je l'ai constaté, la poursuite des ventes des produits Nintendo au Canada au moyen d'exportations américaines non autorisées cause du tort à l'entreprise et à l'achalandage de la demanderesse. Si de plus en plus de ces produits étaient offerts aux vendeurs canadiens, cela aurait l'effet d'une vanne. Les pertes de la demanderesse deviendraient de plus en plus difficiles à évaluer et à calculer. Les produits Nintendo constituent une part importante des activités commerciales de la demanderesse. L'avantage dont elle jouit maintenant sur le plan commercial, avantage qu'elle a manifestement acquis grâce à ses investissements considérables, s'éroderait continuellement ou diminuerait de façon importante.

^e Dans la mesure où la défenderesse est concernée, elle n'est entrée sur le marché qu'au début de la présente année. Sa décision à cet égard résulte essentiellement des efforts déployés par la demanderesse pour créer le marché en premier lieu. La défenderesse n'a donc supporté aucun risque et son entrée dans le champ en question n'entraîne pas d'investissement de capitaux. Elle n'a pas à maintenir ou à financer de stock. Elle ne fait que commander des produits auprès de ses sources d'approvisionnement aux É.-U. selon les commandes que placent ses propres clients. Les produits Nintendo ne constituent pas la partie principale ni même une partie importante de ses ventes. De plus, elle voulait continuer d'approvisionner ses clients en produits Nintendo, elle a probablement une autre source d'approvisionnement.

Monsieur le juge Cullen de notre Cour a trouvé des situations semblables dans les affaires *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. c. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; (1987), 11 F.T.R. 139 (C.F. 1^{re} inst.), et *Philips Export B.V. et autre c. Windmere Consumer Products Inc.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 83 (C.F. 1^{re} inst.). Il n'a pas eu plus de difficulté qu'en eut le juge Thurlow dans l'affaire *Remington Rand*, précitée, à conclure en faveur d'une injonction interlocu-

case before me is a proper one where an interlocutory injunction on terms, should be granted. An order will go accordingly.

Costs shall be in the cause.

toire. J'arrive à la même conclusion. L'affaire dont je suis saisi représente vraiment un cas où devrait être accordée une injonction interlocutoire assortie de conditions. Il s'ensuivra une ordonnance en
a conséquence.

Les dépens suivront l'issue de l'affaire.

A-173-89

A-173-89

C. Justin Griffin (Applicant)

v.

Public Service Commission Appeal Board (Respondent)*INDEXED AS: GRIFFIN v. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION APPEAL BOARD) (C.A.)*

Court of Appeal, Iacobucci C.J., Heald and Stone J.J.A.—Ottawa, December 5 and 12, 1989.

Public service — Selection process — Competitions — S. 28 application to review and set aside Public Service Commission Appeal Board's decision dismissing appeal against appointments made following interdepartmental closed competition conducted pursuant to Public Service Employment Regulations for Refugee Hearing Officer positions — Applicant prepared for competition by studying background material in French only — Subject matter very technical — Applicant given examination in English — Did not object, to avoid antagonizing officials — Applicant eliminated — Appeal Board found applicant had consented to examination in English — Application allowed — Connection between Act, s. 10, providing for selection according to merit, and s. 16(2), giving candidate choice of language for any examination, test or interview — Board misconstrued Act, s. 16(2) — Where competition held, merit shall be assessed by means which respect candidate's language preference — Corresponding obligation on those conducting examinations to respect right of linguistic choice of candidate — Change of language option should be recognized only when candidate clearly and expressly authorizing change — Incumbent on those conducting examinations and interviews to establish specific procedures to ensure choice of language clearly made, confirmed and respected.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED*Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.**Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10, 16(2), 21.**Public Service Employment Regulations, C.R.C., c. 1337.***COUNSEL:***Andrew J. Raven for applicant.**Yvonne E. Milosevic for respondent.***C. Justin Griffin (requérant)**

c.

Comité d'appel de la Commission de la fonction publique (intimé)*RÉPERTORIÉ: GRIFFIN c. CANADA (COMITÉ D'APPEL DE LA COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE) (C.A.)*

Cour d'appel, juge en chef Iacobucci, juges Heald et Stone, J.C.A.—Ottawa, 5 et 12 décembre 1989.

Fonction publique — Procédure de sélection — Concours — Demande fondée sur l'art. 28 en vue de la révision et de l'annulation d'une décision par laquelle le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique a rejeté un appel formé contre des nominations faites à la suite d'un concours interne interministériel qui a été tenu conformément au Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique pour des postes d'agent d'audition des demandes du statut de réfugié — Le requérant s'est préparé au concours en étudiant de la documentation en français seulement — Sujet d'ordre très technique — Le requérant s'est vu remettre la version anglaise de l'examen — Il ne s'y est pas opposé, afin de ne pas se mettre les fonctionnaires à dos — Le requérant a été éliminé — Le Comité d'appel a jugé que le requérant avait consenti à passer l'examen en anglais — Demande accueillie — Il existe un lien entre l'art. 10 de la Loi, qui prévoit que la sélection se fait sur la base du mérite, et l'art. 16(2), qui permet au candidat de choisir la langue dans laquelle se déroulera l'examen, l'épreuve ou l'entrevue — Le Comité a mal interprété l'art. 16(2) de la Loi — Lors de la tenue d'un concours, il faut évaluer le mérite du candidat en utilisant des moyens qui respectent la langue préférée du candidat — Il en résulte que ceux qui tiennent les examens doivent respecter le droit du candidat de choisir la langue d'évaluation — On ne devrait admettre un changement de la langue d'évaluation que lorsque le candidat l'autorise clairement et expressément — Il incombe à ceux qui tiennent les examens et les entrevues d'établir une procédure particulière afin que le choix de la langue d'évaluation soit fait clairement, confirmé et respecté.

LOIS ET RÈGLEMENTS*Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.**Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 10, 16(2), 21.**Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, C.R.C., chap. 1337.***AVOCATS:***Andrew J. Raven pour le requérant.**Yvonne E. Milosevic pour l'intimé.*

SOLICITORS:

*Soloway, Wright, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for
respondent.*

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

IACOBUCCI C.J.: This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application seeks to review and set aside a decision, dated March 31, 1989, of an Appeal Board (the "Board") established by the Public Service Commission following an appeal brought by the applicant under section 21 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 (the "Act"). The applicant's appeal was against appointments made following a selection process for positions entitled "Refugee Hearing Officer" with the Immigration and Refugee Board (the "Department") in Montréal. These appointments were made following an interdepartmental closed competition conducted pursuant to the *Public Service Employment Regulations*, (C.R.C., c. 1337). The competition was held to establish an eligible list from which to fill vacant positions.

The applicant submitted his application on May 4, 1987 in the French language and he assumed the test of his qualifications would be administered in French. The nature of the position under competition was such that the answers sought to be elicited in the written and oral examination were very technical and therefore substantial preparation for the examination was required. The applicant prepared for the examination by studying background material written in French.

When the applicant presented himself in Toronto for the examination, he was handed an English version of the examination. Although he had prepared for the examination in French, and although he believed he would have performed better in the French language, the applicant did not object to the examination given to him as he apparently did not want to antagonize Departmental officials. The applicant testified that the written examination included certain technical terms with which he was familiar in French only. He also

PROCUREURS:

*Soloway, Wright, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour
l'intimé.*

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

LE JUGE EN CHEF IACOBUCCI: La présente demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] vise à la révision et à l'annulation d'une décision qu'un Comité d'appel (le «Comité») constitué par la Commission de la fonction publique a rendue le 31 mars 1989 à la suite d'un appel formé par le requérant en vertu de l'article 21 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-33 (la «Loi»). L'appel du requérant s'élevait contre des nominations, faites selon un mode de sélection du personnel, à des postes d'«agent d'audition» à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le «Ministère») à Montréal. Ces nominations ont été faites à la suite d'un concours interne interministériel qui s'est tenu conformément au *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* (C.R.C., chap. 1337). Le concours avait pour but d'établir une liste d'admissibilité qui devait servir à combler des postes vacants.

Le requérant a présenté sa demande le 4 mai 1987 en français et a supposé que l'examen de ses titres et qualités se ferait dans cette langue. La nature du poste visé par le concours était telle que les réponses recherchées dans l'examen écrit et l'examen oral étaient très techniques, et ces examens exigeaient donc une préparation sérieuse. Le requérant s'est préparé en étudiant de la documentation rédigée en français.

Lorsque le requérant s'est présenté à Toronto pour subir l'examen écrit, on lui a remis la version anglaise de cet examen. Malgré sa préparation à l'examen en français et la conviction qu'il aurait mieux répondu dans cette langue, le requérant n'a formulé aucune objection au sujet de l'examen qui lui était remis, car il ne voulait apparemment pas se mettre à dos les fonctionnaires du Ministère. Le requérant a témoigné que l'examen écrit comprenait certains termes techniques avec lesquels il était familier en français seulement. Il a également

maintained that his level of concentration was affected by having to respond in English to English questions.

Following the written portion of the examination, the applicant was asked to an interview which was conducted in English. There was some divergence in testimony as to what was said to the applicant immediately prior to the interview but since nothing turns on the applicant's interview, no more need be said of it for the purposes of his application.

Notwithstanding the applicant's professed language difficulties, he was successful in the competition and was one of those proposed for appointment. However, results of the competition were successfully appealed following which the Public Service Commission established an advisory committee "to study the appropriate measures to be taken" to correct the errors made in the conduct of the competition. On the basis of the committee's recommendations, the Commission instructed the Department to eliminate eight questions from the written examination. The candidates' scores were then recalculated on the basis of the points awarded on the remaining questions. Following this reassessment, the applicant's score on the abilities portion of the written examination fell to 13 out of 27, one mark short of the pass-mark. The applicant's failure on the abilities portion of the written examination, which was an important part of the examination, disqualified him from further consideration in the competition. The applicant subsequently exercised his right of appeal under section 21 of the Act.

In addressing the applicant's arguments respecting his right to be examined in French, the Board concluded as follows:

The other issue raised by the appellant concerns his choice of official language for the written examination and interview. In my opinion, the appellant can be considered to have opted for a written examination and interview in French by reason of his completing his application in French. Whether or not this is sufficient, it would have been appropriate for the Department to seek clarification. However, I do not agree with Mr. Amyot's assertion that the Department could make the appellant's choice for him.

In any event, Mr. Amyot was only speculating as to why the appellant was tested in English. I find more plausible Mr. Deleu's explanation that the Department made an administrative error. The error could have been corrected both for the

soutenu que le fait de devoir répondre en anglais à des questions posées dans cette langue avait influé sur son niveau de concentration.

Après l'écrit, le requérant a été convoqué à une entrevue qui s'est déroulée en anglais. Il y a eu une certaine divergence dans les témoignages au sujet de ce qu'on a dit au requérant immédiatement avant l'entrevue, mais, comme rien ne s'appuie sur l'entrevue du requérant, nous n'avons pas besoin d'en dire plus pour les fins de sa demande.

Bien que le requérant ait déclaré avoir éprouvé des difficultés avec la langue utilisée, il a réussi le concours, et son nom a été proposé pour un des postes en question. Toutefois, il a été interjeté appel avec succès des résultats du concours, à la suite de quoi la Commission de la fonction publique a constitué un comité consultatif [TRADUCTION] «pour étudier les mesures à prendre» afin de corriger les erreurs survenues dans le déroulement du concours. En se fondant sur les recommandations du comité, la Commission a donné des instructions au Ministère de supprimer huit questions de l'examen écrit. Les notes des candidats ont alors été calculées de nouveau sur la base des points accordés aux autres questions. À la suite de cette nouvelle évaluation, la note du requérant pour la partie de l'examen écrit portant sur les capacités des candidats est passée à 13 sur 27, soit un point en dessous de la note de passage. L'échec du requérant dans la partie de l'examen écrit portant sur les capacités, qui représentait une part importante de l'examen, a entraîné son élimination du concours. Le requérant a, par la suite, exercé son droit d'appel en vertu de l'article 21 de la Loi.

En examinant les allégations relatives au droit du requérant de passer l'examen en français, la Commission a abouti à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] L'autre question soulevée par l'appellant concerne son choix de la langue officielle pour l'examen écrit et l'entrevue. À mon avis, on peut considérer que l'appellant a choisi de passer l'examen écrit et l'entrevue en français étant donné qu'il a rempli sa demande en français. Que cela suffise ou non, le Ministère aurait dû essayer d'obtenir des précisions. Cependant, je ne suis pas d'accord avec M. Amyot lorsqu'il affirme que le Ministère pouvait faire le choix à la place de l'appellant.

De toute façon, M. Amyot ne faisait que se demander pourquoi l'appellant a passé l'examen en anglais. Je trouve plus plausible l'explication de M. Deleu selon laquelle le Ministère a commis une erreur administrative. L'erreur aurait pu être

written examination and interview if the appellant had brought the error to the Department's attention. In particular, it should have crossed his mind to confirm the language of the interview after what happened at the written examination. His decision in the end to undergo the examination in English only further heightened the possibility that the Department would assume that he wanted to be interviewed in English. Administrative errors abound in any large bureaucracy and so it was when the appellant was given the English version of the written examination. He had his reasons for not speaking up then but I must say this — they were not very good reasons. Furthermore, the evidence clearly indicates that if the appellant had spoken up, the Department would have been able to provide him with a French version of the examination in a matter of minutes at most.

As for the interview, it is once again clear that had the appellant spoken up, so late as at the time of the interview itself, the Department would have been prepared to proceed with the interview in French.

I cannot find that the Department contravened subsection 16(2) of the *Act*. By consenting to an English examination and interview in English, when he need not have done so, the appellant effectively changed his option as to the official language in which he preferred to be tested.

I agree entirely with the *Fiorgi* and *Page* decisions which the appellant's representative has cited. However, these cases deal with situations where a candidate was in fact prevented from undergoing examinations in the official language of his/her choice. This is not the case of the appellant.

For the aforementioned reasons, the appeal of C. Justin Griffin is dismissed.¹

Counsel for the applicant argued before us that the Board exceeded its jurisdiction and erred in law when it failed to ask itself the correct question, namely, whether or not the applicant would have fared better in the competition and have been found to be qualified had he undergone his assessment in the French language. On the other hand, counsel for the respondent Board argued that the threshold question before the Board was whether the Department had contravened subsection 16(2) of the *Act*. In determining that question, the Board properly inquired whether the applicant had made an election as to the official language in which he wished to be examined and interviewed and, if so, whether he had made his choice known to the Department. Based on its finding that the applicant had originally elected to be examined and interviewed in French but had subsequently changed his election to English, the Board concluded that there had been no contravention of subsection 16(2) of the *Act* and properly ended its inquiry. Accordingly, counsel for the respondent

corrigée tant pour l'examen écrit que pour l'entrevue si l'appellant l'avait portée à l'attention du Ministère. Il aurait dû notamment penser à confirmer la langue de l'entrevue après ce qui s'était produit à l'examen écrit. Sa décision finalement de passer l'examen en anglais ne pouvait qu'inciter davantage le Ministère à supposer qu'il voulait que l'entrevue se déroule en anglais. Les erreurs administratives abondent dans les grandes bureaucraties, et c'en fut une de remettre à l'appellant la version anglaise de l'examen écrit. Il avait ses raisons de ne pas parler franchement à ce moment-là, mais je dois ajouter que ce n'étaient pas de très bonnes raisons. En outre, il ressort clairement de la preuve que, si l'appellant avait parlé franchement, le Ministère aurait pu lui fournir la version française de l'examen dans un délai de quelques minutes tout au plus.

Quant à l'entrevue, il est manifeste encore une fois que, si l'appellant avait parlé franchement, même encore au moment de l'entrevue, le Ministère aurait été disposé à ce qu'elle se déroule en français.

Je ne puis conclure que le Ministère a enfreint le paragraphe 16(2) de la *Loi*. En acceptant un examen et une entrevue en anglais, lorsqu'il n'était pas obligé de le faire, l'appellant a effectivement modifié son choix quant à la langue officielle dans laquelle il préférerait être évalué.

Je suis entièrement d'accord avec les décisions *Fiorgi* et *Page* qu'a citées le représentant de l'appellant. Toutefois, ces affaires portent sur des cas où on a, de fait, empêché un candidat de passer des examens dans la langue de son choix. Ce n'est pas le cas de l'appellant.

Pour les motifs susmentionnés, l'appel de C. Justin Griffin est rejeté¹.

L'avocat du requérant a soutenu devant nous que le Comité a outrepassé sa compétence et a commis une erreur de droit en ne se posant pas la bonne question, à savoir si le requérant aurait mieux réussi dans le cadre du concours et aurait été considéré comme compétent s'il avait passé son évaluation en français. Par ailleurs, l'avocate du Comité intimé a prétendu que la question préliminaire dont le Comité était saisi était de savoir si le Ministère avait enfreint le paragraphe 16(2) de la *Loi*. Pour trancher cette question, le Comité s'est demandé à juste titre si le requérant avait fait un choix au sujet de la langue officielle dans laquelle il voulait que se déroulent son examen et son entrevue et, advenant le cas, s'il avait fait connaître ce choix au Ministère. En se fondant sur ses conclusions selon lesquelles le requérant avait choisi initialement de passer son examen et son entrevue en français mais avait opté par la suite pour l'anglais, le Comité a jugé qu'il n'y avait pas eu violation du paragraphe 16(2) de la *Loi* et il a dûment mis fin à son enquête. Par conséquent,

¹ Case, vol. 2, pp. 200-201.

¹ Dossir, vol. 2, p. 200 et 201.

argues that the Board had no reason to inquire whether the applicant would have fared better in the final competition results had he been assessed in French.

I agree with the position of counsel for the respondent that the first question to be asked is whether or not the provisions of subsection 16(2) were contravened in the circumstances of this case. However, I do not agree that the Board was correct in holding there was no contravention.

Section 10 of the Act provides that appointments to or from within the Public Service must be based on selection according to merit and, further, that such appointments shall be made by competition or other process of selection designed to establish the merit of candidates.² Subsection 16(2) of the Act³ provides that, where an appointment is to be made by competition, any examination, test or interview conducted for the purpose of determining the education, knowledge, experience, *inter alia*, of a candidate shall be conducted in the English or French language or both at the option of the candidate.

There is thus a connection between section 10 and subsection 16(2) of the Act in that, where a competition is held, merit shall be assessed by means which respect a candidate's language preference. It follows that the language of assessment is relevant to the question of whether or not a candidate's merit has been properly assessed only if subsection 16(2) of the Act has not been complied with.

² Section 10 of the Act provides as follows:

10. Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit, as determined by the Commission, and shall be made by the Commission, at the request of the deputy head concerned, by competition or by such other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates as the Commission considers is in the best interests of the Public Service.

³ Subsection 16(2) of the Act reads as follows:

16. . . .

(2) An examination, test or interview under this section, when conducted for the purpose of determining the education, knowledge and experience of the candidate or any other matter referred to in section 12, except language, shall be conducted in the English or French language or both, at the option of the candidate.

l'avocate de l'intimé allègue que le Comité n'était nullement justifié de se demander si le requérant aurait mieux réussi dans le cadre de l'examen final s'il avait été évalué en français.

^a Je suis d'accord avec la position de l'avocate de l'intimé selon laquelle la première question à se poser est de savoir si on a enfreint ou non les dispositions du paragraphe 16(2) en l'espèce. Toutefois, je ne suis pas d'accord pour dire que le Comité a eu raison de statuer qu'il n'y a pas eu infraction.

L'article 10 de la Loi prévoit que les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique se font sur la base du mérite et, en outre, que ces nominations se font soit par concours soit par tout autre mode de sélection fondé sur le mérite des candidats.² Le paragraphe 16(2) de la Loi³ prévoit que, lorsqu'une nomination doit se faire par voie de concours, les examens, épreuves ou entrevues qui ont pour objet de déterminer, entre autres, les titres et qualités d'un candidat se tiennent en français ou en anglais, ou dans les deux langues, au choix du candidat.

Il existe donc un lien entre l'article 10 et le paragraphe 16(2) de la Loi étant donné que, lorsqu'a lieu un concours, on doit évaluer le mérite du candidat en utilisant des moyens qui respectent sa langue préférée. Il s'ensuit que la langue de l'évaluation est un élément pertinent pour savoir si un candidat a bien été évalué selon le mérite, seulement dans les cas où l'on ne s'est pas conformé au paragraphe 16(2) de la Loi.

² L'article 10 de la Loi prévoit ce qui suit:

Les nominations internes ou externes à des postes de la fonction publique se font sur la base d'une sélection fondée sur le mérite, selon ce que détermine la Commission, et à la demande de l'administrateur général intéressé, soit par concours, soit par tout autre mode de sélection du personnel fondé sur le mérite des candidats que la Commission estime le mieux adapté aux intérêts de la fonction publique.

³ Le paragraphe 16(2) de la Loi est libellé ainsi:

Les examens, épreuves ou entrevues prévus au présent article lorsqu'ils ont pour objet d'établir les titres et qualités d'un candidat visé à l'article 12, à l'exception de la langue, se tiennent en français ou en anglais, ou dans les deux langues, au choix du candidat.

Subsection 16(2) provides a candidate with the right to choose the official language or languages in which he or she is to be examined or interviewed. Correspondingly it can reasonably be inferred that an obligation is imposed on those who conduct examinations to respect the right of linguistic choice of a candidate. Although the Act is silent as to how and when a candidate's language preference is to be determined, the Board found as a fact that "the applicant can be considered to have opted for a written examination and interview in French by reason of his completing his application in French" and added "whether or not this is sufficient, it would have been appropriate for the Department to seek clarification".

Having so found, the Board also went on to conclude that by "consenting" to an English examination and interview in English when he need not have done so, the applicant "effectively" changed his option.

In my view, the Board misconstrued subsection 16(2) of the Act. As already noted, subsection 16(2) confers a right on the candidate regarding linguistic choice and because of its connection to the merit principle set forth in section 10, a change of language option should be recognized only when the candidate clearly and expressly authorizes such a change. I do not think the conduct of the applicant in writing the examination amounted to such a clear expression in the facts of this case when one considers the accepted testimony of the applicant that he prepared for the examination expecting a French version, that the examination itself involved a great amount of legal terminology that the applicant had learned in French,⁴ and the applicant's reason for writing the examination as being a wish not to antagonize Departmental officials. Granted silence often implies consent but the applicant's silence in the context of the pressure of an examination is not tantamount to the consent that is required under subsection 16(2) of the Act.

I realize that my interpretation of subsection 16(2) in so far as a change of option is concerned is rather strict but this is in accord with the

⁴ See the Board Counsel Written Test, Case, vol. 1, p. 55 which goes on for many pages and is quite challenging.

Le paragraphe 16(2) accorde à un candidat le droit de choisir la ou les langues officielles dans lesquelles doivent se dérouler son examen ou son entrevue. En conséquence, on peut raisonnablement en déduire que ceux qui tiennent les examens doivent respecter le droit du candidat de choisir la langue de l'évaluation. Bien que la Loi ne mentionne pas comment ni quand doit être déterminée la langue préférée d'un candidat, le Comité a constaté qu'[TRADUCTION] «on peut considérer que le requérant a choisi de passer l'examen et l'entrevue en français étant donné qu'il a rempli sa demande en français» et il a ajouté: «que cela suffise ou non, le Ministère aurait dû essayer d'obtenir des précisions».

Après cette constatation, le Comité en est également venu à la conclusion qu'«en consentant» à passer un examen et une entrevue en anglais lorsqu'il n'était pas tenu de le faire, le requérant a «effectivement» modifié son choix.

À mon avis, le Comité a mal interprété le paragraphe 16(2) de la Loi. Ainsi qu'il a déjà été mentionné, le paragraphe 16(2) confère un droit au candidat en ce qui a trait au choix de la langue d'évaluation et, en raison de son lien avec le principe du mérite exposé à l'article 10, on ne devrait admettre un changement de la langue choisie que lorsque le candidat l'autorise clairement et expressément. Je ne crois pas que le comportement du requérant lors de l'examen équivalait en l'espèce à l'expression claire d'un tel changement quand on prend en considération premièrement le témoignage admis du requérant selon lequel il s'est préparé à l'examen en s'attendant à une version française des questions et selon lequel l'examen lui-même contenait un grand nombre de termes juridiques qu'il avait appris en français⁴, et deuxièmement le motif invoqué par le requérant comme quoi il ne voulait pas se mettre à dos les fonctionnaires du Ministère. Souvent qui ne dit mot consent, mais le silence du requérant dans le contexte du stress d'un examen n'équivaut pas au consentement requis en vertu du paragraphe 16(2) de la Loi.

Je me rends compte que mon interprétation du paragraphe 16(2) en ce qui a trait à un changement de choix est plutôt stricte, mais elle est en

⁴ Voir l'examen écrit, Dossier, vol. 1, p. 55, qui se poursuit pendant plusieurs pages et est plutôt ardu.

importance of linguistic choice in applying the merit principle to staff appointments. This view may mean that those conducting such examinations and interviews will wish to establish specific procedures to ensure choice of language is clearly made, confirmed and respected but surely that can only result in greater fairness to all concerned and, equally importantly, in a greater chance for respect of the merit principle in staff appointments.

Accordingly the section 28 application will be allowed, the decision of the Board set aside, and the matter referred back to the Board on the basis that subsection 16(2) of the Act was contravened in the circumstances of this case.

HEALD J.A.: I concur.

STONE J.A.: I agree.

accord avec l'importance du choix de la langue dans l'application du principe du mérite aux nominations de personnel. Cette opinion peut peut-être signifier que ceux qui tiennent des examens et des entrevues de ce genre voudront établir une procédure particulière afin de s'assurer que le choix de la langue est fait clairement, confirmé et respecté, mais cela ne fera sûrement qu'engendrer une plus grande équité pour toutes les personnes concernées et, de façon tout aussi importante, accroître la chance que soit respecté le principe du mérite dans les nominations de personnel.

Par conséquent, la demande fondée sur l'article 28 sera accueillie, la décision du Comité sera annulée, et l'affaire sera renvoyée devant le Comité pour qu'il tienne compte du fait qu'il y a eu, en l'espèce, violation du paragraphe 16(2) de la Loi.

^d LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

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

A-761-86

A-761-86

CN Marine Inc. (Appellant)(Defendant)**CN Marine Inc. (appelante) (défenderesse)**

v.

c.

Carling O'Keefe Breweries of Canada Limited and Norlab Ltd. (Respondents)(Plaintiffs)**Carling O'Keefe Breweries of Canada Limited et Norlab Ltd. (intimées) (demandereses)**

and

et

The Labrador Shipping Co. Ltd., The Vessel "Newfoundland Coast" and Roger Sirois (Respondents)(Defendants)**The Labrador Shipping Co. Ltd., Le navire «Newfoundland Coast» et Roger Sirois (intimés) (défendeurs)****INDEXED AS: CARLING O'KEEFE BREWERIES OF CANADA LTD. v. CN MARINE INC. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CARLING O'KEEFE BREWERIES OF CANADA LTD. c. CN MARINE INC. (C.A.)**

Court of Appeal, Iacobucci C.J., Heald and Stone J.J.A.—Halifax, October 31 and November 1; Ottawa, December 21, 1989.

Cour d'appel, juge en chef Iacobucci, juges Heald et Stone, J.C.A.—Halifax, 31 octobre et 1^{er} novembre; Ottawa, 21 décembre 1989.

Maritime law — Carriage of goods — Loss of cargo in heavy seas due to improper stowage and inadequate securing of goods — Exclusion of liability provisions of bill of lading ineffective to relieve CN from liability as null and void under Hague Rules — Perils of sea defence not available as sea conditions not unusual — No error in navigation or management of ship as such, only error in care of cargo — Liability not limited to \$500 per container as bill of lading indicating number of packages shipped.

d Droit maritime — Transport de marchandises — Perte d'une cargaison par mer houleuse due au fait que les marchandises avaient été mal arrimées et attachées — Les dispositions d'exclusion de responsabilité contenues au connaissement ne peuvent exonérer l'affrèteur à temps car elles sont nulles et non avenues en vertu des Règles de La Haye — La défense fondée sur les périls de la mer est irrecevable car les conditions de la mer n'avaient rien d'inhabituelles — Il n'y a pas eu d'erreur comme telle dans la navigation ou l'administration du navire, seulement une erreur dans la prise en charge de la cargaison — La responsabilité n'est pas limitée à 500 \$ par conteneur car le connaissement indiquait le nombre de colis expédiés.

Maritime law — Practice — Interest — Action claiming damages for loss of cargo at sea — Trial Judge erred in not allowing pre-judgment interest from date of loss — Nothing to justify departure from rule of admiralty law interest awarded as integral part of damages.

e Droit maritime — Pratique — Intérêt — Action en dommages-intérêts pour la perte d'une cargaison en mer — Le juge de première instance a commis une erreur en n'accordant pas d'intérêt antérieur au jugement à compter de la date de la perte — Rien ne permet d'écarter la règle d'amirauté suivant laquelle l'intérêt fait partie intégrante des dommages-intérêts.

This was an appeal from a Trial Division judgment whereby the respondents-defendants were found liable for damages arising out of the loss at sea of 4,240 cases of beer shipped in three 20-foot containers on board the *Newfoundland Coast* from St. John's to Happy Valley/Goose Bay in Labrador under a received bill of lading issued in October, 1980. The ship had been time-chartered by the appellant CN Marine (CN). The respondent Sirois, the master of the ship, and CN decided together that the containers should be stowed on deck transversely, one end of the containers protruding some two feet over the side of the vessel. They were then secured with wire rope instead of other far superior fittings then available.

f Il s'agit de l'appel d'un jugement de la Section de première instance aux termes duquel les intimés-défendeurs ont été tenus responsables des dommages ayant résulté de la perte en mer de 4 240 caisses de bière chargées dans trois conteneurs de 20 pieds à bord du *Newfoundland Coast* pour livraison de St. John's à Happy Valley/Goose Bay au Labrador, en vertu d'un connaissement libellé «reçu» et délivré en octobre 1980. Le navire avait été affrété à temps par l'appelante CN Marine (CN). L'intimé Sirois, capitaine du navire, et CN ont tous deux décidé que les conteneurs devraient être arrimés transversalement sur le pont, l'un des bouts des conteneurs dépassant d'environ deux pieds le côté du navire. Les conteneurs ont ensuite été fixés à l'aide de câbles d'acier plutôt qu'avec d'autres accessoires disponibles qui leur étaient de loin supérieurs.

During the crossing, heavy seas — not unusual for that area at that time of year — hitting the underside of the containers caused the wire ropes to break and the containers were lost at sea.

j Pendant la traversée, la mer houleuse — ce qui n'était pas inhabituel pour cette région à cette époque de l'année — frappait le dessous des conteneurs, ce qui a entraîné le bris des câbles d'acier et la perte en mer des conteneurs.

The appellant argued that the Trial Judge erred (1) in refusing to give effect to clause 18 of the bill of lading purporting to place the obligations of carrier exclusively upon the owner of the carrying ship, in this case Labrador Shipping Co. Ltd.; (2) in rejecting the errors "in the navigation or management" of the ship, "perils of the sea" and "any other cause" defences under Article IV, Rules 2(a),(c) and (g) of the *Hague Rules*; (3) in basing the "per package" limitation of liability upon the number of cases of beer carried rather than upon the number of containers. The shipper, Carling O'Keefe, cross-appealed the Trial Judge's confinement of pre-judgment interest to a period of two years from the date the action was brought rather than allowing it for the whole period from the date of the loss.

Held, the appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed.

There were no "palpable and overriding errors" affecting any of the Trial Judge's findings of facts.

With the exception of clause 18, the so-called demise clause, everything in the relationship between the respondent, Carling O'Keefe, and the appellant, CN, pointed to a contract of carriage between them, making CN the "carrier". Also, upon a proper construction of the bill of lading, in issuing the bill of lading, CN signed the contract of carriage in its personal capacity and, as time charterer, thereby became a "carrier" as defined in the bill of lading as well as under the *Hague Rules*. Furthermore, the role played by the time charterer in relation to the loading and stowage of the cargo on board the vessel was consistent with the fulfilment of an undertaking assumed by it as a "carrier" under a contract of carriage that is subject to the *Hague Rules*.

The Trial Judge was also correct in finding that clause 18 was null and void and of no effect as between the shipper and the time charterer because, contrary to Article III, Rule 8 of the *Hague Rules*, it purported to relieve the time charterer of duties and responsibilities to properly and carefully stow the goods carried, as required by Article III, Rule 2.

The sea conditions were not such as to justify a "perils of the sea" defence under Rule 2(c) of Article IV, the Trial Judge having found that the sea conditions were precisely what would be anticipated. Nor was there any act, neglect or default in the management of the ship justifying a Rule 2(a) defence because in the present case there was want of care of the cargo rather than want of care of the vessel indirectly affecting the cargo. Nor was there "any other cause" to justify a Rule 2(q) defence.

There was no error in the Trial Judge's conclusion, based on what was stated in the shipping documents, things said by the parties and the course of dealing between them, that the cargo was composed of 4,240 packages, being the number of cases of

L'appelante a fait valoir que le juge de première instance avait commis une erreur (1) en refusant de donner effet à la clause 18 du connaissement qui visait à faire porter exclusivement au propriétaire du navire transporteur les obligations du transporteur, en l'espèce Labrador Shipping Co. Ltd.; (2) en rejetant les moyens de défense fondés sur les erreurs «dans la navigation ou dans l'administration du navire», sur les «périls de la mer» et sur «toute autre cause», prévus aux règles 2(a),(c) et (g) de l'article IV des *Règles de La Haye*; et enfin (3) en fixant la limitation de responsabilité «par colis» en fonction du nombre de caisses de bière transportées plutôt que du nombre de conteneurs. L'expéditeur, Carling O'Keefe, attaque pour sa part, par voie d'appel incident, la décision du juge de première instance de limiter l'intérêt antérieur au jugement à une période de deux ans à compter de la date d'introduction de l'action, au lieu de l'accorder pour toute la période écoulée à compter de la perte.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté et l'appel incident accueilli.

Il n'y a aucune «erreur manifeste et dominante» susceptible d'avoir faussé les conclusions de faits du juge de première instance.

À l'exception de la clause 18, ou clause d'affrètement coque nue, tout indique qu'il existait un contrat de transport entre l'intimée, Carling O'Keefe, et l'appelante, CN, faisant de cette dernière le «transporteur». De même, une interprétation juste du connaissement amène à conclure qu'en délivrant ce document, CN a signé le contrat de transport en sa qualité personnelle et, qu'à titre d'affrètement à temps, elle est devenue dès lors un «transporteur» au sens du connaissement ainsi que des *Règles de La Haye*. En outre, le rôle qu'a joué l'affrètement à temps relativement au chargement et à l'arrimage de la cargaison à bord du navire était compatible avec l'exécution de l'obligation qui lui incombait à titre de «transporteur» aux termes d'un contrat de transport soumis aux *Règles de La Haye*.

Le juge de première instance a également conclu à bon droit que la clause 18 était nulle, non avenue et sans effet entre l'expéditeur et l'affrètement à temps puisque, contrairement à la règle 8 de l'article III des *Règles de La Haye*, cette clause visait à exonérer l'affrètement à temps des droits et obligations qui lui incombait, aux termes de la règle 2 du même article, de procéder de façon appropriée et soignée à l'arrimage des marchandises transportées.

Les conditions dans lesquelles s'est effectuée la traversée n'étaient pas telles qu'elles pouvaient justifier le moyen de défense fondé sur les «périls de la mer» que prévoit la règle 2(c) de l'article IV, le juge de première instance ayant conclu que ces conditions étaient exactement celles auxquelles il fallait s'attendre. Aucun acte, négligence ou défaut dans l'administration du navire ne pouvait non plus étayer une défense fondée sur la règle 2(a) car il y a eu en l'espèce manque de vigilance à l'égard de la cargaison et non manque de vigilance à l'égard du navire mettant indirectement en danger la cargaison. Enfin aucune «autre cause» ne permettait d'invoquer la défense fondée sur la règle 2(q).

Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant, sur la foi des documents de transport, des déclarations des parties et des négociations intervenues entre elles, que la cargaison se composait de 4 240 colis, soit le nombre de

beer carried. Liability therefore could not be limited to \$500 per container under Rule 5 of Article IV.

In view of the six-year delay in bringing the matter on for trial, the Trial Judge, without first requiring an explanation from Carling O'Keefe, limited the payment of pre-judgment interest to two years from the date the action was commenced rather than allowing it for the whole period from the date of the loss. The Trial Judge erred in this respect. According to the principles of admiralty law, interest is awarded as an integral part of the damages suffered. In the present case, there was nothing which justified a departure from the normal rule for an award of pre-judgment interest in cases of total loss. Interest should be allowed from the date the loss occurred.

There was nothing to sustain the master's argument that he was denied natural justice because no opportunity to make a defence was afforded him at trial. In fact, the master left the courtroom of his own accord. The fact that counsel for the shipper and the time charterer indicated that they did not expect to recover anything from him, given his financial situation, did not mean that his possible liability for the claim would not be investigated or, less still, that a judgment would not be rendered against him.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Carriage of Goods by Water Act, R.S.C. 1970, c. C-15, Sch., Art. I(a), III(2),(8), IV(2)(a),(c),(q), 5.
The Water Carriage of Goods Act, 1936, S.C.1936, c. 49.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al., [1976] 2 S.C.R. 802; *Samuel, Samuel & Co. v. West Hartlepool Steam Navigation Company* (1906), 11 Com. Cas. 115 (S.C.); *The Ferro*, [1893] P. 38 (Div. Ct.); *The Glenochil*, [1896] P. 10 (Div. Ct.); *International Factory Sales Service Ltd. v. The "Alexandr Serafimovich"*, [1976] 1 F.C. 35 (T.D.); *In re the "Dundee"* (1827), 2 Hagg. 137 (Adm.); *In re the "Gazelle"* (1844), 2 W. Rob. 279 (Adm.); *In re the "Hebe"* (1847), 2 W. Rob. 530 (Adm.); *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] Ex.C.R. 441; *The Joannis Vatis (No. 2)*, [1922] P. 213 P.D.A.; *The Northumbria* (1869), L.R.A. & E. 6; *The Berwickshire*, [1950] P. 204; *Canadian General Electric Company Limited v. Pickford & Black Limited*, [1972] S.C.R. 52; *Drew Brown Limited v. The Ship "Orient Trader" et al.*, [1974] S.C.R. 1286; *Bell Telephone Co. v. The "Mar-Tirenno"*, [1974] 1 F.C. 294 (T.D.); *Davie Shipbuilding Limited v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461 (C.A.).

caisses de bière transportées. La responsabilité ne saurait donc être limitée à 500 \$ le conteneur aux termes de la règle 5 de l'article IV.

Étant donné le délai de six ans écoulé avant que l'affaire ne soit mise en état, le juge de première instance, sans d'abord demander d'explications à Carling O'Keefe à ce sujet, a limité le paiement de l'intérêt antérieur au jugement à une période de deux ans à compter de la date d'introduction de l'action au lieu de l'accorder pour toute la période écoulée depuis la perte. Le juge de première instance a commis une erreur à cet égard. En vertu des principes du droit de l'amirauté, l'intérêt est alloué à titre de partie intégrante des dommages subis. En l'espèce, rien ne permettait d'écarter la règle normale en matière d'allocation d'intérêt antérieur au jugement en cas de perte totale. Il y a donc lieu d'accorder l'intérêt à compter de la date où la perte est survenue.

Rien ne permet de retenir l'argument du capitaine portant qu'il a été privé du droit à la justice naturelle en ce qu'il n'a pas eu, lors du procès, la possibilité de présenter une défense. En fait, c'est de son propre gré que le capitaine a quitté la salle d'audience. Même si les avocats de l'expéditeur et de l'affrètement à temps ont indiqué qu'ils ne s'attendaient pas à recouvrer de lui quoi que ce soit, compte tenu de sa situation financière, cela ne signifiait pas qu'il n'y aurait pas enquête sur sa responsabilité éventuelle et encore moins que jugement ne serait pas rendu contre lui.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi du transport des marchandises par eau, 1936, S.C. 1936, chap. 49.
Loi sur le transport des marchandises par eau, S.R.C. 1970, chap. C-15, ann., art. 1a), III(2),(8), IV(2)a),c),q), 5.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Stein et autres c. Le navire «Kathy K» et autres, [1976] 2 R.C.S. 802; *Samuel, Samuel & Co. v. West Hartlepool Steam Navigation Company* (1906), 11 Com. Cas. 115 (S.C.); *The Ferro*, [1893] P. 38 (Div. Ct.); *The Glenochil*, [1896] P. 10 (Div. Ct.); *International Factory Sales Service Ltd. c. Le «Alexandr Serafimovich»*, [1976] 1 C.F. 35 (1^{re} inst.); *In re the «Dundee»* (1827), 2 Hagg. 137 (Adm.); *In re the «Gazelle»* (1844), 2 W. Rob. 279 (Adm.); *In re the «Hebe»* (1847), 2 W. Rob. 530 (Adm.); *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] R.C.É. 441; *The Joannis Vatis (No. 2)*, [1922] P. 213 (P.D.A.); *The Northumbria* (1869), L.R.A. & E. 6; *The Berwickshire*, [1950] P. 204; *Canadian General Electric Company Limited c. Pickford & Black Limited*, [1972] R.C.S. 52; *Drew Brown Limited c. Le navire «Orient Trader» et autres*, [1974] R.C.S. 1286; *Bell Telephone Co. c. Le «Mar-Tirenno»*, [1974] 1 C.F. 294 (1^{re} inst.); *Davie Shipbuilding Limited c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Cormorant Bulk-Carriers Inc. v. Canficorp (Overseas Projects) Ltd. (1984), 54 N.R. 66 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Paterson SS Ltd. v. Aluminum Co. of Can., [1951] S.C.R. 852; [1952] 1 D.L.R. 241.

REFERRED TO:

The Berkshire, [1974] 1 Lloyd's Rep. 185 (Q.B.D.); *The Vikfrost*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 560 (C.A.); *Kenya Railways v. Antares Co. Pte. Ltd. (The Antares)* (No. 1), [1986] 2 Lloyd's Rep. 626 (Q.B. Com. Ct.); *Ngo Chew Hong Edible Oil Pte. Ltd. v. Scindia Steam Navigation Co. Ltd. (The Jalamohan)*, [1988] 1 Lloyd's Rep. 443 (Q.B. Com. Ct.); *Kaleej International Pty Ltd v Gulf Shipping Lines Ltd* (1986), 6 NSWLR 569 (C.A.); *Anderson's (Pacific) Trading Co Pty Ltd v Karlander New Guinea Line Ltd*, [1980] 2 NSWLR 870 (Com. Law Div.); *Epstein v. U.S.*, 86 F. Supp. 740 (D.C.N.Y., 1949); *Blanchard Lumber Co. v. S. S. Anthony II*, 259 F. Supp. 857 (D.C.N.Y., 1966); *The Iristo*, 43 F. Supp. 29 (D.C.N.Y., 1941); affd, 137 F. 2d 619 (2d Cir., 1943); cert. denied, 320 U.S. 802 (1943); *Aris Steamship Co. Inc. v. Associated Metals & Minerals Corporation*, [1980] 2 S.C.R. 322; (1980), 101 D.L.R. (3d) 1; 31 N.R. 584; *Apex (Trinidad) Oilfields, Ltd. v. Lunham & Moore Shipping, Ltd.*, [1962] 2 Lloyd's Rep. 203 (Can. Ex. Ct.); *Delano Corp. of America v. Saguenay Terminals Ltd.*, [1965] 2 Ex.C.R. 313; *Kennedy & Co., Ltd. v. Canada Jamaica Line, Canada West Indies Shipping Company, Ltd., and Aldag*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 336 (Que. S.C.); *Atlantic Traders Ltd. v. Saguenay Shipping Ltd.* (1979), 38 N.S.R. (2d) 1; 69 A.P.R. 1 (S.C.T.D.); *Weyerhaeuser Co. et al. v. Anglo Canadian Shipping Co. et al.* (1984), 16 F.T.R. 294 (T.D.); *Canadian Klockner Ltd. v. D/S A/S Flint*, [1973] F.C. 988 (T.D.); *Farr Inc. v. Tourloti Compania Naviera S.A.*, T-5847-80, Pinard J., judgment dated 3/7/85, F.C.T.D., not reported; affd A-645-85, Marceau J.A., judgment dated 30/5/89, F.C.A., not yet reported; *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. et al. v. Chimo Shipping Ltd. et al.*, [1969] 2 Ex.C.R. 261; *Gosse Millard v. Canadian Government Merchant Marine*, [1928] 1 K.B. 717 (C.A.); affd [1929] A.C. 223 (H.L.).

AUTHORS CITED

Tetley, William *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1988.

COUNSEL:

James D. Youden and *E. A. Gores* for appellant (defendant) CN Marine Inc.

Kristine Arnet Connidis for respondent (plaintiff) Carling O'Keefe Breweries.

D. Peter Mancini for respondent (defendant) Roger Siros.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Cormorant Bulk-Carriers Inc. c. Canficorp (Overseas Projects) Ltd. (1984), 54 N.R. 66 (C.A.F.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Paterson SS Ltd. c. Aluminum Co. of Can., [1951] R.C.S. 852; [1952] 1 D.L.R. 241.

DÉCISIONS CITÉES:

The Berkshire, [1974] 1 Lloyd's Rep. 185 (Q.B.D.); *The Vikfrost*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 560 (C.A.); *Kenya Railways v. Antares Co. Pte. Ltd. (The Antares)* (No. 1), [1986] 2 Lloyd's Rep. 626 (Q.B. Com. Ct.); *Ngo Chew Hong Edible Oil Pte. Ltd. v. Scindia Steam Navigation Co. Ltd. (The Jalamohan)*, [1988] 1 Lloyd's Rep. 443 (Q.B. Com. Ct.); *Kaleej International Pty Ltd v Gulf Shipping Lines Ltd* (1986), 6 NSWLR 569 (C.A.); *Anderson's (Pacific) Trading Co Pty Ltd v Karlander New Guinea Line Ltd*, [1980] 2 NSWLR 870 (Com. Law Div.); *Epstein v. U.S.*, 86 F. Supp. 740 (D.C.N.Y., 1949); *Blanchard Lumber Co. v. S. S. Anthony II*, 259 F. Supp. 857 (D.C.N.Y., 1966); *The Iristo*, 43 F. Supp. 29 (D.C.N.Y., 1941); conf., 137 F. 2d 619 (2d Cir., 1943); cert. refusé, 320 U.S. 802 (1943); *Aris Steamship Co. Inc. c. Associated Metals & Minerals Corporation*, [1980] 2 R.C.S. 322; (1980), 101 D.L.R. (3d) 1; 31 N.R. 584; *Apex (Trinidad) Oilfields, Ltd. v. Lunham & Moore Shipping, Ltd.*, [1962] 2 Lloyd's Rep. 203 (C. de l'É. Can.); *Delano Corp. of America v. Saguenay Terminals Ltd.*, [1965] 2 R.C.É. 313; *Kennedy & Co., Ltd., v. Canada Jamaica Line, Canada West Indies Shipping Company, Ltd., and Aldag*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 336 (C.S. Qué.); *Atlantic Traders Ltd. v. Saguenay Shipping Ltd.* (1979), 38 N.S.R. (2d) 1; 69 A.P.R. 1 (C.S. 1^{re} inst.); *Weyerhaeuser Co. et autres c. Anglo Canadian Shipping Co. et autres* (1984), 16 F.T.R. 294 (1^{re} inst.); *Canadian Klockner Ltd. c. D/S A/S Flint*, [1973] C.F. 988 (1^{re} inst.); *Farr Inc. c. Tourloti Compania Naviera S.A.*, T-5847-80, juge Pinard, jugement en date du 3-7-85, C.F. 1^{re} inst., non publié; conf. A-645-85, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 30-5-89, C.A.F., encore inédit; *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. et al. v. Chimo Shipping Ltd. et al.*, [1969] 2 R.C.É. 261; *Gosse Millard v. Canadian Government Merchant Marine*, [1928] 1 K.B. 717 (C.A.); conf. [1929] A.C. 223 (H.L.).

DOCTRINE

Tetley, William *Marine Cargo Claims*, 3^e éd., Toronto: Butterworths, 1988.

AVOCATS:

James D. Youden et *E. A. Gores*, pour l'appelante (défenderesse) CN Marine Inc.

Kristine Arnet Connidis, pour l'intimée (demanderesse) Carling O'Keefe Breweries.

D. Peter Mancini, pour l'intimé (défendeur) Roger Siros.

SOLICITORS:

James D. Youden, Halifax, for appellant (defendant) CN Marine Inc.

Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto, for respondent (plaintiff) Carling O'Keefe Breweries. a

Nova Scotia Legal Aid, Sydney, for respondent (defendant) Roger Sirois.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: This is an appeal from a judgment of Martin J. in the Trial Division rendered August 31, 1987 [[1987] 2 F.C. 107] whereby the appellant and the respondents (defendants) were found liable for damages arising out of the loss at sea of 4,240 cases of beer shipped in three 20 foot containers on board the respondent Ship *Newfoundland Coast*, from St. John's to Happy Valley/Goose Bay in Labrador under a received bill of lading issued at St. John's on October 29, 1980. For ease of reference I shall hereinafter refer to the appellant as the "time charterer", to the first respondent (plaintiff) as the "shipper", to the first respondent (defendant) as the "shipowners" and to Captain Sirois as the "master". c

In giving judgment in favour of the shipper against the time charterer, the Trial Judge found that the latter was a "carrier" of the cargo notwithstanding the presence among the printed terms and conditions on the bill of lading of a clause (clause 18) purporting to place the obligations of "carrier" exclusively upon the owner of the carrying ship. Other defences were also rejected. Moreover, the Trial Judge found that the right of "per package" limitation under the contract of carriage was to be based upon the number of individual cases of beer comprising the shipment rather than upon the number of containers in which those cases were carried. d

The issues

The issues raised on this appeal are that the Trial Judge erred in refusing to give effect to clause 18, in rejecting the errors "in the navigation or management" of the ship, "perils of the sea" and "any other cause" defences under Article IV,

PROCUREURS:

James D. Youden, Halifax, pour l'appelante (défenderesse) CN Marine Inc.

Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto, pour l'intimée (demanderesse) Carling O'Keefe Breweries.

Nova Scotia Legal Aid, Sydney, pour l'intimé (défendeur) Roger Sirois.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit en l'espèce de l'appel d'un jugement du juge Martin de la Section de première instance, rendu le 31 août 1987 [[1987] 2 C.F. 107], et aux termes duquel l'appelante et les intimés (défendeurs) ont été tenus responsables des dommages ayant résulté de la perte en mer de 4 240 caisses de bière chargées dans trois conteneurs de 20 pieds à bord du navire intimé *Newfoundland Coast* pour livraison de St. John's à Happy Valley/Goose Bay au Labrador, en vertu d'un connaissance libellé «reçu» et délivré à St. John's le 29 octobre 1980. Pour plus de clarté, je désignerai désormais l'appelante comme l'«affréteur à temps», la première intimée (demanderesse) e comme l'«expéditeur», la première intimée (défenderesse) comme les «propriétaires du navire» et le capitaine Sirois comme le «capitaine».

En rendant jugement en faveur de l'expéditeur contre l'affréteur à temps, le juge de première instance a conclu que ce dernier était un «transporteur» de la cargaison, malgré la présence, au nombre des conditions imprimées sur le connaissance, d'une clause (la clause 18) visant à faire porter exclusivement au propriétaire du navire f g transporteur les obligations du «transporteur». Le juge de première instance a également rejeté les autres moyens de défense. Il a en outre jugé que le droit à la limitation «par colis» aux termes du contrat de transport devait être fondé sur le nombre de caisses de bière comprises dans le chargement plutôt que sur le nombre de conteneurs dans lesquels ces caisses ont été transportées. h

Les questions en litige

Le présent appel soulève la question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en refusant de donner effet à la clause 18, en rejetant les moyens de défense fondés sur les erreurs «dans la navigation ou dans l'administra-

Rules 2(a),(c) and (q) of the Rules (the "*Hague Rules*") scheduled to the *Carriage of Goods by Water Act*, R.S.C. 1970, c. C-15¹ and in basing the "per package" limitation of liability upon the number of cases of beer carried rather than upon the number of containers. The shipper, for its part, brings a cross-appeal in which it attacks the Trial Judge's confinement of pre-judgment interest on the principal amount of damages to a period of two years from the date the action was brought, namely, from October 21, 1981.

Facts surrounding shipment and loss

It is necessary to a determination of the questions in issue to examine the documentation and other circumstances upon which the Trial Judge based his conclusions. The language in which the bill of lading was cast is of especial importance for much depends on its construction. That document is in a combination form for use by the time charterer both for water and for rail carriage. It bears the heading "CANADIAN NATIONAL RAILWAYS", which is followed by an acknowledgment of the receipt of the cargo on October 29, 1980 "to be carried upon and subject to all the terms and conditions on the face and back hereof and to the usual place of delivery at the destination named". Spaces are then provided for inserting the consignee's name, the destination of the goods and the name of the carrying vessel. Immediately thereafter are provided spaces for inserting particulars of the goods (to be furnished by the shipper), which are followed by a set of printed provisions:

The provisions of Part A shall be included in the terms and conditions governing the carriage of the goods at all times while in the custody of the Company or connecting carriers as carrier by water; the provisions of Part B shall be included in the terms and conditions governing the carriage of the goods at all times while in the custody of the Company or connecting carriers as carriers by rail; provided that if goods are to be transported by rail following carriage by water, the provisions of Part A shall apply from the time goods are unloaded from cars.

¹ Formerly *The Water Carriage of Goods Act, 1936*, S.C. 1936, c. 49.

tion» du navire, sur les «périls de la mer» et sur «toute autre cause», prévus aux règles 2a),c) et q) de l'article IV des Règles (les «*Règles de La Haye*») annexées à la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, S.R.C. 1970, chap. C-15¹, et en fixant la limitation de responsabilité «par colis» en fonction du nombre de caisses de bière plutôt qu'en fonction du nombre de conteneurs. Par voie d'appel incident, l'expéditeur attaque pour sa part la décision du juge de première instance de limiter l'intérêt antérieur au jugement, accordé sur les dommages-intérêts, à une période de deux ans à compter de la date d'introduction de l'action, savoir le 21 octobre 1981.

Les faits ayant entouré le chargement et la perte

Pour trancher les questions en litige, il importe d'examiner la preuve documentaire et circonstancielle sur laquelle le juge de première instance a appuyé ses conclusions. Ainsi, le libellé du connaissement revêt une importance toute particulière car son interprétation est cruciale. Il s'agit d'une formule combinée destinée tant au transport par eau qu'au transport ferroviaire. L'intitulé «CANADIAN NATIONAL RAILWAYS» y est suivi de la reconnaissance de la réception, le 29 octobre 1980, de la cargaison [TRADUCTION] «pour livraison en conformité et sous réserve de toutes les conditions stipulées au recto et au verso du présent titre, au lieu habituel de livraison à la destination désignée». Des espaces sont ensuite prévus pour y inscrire le nom du destinataire, le lieu de destination des marchandises ainsi que le nom du bâtiment transporteur. Juste après se trouve l'espace réservé aux précisions sur les marchandises (fournies par l'expéditeur), puis suivent une série de dispositions imprimées ainsi libellées:

[TRADUCTION] Les dispositions de la Partie A font partie des conditions régissant le transport des marchandises pendant tout le temps où celles-ci sont sous la garde de la compagnie et de ses transporteurs associés, en tant que transporteur par eau; les dispositions de la partie B font partie des conditions régissant le transport des marchandises pendant tout le temps où celles-ci sont sous la garde de la compagnie et de ses transporteurs associés, en tant que transporteur ferroviaire. Dans le cas où les marchandises doivent être transportées par rail après leur transport par eau, les dispositions de la Partie A s'appliquent à compter du moment où les marchandises sont déchargées des wagons.

¹ Anciennement la *Loi du transport des marchandises par eau, 1936*, S.C. 1936, chap. 49.

If the goods in whole or in part are from any cause not forwarded on the ship or ships for which intended, or be overcarried or landed at an intermediate port, the carrier shall be at liberty to forward or return them under the terms of this bill of lading on the next available ship of the carrier, or at carrier's option, of any other line.

It is agreed that the custody and carriage of the goods are subject to all the terms of this bill of lading on the front and back hereof, which shall govern the relations, whatsoever they may be, between the shipper, consignee, and the carriers, master and ship in every contingency, wheresoever and whensoever occurring, and also in the event of deviation, or of unseaworthiness of the ship at the time of loading or inception of the voyage or subsequently, and none of the terms of this bill of lading shall be deemed to have been waived by the carriers unless by express waivers in writing signed by a duly authorized agent of the carriers.

Any alterations, additions or erasures in this bill of lading whether on the front or back hereof shall be signed or initialled in the margin by an agent of the carrier issuing the same and if not so signed or initialled shall be without effect and this bill of lading shall be enforceable according to its original tenor.

IN WITNESS WHEREOF, the Agent has signed this bill of lading on behalf of the Canadian National Railway Company and its connecting railway and steamship lines, severally and not jointly.

Immediately below appears the following:

D.M. Mercer
Terminal Super
Agent on behalf of the
carriers severally and not
jointly.

Carling O'Keefe Shipper
Per: F. Walsh

That portion of the bill of lading is followed by two parts, the first titled "BILL OF LADING CONDITIONS Part A — With Respect to Water Carriage" and, the second, "Part B — With Respect to Rail Carriage". Only Part A is applicable to the case at bar, and I shall recite only those conditions relied upon in argument:

1. (a) This bill of lading shall have effect subject to the provisions of the Water Carriage of Goods Act, 1936, enacted by the Parliament of Canada, or, where the laws of the United States apply, to the provisions of the Carriage of Goods by Sea Act of the United States, which shall be deemed to be incorporated herein, and the Carrier and the ship shall be entitled to the benefit of all privileges, rights and immunities conferred by the said Acts.

Dans le cas où les marchandises, en tout ou en partie, ne sont pas chargées, pour quelque cause que ce soit, sur le ou les navires auxquels elles étaient destinées, ou sont transportées au-delà de leur destination ou débarquées dans un port intermédiaire, il sera loisible au transporteur de les charger ou de les retourner conformément aux conditions du présent connaissement sur le premier navire disponible lui appartenant ou, à son choix, sur celui de toute autre société de navigation.

Il est entendu que la garde et le transport des marchandises sont assujettis à toutes les conditions du présent connaissement stipulées au recto et au verso du présent titre, lesquelles conditions régissent les relations, quelles qu'elles soient entre, d'une part, l'expéditeur et le destinataire et, d'autre part, les transporteurs, le capitaine et le navire, dans toute éventualité, en quelque lieu et à quelque moment qu'elle se produise, et aussi en cas de déroutement ou d'innavigabilité du navire au moment du chargement ou du début du voyage et par la suite. Aucune des conditions du présent connaissement ne sera réputée avoir fait l'objet d'une renonciation de la part des transporteurs, sauf par écrit signé par un mandataire dûment autorisé des transporteurs.

Toute modification, addition ou rature dans le présent connaissement, au recto ou au verso, doit être signée ou initialée dans la marge par le mandataire du transporteur qui le délivrera, à défaut de quoi, elle sera sans effet et le présent connaissement sera exécutoire selon ses termes originaux.

EN FOI DE QUOI, le mandataire a signé le présent connaissement au nom de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et de ses sociétés de navigation et de voie ferrée qui s'y rattachent, conjointement mais non solidairement.

Et, tout de suite après:

D.M. Mercer
Surveillant du terminal

Mandataire des
transporteurs,
conjointement mais non
solidairement.

Carling O'Keefe, expéditeur
Par: F. Walsh

Cette section du connaissement est suivie de deux parties, la première intitulée [TRADUCTION] «CONDITIONS DU CONNAISSEMENT — Partie A — Transport par eau» et la seconde intitulée [TRADUCTION] «Partie B — Transport ferroviaire». Seule la Partie A est pertinente en l'espèce et je n'en reproduirai ici que les dispositions ayant été invoquées au cours du débat:

[TRADUCTION] 1. (a) Le présent connaissement produira tous ses effets sous réserve des dispositions de la Loi du transport des marchandises par eau, 1936, édictée par le Parlement du Canada, ou en cas d'application des lois des États-Unis, sous réserve des dispositions du Carriage of Goods by Sea Act des États-Unis, lesquelles dispositions sont réputées être incorporées au présent titre. Le transporteur et le navire jouissent de tous les privilèges, droits et exonérations conférés par lesdites lois.

(b) Nothing herein contained shall be deemed a surrender by the Carrier of any of the rights or immunities or an increase of any of its responsibilities or liabilities under such Act, rules or ordinance as may be applicable, or to deprive the Carrier of the right to claim before the Courts of any country any limitation of, or to limit any protection or exemption from, liability conferred by law upon the Carrier or the ship. If any term of this bill of lading be repugnant to whichever of said Acts is, or is hereby made, applicable, to any extent, such term shall be void to that extent but no further.

(c) The rights and immunities set forth in Article IV of the Rules comprising the Schedule to said Water Carriage of Goods Act, 1936, shall govern before the goods are loaded on and after they are discharged from the ship and throughout the entire time the goods are in the custody of the Carrier, but in the event of loss or damage the burden of proof shall be on the person claiming such loss or damage to show that same was due to the actual fault or privity of the Carrier or the fault or neglect of the agents or servants of the Carrier. The Carrier shall not be liable in any capacity whatsoever for any delay, non-delivery or mis-delivery, or loss of or damage to the goods, howsoever any of the foregoing may be caused, occurring while the goods are not in the actual custody of the Carrier.

2. In this Bill of Lading, the word "ship" shall include any substituted vessel, and any craft, lighter or other means of conveyance owned, chartered or operated by the Carrier; the word "Carrier" shall include the ship, her owner, operator, demise charterer, time charterer, master and any substituted carrier, whether the owner, operator, charterer, or master shall be acting as Carrier or bailee; the word "shipper" shall include the person named as such in this bill of lading and the person for whose account the goods are shipped; the word "consignee" shall include the holder of the bill of lading, properly endorsed, and the receiver and the owner of the goods; the word "charges" shall include freight and all expenses and money obligations incurred and payable by the goods, shipper, consignee, or any of them.

18. If the ship is not owned by or chartered by demise to the ocean carrier by which the goods are intended to be carried hereunder (as may be the case notwithstanding anything that appears to the contrary), this bill of lading shall take effect only as a contract with the owner or demise charterer, as the case may be, as principal, made through the agency of Canadian National Railways or the said ocean carrier which in either case acts as agent only and which shall be under no personal liability whatsoever in respect thereof.

The time charterer owned a fleet of vessels, and chartered others. Because the *Newfoundland Coast* was time chartered and the bill of lading contained clause 18, the time charterer vigorously attacks the conclusion of the Trial Judge that it

(b) Rien dans le présent titre ne doit être interprété comme une renonciation, par le transporteur, à l'un quelconque de ses droits ou exonérations, ou comme un accroissement de ses responsabilités ou obligations en vertu des lois, règles ou ordonnances applicables, ou comme privant le transporteur du droit de se prévaloir devant les tribunaux de tout pays d'une limitation quelconque de la responsabilité que la loi accorde au transporteur ou au navire, ou du droit de limiter toute protection ou exonération quelconque. En cas d'incompatibilité entre l'une des dispositions du présent connaissement et l'une quelconque des lois applicables ou rendues applicables par le présent titre, cette disposition est nulle dans la mesure de l'incompatibilité mais pas davantage.

(c) Les droits et exonérations énoncés à l'article IV des Règles annexées à la Loi du transport des marchandises par eau, 1936, sont en vigueur avant le chargement et après le déchargement des marchandises, de même que pendant tout le temps où elles sont sous la garde du transporteur. Toutefois, en cas de perte ou d'avarie, c'est à la personne invoquant cette perte ou cette avarie qu'il incombe de prouver la faute ou le fait du transporteur ou encore la faute ou la négligence de ses mandataires ou préposés. Le transporteur n'est pas responsable, en quelque qualité que ce soit, pour tout retard, non-livraison ou mauvaise livraison, perte ou avarie des marchandises, quelle qu'en soit la cause, survenu pendant que les marchandises ne sont pas sous sa garde véritable.

2. Dans le présent connaissement, le terme «navire» comprend tout bâtiment substitué, embarcation, chaland ou autres moyens de transport possédés, affrétés ou exploités par le transporteur; le terme «transporteur» comprend le navire, son propriétaire, exploitant, affréteur coque nue, affréteur à temps, capitaine, ainsi que tout transporteur y substitué, que le propriétaire, l'exploitant, l'affréteur ou le capitaine agisse à titre de transporteur ou de dépositaire; le terme «expéditeur» comprend la personne désignée à ce titre dans le présent connaissement et la personne pour le compte de laquelle les marchandises sont expédiées; le terme «destinataire» comprend le porteur du connaissement, régulièrement endossé, ainsi que le réceptonnaire et le propriétaire des marchandises; le terme «frais» comprend le fret et toutes les dépenses et obligations pécuniaires engagées et payables par le propriétaire des marchandises, l'expéditeur, le destinataire ou l'un d'eux.

18. Si le navire n'appartient pas au transporteur maritime par lequel les marchandises doivent être transportées en vertu des présentes (comme ce peut être le cas malgré toute disposition contraire) ou ne lui est pas affrété coque nue, le présent connaissement constitue un contrat ne liant que le propriétaire ou l'affréteur coque nue, selon le cas, à titre de mandant, ce contrat étant conclu par l'intermédiaire de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada ou dudit transporteur maritime qui, dans l'un ou l'autre cas, n'agit qu'à titre de mandataire et dont la responsabilité personnelle ne peut en aucun cas être engagée.

L'affréteur à temps était lui-même propriétaire d'une flotte de navires et il en affrétait d'autres. Étant donné que le *Newfoundland Coast* était affrété à temps et que le connaissement contenait la clause 18, l'affréteur à temps conteste vivement

was a "carrier" of the cargo. If the stow was improperly performed, it says, that was due to the negligence of the shipowners as sole "carrier" and not in anywise the responsibility of the time charterer. Certain terms of a "Time Charter Party" dated May 23, 1980 made between the time charterer and the shipowners in respect of the *Newfoundland Coast* are also relied upon. Clause 1, for example, places the obligation of loading and discharging the vessel upon the "vessel's crew". Clauses 8 and 9 deserve to be recited in their entirety:

8. The Charterers may place a Purser on board the vessel at their expense, and the owner will provide meals and accommodation for the said Purser. The Purser shall receive, sign and handle all shipping documents and collect freight monies and advise as to cargo to be picked up or discharged at various ports of call. For this purpose, the Purser shall be deemed to be the agent of the Master but in no way shall the Master's authority as to the management, care and control of the vessel be curtailed. In the absence of a Purser, the Master shall fulfill the Purser's functions.

All freight charges for cargo handled between ports of call shall be prepaid in accordance with the Charterer's practice. Bills of Lading shall be signed by the Master or the Purser of the vessel. All monies collected for freight, together with copies of all Bills of Lading, to be turned over by the Master or the Purser to the Charterers' agents at terminal ports.

9. The Master and/or Owners to be responsible for the careful handling of cargoes and in the event of loss, damage or short delivery of the said cargoes, the vessel to be held responsible, where it is found and proved that such loss or damage was due to negligence of the Master and/or Owners.

I shall review only briefly the other circumstances of the case that surrounded the shipment and carriage of the cargo from St. John's to Labrador. The containers were picked up by the shipper from the time charterer's premises and taken to the shipper's warehouse where they were stuffed by the shipper with the subject goods. In the office of the warehouse supervisor was kept a pad of the time charterer's blank forms of bill of lading. The evidence was to the effect that it was this supervisor who completed one of the forms by inserting "St. John's" as the place where the goods were received, the date of their receipt, the name of the shipper, the name of the consignee (Norlab Ltd.), the destination and the particulars of the goods. Under a column headed "No. Packages"

la conclusion du juge de première instance portant qu'il était un «transporteur» de la cargaison. Si l'arrimage n'a pas été effectué adéquatement, prétend-il, c'était en raison de la négligence des propriétaires du navire en tant que seul «transporteur», et cela n'engageait en aucune façon la responsabilité de l'affrètement à temps. Ce dernier invoque également certaines dispositions de la «Charte-partie à temps» qu'il a conclue le 23 mai 1980 avec les propriétaires du navire à l'égard du *Newfoundland Coast*. La clause 1 de ce document stipule que l'obligation de charger et de décharger le navire incombe à [TRADUCTION] «l'équipage du navire». Les clauses 8 et 9 méritent d'être reproduites en entier:

[TRADUCTION] 8. Les affrêteurs peuvent, à leurs frais, retenir les services d'un commissaire à bord du navire. Le propriétaire lui fournira la nourriture et le logement. Le commissaire reçoit, signe et prend en charge tous les documents d'expédition, perçoit le fret et voit à ce que les cargaisons soient enlevées ou déchargées aux différents ports d'escale. À cette fin, le commissaire est réputé agir comme mandataire du capitaine, sans préjudice toutefois à l'autorité de ce dernier quant à l'administration, à la garde et au contrôle du navire. En l'absence d'un commissaire, le capitaine en remplit les fonctions.

Tous les frais afférents à la manutention de la cargaison entre les ports d'escale devront être payés à l'avance, suivant la pratique de l'affrètement. Les connaissements devront être signés par le capitaine ou le commissaire du navire. Les sommes perçues pour le fret ainsi que les copies de tous les connaissements seront remises par le capitaine ou le commissaire aux mandataires des affrêteurs se trouvant dans les ports de destination.

9. Le capitaine et/ou les propriétaires sont responsables de la manutention soignée des cargaisons et en cas de perte, d'avarie ou de livraison incomplète desdites cargaisons, le navire sera tenu responsable s'il est prouvé que la perte ou l'avarie a été causée par la négligence du capitaine et/ou des propriétaires.

J'évoquerai maintenant brièvement les circonstances ayant entouré le chargement et le transport de la cargaison de St. John's au Labrador. L'expéditeur est allé chercher les conteneurs sur les lieux de l'entreprise de l'affrètement à temps pour les apporter à son entrepôt où il les a remplis avec les marchandises en cause. Dans le bureau du surveillant de l'entrepôt se trouvait une tablette de formules de connaissement en blanc. La preuve a démontré que c'est ce surveillant qui avait rempli l'une des formules en y indiquant «St. John's» comme lieu de réception des marchandises, la date de leur réception, le nom de l'expéditeur, celui du destinataire (Norlab Ltd.), la destination et la nature des marchandises. Sous la colonne intitulée [TRADUCTION] «Nombre de colis» et les deux

and the two columns immediately to the right thereof headed "Description of Articles and Special Marks" and "Weight (Subject to Correction)" respectively, he inserted the number of cases, the brands of beer and their weight. In the lower portion of the space set aside for "particulars" of the goods (astride the first two columns) he inserted the identifying numbers of the three containers which were lost. The containers were delivered to the time charterer on October 29, 1980 when a secretary acting with the authority of its terminal superintendent signed the form of bill of lading in the space provided on its face and thereby caused it to be issued.

At no time was the name of the carrying vessel inserted in the space provided on the face of the bill of lading. Quite some days passed before a vessel was selected by the time charterer when the goods would be actually loaded on board and the ship could depart on her voyage.

Of obvious significance to the Trial Judge was the state of the shipper's knowledge concerning the identity of the vessel which would carry the goods to destination. Evidence contained in the time charterer's waybills, prepared on October 29, 1980 but received by the shipper subsequent to the ship's departure, further disclosed that, apparently, at first it had been decided to ship the goods on board the *Sir R Bond*, one of the time charterer's own vessels. It was argued in any event from the course of dealings which had existed between the parties and from shipping practices at St. John's, that the shipper knew or ought to have known that the *Newfoundland Coast* would be utilized. The Trial Judge, at pages 110-111 F.C., made these very precise findings as to the state of the shipper's knowledge:

Walsh was not told what vessel would take the cargo nor did he enquire. Captain William Embleton, CN's coastal service operations manager, said it was not CN's practice to give shippers the name of the vessel taking the cargo unless there was a specific request for the information. He also said that CN did not inform the plaintiff and does not inform shippers generally that their cargo will be going on chartered as opposed to CN vessels.

colonnes situées immédiatement à droite et intitulées respectivement [TRADUCTION] «Description des articles et marques spéciales» et [TRADUCTION] «Poids (sujet à correction)», le surveillant a inscrit le nombre de caisses, les marques de bière et leur poids. Dans la partie inférieure de l'espace réservé aux «précisions» sur les marchandises (enjambant les deux premières colonnes), il a indiqué le numéro d'identification des trois conteneurs qui ont été perdus. Les conteneurs ont été livrés à l'affréteur à temps le 29 octobre 1980, date à laquelle une secrétaire agissant au nom du surveillant du terminal a signé la formule de connaissance dans l'espace prévu au recto et en a fait ainsi la délivrance.

Le nom du navire transporteur n'a en aucun moment été inscrit dans l'espace prévu à cette fin au recto du connaissance. Plusieurs jours se sont écoulés avant que l'affréteur à temps ne choisisse un navire, que les marchandises ne soient chargées à bord et que le navire ne lève l'ancre.

Le juge de première instance a manifestement attaché un certain poids à la connaissance que pouvait avoir l'expéditeur de l'identité du navire qui serait chargé d'amener les marchandises à destination. Il ressort des feuilles de route de l'affréteur à temps, préparées le 29 octobre 1980 mais reçues par l'expéditeur après le départ du navire, qu'il avait apparemment d'abord été décidé de charger les marchandises à bord du *Sir R Bond*, l'un des navires de l'affréteur à temps. Quoi qu'il en soit, on a allégué qu'étant donné les négociations antérieures entre les parties et les usages en cours à St. John's, l'expéditeur savait ou aurait dû savoir que c'est le *Newfoundland Coast* qui serait utilisé. Aux pages 110 et 111 C.F., le juge de première instance tire des conclusions très précises quant à la connaissance de l'expéditeur à cet égard:

On n'a pas indiqué à Walsh sur quel navire les marchandises seraient chargées et celui-ci ne l'a pas demandé. Le capitaine William Embleton, qui est chef des opérations du service de cabotage de CN, a déclaré que CN n'avait pas pour habitude de donner aux chargeurs le nom du navire sur lequel la cargaison est chargée à moins qu'on ne lui présente une demande spécifique à cet effet. Il a aussi affirmé que CN n'a pas informé la demanderesse, tout comme elle n'informe pas en général les autres chargeurs, que ses marchandises seraient transportées par un navire affrété plutôt que par un navire dont elle était propriétaire.

In my view, it would not be proper for this Court to interfere with these findings for which, even the time charterer acknowledges, some supporting evidence existed. Nor should we attempt to re-weigh the evidence on which it is based when no valid ground for so doing has been shown. Put shortly, no "palpable and overriding error" affecting the Trial Judge's assessment of the facts such as would entitle us to disregard these findings, has been demonstrated. (See *Stein et al. v. The Ship "Kathy K" et al.*, [1976] 2 S.C.R. 802).

Not long after the ship departed St. John's on November 15, 1980, the master decided to make for shelter in a small coastal port after receiving over the ship's radio a gale warning put out by the Canadian Coast Guard. In point of fact, this warning was for the west coast of Newfoundland; the vessel was still in northeastern coastal waters. At all events, the containers were lost at sea on the same day near Cape Bonavista when, according to the master, "heavy swell and tide rips" resulted in "confused seas" hitting "the containers ... and breaking the lashings" and in "3 containers slipping over the side and floating away". The Trial Judge did not accept that these sea conditions exonerated the "carrier" from liability for he considered that they were "precisely what would be anticipated". He found that the loss was caused by improper stowage of the cargo, saying, at pages 114 and 115 of his reasons:

The master attributed the loss to the heavy seas hitting the underside of the containers and, he speculated, to the possibility that, in combination with the heavy seas causing the containers to lift up, there might have been a cutting edge on one of the containers which cut the wire rope.

Given the wind speed and consequent speed of the waves combined with the rolling of the vessel and the protruding containers I have no hesitation in finding that the loss was brought about by the fact that the containers were stowed so that their ends protruded over the side of the vessel. By being stowed in that way they formed a trap against which the full force of onrushing waves, of even moderate height, would rush up the sides of the vessel and exert enormous upward pressure on the bottoms of the containers. That at any given time the force of the waves could be increased significantly as a result of breaking waves and by the downward rolling motion of the ship only serves to reinforce my view that the loss was the direct result of the improper stowage of the containers.

À mon avis, il ne serait pas opportun pour cette Cour d'intervenir dans des conclusions qu'étaient, de l'aveu même de l'affrètement à temps, certains éléments de preuve. Il n'y a pas lieu non plus de réévaluer cette preuve en l'absence de tout motif valable de le faire. Bref, on n'a démontré aucune «erreur manifeste et dominante» qui aurait faussé l'appréciation des faits au point de nous autoriser à écarter ces conclusions. (Voir *Stein et autres c. Le navire «Kathy K» et autres*, [1976] 2 R.C.S. 802).

Peu de temps après le départ du navire de St. John's le 15 novembre 1980, le capitaine a décidé de chercher refuge dans un petit port de la côte après avoir reçu par radio un avis de coup de vent lancé par la Garde côtière canadienne. En fait, cet avis était destiné à la côte ouest de Terre-Neuve, alors que le navire longeait encore la côte nord-est. Quoi qu'il en soit, les conteneurs ont été perdus en mer ce même jour près du cap Bonavista lorsque, selon le capitaine, [TRADUCTION] «de grosses lames de fond et des contre-courants» ont fait que la «mer déchaînée a frappé par-dessous les conteneurs ... et a provoqué la rupture des saisines», faisant ainsi «passer par-dessus bord trois conteneurs qui sont partis à la dérive». Le juge de première instance a considéré que ces conditions n'exonéraient pas le «transporteur» de toute responsabilité, estimant qu'elles étaient «exactement celles auxquelles il fallait s'attendre». Il a conclu que la perte avait été causée par l'arrimage inadéquat de la cargaison. Il s'exprime ainsi aux pages 114 et 115 de ses motifs:

Le capitaine a attribué la perte à la mer houleuse frappant le dessous des conteneurs et les soulevant, et au fait qu'il était possible selon lui que le câble d'acier ait été coupé par une arête tranchante de l'un des conteneurs.

Compte tenu de la vitesse des vents et de celle des vagues produites par ceux-ci ainsi que du roulis du navire et étant donné que les conteneurs dépassaient de chaque côté de celui-ci, je n'ai aucune hésitation à conclure que la perte est due au fait que les conteneurs avaient été arrimés de manière à ce que leurs extrémités dépassent les côtés du navire. Arrimés ainsi, ils constituaient une trappe sur laquelle les vagues, même si elles étaient de hauteur moyenne, heurtaient violemment les côtés du navire et exerçaient une force ascendante énorme sur le fond des conteneurs. Le fait qu'à tout moment la force des vagues pouvait augmenter considérablement par suite de leur déferlement et du roulis descendant du navire renforce ma conclusion que la perte était directement attribuable à l'arrimage inadéquat des conteneurs.

The Trial Judge also found that the wire rope lashings supplied by the time charterer pursuant to its obligation under the Time Charter Party were inadequate for the purpose of lashing the containers, stowed as they were athwartships on the weather deck. With regard to the loading and stowage of the cargo he found, at page 111:

Although the master has the last word on where the cargo will be placed on his vessel and how much he will take, in practice, Captain Sirois worked in conjunction with CN staff in planning the amount and placement of the cargo on his vessel. CN would, for example, designate which of several containers it might want stowed below deck. CN would determine how much freight the vessel would take and Sirois would supervise its loading by stevedores under contract with CN. Between Sirois and CN it was decided that the 20-foot containers should be stowed athwartships or transversely rather than longitudinally or fore and aft. In fact, as CN was determined, towards the end of the shipping season, to use every inch of space available on the defendant ship, the master had no alternative but to stow it that way.

I shall now take up the questions raised on this appeal, the first being whether the Trial Judge erred in finding that the time charterer acted as "carrier" of the cargo at the time of the loss.

The demise clause defence

The time charterer puts its position that it had not acted as a "carrier" in simple terms: it was not a party to the contract of carriage evidenced by the bill of lading and, accordingly, could not be considered the "carrier" of the cargo; the contract of carriage was made between the shipowners and the shipper; in signing the bill of lading it acted in the capacity as agent only for the shipowners and not on its own behalf; the so-called demise clause (clause 18) in the bill of lading clearly demonstrates an intention that only the shipowners would be bound as "carrier"; the shipper must look to the shipowners and only to the shipowners for its loss.

In concluding on the evidence that the time charterer was a "carrier" of the cargo, the Trial

Le juge de première instance a aussi conclu que les saisines d'acier fournies par l'affrèteur à temps, conformément à l'obligation que lui imposait la charte-partie à temps, ne pouvaient suffire à attacher les conteneurs ainsi arrimés en travers sur le pont supérieur. Voici ce qu'il affirme, à la page 111, sur cette question du chargement et de l'arrimage de la cargaison:

Bien que le capitaine ait le dernier mot quant à l'emplacement de la cargaison sur son navire et quant à la quantité de marchandises qui sera chargée, en pratique le capitaine Sirois travaillait en collaboration avec le personnel de CN pour déterminer la disposition et la quantité de marchandises chargées à bord de son navire. CN indiquait, par exemple, quels conteneurs elle souhaitait voir arrimés sous le pont. Elle déterminait la quantité de marchandises qui seraient chargées à bord du navire et Sirois surveillait le chargement effectué par des acconiers engagés par CN. Sirois et CN ont décidé que les conteneurs de 20 pieds devaient être arrimés par le travers, ou transversalement, plutôt que longitudinalement ou de l'avant à l'arrière. En fait, étant donné que CN était déterminé, vers la fin de la saison de la navigation, à utiliser chaque pouce de l'espace disponible sur le navire défendeur, le capitaine n'avait d'autre choix que d'arrimer les conteneurs de cette manière.

J'examinerai maintenant les questions soulevées dans le présent appel, la première étant de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que l'affrèteur à temps agissait à titre de «transporteur» de la cargaison au moment de la perte.

f La défense fondée sur la clause d'affrètement coque nue

L'affrèteur prétend qu'il n'agissait pas comme «transporteur» et c'est en termes simples qu'il explique sa position: il n'était pas partie au contrat de transport constaté par le connaissement et, partant, ne pouvait être considéré comme le «transporteur» de la cargaison; le contrat de transport a été conclu entre les propriétaires du navire et l'expéditeur; en signant le connaissement, l'affrèteur à temps a agi uniquement comme mandataire des propriétaires du navire et non pour son propre compte; la clause dite d'affrètement coque nue (clause 18) figurant au connaissement démontre clairement que seuls les propriétaires du navire devaient être liés comme «transporteur»; enfin c'est contre les propriétaires du navire et uniquement contre eux que l'expéditeur doit exercer ses recours pour la perte qu'il a subie.

En concluant, à partir de la preuve, que l'affrèteur à temps était un «transporteur» de la cargai-

Judge relied upon this Court's decision in *Cormorant Bulk-Carriers Inc. v. Canficorp (Overseas Projects) Ltd.* (1984), 54 N.R. 66 (F.C.A.). I accept, as both counsel submit, that the facts of that case were such as to render it distinguishable from the case at bar. Counsel for the shipper insists, however, that the case laid down a principle applicable here, namely, that a clause purporting to identify shipowners, rather than a time charterer, as "carrier" does not insulate a time charterer from liability as "carrier" if the facts show him to have actually assumed that role under the contract of carriage with the shipper.

The validity of this type of clause has been upheld in England,² and in Australia,³ but appears to have been looked upon with some disfavour in the United States.⁴ It is not necessary here to deal with the question at large except perhaps to note that, speaking generally, the current of judicial authorities thus far decided in this country appears to favour validity: *Paterson SS Ltd. v. Aluminum Co. of Can.*, [1951] S.C.R. 852; [1952] 1 D.L.R. 241; *Aris Steamship Co. Inc. v. Associated Metals & Minerals Corporation*, [1980] 2 S.C.R. 322;

son, le juge de première instance s'est appuyé sur l'arrêt qu'a rendu cette Cour dans *Cormorant Bulk-Carriers Inc. c. Canficorp (Overseas Projects) Ltd.* (1984), 54 N.R. 66 (C.A.F.). Je reconnais, comme l'ont soutenu les avocats des deux parties, que les faits de cette affaire sont tels qu'il y a lieu d'opérer une distinction avec l'espèce. L'avocat de l'expéditeur n'en prétend pas moins que cet arrêt énonce un principe applicable dans la présente affaire, savoir qu'une clause tendant à désigner les propriétaires du navire, au lieu de l'affréteur à temps, comme «transporteur» n'immunise pas ce dernier de toute responsabilité à titre de «transporteur» si les faits démontrent qu'il avait en réalité assumé ce rôle aux termes du contrat de transport conclu avec l'expéditeur.

Des clauses de ce genre ont été reconnues valides en Angleterre² et en Australie³, mais semblent avoir été considérées avec méfiance aux États-Unis⁴. Il n'y a pas lieu, en l'espèce, d'examiner cette question à fond sauf peut-être pour souligner que, de façon générale, la jurisprudence canadienne a jusqu'à maintenant eu tendance à favoriser la validité de ces clauses: *Paterson SS Ltd. c. Aluminum Co. of Can.*, [1951] R.C.S. 852; [1952] 1 D.L.R. 241; *Aris Steamship Co. Inc. c. Associated Metals & Minerals Corporation*, [1980] 2

² See e.g. *The Berkshire*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 185 (Q.B.D.); *The Vikfrost*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 560 (C.A.); *Kenya Railways v. Antares Co. Pte. Ltd. (The Antares)* (No. 1), [1986] 2 Lloyd's Rep. 626 (Q.B. Com. Ct.); *Ngo Chew Hong Edible Oil Pte. Ltd. v. Scindia Steam Navigation Co. Ltd. (The Jalamohan)*, [1988] 1 Lloyd's Rep. 443 (Q.B. Com. Ct.).

³ See e.g. *Kaleej International Pty Ltd v Gulf Shipping Lines Ltd* (1986), 6 NSWLR 569 (C.A.). Compare *Anderson's (Pacific) Trading Co Pty Ltd v Karlander New Guinea Line Ltd*, [1980] 2 NSWLR 870 (Com. Law Div.).

⁴ See e.g. *Epstein v. U.S.*, 86 F. Supp. 740 (D.C.N.Y., 1949); *Blanchard Lumber Co. v. S. S. Anthony II*, 259 F. Supp. 857 (D.C.N.Y., 1966). Compare *The Iristo*, 43 F. Supp. 29 (D.C.N.Y., 1941), affd, 137 F. 2d 619 (2d Cir. 1943); cert. denied, 320 U.S. 802 (1943).

² Voir not. *The Berkshire*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 185 (Q.B.D.); *The Vikfrost*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 560 (C.A.); *Kenya Railways v. Antares Co. Pte. Ltd. (The Antares)* (No. 1), [1986] 2 Lloyd's Rep. 626 (Q.B. Com. Ct.); *Ngo Chew Hong Edible Oil Pte. Ltd. v. Scindia Steam Navigation Co. Ltd. (The Jalamohan)*, [1988] 1 Lloyd's Rep. 443 (Q.B. Com. Ct.).

³ Voir not. *Kaleej International Pty Ltd v Gulf Shipping Lines Ltd* (1986), 6 NSWLR 569 (C.A.). Compare *Anderson's (Pacific) Trading Co Pty Ltd v Karlander New Guinea Line Ltd*, [1980] 2 NSWLR 870 (Com. Law Div.).

⁴ Voir not. *Epstein v. U.S.*, 86 F. Supp. 740 (D.C.N.Y., 1949); *Blanchard Lumber Co. v. S. S. Anthony II*, 259 F. Supp. 857 (D.C.N.Y., 1966). Compare *The Iristo*, 43 F. Supp. 29 (D.C.N.Y., 1941); conf., 137 F. 2d 619 (2d Cir. 1943); cert. refusé, 320 U.S. 802 (1943).

(1980), 101 D.L.R. (3d) 1; 31 N.R. 584.⁵ In *Paterson*, for example, the terms of the charterparty placed the vessel's master under the orders and direction of the charterers as regards employment and agency, and required the charterers to load, stow and trim the cargo at their expense and under the supervision of the master who was to sign bills of lading for cargo as presented in conformity with notes or tally clerk's receipts. The vessel was to remain in possession of its owners who were obliged to pay for all provisions and wages of the master and crew and to maintain the vessel in class. Rand J., speaking for himself and two of the other judges, said at page 854:

Under such a charter, and in the absence of an undertaking on the part of the charterer, the owner remains the carrier for the shipper, and in issuing bills of lading the captain acts as his agent. In this case, the bill of lading was signed for the captain by the agents appointed by the charterers certainly for themselves and probably for the vessel also and that fact raises the first of the only two points deserving consideration.

Locke J. added the following, speaking for himself and two of his colleagues, at pages 860-861:

While the charterer was thus empowered to decide on the manner of the employment of the ship and to appoint agents for the ship at points of call, possession of the vessel remained in the appellant through the Captain. The rule applicable is stated by Channell J. in *Wehner v. Dene Steam Shipping Company* ([1905] 2 K.B. 92 at 98), as being that in ordinary cases, where the charterparty does not amount to a demise of the ship and possession remains with the owner, the contract is made not with the charterer but with the owner.

⁵ See also *Apex (Trinidad) Oilfields, Ltd. v. Lunham & Moore Shipping, Ltd.*, [1962] 2 Lloyd's Rep. 203 (Can. Ex. Ct.); *Delano Corp. of America v. Saguenay Terminals Ltd.* [1965] 2 Ex.C.R. 313; *Kennedy & Co., Ltd. v. Canada Jamaica Line, Canada West Indies Shipping Company, Ltd., and Aldag*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 336 (Que. S.C.); *Atlantic Traders Ltd. v. Saguenay Shipping Ltd.* (1979), 38 N.S.R. (2d) 1; 69 A.P.R. 1 (S.C.T.D.); *Weyerhaeuser Co. et al. v. Anglo Canadian Shipping Co. et al.* (1984), 16 F.T.R. 294 (T.D.). Compare *Canadian Klockner Ltd. v. D/S A/S Flint*, [1973] F.C. 988 (T.D.); and *Farr Inc. v. Tourloti Compania Naviera S.A.* (T-5847-80, Pinard J., judgment dated 3/7/85, F.C.T.D., not reported; affd. A-645-85, Marceau J.A., judgment dated 30/5/89, F.C.A., not yet reported).

R.C.S. 322; (1980), 101 D.L.R. (3d) 1; 31 N.R. 584.⁵ Dans l'affaire *Paterson* par exemple, les conditions de la charte-partie stipulaient que le capitaine du navire était placé sous les ordres des affrêteurs pour toute question d'emploi et de mandat, et que ces derniers étaient tenus de charger et d'arrimer la cargaison à leurs frais, sous la surveillance du capitaine qui devait signer sur présentation les connaissements relatifs aux chargements effectués conformément aux reçus de bord ou aux reçus du pointeur. Le navire devait demeurer en la possession de ses propriétaires qui étaient tenus de payer la pension et les salaires du capitaine et des membres d'équipage, en plus de conserver la classe du navire. S'exprimant en son nom et en celui de deux de ses collègues, le juge Rand déclare, à la page 854:

[TRADUCTION] Aux termes d'une charte-partie de cette nature et en l'absence d'un engagement de la part de l'affrêteur, le propriétaire demeure le transporteur à l'égard de l'expéditeur et, quand il délivre des connaissements, le capitaine agit en tant que mandataire du propriétaire. En l'espèce, le connaissement a été signé pour le capitaine par les mandataires nommés par les affrêteurs très certainement en leur nom et probablement aussi au nom du navire. Ce fait soulève le premier des deux seuls points qui méritent d'être étudiés.

Parlant aussi en son nom et en celui de deux autres collègues, le juge Locke ajoute, aux pages 860 et 861:

[TRADUCTION] Bien que l'affrêteur ait ainsi eu le pouvoir de décider de l'utilisation du navire et de nommer des mandataires du navire aux ports d'escale, le navire demeurait en la possession de l'appelante par l'intermédiaire du capitaine. La règle applicable a été formulée par le juge Channell dans *Wehner v. Dene Steam Shipping Company* ([1905] 2 K.B. 92, à la p. 98), savoir qu'en temps normal, lorsque la charte-partie ne prévoit pas le transfert de la gestion nautique et commerciale du navire et que ce dernier demeure en la possession du propriétaire, le contrat est alors conclu avec le propriétaire et non avec l'affrêteur.

⁵ Voir également *Apex (Trinidad) Oilfields, Ltd. v. Lunham & Moore Shipping, Ltd.*, [1962] 2 Lloyd's Rep. 203 (C. de l'É. Can.); *Delano Corp. of America v. Saguenay Terminals Ltd.*, [1965] 2 R.C.É. 313; *Kennedy & Co., Ltd. v. Canada Jamaica Line, Canada West Indies Shipping Company, Ltd., and Aldag*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 336 (C.S. Qué.); *Atlantic Traders Ltd. v. Saguenay Shipping Ltd.* (1979), 38 N.S.R. (2d) 1; 69 A.P.R. 1 (C.S. 1^{re} inst.); *Weyerhaeuser Co. et autres c. Anglo Canadian Shipping Co. et autres* (1984), 16 F.T.R. 294 (1^{re} inst.). Compare *Canadian Klockner Ltd. c. D/S A/S Flint*, [1973] C.F. 988 (1^{re} inst.); *Farr Inc. c. Tourloti Compania Naviera S.A.* (T-5847-80, juge Pinard, jugement en date du 3-7-85, C.F. 1^{re} inst., non publié; conf., A-645-85, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 30-5-89, encore inédit (C.A.F.)).

It was clear that the contract of carriage therein was made with the shipowners who thereby agreed to be bound as "carrier" of the cargo. The time charterer was not a party to the action.

While these decisions of the Supreme Court of Canada show that in cases where a clause of this kind is contained in a contract of carriage that contract will ordinarily be between the shipper and the shipowners, it would seem unwise (as has been observed) to "lay down a hard and fast rule" of general application because the "circumstances and terms of the documentation may differ in different cases".⁶ That much seems clearly to have been accepted by the Supreme Court itself in *Paterson* where Rand J. reached his conclusion "in the absence of an undertaking on the part of the charterer" and where Locke J. spoke only of the rule applicable in "ordinary cases". Thus *Cormorant* was not seen by this Court as an ordinary case because the totality of the evidence showed that the charterers, by their words and actions, actually undertook to act as "carrier" of the cargo and thereby bound themselves as principal under the contract of carriage with the shipper.

Is this an ordinary case or, put another way, does the evidence show that the time charterer undertook to act as "carrier"? To answer this question it is necessary once again to consider the documentation and the circumstances. As for the latter, we have important findings of fact by the Trial Judge. Although the terms of the Time Charter Party placed the obligation of signing the bills of lading on the master or the purser (the time charterer's representative on board the ship), the bill of lading was in fact signed by or on behalf of the time charterer's terminal superintendent. This led the Trial Judge to conclude at page 117 of his reasons for judgment:

⁶ Per Walton J. in *Samuel, Samuel & Co. v. West Hartlepool Steam Navigation Company* (1906), 11 Com. Cas. 115 (S.C.).

Il était manifeste que le contrat de transport conclu dans cette affaire l'avait été avec les propriétaires du navire, lesquels convenaient ainsi d'être liés en tant que «transporteur» de la cargaison. L'affrèteur à temps n'était pas partie à l'instance.

Même s'il ressort de ces décisions de la Cour suprême du Canada que dans les cas où un contrat de transport stipule une clause de ce genre, ce contrat sera alors normalement conclu entre l'expéditeur et les propriétaires du navire, il serait inapproprié comme on l'a déjà souligné [TRADUCTION] «d'énoncer une règle ferme et rigide» d'application générale puisque [TRADUCTION] «les circonstances et le libellé des documents peuvent varier selon les espèces». Ce tempérament semble avoir été clairement accepté par la Cour suprême elle-même dans l'affaire *Paterson*, où le juge Rand tire sa conclusion [TRADUCTION] «en l'absence d'un engagement de la part de l'affrèteur» et où le juge Locke s'en tient à la règle applicable [TRADUCTION] «en temps normal». Ainsi dans l'arrêt *Cormorant*, cette Cour a considéré qu'elle n'était pas en présence d'une affaire normale étant donné que l'ensemble de la preuve démontrait que, par leurs paroles et leurs actions, les affrêteurs s'étaient en réalité engagés à agir comme «transporteur» de la cargaison et s'étaient par là même liés en tant que mandants aux termes du contrat de transport conclu avec l'expéditeur.

Or, s'agit-il en l'espèce d'une affaire normale ou, en d'autres termes, la preuve démontre-t-elle que l'affrèteur à temps s'est engagé à agir comme «transporteur»? Pour répondre à cette question, il convient une fois de plus d'examiner la preuve documentaire et circonstancielle. Sur cette dernière, nous disposons d'importantes conclusions de fait arrêtées par le juge de première instance. Ainsi, bien que l'obligation de signer les connaissements ait été dévolue au capitaine ou au commissaire (le représentant de l'affrèteur à temps à bord du navire) sous l'empire de la charte-partie, le connaissement a en fait été signé par le surveillant du terminal de l'affrèteur à temps ou en son nom. Voici ce qu'en conclut le juge de première instance à la page 117 de ses motifs:

⁶ Le juge Walton dans *Samuel, Samuel & Co. v. West Hartlepool Steam Navigation Company* (1906), 11 Com. Cas 115 (S.C.).

4. The bill of lading was a CN bill of lading filled out and signed precisely in the same manner as if the cargo were going to be taken on a CN-owned ship. No where was it indicated on the bill of lading that the CN employee who signed it signed it on behalf of the master or the owners of the ship but only on behalf of CN. Under the place for signature the following is printed:

Agent on behalf of the carriers severally and not jointly.

Immediately above the place for signature the following is printed:

IN WITNESS WHEREOF, the Agent has signed this bill of lading on behalf of the Canadian National Railway Company and its connecting railway and steamship lines, severally and not jointly.

It seems to me that a fair reading of that portion of the bill of lading alone would lead a shipper to conclude that CN was holding itself out to be the carrier and that the contract of carriage was intended to be between the shipper and CN. Furthermore clause 2 of part A of the bill of lading conditions dealing with water carriage specifically provides that the word "carrier" in the bill of lading includes the time charterer.⁷

This is followed, at page 118, by a finding as to the role played by the time charterer in loading and stowing the cargo on board the ship:

6. CN acted in part as carrier in the loading and stowing of the cargo. It supplied the lashings for the containers. It decided how much freight the vessel would take. The master merely acquiesced. It was CN's decision to use every inch of available space on the ship including its deck space. It was CN's decision to have the vessel take the number of containers which it did. The inevitable consequence of that decision was that they would have to be stowed athwartships, with their ends protruding over the side of the vessel. It was CN's decision that the containers, so stowed, be secured by wire rope instead of by "proper fittings."

The facts as found established to the Trial Judge's satisfaction that, with the exception of clause 18 [at page 118], "everything in the relationship between the plaintiff and CN points to a contract of carriage between the plaintiff and CN".

As for the documentation, counsel for the time charterer points to what he claims is a fatal flaw in the Trial Judge's treatment of the bill of lading language. He says that, in effect, the Judge

⁷ Compare the English decisions in *The Birkshire* and *The Vikfrost*, footnote 2 *supra*, to the effect that if the terms of a charterparty the master is bound to sign a given bill of lading if ordered by the charterer, a signature by the charterer has the same effect as a signature by the master, the signing being but a mere "ministerial act".

4. Le connaissement était un connaissement de CN, signé et rempli exactement comme si la cargaison devait être chargée sur un navire appartenant à CN. Il n'est indiquée nulle part sur le connaissement que l'employé a signé celui-ci au nom du capitaine ou des propriétaires du navire; il est seulement dit qu'il l'a signé au nom de CN. Le texte suivant est imprimé sous l'espace réservé à la signature:

Mandataire des transporteurs, conjointement mais non solidairement.

Et le texte qui suit est imprimé juste au-dessus du même espace:

EN FOI DE QUOI, le mandataire a signé le présent connaissement au nom de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et de ses sociétés de navigation et de voie ferrée qui s'y rattachent, conjointement mais non solidairement.

Il me semble que si un chargeur interprétait correctement cette partie du connaissement, il serait amené à conclure que CN se présentait comme le transporteur et que le contrat de transport devait lier le chargeur et CN. En outre, la clause 2 de la partie A des conditions du connaissement relatives au transport par eau prévoit expressément que le terme «transporteur» qui figure dans le connaissement désigne également l'affréteur à temps.⁷

Le juge de première instance poursuit, à la page 118, en constatant le rôle qu'a joué l'affréteur à temps dans le chargement et l'arrimage de la cargaison à bord du navire:

6. CN a en partie agi comme un transporteur lors du chargement et de l'arrimage de la cargaison. Il a fourni les saisines des conteneurs. Il a déterminé la quantité de marchandises qui seraient chargées à bord du navire. Le capitaine s'est contenté d'acquiescer. C'est CN qui a décidé d'utiliser chaque pouce d'espace disponible sur le navire, y compris sur le pont. C'est encore CN qui a déterminé le nombre de conteneurs chargés à bord du navire. Par suite de cette décision, les conteneurs ont dû inévitablement être arrimés en travers, leurs extrémités dépassant de chaque côté du navire. C'est également CN qui a décidé que les conteneurs ainsi arrimés seraient attachés avec des câbles d'acier plutôt qu'avec les «accessoires adéquats».

Ces conclusions de fait ont établi, à la satisfaction du juge de première instance, qu'à l'exception de la clause 18, [à la page 118] «tout [indiquait] qu'il existait un contrat de transport entre la demanderesse et le CN».

En ce qui a trait aux documents, l'avocat de l'affréteur à temps soutient qu'il y a un vice fatal dans l'analyse qu'a faite le juge de première instance du texte du connaissement. Il affirme en

⁷ Comparer les arrêts anglais *The Birkshire* et *The Vikfrost*, précités, note 2, portant que lorsque, en vertu de la charte-partie, le capitaine est requis de signer un connaissement donné sur ordre de l'affréteur, la signature de ce dernier a le même effet que celle du capitaine, s'agissant simplement d'un [TRADUCTION] «acte ministériel».

ignored the true import of the words "Agent on behalf of the carriers severally and not jointly" printed under the signature line on the face of the bill of lading and especially so when they are read along with language appearing in clause 18 — viz, that the bill of lading "shall take effect only as a contract with the owner or demise charterer, as the case may be, as principal, made through the agency of Canadian National Railways or the said ocean carrier which in either case acts as agent only", stress being placed on these last three words. This language, he submits, shows that the time charterer acted solely as the shipowners' agent and not as principal.

While I agree that the task facing us is essentially one of construing the language of the bill of lading, that task cannot be properly carried out by focusing on a portion of clause 18 to the exclusion of the balance. To my mind, the opening words of that clause are paramount, for it is only in a narrow circumstance that the clause as a whole was intended to operate: where "the ship is not owned by or chartered by demise to the ocean carrier by which the goods are intended to be carried hereunder". I have no doubt that the words "the ship" in this clause as elsewhere in the relevant bill of lading provisions refer to the "Vessel" to be identified by name in the blank space provided on its face, the intention being that the time charterer in signing the completed document would do so "as agent only" of the "owner" of "the ship" so identified. This failure to name the carrying vessel is particularly critical given the Trial Judge's finding that the shipper was not otherwise informed that the goods would be carried on the chartered ship rather than on one owned by the time charterer. Had "the ship" been named in the bill of lading it might well have been arguable that the time charterer would then have

effet que le juge a mal évalué la véritable portée des mots [TRADUCTION] «Mandataire des transporteurs, conjointement mais non solidairement» imprimés sous la ligne réservée à la signature, au recto du connaissement, particulièrement lorsqu'on les rapproche du libellé de la clause 18, savoir que le connaissement [TRADUCTION] «constitue un contrat ne liant que le propriétaire ou l'affrèteur coque nue, selon le cas, à titre de mandant, ce contrat étant conclu par l'intermédiaire de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada ou dudit transporteur maritime qui, dans l'un ou l'autre cas, n'agit qu'à titre de mandataire», l'accent étant mis sur ces quatre derniers mots. Selon l'avocat de l'affrèteur à temps, il ressort de ce libellé que son client n'a agi qu'à titre de mandataire des propriétaires du navire et non à titre de mandant.

Je conviens, certes, qu'il nous incombe essentiellement en l'espèce d'interpréter le texte du connaissement. Nous ne saurions toutefois nous acquitter correctement de cette tâche en mettant en lumière une partie seulement de la clause 18 à l'exclusion du reste. À mon sens en effet, les mots introductifs de cette clause revêtent une importance prépondérante puisque l'ensemble de la clause ne devait s'appliquer que dans des circonstances très précises, soit dans le cas où [TRADUCTION] «le navire n'appartient pas au transporteur maritime par lequel les marchandises doivent être transportées en vertu des présentes . . . ou ne lui est pas affrété coque nue». Il ne fait aucun doute que, dans cette clause comme ailleurs dans les dispositions pertinentes du connaissement, les mots «le navire» renvoient au «bâtiment» dont le nom devait figurer dans l'espace en blanc prévu au recto: le but visé était de faire en sorte qu'en signant le document rempli, l'affrèteur n'agisse «qu'à titre de mandataire» du «propriétaire» du «navire» ainsi désigné. Le défaut d'identifier le navire transporteur est d'une importance particulièrement cruciale, étant donné la conclusion du juge de première instance portant que l'expéditeur n'était pas par ailleurs informé du fait que les marchandises seraient transportées à bord du navire affrété à temps plutôt que sur un navire appartenant à l'affrèteur à temps. Si «le navire» avait été désigné dans le connaissement, il aurait peut-être été possible de soutenir que l'affrèteur à temps n'agissait

acted "as agent only" for her owners.⁸ That is not the case here. The words "agent", "agency" and "as agent only" in the vacuum that was thus created can have no legal effect when, at the time the bill of lading was issued, the only principal existing within its contemplation was the time charterer itself.⁹ I must therefore agree that in issuing the bill of lading the time charterer signed the contract of carriage in its personal capacity and, as time charterer, thereby became a "carrier" thereunder as defined in clause 2 of part A of the document as well as in Article 1 of the *Hague Rules*.¹⁰ Furthermore, the role played by the time charterer in relation to the loading and stowage of the cargo on board the vessel was consistent with the fulfilment of an undertaking assumed by it as a "carrier" under a contract of carriage that is subject to the *Hague Rules*.

Article III, Rule 8; shipowners as "carrier"

Having concluded that the time charterer accepted to act as "carrier", the Trial Judge decided that clause 18 was null and void and of no effect as between the shipper and the time charterer because, contrary to Article III, Rule 8 of *Hague Rules*,¹¹ it purported to relieve the time charterer of duties and responsibilities to "properly

⁸ See *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683.

⁹ The definition of "ship" in clause 2 of Part A which includes a "substituted vessel" could surely not embrace the vessel initially chosen but, rather, one substituted therefor.

¹⁰ The term "carrier" is defined to include "the owner or the charterer who enters into a contract of carriage with a shipper".

¹¹ Article III, Rule 8 reads:

Article III . . .

8. Any clause, covenant or agreement in a contract of carriage relieving the carrier or the ship from liability for loss or damage to or in connection with goods arising from negligence, fault or failure in the duties and obligations provided in this Article or lessening such liability otherwise than as provided in these Rules, shall be null and void and of no effect.

A benefit of insurance or similar clause shall be deemed to be a clause relieving the carrier from liability.

alors «qu'à titre de mandataire» de ses propriétaires⁸. Mais tel n'est pas le cas en l'espèce. Dans le vide ainsi créé, les mots «mandataire», «mandat» et «qu'à titre de mandataire» ne peuvent avoir aucun effet juridique puisque, au moment où le connaissement a été délivré, le seul mandant visé était l'affrèteur à temps lui-même⁹. Par conséquent, force m'est de reconnaître qu'en délivrant le connaissement, l'affrèteur à temps a signé le contrat de transport en sa qualité personnelle et, qu'à titre d'affrèteur à temps, il est devenu dès lors un «transporteur» au sens de la clause 2 de la Partie A du document ainsi que de l'article 1 des *Règles de La Haye*¹⁰. De plus, le rôle qu'il a joué relativement au chargement et à l'arrimage de la cargaison à bord du navire était compatible avec l'exécution de l'obligation qui lui incombait à titre de «transporteur» aux termes d'un contrat de transport soumis aux *Règles de La Haye*.

La règle 8 de l'article III; les propriétaires comme «transporteur»

Après être arrivé à la conclusion que l'affrèteur à temps avait accepté d'agir à titre de «transporteur», le juge de première instance a statué que la clause 18 était nulle, non avenue et sans effet entre lui et l'expéditeur étant donné que, contrairement à la règle 8 de l'article III des *Règles de La Haye*¹¹, cette clause visait à l'exonérer des droits et

⁸ Voir *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683.

⁹ La définition de «navire» figurant à la clause 2 de la Partie A, qui comprend un «bâtiment substitué» ne pouvait manifestement pas englober le navire initialement choisi mais, plutôt, un navire qui lui a été substitué.

¹⁰ Le terme «transporteur» y est défini comme comprenant «le propriétaire ou l'affrèteur, partie à un contrat de transport avec un chargeur».

¹¹ La règle 8 de l'article III s'énonce ainsi:

Article III . . .

8. Toute clause, convention ou accord dans un contrat de transport exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité pour perte ou dommage concernant des marchandises provenant de négligence, faute ou manquement aux devoirs ou obligations édictées dans cet article ou atténuant cette responsabilité autrement que ne le prescrivent les présentes Règles, sera nulle, non avenue et sans effet.

Une clause cédant le bénéfice de l'assurance au transporteur ou toute clause semblable sera considérée comme exonérant le transporteur de sa responsabilité.

and carefully ... stow ... the goods carried" required by Article III, Rule 2.¹² I entirely agree.

Secondly, his finding that the ship and her owners "are also carriers within the meaning of the Rules" was fastened upon by the time charterer in support of a submission that it could not also be a "carrier". It is urged that to be so considered is patently erroneous because the scheme of the *Hague Rules* admits of only one carrier acting as such at any one time pursuant to a given contract of carriage. As I have already decided that the time charterer contracted for the carriage of the goods in its personal capacity rather than as agent for the shipowners, I do not see how the latter could be viewed under that contract as a "carrier", for it is plain from Article 1(a) of the *Hague Rules* that the owner or charterer of a ship can be a "carrier" only if he "enters into a contract of carriage with a shipper".¹³ If so then their liability as a carrier would have to rest on some other footing. It is unnecessary and, perhaps, even undesirable to say anything more on the point for purposes of this appeal. The shipowners are not represented before us so that the question of their liability as such is not raised. Moreover, they are, for practical purposes, judgment proof and the ship has been lost at sea.

¹² Article III, Rule 2 reads:
Article III . . .

2. Subject to the provisions of Article IV, the carrier shall properly and carefully load, handle, stow, carry, keep, care for and discharge the goods carried.

¹³ It has been suggested, however, that both a charterer and a shipowner may become carriers if, in effect, they are joint venturers in relation to the carriage of the cargo. See e.g. Tetley, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed. (1988), at p. 535.

obligations qui lui incombait, aux termes de la règle 2 du même article¹², de procéder «de façon appropriée et soigneuse ... à l'arrimage ... des marchandises transportées». Je souscris entièrement à cette conclusion.

L'affrètement à temps a par ailleurs repris à son compte la conclusion du juge de première instance portant que le navire et ses propriétaires «sont aussi des transporteurs, au sens des Règles»: dans ces conditions, a-t-il fait valoir, il ne pouvait être également un «transporteur». Cette qualité lui aurait été attribuée de façon manifestement erronée puisque, selon l'économie des *Règles de La Haye*, il ne peut y avoir qu'un seul transporteur agissant à ce titre à un moment et en vertu d'un contrat de transport donnés. Comme j'ai déjà déterminé que c'est en sa qualité personnelle que l'affrètement à temps s'est engagé par contrat à transporter les marchandises, et non en tant que mandataire des propriétaires, je ne puis voir comment ces derniers pourraient, en vertu de ce même contrat, être considérés comme un «transporteur» étant donné qu'aux termes de l'alinéa 1a) des *Règles de La Haye*, il ressort clairement que le propriétaire ou l'affrètement d'un navire ne peut être un «transporteur» que s'il est «partie à un contrat de transport avec un chargeur»¹³. S'il en est ainsi, leur responsabilité en tant que transporteur devrait alors reposer sur un autre fondement. Il n'est pas nécessaire, voire souhaitable, de poursuivre sur ce point pour les fins du présent appel. Les propriétaires du navire ne sont pas représentés en l'espèce, de sorte que la question de leur responsabilité ne se pose pas en tant que telle. Au surplus, ils sont en pratique à l'abri de tout jugement et quant au navire, il a été perdu en mer.

¹² Voici le texte de la règle 2 de l'article III:
Article III . . .

2. Le transporteur, sous réserve des dispositions de l'article IV, procédera de façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des marchandises transportées.

¹³ On a toutefois fait valoir que l'affrètement et le propriétaire du navire peuvent devenir tous deux transporteurs si, dans les faits, ils participent à une coentreprise relativement au transport de la cargaison. Voir notamment Tetley, *Marine Cargo Claims*, 3^e éd. (1988), à la p. 535.

Article IV, Rule 2 defences

The time charterer sought in its pleading to invoke the provisions of the *Hague Rules*, and contends that Article IV, Rules 2(a),(c) and (q) exonerates it from liability for any loss which may be found to devolve upon it as "carrier". These read:

Article IV . . .

2. Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from,

(a) act, neglect, or default of the master, mariner, pilot or the servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship;

(c) perils, danger, and accidents of the sea or other navigable waters;

(q) any other cause arising without the actual fault and privity of the carrier, or without the fault or neglect of the agents or servants of the carrier, but the burden of proof shall be on the person claiming the benefit of this exception to show that neither the actual fault or privity of the carrier nor the fault or neglect of the agents or servants of the carrier contributed to the loss or damage.

In my opinion, the Trial Judge dealt adequately with the Rule 2(c) defence when he found on the evidence that the sea conditions encountered on the voyage were "precisely what would be anticipated". As for the Rule 2(q) defence, nothing in the record would bring the case within it.

I am also satisfied that the Rule 2(a) defence must fail. Reliance here is placed upon the words "act, neglect, or default . . . in the management of the ship", the argument being that the negligence in stowing the cargo was an error of that kind. The decided cases elaborate the distinction to be drawn between an error in "navigation" and an error in "management".¹⁴ I am not satisfied that the time charterer has made out the defence. That it is not available in a case of improper stowage is apparent from *The Ferro*, [1893] P. 38 (Div. Ct.), a case decided under the U.S. *Harter Act* of 1893 con-

¹⁴ The distinction is explained in *Falconbridge Nickel Mines Ltd. et al. v. Chimo Shipping Ltd. et al.*, [1969] 2 Ex.C.R. 261 where, at p. 285 et seq. Kerr J. refers to cases on the point decided both in Canada and in England.

Les moyens de défense fondés sur la règle 2 de l'article IV

L'affrètement à temps a cherché, dans ses plaidoiries, à invoquer les dispositions des *Règles de La Haye*, alléguant que les règles 2(a),(c) et (q) de l'article IV dégageaient sa responsabilité pour toute perte qui pourrait lui être imputée en sa qualité de «transporteur». Ces dispositions sont ainsi conçues:

Article IV . . .

2. Ni le transporteur ni le navire ne seront responsables pour perte ou dommage résultant ou provenant:

a) des actes, négligence ou défaut du capitaine, marin, pilote ou des préposés du transporteur dans la navigation ou dans l'administration du navire;

c) des périls, dangers ou accidents de la mer ou d'autres eaux navigables;

q) de toute autre cause ne provenant pas du fait ou de la faute du transporteur ou du fait ou de la faute des agents ou préposés du transporteur, mais le fardeau de la preuve incombera à la personne réclamant le bénéfice de cette exception et il lui appartiendra de montrer que ni la faute personnelle ni le fait du transporteur ni la faute ou le fait des agents ou préposés du transporteur n'ont contribué à la perte ou au dommage.

À mon avis, le juge de première instance a correctement disposé du moyen de défense fondé sur la règle 2(c) lorsqu'il a estimé que, d'après la preuve, les conditions dans lesquelles s'est déroulée la traversée étaient «exactement celles auxquelles il fallait s'attendre». Quant au moyen fondé sur la règle 2(q), rien au dossier ne permet de l'étayer.

Je suis également convaincu que le moyen fondé sur la règle 2(a) doit échouer. On a mis ici l'accent sur les mots «actes, négligence ou défaut . . . dans l'administration du navire» en prétendant que la négligence dans l'arrimage de la cargaison constituait une erreur de cette nature. La jurisprudence établit la distinction qu'il convient de faire entre une erreur de «navigation» et une erreur d'«administration»¹⁴. L'affrètement à temps n'a pas réussi à me convaincre du bien-fondé de ce moyen. Il appert de la décision rendue dans l'affaire *The Ferro*, [1893] P. 38 (Div. Ct.), sous l'empire de la

¹⁴ La distinction est explicitée dans la décision *Falconbridge Nickel Mines Ltd. et al. v. Chimo Shipping Ltd. et al.*, [1969] 2 R.C.É. 261 où, aux pages 285 et s., le juge Kerr renvoie à des décisions sur ce point rendues tant au Canada qu'en Angleterre.

taining somewhat similar language, and which case was referred to by the President, Sir Francis Jeune, as well as by Gorrell Barnes J. in *The Glenochil*, [1896] P. 10 (Div. Ct.). At page 18, Gorrell Barnes J. summarized the holding in that case:

That was a case in which it was sought to exonerate the shipowner from improper stowage by the stevedore under the words "navigation or management of the ship"; and we held in this Court that negligent stowage by the stevedore was not within those words . . .

And see also *Gosse Millard v. Canadian Government Merchant Marine*, [1928] 1 K.B. 717 (C.A.), per Greer L.J., at page 744; affd, [1929] A.C. 223 (H.L.). In any case, even if it could somehow be shown that the manner of stowage constituted an error in management, I do not think that this could avail the time charterer because, in the present case, there was at very least, to adopt the words of Sir Francis Jeune in *The Glenochil*, at page 16, a "want of care of cargo" rather than a "want of care of vessel indirectly affecting the cargo."

Per package limitation

The time charterer says that it is not liable beyond the sum of \$1500 for the lost goods because the three containers and not the cases of beer are to be regarded as the "packages" to which Article IV, Rule 5 of the *Hague Rules* applies:

Article IV . . .

5. Neither the carrier nor the ship shall in any event be or become liable for any loss or damage to or in connection with goods in an amount exceeding five hundred dollars per package or unit, or the equivalent of that sum in other currency, unless the nature and value of such goods have been declared by the shipper before shipment and inserted in the bill of lading.

The Trial Judge rejected this argument as well, finding that the calculation is to be based on the number of cases of beer stowed in the three containers, each case to be counted as a "package", rather than on the number of containers involved. He took his guidance from a decision of the Trial

Harter Act, loi américaine de 1893 où était utilisée une formulation à peu près semblable, que cette défense ne saurait être invoquée dans un cas de défaut d'arrimage. Cette décision a été citée par le président sir Francis Jeune ainsi que par le juge Gorrell Barnes dans l'arrêt *The Glenochil*, [1896] P. 10 (Div. Ct.). À la page 18, le juge Gorrell Barnes résume ainsi la décision rendue dans l'affaire *The Ferro*:

[TRADUCTION] On prétendait en l'espèce que le propriétaire du navire devait être exonéré, en raison des mots «dans la navigation ou dans l'administration du navire», de la responsabilité pour la faute du manutentionnaire dans l'arrimage; cette Cour a jugé que la négligence du manutentionnaire à cet égard n'était pas visée par ces mots . . .

Voir également *Gosse Millard v. Canadian Government Merchant Marine*, [1928] 1 K.B. 717 (C.A.), lord juge Greer, à la page 744; confirmé à [1929] A.C. 223 (H.L.). Quoi qu'il en soit, même si l'on arrivait à démontrer que la méthode d'arrimage utilisée constituait une erreur dans l'administration du navire, je ne crois pas que cela servirait la cause de l'affréteur à temps car il y avait à tout le moins en l'espèce, pour reprendre les mots de sir Francis Jeune dans l'arrêt *The Glenochil*, à la page 16, [TRADUCTION] «manque de vigilance à l'égard de la cargaison» et non [TRADUCTION] «manque de vigilance à l'égard du navire mettant indirectement en danger la cargaison».

La limitation par colis

L'affréteur à temps soutient qu'il n'est pas tenu de la perte des marchandises au-delà de la somme de 1 500 \$, au motif que ce sont les conteneurs et non les caisses de bière qui doivent être considérés comme les «colis» visés par la règle 5 de l'article IV des *Règles de La Haye*. Cette règle dispose:

Article IV . . .

5. Le transporteur comme le navire ne seront tenus en aucun cas des pertes ou dommages causés aux marchandises ou les concernant, pour une somme dépassant cinq cents dollars par colis ou unité, ou l'équivalent de cette somme en une autre monnaie, à moins que la nature et la valeur de ces marchandises n'aient été déclarées par le chargeur avant leur embarquement et que cette déclaration ait été insérée au connaissement.

Le juge de première instance a également rejeté cet argument car il a estimé que le calcul devait être fondé sur le nombre de caisses de bière arrimées dans les trois conteneurs — chaque caisse constituant un «colis» — plutôt que sur le nombre de conteneurs en cause. Il s'est appuyé sur une

Division in *International Factory Sales Service Ltd. v. The "Alexandr Serafimovich"*, [1976] 1 F.C. 35, at page 49, that the question must be answered by gleaning the intention of the parties from "what is stated in the shipping documents, things said by the parties and the course of dealing between them".

I can find no error in the Trial Judge's conclusion which appears at pages 120-121 of his reasons for judgment:

The shipping documents in this matter are the bill of lading and the waybills for each container. The bill of lading, in the column indicating the number of packages, specifically sets out that there are a total of four thousand two hundred and forty (4,240) packages.

The waybills for each container refer to the container number and then that notation on each waybill is followed by the following notation:

Containing 1,413 c/s beer

or

Cont. 1,413 c/s beer.

Under rule 3(b) of Article III of the Rules, if a bill of lading is issued by the carrier it shall show either the number of packages or pieces or the quantity or weight as the case may be as furnished by the shipper.

Here both the bill of lading and the waybill showed the number of cases of beer or packages accepted by CN. In addition to this evidence there was also the evidence of the course of dealings between the parties. The plaintiff had previously placed many such shipments with CN. It is common knowledge that beer is shipped in cases. There is no doubt in my mind that CN was fully aware, notwithstanding the fact that the containers were delivered to it in a sealed condition, that it had received approximately 4,000 cases of beer for shipment to Goose Bay.

Pre-judgment interest

I come now to the cross-appeal in which it is asserted that the Trial Judge erred in limiting the payment of pre-judgment interest to two years from the date the action was commenced rather than allowing it for the whole period from the date of the loss. It is a small though important point. Counsel for the time charterer had submitted at trial that no pre-judgment interest should be allowed because of the length of time taken to bring the matter on for trial. Counsel for the shipper had contended that the time which elapsed, though lengthy, was nevertheless required. In disposing of the point, the Trial Judge had this to say at page 121 of his reasons:

décision de la Section de première instance, *International Factory Sales Service Ltd. c. Le «Alexandr Serafimovich»*, [1976] 1 C.F. 35, où l'on a jugé, à la page 49, que la question devait être tranchée en recherchant l'intention des parties «telle qu'elle ressort des documents de transport, des déclarations des parties et des négociations».

Je ne puis déceler aucune erreur dans la conclusion du juge de première instance à ce sujet, telle qu'il l'exprime aux pages 120 et 121 de ses motifs de jugement:

En l'espèce, le connaissement et les feuilles de route de chaque conteneur constituent les documents de transport. Un total de quatre mille deux cent quarante (4 240) colis est indiqué expressément dans la colonne du connaissement réservée au nombre de colis.

Les feuilles de route de chaque conteneur mentionnent le numéro du conteneur qui est suivi sur chaque feuille de route de cette autre mention:

d [TRADUCTION] Contenant 1 413 c. de bière

ou

Cont. 1 413 c. de bière.

Suivant la règle 3b) de l'article III des Règles, si le transporteur délivre un connaissement, il doit y indiquer soit le nombre de colis ou de pièces ou la quantité ou le poids, suivant le cas, tels qu'ils sont fournis par l'expéditeur.

En l'espèce, le connaissement et la lettre de voiture indiquaient le nombre de caisses de bière ou de colis acceptés par CN. Outre cet élément de preuve, on a expliqué à la Cour comment les parties traitaient entre elles. La demanderesse avait déjà confié plusieurs chargements de ce genre à CN. Il est bien connu que la bière est expédiée par caisse. Il ne fait aucun doute pour moi que CN savait très bien, même si les conteneurs étaient scellés lorsqu'ils lui ont été livrés, qu'elle avait reçu environ 4 000 caisses de bière à transporter à Goose Bay.

g L'intérêt antérieur au jugement

J'en viens maintenant à l'appel incident. On y allègue que le juge de première instance a commis une erreur en limitant le paiement de l'intérêt antérieur au jugement à une période de deux ans à compter de la date où l'action a été intentée, au lieu de l'accorder pour toute la période écoulée depuis la date de la perte. Il s'agit là d'une question de détail certes, mais qui a son importance. Lors du procès, l'avocat de l'affréteur à temps a soutenu qu'il ne devait être accordé aucun intérêt avant jugement vu le temps qui s'était écoulé avant que l'affaire ne soit mise en état. Pour sa part, l'avocate de l'expéditeur a répliqué que tout ce temps avait été indispensable. En tranchant ce point, le juge de première instance s'est exprimé ainsi, à la page 121 de ses motifs:

I agree with CN's submission that there was a delay in bringing the matter on for trial but do not intend to assess blame on one side or the other for that delay. If counsel for the plaintiff was determined to have an early trial I would expect that two years should be an adequate period of time to bring the matter on.

As the awarding of pre-judgment interest involves the exercise of a discretion, it would not normally be proper to interfere on appeal. The shipper contends, however, that we ought to do so because by "simply assuming that there had been delays in reaching trial and declining to consider reasons or fault for the delay", the Trial Judge failed to exercise his discretion properly. There was, says counsel, no suggestion that the shipper was responsible for any delay. Moreover, she submits that delay by itself cannot justify relieving a defendant from the payment of interest on damages withheld from a successful plaintiff.

Underlying this last submission is what counsel for the shipper contends is an aspect of damages assessment in maritime claims that has been unique to admiralty law for many years. The Court under its admiralty jurisdiction has the power to award pre-judgment interest as an integral part of the damages suffered in respect of rights either *ex contractu* or *ex delicto*. The rule is rooted in civil law. It evolved in England where it has been applied from very early times (see e.g. *In re the "Dundee"* (1827), 2 Hagg. 137 (Adm.); *In re the "Gazelle"* (1844), 2 W. Rob. 279 (Adm.); *In re the "Hebe"* (1847), 2 W. Rob. 530 (Adm.)), and has been carried into Canada. It was explained in *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and her Owners*, [1962] Ex.C.R. 441 where Wells D.J.A., after referring to English decisions,¹⁵ said at page 452:

¹⁵ In three of these decisions the basis for the rule was articulated as follows:

per Sir Henry Duke P. in *The Joannis Vatis* (No. 2), [1922] p. 213 (P.D.A.), at p. 223:

Here two special matters are to be considered. In this jurisdiction a rule exists with regard to interest upon damages which is well established and proper to be taken into account. The registrar and merchants include in their

(Continued on next page)

J'admets, comme l'a prétendu CN, qu'un délai s'est écoulé avant que l'action soit intentée, mais je n'ai pas l'intention de déterminer dans quelle mesure l'une ou l'autre partie est responsable de ce retard. Si l'avocate de la demanderesse était résolue à obtenir un procès rapidement, j'estime qu'elle devait intenter l'action dans un délai de deux ans.

Comme l'attribution d'intérêts antérieurs au jugement relève de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, il n'y a pas lieu normalement d'intervenir à cet égard en appel. Cependant, l'expéditeur soutient qu'une telle intervention s'impose en l'espèce puisqu'[TRADUCTION] «en admettant simplement qu'il y a eu retard dans la mise en état de l'affaire tout en refusant de s'enquérir des raisons ou de l'origine de ces retards», le juge de première instance n'a pas exercé judicieusement son pouvoir discrétionnaire. L'avocate de l'expéditeur affirme que la responsabilité de son client n'a jamais été alléguée relativement à quelque retard que ce soit. De plus, soutient-elle, un retard ne peut en soi dispenser le défendeur du paiement de l'intérêt sur les dommages-intérêts dont a été privé le demandeur ayant gain de cause.

À l'appui de ce dernier argument, l'avocate de l'expéditeur invoque un aspect de l'évaluation des dommages-intérêts en matière maritime qui lui paraît propre au droit de l'amirauté depuis de nombreuses années. En effet, en vertu de sa compétence en matière d'amirauté, la Cour a le pouvoir d'accorder des intérêts antérieurs au jugement à titre de partie intégrante des dommages subis, que les droits en cause découlent d'un contrat ou d'un délit. Après avoir pris racine dans le droit civil, cette règle s'est développée en Angleterre, où elle est appliquée depuis des temps fort anciens (voir notamment *In re the "Dundee"* (1827), 2 Hagg. 137 (Adm.); *In re the "Gazelle"* (1844), 2 W. Rob. 279 (Adm.); *In re the "Hebe"* (1847), 2 W. Rob. 530 (Adm.)), puis a été adoptée au Canada. Elle a été explicitée dans l'affaire *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] R.C.É. 441 où le juge Wells, après avoir fait référence à des décisions anglaises¹⁵, affirme à la page 452:

¹⁵ Dans trois de ces décisions, le fondement de la règle est ainsi expliqué:

Le président, Sir Henry Duke, dans l'affaire *The Joannis Vatis* (No. 2), [1922] P. 213 (P.D.A.), à la p. 223:

[TRADUCTION] En l'espèce, deux points doivent être examinés. Dans la présente juridiction, il existe une règle bien établie et qui mérite d'être prise en considération en matière d'intérêts alloués sur les dommages. Le registraire

(Suite à la page suivante)

It would seem under the authorities of these cases to be clearly established that there is a discretion in a Court of Admiralty to award interest whether the rights being dealt with arose *ex contractu* or *ex delicto*. It is interesting to note that it was Sir Robert Phillimore's judgment in *The Northumbria* case which was relied on by Martin L.J.A. in delivering judgment at trial in the *Winslow Marine Railway and Ship Building Company v. The Ship Pacifico* ([1924] Ex.C.R. 90) case, the judgment of which in appeal I have already quoted. The trial judgment was, of course, expressly approved by MacLean J. on appeal. Now in the case at bar it is quite true that no special claim for interest was expressed in the statement of claim but as I understand the equitable jurisdiction vested in the Court of Admiralty it is quite clear interest is not granted as something apart from the damages but as an integral part of them.

The principle has since been approved by the Supreme Court of Canada: *Canadian General Electric Company Limited v. Pickford & Black*

(Continued from previous page)

computation of damage by collision interest upon the items of claim from the time of accrual of the damage until the date of the assessment. The practice was discussed and confirmed in *The Kong Magnus* ([1891] p. 223), and is in conformity with what was said long since by Lord Stowell in *The Dundee* ((1827) 2 Hagg. Adm. 137, p. 143). The sum so calculated is given not as interest on a debt but as part of the damages.

per Robert Phillimore in *The Northumbria* (1869), L.R.A. & E. 6, at p. 10:

But it appears to me quite a sufficient answer to these authorities to say, that the Admiralty, in the exercise of an equitable jurisdiction, has proceeded upon another and a different principle from that on which the common law authorities appear to be founded. The principle adopted by the Admiralty Court has been that of the civil law, that interest was always due to the obligee when payment was not made, *ex mora* of the obligor; and that, whether the obligation arose *ex contractu* or *ex delicto*.

per Lord Merriman P. in *The Berwickshire*, [1950] P. 204, at p. 208:

As I have already indicated, there can be no doubt that the principle of including in the damages for a collision, at the discretion of the judge, interest on the amount recovered, at a rate, for a period, and whether in respect of the whole or part of the amount recovered, all of which matters are also respectively at the discretion of the judge, was firmly embodied in the Admiralty jurisdiction at a time when the right to award interest by way of damages at common law depended, speaking generally, on the Statute 3 & 4, Wm. IV, c. 42, ss. 28 and 29, or on the express terms of a contract, or on those imported into mercantile contracts by the custom of merchants, as, for example, on bills of exchange or promissory notes: see the notes to the common indebitatus count for interest, in Bullen and Leake's Precedents of Pleadings (3rd ed.), pp. 51-52.

[TRADUCTION] D'après cette jurisprudence, il semble clairement établi qu'une cour d'amirauté peut discrétionnairement accorder des intérêts, que les droits en cause découlent d'un contrat ou qu'ils découlent d'un délit. Il est intéressant de noter que c'est sur le jugement de sir Robert Phillimore dans l'affaire *a The Northumbria* que le lord juge d'appel Martin s'est appuyé pour rendre jugement en première instance dans l'affaire *Winslow Marine Railway and Ship Building Company v. The Ship Pacifico* ([1924] R.C.É. 90), dont j'ai cité précédemment le jugement d'appel. Le jugement de première instance a, naturellement, été approuvé expressément en appel par le juge *b* MacLean. Certes, il est vrai qu'en l'espèce aucune demande spéciale d'intérêts n'a été faite dans la déclaration mais, si j'ai bien saisi la nature de la compétence en *equity* dévolue à la cour d'amirauté, il est très clair que ces intérêts ne sont pas adjugés indépendamment des dommages mais comme partie intégrante de ceux-ci.

c Ce principe a depuis lors reçu la sanction de la Cour suprême du Canada: *Canadian General Electric Company Limited c. Pickford & Black*

(Suite de la page précédente)

et les commerçants incluent dans leur évaluation de l'avarie résultant d'un abordage un intérêt sur les sommes demandées à compter du moment de la survenance de l'avarie et jusqu'à la date de l'évaluation. Cet usage a été examiné et confirmé dans *The Kong Magnus* ([1891] p. 223), et est conforme à ce qu'avait déclaré lord Stowell longtemps auparavant dans l'affaire *The Dundee* ((1827) 2 Hagg. Adm. 137, à la p. 143). La somme ainsi fixée est allouée non pas à titre d'intérêt sur une dette mais à titre de partie des dommages.

Sir Robert Phillimore, dans l'affaire *The Northumbria* (1869), L.R.A. & E. 6, à la p. 10:

[TRADUCTION] Toutefois, en regard de cette jurisprudence, il suffit à mon avis de souligner que la cour d'amirauté, statuant en *equity*, applique un principe différent de celui sur lequel semble se fonder la jurisprudence de *common law*. Ce principe est celui du droit civil, savoir que l'intérêt est toujours dû au créancier lorsque le paiement n'a pas été fait *ex mora* du débiteur, et ce, que l'obligation soit d'origine contractuelle ou délictuelle.

Le président lord Merriman, dans l'affaire *The Berwickshire*, [1950] P. 204, à la p. 208:

[TRADUCTION] Comme je l'ai indiqué précédemment, il ne fait aucun doute que le pouvoir discrétionnaire du juge d'inclure dans les dommages résultant d'un abordage un intérêt sur la totalité ou partie de la somme recouvrée, à un taux et pour une période relevant également de sa discrétion, était solidement ancré dans la juridiction d'amirauté à une époque où, en *common law*, le droit d'adjudger des intérêts à titre de dommages était soumis au Statute 3 & 4, Wm. IV, chap. 42, art. 28 et 29, ou dépendait des termes exprès du contrat ou des termes importés dans les contrats commerciaux par les usages du commerce, notamment dans les lettres de change ou les billets à ordre; voir les notes sur le calcul de l'intérêt dans les actions pour rupture de contrat, dans Bullen and Leake's Precedents of Pleadings (3rd ed.), p. 51 et 52.

Limited, [1972] S.C.R. 52; *Drew Brown Limited v. The Ship "Orient Trader" et al.*, [1974] S.C.R. 1286. It was again explained and applied by Addy J. in *Bell Telephone Co. v. The "Mar-Tirenno"*, [1974] 1 F.C. 294 (T.D.), which was in turn followed by this Court in *Davie Shipbuilding Limited v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461 (C.A.).

While in *Canadian Brine* the discretion was exercised in relation to the quality of the defendant's negligent act, it is now apparent that the conduct of a plaintiff in the litigation is also embraced. At page 312 of *Bell Telephone*, Addy J. expressed the view that a wider discretion exists, and gave as a general guide the following:

... I am satisfied that the interest should be awarded unless there should be some reason flowing from the plaintiff's conduct or some other reason to reduce or eliminate the claim for payment of interest ...

No case has been cited for including the conduct of counsel for a plaintiff, but I think the authorities contemplate that possibility as well. At the same time, given that pre-judgment interest is viewed as an element or as part of the damages suffered, care in exercising the discretion is required lest a successful plaintiff be deprived of full compensation for his injury.

In the present case, as the Trial Judge expressly refrained from assigning blame to "one side or the other" for the time taken, the decision to limit recovery of pre-judgment interest was not attributed to conduct on the part of the shipper or its counsel. He appears, rather, to have founded that decision on the view that a period of two years was adequate for bringing the action to trial if [at page 121] "counsel for the plaintiff was determined to have an early trial", implying thereby that counsel had not acted with diligence. I have no doubt that the Judge was quite entitled to have regard to the length of time taken as compared with some reasonable norm but it would be wrong to do so from that consideration alone without first having regard to any explanation that might be forthcoming. Some actions by their very nature do, after all,

Limited, [1972] R.C.S. 52; *Drew Brown Limited c. Le navire «Orient Trader» et autres*, [1974] R.C.S. 1286. Il a été de nouveau expliqué et appliqué par le juge Addy dans la décision *Bell Telephone Co. c. Le «Mar-Tirenno»*, [1974] 1 C.F. 294 (1^{re} inst.), laquelle a été suivie par cette Cour dans l'arrêt *Davie Shipbuilding Limited c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461 (C.A.).

Dans l'affaire *Canadian Brine*, le pouvoir discrétionnaire avait été exercé en rapport avec la nature de la négligence du défendeur. Il appert toutefois aujourd'hui que ce pouvoir peut également viser la conduite qu'un demandeur adopte en cours d'instance. Dans l'affaire *Bell Telephone*, le juge Addy s'est dit d'avis que la discrétion pouvait s'exercer largement. Il a énoncé, à la page 312, la règle générale suivante:

... je suis convaincu qu'il convient d'accorder des intérêts à la demanderesse à moins que l'on trouve dans sa conduite ou par ailleurs quelque raison de réduire ou de rejeter sa demande d'intérêts ...

Aucune décision n'a été citée à l'appui de l'argument selon lequel la conduite de l'avocat du demandeur serait également visée, mais j'estime que la jurisprudence envisage cette possibilité. Par ailleurs, étant donné que l'intérêt antérieur au jugement est considéré comme un élément ou une partie intégrante des dommages subis, il importe d'exercer soigneusement le pouvoir discrétionnaire, de peur qu'un demandeur ayant gain de cause ne soit privé du droit à l'indemnisation intégrale de son préjudice.

En l'espèce, le juge de première instance s'est expressément abstenu de faire porter à «l'une ou l'autre partie» la responsabilité du retard. Sa décision de limiter le recouvrement de l'intérêt antérieur au jugement n'a donc pas été motivée par la conduite de l'expéditeur ou de son avocate. Il semble plutôt s'être fondé sur l'idée qu'une période de deux ans suffisait pour mettre l'affaire en état [à la page 121] «si l'avocate de la demanderesse était résolue à obtenir un procès rapidement», laissant ainsi entendre que celle-ci n'avait pas fait preuve de diligence. Certes, il ne fait pour moi aucun doute que le juge était en droit de considérer le temps écoulé par rapport à une quelconque norme raisonnable. Il m'apparaît en revanche incorrect de retenir ce seul élément sans d'abord examiner les explications susceptibles d'être four-

require more time than others to get ready for trial.

The trial transcript contains a verbatim account of submissions by counsel on the point, but I cannot be satisfied that these left the Trial Judge with the necessary assistance.¹⁶ The time charterer argued against any award of pre-judgment interest and, at any rate, for a reduced award. The shipper asked for a full measure of interest, and submitted (at page 244) that no "unnecessary delays" had been created. In these circumstances, I think it was incumbent on the Judge to require an explanation by looking at factors that might justify the delay. I am thinking, for example, of the number of parties to the action and their places of residences in different parts of the country as possibly requiring more time for exchange of pleadings, discovery of documents and pre-trial discovery proceedings; the places of residence of counsel; the willingness and ability of all counsel to co-operate with one another in advancing the litigation towards trial; and any other relevant factor. In this way the Trial Judge would have been better able, I think, to exercise his discretion one way or the other. Taking the record as it stands I can find nothing therein which would justify a departure from the normal rule for an award of pre-judgment interest in cases of total loss and, accordingly, would allow the shipper interest from the date the loss occurred. To do less would not amount, as should ordinarily be the case, to *restitutio in integrum* under the applicable principle.

Natural justice argument

Before disposing of these proceedings I should deal with a submission made against the judgment on behalf of the master to the effect that in the circumstances described below he was denied

¹⁶ Counsel for the time charterer drew attention to his submissions before the Trial Judge (see Transcript, Vol. 6, at p. 202-204), but I can see nothing in those submissions or in the response of counsel for the shipper (p. 244-245) as positively demonstrates any material delay in bringing the action on for trial was attributable to the shipper or its counsel.

nies. Au demeurant, certaines actions exigent de par leur nature même une préparation beaucoup plus longue que d'autres avant d'être en état pour l'instruction.

^a Les plaidoiries qu'ont présentées les avocats sur ce point figurent dans les notes sténographiques, mais je ne suis pas convaincu que le juge de première instance ait pu y puiser l'assistance nécessaire¹⁶. L'affrètement à temps s'est opposé à toute adjudication d'intérêts antérieurs au jugement, plaidant à la rigueur dans le sens d'une somme réduite. L'expéditeur a quant à lui réclamé le plein montant et a fait valoir (à la page 244) qu'aucun «retard inutile» n'avait été créé. Dans les circonstances, j'estime qu'il incombait au juge d'exiger une explication en considérant les facteurs susceptibles de justifier le retard. Il se peut, par exemple, que le nombre de parties à l'action et le fait qu'elles habitaient dans différentes régions du pays aient pu entraîner des délais dans l'échange des actes de procédure, la communication des documents et les interrogatoires préalables. Qu'on pense également aux lieux de résidence des avocats, à leur volonté et à leur capacité de collaborer pour faire avancer le litige vers l'instruction, ainsi qu'à tout autre facteur pertinent. S'il avait procédé à cet examen, le juge de première instance aurait, à mon avis, été plus en mesure d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans un sens ou dans l'autre. Or rien, dans l'état actuel du dossier, ne permet à mon sens d'écarter la règle normale en matière d'allocation d'intérêt antérieur au jugement en cas de perte totale. En conséquence, j'accorderais à l'expéditeur l'intérêt à compter de la date où la perte est survenue. Accorder moins n'équivaldrait pas, comme ce doit normalement être le cas, à la *restitutio in integrum* en vertu du principe applicable.

L'argument fondé sur la justice naturelle

Avant de disposer de la présente instance, je me dois d'examiner un dernier argument à l'encontre du jugement présenté pour le compte du capitaine. On a fait valoir qu'en raison des circonstances

¹⁶ L'avocat de l'affrètement à temps a attiré l'attention sur sa plaidoirie en première instance (voir la transcription, vol. 6, p. 202 à 204), mais je ne vois rien dans ses arguments ni dans la réplique de l'avocate de l'expéditeur (p. 244 et 245) qui puisse démontrer par une preuve positive que tout retard dans la mise en état de l'action était attribuable à l'expéditeur ou à son avocate.

natural justice because no opportunity to make a defence was afforded him at trial. The record shows that he appeared at the commencement of the trial on his own behalf. It soon became evident to him that his financial position would not enable him to meet any judgment in respect of the loss claimed. Counsel for the shipper then indicated that no attempt would be made to recover upon a judgment that might be rendered against the master in favour of her client. After that, counsel for the time charterer spoke to his client's cross-claim against the master by indicating that, in the circumstances, it would not be pursued and, accordingly, that he could see no reason for the master to participate in the trial on that account. It was following these interventions that the master withdrew from the courtroom, and the trial proceeded in his absence. In his reasons for judgment of November 17, 1986, the Trial Judge allowed a period of time for granting leave to make written representations on the question of the master's liability. The last of these representations were filed by the master's counsel in the spring of 1987. In an addendum to those reasons, the Trial Judge concluded that the master was indeed liable and granted the shipper leave to enter a judgment against him as well.

I can find no merit in the objection for it seems abundantly clear that the master left the trial courtroom quite on his own accord; he could have remained and participated in the proceeding had he desired to do so. I can find nothing in what transpired during his presence in the courtroom that might be taken to mean that his possible liability for the claim would not be investigated or, less still, that a judgment would not be rendered against him. I must therefore reject this objection.

Disposition

In the result I would dismiss the appeal with costs to the respondent (plaintiff) shipper, and would allow the cross-appeal also with costs to that party. I would vary the judgment below rendered August 31, 1987 by deleting from paragraph 1 thereof the words and numbers "for a period of two years, for a total judgment in the sum of

ci-après décrites, le capitaine avait été privé du droit à la justice naturelle en ce qu'il n'avait pas eu, lors du procès, la possibilité de présenter une défense. D'après le dossier, le capitaine a comparu pour son propre compte à l'ouverture de l'instruction, mais il s'est vite rendu compte qu'il ne serait pas financièrement en mesure de payer l'indemnité susceptible d'être accordée par jugement. L'avocate de l'expéditeur a alors indiqué qu'elle ne ferait aucune tentative pour recouvrer la somme pouvant être adjugée contre le capitaine et en faveur de son client. L'avocat de l'affrètement à temps s'est ensuite exprimé au sujet de la demande reconventionnelle de son client contre le capitaine pour souligner que, dans les circonstances, cette demande ne serait pas poursuivie et qu'à son avis il n'y avait donc pas lieu que le capitaine participe au procès à cette fin. C'est à la suite de ces interventions que le capitaine s'est retiré de la salle d'audience, de sorte que l'instruction s'est poursuivie en son absence. Dans ses motifs de jugement en date du 17 novembre 1986, le juge de première instance a accordé un délai pour permettre aux parties de faire valoir par écrit leurs observations sur la question de la responsabilité du capitaine. La dernière de ces observations a été déposée par l'avocat du capitaine, au printemps de 1987. Dans ses motifs supplémentaires de jugement, le juge de première instance a conclu à la responsabilité du capitaine et a autorisé l'expéditeur à inscrire jugement contre lui également.

Cette objection m'apparaît dénuée de tout fondement. Il semble en effet très clair que le capitaine a quitté la salle d'audience de son propre gré; il aurait pu y demeurer et participer aux débats s'il l'avait voulu. Rien de ce qui s'est passé en sa présence ne pouvait donner à croire qu'il n'y aurait pas enquête sur sa responsabilité éventuelle et encore moins que jugement ne serait pas rendu contre lui. Je dois donc rejeter cette objection.

Dispositif

En conséquence, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens en faveur de l'expéditeur intimé (demanderesse) et d'accueillir l'appel incident, également avec dépens en faveur de cette partie. Je modifierais le jugement rendu le 31 août 1987 en rayant du paragraphe 1 du dispositif de ce jugement les mots «couru depuis deux ans,» et «soit

THIRTY SEVEN THOUSAND NINE HUNDRED AND EIGHTY SEVEN DOLLARS AND SEVENTY ONE CENTS (\$37,987.71),” and by substituting therefor

from November 15, 1980 to the date hereof.

so that paragraph 1 as varied shall read:

1. The Plaintiffs, Carling O’Keefe Breweries of Canada Limited and Norlab Ltd., recover from the Defendants CN Marine Inc., The Labrador Shipping Co. Ltd., The Ship NEWFOUNDLAND COAST and Roger Sirois, the principal amount of THIRTY ONE THOUSAND THREE HUNDRED AND NINETY FOUR DOLLARS AND EIGHTY CENTS (31,394.80) together with pre-judgment interest at ten percent (10%) from November 15, 1980 to the date hereof.

In all other respects I would confirm the said judgment.

IACOBUCCI C.J.: I agree.

HEALD J.A.: I concur.

jugement au total pour la somme de TRENTE SEPT MILLE NEUF CENT QUATRE-VINGT SEPT DOLLARS ET SOIXANTE ET ONZE CENTS (37 987,71 \$)», pour leur substituer les mots

a à compter du 15 novembre 1980.

Le paragraphe 1 modifié sera donc ainsi libellé:

1. les défendeurs CN Marine Inc., The Labrador Shipping Co. Ltd., le navire NEWFOUNDLAND COAST et Roger Sirois, à payer aux demandereses Carling O’Keefe Breweries of Canada Limited et Norlab Ltd., la somme de TRENTE ET UN MILLE TROIS CENT QUATRE-VINGT-QUATORZE DOLLARS ET QUATRE-VINGTS CENTS (31 394,80 \$) au principal, avec un intérêt avant jugement de dix pour cent (10 %) à compter du 15 novembre 1980.

b À tous autres égards, je suis d’avis de confirmer ce jugement.

LE JUGE EN CHEF IACOBUCCI: J’y souscris.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: J’y souscris.

A-167-89

A-167-89

Cargill Grain Company, Limited (Applicant)

v.

Canada Labour Relations Board, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America (Respondents)

INDEXED AS: CARGILL GRAIN CO. v. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD) (C.A.)

Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Desjardins J.J.A.—Ottawa, August 17 and October 17, 1989.

Constitutional law — Distribution of powers — Whether C.L.R.B. having jurisdiction to certify union as representative of Ontario clerical workers at subsidiary of Winnipeg grain Company — Three elevators in Ontario declared works for general advantage of Canada — Most operating under provincial control — Whether business a federal undertaking — Distinction between works and undertakings re federal declaratory power s. 92(10), Constitution Act — Cargill grain merchandiser, not elevator operator — Elevators incidental to undertaking — Undertaking wholly provincial in essence though part of plant declared for general advantage of Canada — No “core federal undertaking” to underpin federal jurisdiction in primarily provincial field of labour relations.

Labour relations — Application to set aside certification by C.L.R.B. of union to represent Ontario clerical workers at subsidiary of Winnipeg grain company — Jurisdiction — Union applying for certification to both federal and provincial labour boards — O.L.R.B. declining jurisdiction — C.L.R.B. lacked jurisdiction as no “core federal undertaking” to underpin federal jurisdiction in primarily provincial field of labour relations.

This was a section 28 application to review, for want of jurisdiction, certification by the C.L.R.B. of the United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America to represent 28 office and clerical employees at the applicant's Chatham, Ontario office.

The applicant, a subsidiary of a Winnipeg company, acts as a grain merchant and dealer in Eastern Canada and operates grain elevators in Ontario. The employees work at Eastern Headquarters providing essential support services for elevator operations. Application was made to both the O.L.R.B. and the C.L.R.B. for certification. The O.L.R.B., at the urging of the applicant union, refused the application for lack of jurisdiction. The C.L.R.B. assumed jurisdiction principally on the basis that the company's operations included “several” elevators within the meaning of subsection 43(1) (now subsection 55(1)) of the *Canada Grain Act* and mills and warehouses within the mean-

Cargill Grain Company, Limited (requérante)

c.

a **Conseil canadien des relations du travail, Travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique (intimés)**

RÉPERTORIÉ: CARGILL GRAIN CO. c. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL) (C.A.)

Cour d'appel, juges Hugessen, MacGuigan et Desjardins, J.C.A.—Ottawa, 17 août et 17 octobre 1989.

c *Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Il s'agit de savoir si le C.C.R.T. avait compétence pour accréditer un syndicat comme représentant des employés de bureau ontariens de la filiale d'une société céréalière de Winnipeg en Ontario — Trois silos situés en Ontario ont été déclarés être des ouvrages à l'avantage général du Canada — La plupart sont assujettis au contrôle provincial — S'agit-il d'une entreprise fédérale? — Distinction entre les ouvrages et les entreprises eu égard au pouvoir déclaratoire fédéral prévu à l'art. 92(10) de la Loi constitutionnelle — Cargill est un marchand de grain et non un exploitant de silos — Les silos sont accessoires à l'entreprise — L'entreprise a un caractère entièrement provincial bien qu'une partie de ses installations ait été déclarée à l'avantage général du Canada — Il n'existe pas d'«entreprise principale fédérale» susceptible de justifier la compétence fédérale dans le secteur provincial privilégié des relations du travail.*

d *Relations du travail — Demande d'annulation de l'accréditation d'un syndicat par le C.C.R.T. pour représenter les employés de bureau ontariens de la filiale d'une société céréalière de Winnipeg — Compétence — Le syndicat a demandé l'accréditation devant une commission du travail provinciale et devant un Conseil fédéral — La C.R.T.O. a décliné compétence — Le C.C.R.T. n'a pas compétence car il n'y a pas d'«entreprise principale fédérale» susceptible de justifier la compétence fédérale dans le secteur provincial privilégié des relations du travail.*

e *La demande fondée sur l'article 28 vise la révision, pour absence de compétence, de l'accréditation qu'a accordée le C.C.R.T. aux Travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique pour représenter les 28 employés de bureau travaillant au siège de la requérante à Chatham, en Ontario.*

f *La requérante, filiale d'une société de Winnipeg, agit à titre de marchand et de négociant en grains dans l'Est du Canada et elle exploite des silos en Ontario. Les employés travaillant au centre administratif de l'Est fournissent les services de soutien essentiel à l'exploitation des silos. Des demandes d'accréditation ont été déposées tant devant la Commission des relations du travail de l'Ontario (C.R.T.O.) que devant le C.C.R.T. À l'instance du syndicat requérant, la C.R.T.O. a rejeté la demande pour absence de compétence. Le C.C.R.T. s'est quant à lui déclaré compétent en s'appuyant principalement sur le fait que les activités de la société comprenaient «plusieurs» silos au*

ing of section 45 (now section 76) of the *Canadian Wheat Board Act*.

Held (MacGuigan J.A. dissenting), the application should be allowed.

Per Hugessen J.A.: The C.L.R.B. is without jurisdiction to certify the union. There is no core federal undertaking. Only three of the company's 27 elevators fall under subsection 55(1) of the *Canada Grain Act*. The Board's reference to "several" elevators is misleading. Section 76 of the *Canadian Wheat Board Act* should not be extended beyond its terms. The warehouses and mills are being operated as adjuncts to the operation of grain elevators not subject to federal declaration, the latter being in fact licensed and regulated by Ontario provincial authority. While recognizing that five of these 25 elevators were under provincial jurisdiction, the C.L.R.B. ignored the fact that the other 20 elevators operate under exclusive provincial regulation and control. The undertaking of Cargill is that of a grain merchandiser buying, selling and trading in grain in Ontario and operating elevators incidentally to that undertaking. Such undertaking is wholly provincial even if some part of the activities relates to interprovincial or international trade and some part of the physical plant has been declared to be for the general advantage of Canada.

Per Desjardins J.A. (concurring in the result): Section 55 of the *Canada Grain Act* and section 76 of the *Canadian Wheat Board Act* deal strictly with the "works" therein described. The undertakings related to the works are not within the scope of the declarations. On the facts, the key character of the applicant's undertaking is local in nature.

Per MacGuigan J.A. (dissenting): There is no reason to restrict the generality of the words in section 76 of the *Canadian Wheat Board Act*. The declaration in section 76 should be taken to apply to "all flour mills, feed mills, feed warehouses and seed cleaning mills" in Canada. An undertaking based upon a federal work and the labour relations of that undertaking follow upon and for jurisdictional purposes are integral with the federal work itself. There is no factual foundation on the basis of which the Court could reverse the decision of the Board. The applicable test for integration of a subsidiary undertaking into a core federal undertaking has been met.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Grain Act*, R.S.C. 1927, c. 86, s. 173 (as am. by S.C. 1950, c. 24, s. 10).
Canada Grain Act, R.S.C. 1952, c. 25, s. 2.
Canada Grain Act, R.S.C. 1970, c. G-16, s. 43(1) (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 7, s. 43).
Canada Grain Act, R.S.C., 1985, c. G-10, ss. 2(a),(b),(c), (d),(e) (not yet proclaimed in force), 3, 13, 55(1), (2),(3) (not yet proclaimed in force), 121(1).
Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 108 (as am.

sens du paragraphe 43(1) (maintenant le paragraphe 55(1)) de la *Loi sur les grains du Canada*, ainsi que des minoteries et des entrepôts au sens de l'article 45 (maintenant l'article 76) de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*.

Arrêt (le juge MacGuigan, J.C.A., étant dissident): la demande devrait être accueillie.

Le juge Hugessen, J.C.A.: Le C.C.R.T. n'a pas compétence pour accréditer le syndicat. Il n'y a pas d'«entreprise principale fédérale». Seuls trois des 27 silos appartenant à la société sont visés par le paragraphe 55(1) de la *Loi sur les grains du Canada*. Le renvoi par la Commission à «plusieurs» silos est trompeur. La portée de l'article 76 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* ne doit pas être étendue au-delà de ce qui est énoncé. Les entrepôts et les fabriques ne constituent qu'un appoint à l'exploitation de silos qui n'ont pas fait l'objet d'une déclaration fédérale et qui, dans les faits, sont régis et agréés par les autorités provinciales de l'Ontario. Tout en reconnaissant que cinq de ces 25 silos étaient assujettis à la réglementation provinciale, le C.C.R.T. a passé sous silence le fait que les vingt autres silos sont également assujettis à la réglementation provinciale exclusive. L'entreprise de Cargill est celle d'un commerçant en grains qui achète, vend et négocie le grain en Ontario et qui, accessoirement, exploite des silos. Une telle entreprise est entièrement provinciale, même si une partie de ses activités se rapporte au commerce international ou interprovincial et si certaines de ses installations matérielles ont été déclarées être à l'avantage général du Canada.

Le juge Desjardins, J.C.A. (motifs au même effet quant à la conclusion): L'article 55 de la *Loi sur les grains du Canada* ainsi que l'article 76 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* visent strictement les «ouvrages» qui y sont mentionnés. Les entreprises reliées à ces ouvrages ne tombent pas sous le coup de déclarations. D'après les faits, l'entreprise de la requérante a un caractère essentiellement local.

Le juge MacGuigan, J.C.A. (dissident): Il n'y a aucune raison de restreindre la portée générale des termes employés à l'article 76 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*. La déclaration contenue à l'article 76 doit être interprétée comme visant, dans leur totalité, «les minoteries, les fabriques ou entrepôts d'aliments pour les animaux et les stations de nettoyage des semences» situés au Canada. Une entreprise fondée sur un ouvrage fédéral et les relations du travail de cette entreprise sont, pour l'attribution de la compétence, partie intégrale de l'ouvrage fédéral lui-même. Il n'y a aucun fondement factuel permettant à la Cour d'infirmer la décision du Conseil. Le critère applicable pour déterminer s'il y a intégration d'une filiale dans l'entreprise principale de nature fédérale a été rempli.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 108 (mod. par S.C. 1972, chap. 18, art. 1).
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 2h), 4, 22, 24.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1), art. 92(10).

by S.C. 1972, c. 18, s. 1).
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 2(h), 4, 22, 24.
Canadian Wheat Board Act, 1935 (The), S.C. 1935, c. 53, s. 39 (as am. by S.C. 1947, c. 15; 1950, c. 31, s. 8).
Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1970, c. C-12, s. 45. **a**
Canadian Wheat Board Act, R.S.C., 1985, c. C-24, ss. 2, 5, 6, 23, 32, 76.
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) s. 92(10). **b**
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] ss. 91(29), 92(10)(c).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.
Grain Futures Act, R.S.C., 1985, c. G-11. **c**

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict. chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 5], art. 91(29), 92(10)c).
Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935, S.C. 1935, chap. 53, art. 39 (mod. par S.C. 1947, chap. 15; 1950, chap. 31, art. 8).
Loi sur la Commission canadienne du blé, S.R.C. 1970, chap. C-12, art. 45.
Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. (1985), chap. C-24, art. 2, 5, 6, 23, 32, 76.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28.
Loi sur les grains du Canada, S.R.C. 1927, chap. 86, art. 173 (mod. par S.C. 1950, chap. 24, art. 10).
Loi sur les grains du Canada, S.R.C. 1952, chap. 25, art. 2.
Loi sur les grains du Canada, S.R.C. 1970, chap. G-16, art. 43(1) (mod. par S.C. 1970-71-72, chap. 7, art. 43).
Loi sur les grains du Canada, L.R.C. (1985), chap. G-10, art. 2a),b),c),d),e) (non encore en vigueur), 3, 13, 55(1),(2),(3) (non encore en vigueur), 121(1).
Loi sur les marchés de grain à terme, L.R.C. (1985), chap. G-11. **d**

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada, [1980] 1 S.C.R. 115; (1979), 28 N.R. 107;
Canada Labour Relations Board et al. v. Paul l'Anglais Inc. et al., [1983] 1 S.C.R. 147; 146 D.L.R. (3d) 202; (1983), 47 N.R. 351. **e**

DISTINGUISHED:

Central Western Railway Corp. v. U.T.U., [1989] 2 F.C. 186; (1988), 47 D.L.R. (4th) 161; (1988), 84 N.R. 321 (C.A.). **f**

CONSIDERED:

Chamney v. The Queen, [1975] 2 S.C.R. 151; (1973), 40 D.L.R. (3d) 146; 13 C.C.C. (2d) 465; [1974] 1 W.W.R. 493. **g**

REFERRED TO:

R. v. Saskatchewan Wheat Pool (1978), 89 D.L.R. (3d) 755; 43 C.C.C. (2d) 119; [1978] 6 W.W.R. 27 (Sask. C.A.); *In Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] S.C.R. 529; [1955] 3 D.L.R. 721; *The Queen v. Thumlert* (1960), 20 D.L.R. (2d) 335; (1959), 28 W.W.R. 481 (Alta. C.A.); *Camirand c. R.*, [1976] C.S. 1294; *Antoine Guertin Ltée 1*, not reported Québec Labour Court, No. 500-28-000502-831; *Cie du trust national Ltée c. Burns*, [1985] C.S. 1286; *Raymond, Chabot, Martin, Paré & associés c. Association des employés de G.D.I. Inc.*, June 9th, 1989 (No. 200-09-000461-852) (Qué. C.A.); *W.G. Thompson & Sons Limited*; *Re U.F.C.W.*; *Re Group of Employees*, [1987] **j**

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Northern Telecom Ltée. c. Travailleurs en communication du Canada, [1980] 1 R.C.S. 115; (1979), 28 N.R. 107; *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Paul l'Anglais Inc. et autre*, [1983] 1 R.C.S. 147; 146 D.L.R. (3d) 202; (1983), 47 N.R. 351.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Central Western Railway Corp. c. T.U.T., [1989] 2 C.F. 186; (1988), 47 D.L.R. (4th) 161; (1988), 84 N.R. 321 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Chamney c. La Reine, [1975] 2 R.C.S. 151; (1973), 40 D.L.R. (3d) 146; 13 C.C.C. (2d) 465; [1974] 1 W.W.R. 493.

DÉCISIONS CITÉES:

R. v. Saskatchewan Wheat Pool (1978), 89 D.L.R. (3d) 755; 43 C.C.C. (2d) 119; [1978] 6 W.W.R. 27 (C.A. Sask.); *In Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] R.C.S. 529; [1955] 3 D.L.R. 721; *The Queen v. Thumlert* (1960), 20 D.L.R. (2d) 335; (1959), 28 W.W.R. 481 (C.A. Alb.); *Camirand c. R.*, [1976] C.S. 1294; *Antoine Guertin Ltée 1*, non publiée Tribunal du travail (Qué.), n° 500-28-000502-831; *Cie du trust national Ltée c. Burns*, [1985] C.S. 1286; *Raymond, Chabot, Martin, Paré & associés c. Association des employés de G.D.I. Inc.*, 9 juin 1989 (n° 200-09-000461-852) (C.A. Qué.); *W.G. Thompson & Sons Limited*; *Re U.F.C.W.*; *Re Group of Employees*, [1987] OLRB Pub. mai, 787;

OLRB Rep. May, 787; *C.S.P. Foods Ltd. v. Canada Labour Relations Board*, [1979] 2 F.C. 23; 25 N.R. 91 (C.A.); *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; 14 D.L.R. (4th) 457; (1984), 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 C.L.L.C. 14,069; *Construction Montcalm Inc. v. The Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; (1978), 93 D.L.R. (3d) 641; (1978), 25 N.R. 1; 79 C.L.L.C. 14,190; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; (1979), 28 N.R. 107; 79 C.C.L.C. 14,211; *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*, [1954] A.C. 521; [1954] 4 D.L.R. 657 (P.C.); 756 (Sask. C.A.); *Canada Labour Code (Re)* (1986), [1987] 2 F.C. 30; 34 D.L.R. (4th) 228; (1986), 72 N.R. 348; 87 C.L.L.C. 14,017 (C.A.).

C.S.P. Foods Ltd. c. Conseil canadien des relations du travail, [1979] 2 C.F. 23; 25 N.R. 91 (C.A.); *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; 14 D.L.R. (4th) 457; (1984), 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 C.L.L.C. 14,069; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; (1978), 93 D.L.R. (3d) 641; (1978), 25 N.R. 1; 79 C.L.L.C. 14,190; *Northern Telecom Ltd. c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; (1979), 28 N.R. 107; 79 C.C.L.C. 14,211; *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*, [1954] A.C. 521; [1954] 4 D.L.R. 657 (C.P.); 756 (C.A. Sask.); *Code canadien du travail (Re)* (1986), [1987] 2 C.F. 30; 34 D.L.R. (4th) 228; (1986), 72 N.R. 348; 87 C.L.L.C. 14,017 (C.A.).

AUTHORS CITED

Fraser, Ian. "Some Comments on Subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867*" (1984), 29 *McGill L.J.* 557.
 Hanssen, Kenneth. "The Federal Declaratory Power Under the British North America Act" (1968), 3 *Man. L.J.* 87.
 Hogg, P.W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.
 Lajoie, Andrée. *Le pouvoir déclaratoire du Parlement*. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1969.
 Laskin, Bora. *Canadian Constitutional Law*, 5th ed. by Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.
 Schwartz, Phineas. "Fiat by Declaration S. 92(10)(c) of the British North America Act (1960)", 2 *O.H.L.J.* 1.

COUNSEL:

Mortimer Freiheit and *Pierre Jauvin* for applicant Cargill Grain Company, Limited.
Graham Clarke for respondent Canada Labour Relations Board.
Stephen B.D. Wahl for respondent United Automobile Aerospace and Agricultural Implement Workers of America.

SOLICITORS:

Stikeman, Elliott, Montréal, for applicant Cargill Grain Company, Limited.
Legal Services, Canada Labour Relations Board, Ottawa, for the respondent Canada Labour Relations Board.
Koskie & Minsky, Toronto, for respondent United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America.

DOCTRINE

Fraser, Ian. «Some Comments on Subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867*» (1984), 29 *R. de D. McGill* 557.
 Hanssen, Kenneth. «The Federal Declaratory Power Under the British North America Act» (1968), 3 *Man. L.J.* 87.
 Hogg, P. W. *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd. Toronto: Carswell, 1985.
 Lajoie, Andrée. *Le pouvoir déclaratoire du Parlement*. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1969.
 Laskin, Bora. *Canadian Constitutional Law*, 5^e éd. par Neil Finkelstein. Toronto: Carswell, 1986.
 Schwartz, Phineas. «Fiat by Declaration S. 92(10)(c) of the British North America Act (1960)», 2 *O.H.L.J.* 1.

AVOCATS:

Mortimer Freiheit et *Pierre Jauvin* pour la requérante Cargill Grain Company, Limited.
Graham Clarke pour l'intimé le Conseil canadien des relations du travail.
Stephen B.D. Wahl pour l'intimé les Travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique.

PROCUREURS:

Stikeman, Elliott, Montréal, pour la requérante Cargill Grain Company, Limited.
Services juridiques, Conseil canadien des relations du travail, Ottawa, pour l'intimé le Conseil canadien des relations du travail.
Koskie & Minsky, Toronto, pour l'intimé les Travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HUGESSEN J.A.: This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] application seeks to review and set aside a decision of the Canada Labour Relations Board certifying the United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America (U.A.W.) to represent twenty-eight office and clerical employees in the applicant's office located in Chatham, Ontario.

The sole basis for the application is the applicant's contention that the Board was and is constitutionally incompetent to deal with the employees in question. That being so, the standard of review for this Court must be the correctness of the impugned decision in constitutional terms, for it is trite that an organ of one level of government in a federal system cannot, by a wrong decision in fact or in law, arrogate to itself powers vested in another level of government; no privative clause and no principle of curial deference can protect constitutional trespass.¹

The applicant acts as a grain merchant and grain dealer in Eastern Canada and is a subsidiary of Cargill Limited, based in Winnipeg. The applicant operates a number of grain elevators in Ontario but none of the employees whose certification is here in issue works directly in or on such elevators; on the contrary, as their title indicates, they are all office and clerical workers who are employed in the Eastern Division Headquarters located in Chatham. That office, besides being the centre from which the company conducts its grain merchandising activities, provides essential support services, principally accounting and reporting, for the elevator operations.

Conscious of the constitutional difficulties it might face, the Union applied for certification simultaneously to the Ontario Labour Relations

¹ See *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; (1979), 28 N.R. 107; *Canadian Unions of Public Employees v. Paul L'Anglais Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 147; 146 D.L.R. (3d) 202; (1983), 47 N.R. 351.

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

HUGESSEN, J.C.A.: Il s'agit en l'espèce d'une demande, aux termes de l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10], de révision et d'annulation de la décision du Conseil canadien des relations du travail accréditant le syndicat des Travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique (T.U.A.) pour représenter les vingt-huit employés de bureau travaillant au siège de la requérante à Chatham, en Ontario.

Comme seul motif à l'appui de sa demande, la requérante allègue que le Conseil n'avait et n'a pas la compétence constitutionnelle voulue pour statuer à l'égard des employés en cause. Dans ce contexte, la norme de révision qui doit guider la présente Cour est celle du bien-fondé de la décision litigieuse sur le plan constitutionnel. C'est en effet un lieu commun d'affirmer qu'un organe d'un niveau de gouvernement au sein d'un régime fédéral ne peut, par suite d'une mauvaise décision en fait ou en droit, s'arroger des pouvoirs conférés à un autre niveau de gouvernement. Aucune clause privative ni aucun principe de retenue judiciaire ne saurait sanctionner une transgression constitutionnelle¹.

Filiale de la société Cargill Limited dont le siège est à Winnipeg, la requérante agit à titre de marchand et de négociant en grains dans l'Est du Canada. Elle exploite un certain nombre de silos en Ontario mais aucun des employés dont l'accréditation est en litige n'y travaille à proprement parler; au contraire, comme le titre de leur poste l'indique, ce sont tous des employés de bureau qui travaillent au centre administratif de la région de l'Est à Chatham. En plus d'être le cœur des activités de commercialisation du grain de la société, ce bureau fournit les services de soutien essentiels à l'exploitation des silos, soit surtout la comptabilité et l'enregistrement des opérations.

Conscient des difficultés d'ordre constitutionnel auxquelles il pourrait se heurter, le syndicat a présenté simultanément deux demandes d'accréditi-

¹ Voir *Northern Telecom Ltée. c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; (1979), 28 N.R. 107; *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Paul L'Anglais Inc. et autre*, [1983] 1 R.C.S. 147; 146 D.L.R. (3d) 202; (1983), 47 N.R. 351.

Board and to the Canada Board. In a turn of events which is, to say the least, curious, the application before the Ontario Board proceeded first, but, before that Board, the Union, the applicant for certification, contended that the subject employees fell exclusively under federal jurisdiction while the company, the respondent before the Ontario Board, urged the latter to assume jurisdiction. The Ontario Board held a hearing at the conclusion of which it declined jurisdiction.

The relevant passages of the decision of the Ontario Board read as follows:

5. In April or May 1988, the respondent was formed as a result of the acquisition of the assets of Maple Leaf Mills Grain Company in Chatham, Ontario by the respondent's parent Company, Cargill Limited. Cargill Grain Company, Limited's operations are divided into 19 branches which are responsible for a total of 25 grain elevators. The business of the branches consists of the buying of grain and the servicing of customers. Each branch handles its local business and local customer transactions.

6. All 19 branches report to the eastern region headquarters in Chatham. The eastern region geographically consists of the bulk of Ontario and also has responsibility for two grain elevators situated in the Province of Quebec. As well, it is responsible for administering a grain elevator in St. John, New Brunswick pursuant to a management agreement with Ports Canada. Eighty per cent of the operations of the eastern region consists of the buying of grain and grain products from producers in Ontario and the storage, warehousing and marketing of that grain. The other twenty per cent of its activity consists of other farm service related activities.

7. The respondent's parent owns and operates three terminals for which the eastern region is responsible; one at Sarnia, the second at Midland and the third at Port McNicoll. Terminals are used mostly for the export of grain via ships. The operations of the terminal are federally regulated. The respondent operates two feed mills, and a local seed cleaning facility in Chatham. The various grain products serviced by the respondent include corn, soya bean and wheat. Its wheat activities are governed both by the Ontario Wheat Board and the Canadian Wheat Board.

8. The primary responsibility of the eastern regional office is to maintain a record of the transactions conducted in each of the branches and through the terminals. The regional office is also responsible for the selling of the products held in its various grain elevators.

(Case book, at pages 51-52.)

12. The evidence in the instant case is that the respondent's operations include elevators within the meaning of section

tation, l'une devant la Commission des relations du travail de l'Ontario et l'autre devant le Conseil canadien des relations du travail. Assez curieusement, c'est le moins qu'on puisse dire, l'instance a s'est d'abord engagée devant la Commission de l'Ontario et le syndicat requérant a soutenu que les employés visés ressortissaient exclusivement à la compétence fédérale, tandis que la société intimée a demandé à la Commission de se déclarer compétente. Cette dernière a tenu une audition à l'issue de laquelle elle a décliné sa compétence.

Voici les extraits pertinents de la décision de la Commission de l'Ontario:

[TRADUCTION] 5. Au mois d'avril ou de mai 1988, l'intimée a été formée à la suite de l'acquisition des actifs de la Maple Leaf Mills Grain Company, à Chatham en Ontario, par la société mère de l'intimée, Cargill Limited. Les activités de Cargill Grain Company, Limited se répartissent entre 19 succursales exploitant un total de 25 silos. Chaque succursale est chargée de l'achat du grain et du service aux clients. Chacune gère ses propres affaires et s'occupe de la clientèle locale.

6. Les 19 succursales font toutes rapport au centre administratif de la région de l'Est, à Chatham. En plus de couvrir la majeure partie de l'Ontario, cette région comprend deux silos situés dans la province de Québec et, aux termes d'une entente de gestion conclue avec Ports Canada, un silo à St. John, au Nouveau-Brunswick. Quatre-vingt pour cent des activités de la région de l'Est consistent dans l'achat de grains et de produits céréaliers des producteurs de l'Ontario, ainsi que dans le stockage, l'entreposage et la mise en marché de ce grain. Les autres vingt pour cent se résument à des services agricoles connexes.

7. La société mère de l'intimée possède et exploite trois silos terminaux dont la région de l'Est a la charge: l'un à Sarnia, le second à Midland et le troisième à Port McNicoll. Ces terminaux, assujettis à la réglementation fédérale, sont surtout destinés à l'exportation des grains par navire. L'intimée exploite quant à elle deux fabriques d'aliments pour les animaux de même qu'une station de nettoyage des semences à Chatham. Les produits céréaliers à l'égard desquels l'intimée assure le service comprennent le maïs, la graine de soya et le blé. En ce qui concerne le blé, ses activités sont régies tant par la Ontario Wheat Board que par la Commission canadienne du blé.

8. Le bureau régional de l'Est a comme fonction première de tenir un registre des opérations faites dans chacune des succursales et des terminaux. Il est également chargé de la vente des produits que contiennent les différents silos dont elle assure l'exploitation.

(Dossier, aux pages 51 et 52.)

12. Il ressort de la preuve produite en l'espèce que les établissements de l'intimée comprennent des silos au sens du

43(1)² of the Canada Grain Act and mills and warehouses within the meaning of section 45³ of the CWBA. These operations have been declared by Parliament to be works for the general advantage of Canada. Accordingly, we have concluded that we do not have jurisdiction to determine this application and it is hereby dismissed.⁴

(Case book, at page 55.)

The application before the Canada Board, which had been suspended pending the outcome of the Ontario proceedings, was thereupon revived. It is not without significance that the application to the Canada Board describes the business of the employer as being that of a "Grain merchandiser" (Case book, at page 11).

The Canada Board conducted an investigation and held a hearing. In the investigation report prepared by the Board's staff, the following general description of the employer's activities appears:

Essentially, the company is divided into three main components:

- i) country elevators and farm supply centres;
- ii) transfer elevator operations; and
- iii) grain merchandizing.

The subject application directly affects the grain merchandising employees.

(Case book, at page 77.)

In its decision the Board described the questions before it as follows:

- 1) is there a federal undertaking in existence? and 2) are the office operations in Chatham intimately related to this federal undertaking?

(Case book, at page 161.)

It is common ground that the Board asked itself the right questions.⁵ The dispute is over the

² Now subsection 55(1) of the *Canada Grain Act*, R.S.C., 1985, c. G-10.

³ Now section 76 of the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24.

⁴ We are not called upon, and have no jurisdiction, to review the Ontario Board's finding, but we should not be taken as approving, even indirectly, a holding that operations which "include" some federal works are therefore excluded from provincial labour relations jurisdiction.

⁵ See *Northern Telecom*, footnote 1, *supra*.

paragraphe 43(1)² de la Loi sur les grains du Canada, ainsi que des entrepôts et fabriques au sens de l'article 45 de la LCCB³. Ces installations ont été déclarées par le Parlement être des ouvrages à l'avantage général du Canada. Aussi sommes-nous venus à la conclusion que nous n'avons pas compétence pour statuer sur cette requête, laquelle est par les présentes rejetée⁴.

(Dossier, à la page 55.)

C'est ainsi qu'après avoir été suspendu en attendant l'issue de l'instance ontarienne, l'examen de la requête déposée auprès du Conseil canadien s'est engagé. Il n'est pas inutile de souligner que dans cette requête, l'employeur est décrit comme un [TRADUCTION] «commerçant en grains» (Dossier, à la page 11).

Après enquête, le Conseil canadien a tenu une audition. Dans le rapport d'enquête préparé par le personnel du Conseil se trouve la description générale, que voici, des activités de l'employeur:

[TRADUCTION] L'entreprise de la société se divise essentiellement en trois composantes principales:

- i) l'exploitation de silos locaux et de centres de fournitures agricoles,
- ii) l'exploitation de silos de transbordement,
- iii) la commercialisation du grain.

La présente requête vise directement les employés affectés à la commercialisation du grain.

(Dossier, à la page 77.)

Dans sa décision, le Conseil a ainsi formulé les questions dont il était saisi:

- [TRADUCTION] Premièrement, existe-t-il une entreprise fédérale? Deuxièmement, les activités de bureau de Chatham sont-elles intimement liées à cette entreprise fédérale?

(Dossier, à la page 161.)

Il est admis que le Conseil s'est posé les bonnes questions⁵, le litige portant plutôt sur les réponses

² Aujourd'hui, le paragraphe 55(1) de la *Loi sur les grains du Canada*, L.R.C. (1985), chap. G-10.

³ Aujourd'hui, l'article 76 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), chap. C-24.

⁴ Nous ne sommes pas saisis en l'espèce d'une demande de révision de la décision de la Commission de l'Ontario et nous n'avons d'ailleurs aucunement compétence à cet égard. Notre silence ne saurait toutefois s'interpréter comme une approbation, même indirecte, de la conclusion portant que les installations qui «comprennent» des ouvrages fédéraux sont en conséquence exclues de la compétence provinciale en matière de relations du travail.

⁵ Voir *Northern Telecom*, précité, note 1.

answers, particularly the answer to the first question. The core of the Board's reasoning is as follows (for ease of reference, I have added paragraph numbers):

[1] The evidence presented to the Board has convinced it that a federal undertaking exists in the present case. While it is true that not all of the "country" elevators in Cargill's operation have been declared to be works for the general advantage of Canada, there are nonetheless several of Cargill's elevators that the Canada Grain Act, R.S.C. 1985 c. G-10, has explicitly declared to be works for the general advantage of Canada. For example, in Midland, Ontario one finds the Midland Simcoe Elevator Co. Limited; in Port McNicoll, one finds the Marathon Realty Company Limited; and in Sarnia, one finds Maple Leaf Mills Ltd. All of these elevators are owned by Cargill. These premises are listed in Schedule II of the Grain Act as being works for the general advantage of Canada.

[2] In addition, Cargill has feed warehouses at several locations in Ontario. During the hearing, Mr. S. Guthierrez, Cargill's eastern regional manager, stated that there were fifteen such feed warehouses in Ontario. Similarly, Cargill is also involved with seed cleaning mills such as those in Princeton and in Wallaceburg. Mr. Guthierrez further stated that Cargill operates a few small feed mills such as those in Ayr, Ridgetown and Nelles Corners, Ontario. Cargill also operates seed bagging plants notably in Tillbury, Ontario.

[3] Based upon these facts, we are prepared to find that Cargill is involved in a federal undertaking not only because some of Cargill's elevators have been declared to be works for the general advantage of Canada, but also because section 76 of the Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1985, c. C-24, establishes that the other aspects of Cargill's operations in Ontario have been declared by the Federal Government to be works for the general advantage of Canada. While this Board realizes that not all of Cargill's grain elevators are within its jurisdiction, the overall characterization of the employer's business must be as a federal undertaking.

[4] It is also the Board's opinion that the clerical operations at Chatham are intimately related to the basic federal undertaking. The Chatham office of Cargill administers the feed mills referred to above. All of the country elevators owned by Cargill are administered through the Chatham office though, as mentioned before, some of these elevators are within provincial jurisdiction. These exceptions would not, however, change our basic characterization of Chatham's importance to the operations of Cargill in Eastern Canada. Other functions carried out by the Chatham office include accounting, grain marketing, compilation of statistics from the Eastern Canada operations, plus coordination of activities at various places in Eastern Canada such as at the seed cleaning mill in Wallaceburg.

[5] It is also important to note that the Chatham office is heavily involved in merchandising i.e. the buying, selling and transportation of grain. A portion of this merchandising relates to the futures markets on the Winnipeg and Chicago grain exchanges. The Winnipeg Grain Exchange is governed by the Grain Futures Act, R.S.C. 1985 c. G-11. For these futures markets, traders in eastern Canada place orders

qui ont été fournies, en particulier à la première question. L'essentiel du raisonnement suivi par le Conseil se trouve dans les paragraphes suivants, que j'ai numérotés pour en faciliter la consultation:

[TRADUCTION] [1] D'après la preuve qui lui a été soumise, le Conseil est convaincu qu'il existe en l'espèce une entreprise fédérale. Certes, ce ne sont pas tous les silos «locaux» de l'exploitation de Cargill qui ont été déclarés à l'avantage général du Canada. Mais il n'en reste pas moins que plusieurs l'ont été expressément aux termes de la Loi sur les grains du Canada, L.R.C. (1985), chap. G-10. Ainsi les établissements suivants, propriété de Cargill, sont énumérés à l'annexe II de cette loi comme constituant des ouvrages à l'avantage général du Canada: Midland Simcoe Elevator Co. Limited, à Midland (Ontario), Marathon Realty Company Limited, à Port McNicoll et Maple Leaf Mills Ltd., à Sarnia.

[2] De plus, selon le témoignage du directeur de Cargill pour la région de l'Est, M. S. Guthierrez, cette société possède quinze entrepôts d'aliments pour les animaux en Ontario. Cargill exploite également des stations de nettoyage des semences, entre autres à Princeton et à Wallaceburg, ainsi que quelques petites fabriques d'aliments pour les animaux, notamment à Ayr, Ridgetown et Nelles Corners, en Ontario. Elle possède enfin des stations d'ensachage, comme à Tillbury, également en Ontario.

[3] À la lumière de ces faits, nous sommes disposés à conclure que Cargill exploite une entreprise fédérale, non seulement parce que certains de ses silos ont été déclarés être des ouvrages à l'avantage général du Canada, mais aussi parce que l'article 76 de la Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. (1985), chap. C-24, établit que les autres aspects des exploitations de Cargill en Ontario ont également été déclarés à l'avantage général du Canada. Tout en reconnaissant ne pas avoir compétence à l'égard de tous les silos de Cargill, nous devons conclure que l'exploitation de l'employeur constitue essentiellement une entreprise fédérale.

[4] Le Conseil est également d'avis que les activités du bureau de Chatham sont intimement liées à l'entreprise principale à caractère fédéral. Le bureau de Chatham administre les fabriques d'aliments pour les animaux mentionnées ci-dessus, de même que tous les silos locaux que possède Cargill, bien que certains d'entre eux ressortissent à la compétence provinciale. Ces exceptions ne changent rien, cependant, à l'importance que revêt le bureau de Chatham pour les exploitations de Cargill dans l'Est du Canada. Ce bureau s'occupe également de la comptabilité, de la mise en marché du grain, de la collecte de statistiques et de la coordination des activités se déroulant dans plusieurs établissements de l'Est du pays, tels la station de nettoyage des semences de Wallaceburg.

[5] Il importe également de souligner que le bureau de Chatham s'occupe activement de commercialisation, c'est-à-dire de l'achat, de la vente et du transport des grains. Une partie de cette activité se rapporte aux marchés de grain à terme des Bourses des grains de Winnipeg et de Chicago. La Bourse des grains de Winnipeg est régie par la Loi sur les marchés de grain à terme, L.R.C. (1985), chap. G-11. C'est

through the Chatham office for the Winnipeg or Chicago grain exchange.

[6] Taking into account all of the above considerations, the Board finds that the Chatham office is intimately related with the federal undertaking. Accordingly, this Board has jurisdiction over the present certification application.

(Case book, at pages 161 and 162.)

The reference in paragraph [1] to "several" elevators which have been explicitly declared to be works for the general advantage of Canada is somewhat misleading. The Board specifically mentions three such elevators (Midland, Port McNicoll and Sarnia) and these, sometimes referred to as transfer or terminal elevators, are the only ones which have been so declared in the *Canada Grain Act*. The point is of some importance. Section 55 of the *Canada Grain Act* reads as follows:

55. (1) All elevators in Canada heretofore or hereafter constructed, except elevators referred to in subsection (2) or (3), are and each of them is hereby declared to be a work or works for the general advantage of Canada.

(2) All elevators in the Eastern Division heretofore or hereafter constructed, as defined in paragraph (d) of the definition "elevator" in section 2, are and each of them is hereby declared to be a work or works for the general advantage of Canada.

(3) All elevators in the Eastern Division heretofore or hereafter constructed, as defined in paragraph (e) of the definition "elevator" in section 2, are and each of them is hereby declared to be a work or works for the general advantage of Canada.

This text must be read in conjunction with the definition of "elevator" in section 2, which reads as follows:

2. In this Act,

"elevator" means

(a) any premises in the Western Division

(i) into which grain may be received or out of which grain may be discharged directly from or to railway cars or ships,

(ii) constructed for the purpose of handling and storing grain received directly from producers, otherwise than as a part of the farming operation of a particular producer, and into which grain may be received, at which grain may be weighed, elevated and stored and out of which grain may be discharged, or

(iii) constructed for the purpose of handling and storing grain as part of the operation of a flour mill, feed mill, seed cleaning plant, malt house, distillery, grain oil extraction plant or other grain processing plant, and into which grain may be received, at which grain may be weighed,

par l'entremise du bureau de Chatham que les courtiers de l'Est du Canada négocient sur ces bourses.

[6] Compte tenu de tous ces facteurs, le Conseil estime que le bureau de Chatham est intimement lié à l'entreprise fédérale. En conséquence, le Conseil a compétence pour connaître de la présente requête en accréditation.

(Dossier, aux pages 161 et 162.)

Le renvoi, au paragraphe [1], à «plusieurs» silos ayant été expressément déclarés à l'avantage général du Canada est quelque peu trompeur. En effet, le Conseil mentionne explicitement trois de ces silos (ceux de Midland, Port McNicoll et Sarnia), appelés parfois silos terminaux ou de transbordement, mais ce sont les seuls à avoir ainsi fait l'objet d'une déclaration dans la *Loi sur les grains du Canada*. Or, ce point mérite d'être souligné. L'article 55 de cette Loi s'exprime en ces termes:

55. (1) Toutes les installations du Canada, actuelles et futures, à l'exception de celles visées aux paragraphes (2) ou (3), constituent, collectivement et séparément, des ouvrages à l'avantage général du Canada.

(2) Les installations actuelles et futures de la région de l'Est, décrites à l'alinéa d) de la définition de «installation» à l'article 2, constituent, collectivement et séparément, des ouvrages à l'avantage général du Canada.

(3) Les installations actuelles et futures de la région de l'Est, décrites à l'alinéa e) de la définition de «installation» à l'article 2, constituent, collectivement et séparément, des ouvrages à l'avantage général du Canada.

Ce texte doit être lu concurremment avec la définition de «installation» ou «silo» de l'article 2, ainsi libellée:

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

«installation» ou «silo». Les installations suivantes, notamment celles qui appartiennent à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou à leur mandataire ou qui sont exploitées par l'un d'eux:

a) les installations situées dans la région de l'Ouest et, selon le cas:

(i) équipées pour la réception des grains ou pour leur chargement sur les navires et les wagons ou leur déchargement,

(ii) construites en vue de la manutention et du stockage des grains directement reçus des producteurs, à l'exclusion de celles destinées à l'exploitation agricole d'un producteur particulier, et équipées pour la réception, la pesée, le levage, le stockage et le déchargement des grains,

(iii) construites en vue de la manutention et du stockage de grain dans le cadre de l'exploitation d'une minoterie, d'une fabrique d'aliments pour les animaux, d'une station de nettoyage des semences, d'une malterie, d'une distillerie, d'une usine d'extraction d'huile ou de toute autre usine

elevated and stored and out of which grain may be discharged for processing or otherwise,

(b) any premises in the Eastern Division, situated along Lake Superior, Lake Huron, Lake St. Clair, Lake Erie, Lake Ontario or the canals or other navigable waters connecting those Lakes or the St. Lawrence River or any tidal waters, and into which grain may be received directly from railway cars or ships and out of which grain may be discharged directly to ships,

(c) the portion of any premises in the Eastern Division named in Schedule II that is used for the purpose of storing grain,

(d) any premises in the Eastern Division constructed for the purpose of handling and storing grain received directly from producers, otherwise than as a part of the farming operation of a particular producer, and into which grain may be received, at which grain may be weighed, elevated and stored and out of which grain may be discharged, and

(e) any premises in the Eastern Division constructed for the purpose of handling and storing grain as a part of the operation of a flour mill, feed mill, seed cleaning plant, malt house, distillery, grain oil extraction plant or other grain processing plant, and into which grain may be received, at which grain may be weighed, elevated and stored and out of which grain may be discharged for processing or otherwise,

including any such premises owned or operated by Her Majesty in right of Canada or a province or any agent thereof.

The three terminal elevators referred to by the Board are specifically mentioned in Schedule II to the Act and are therefore caught by the declaration in subsection 55(1) together with paragraph (c) of the definition of "elevator". Subsections 55(2) and (3) and paragraphs (d) and (e) of the definition of "elevator", which would undoubtedly catch all of the other elevators operated by Cargill in Eastern Canada, have not been proclaimed in force.

This brings me to the Board's finding, in paragraphs [2] and [3], that Cargill operates fifteen feed warehouses, two seed cleaning mills and three feed mills in Ontario and that these are caught by the declaration in section 76 of the *Canadian Wheat Board Act*:

76. For greater certainty, but not so as to restrict the generality of any declaration in the *Canada Grain Act* that any elevator is a work for the general advantage of Canada, it is hereby declared that all flour mills, feed mills, feed warehouses and seed cleaning mills, whether heretofore constructed or hereafter to be constructed, are and each of them is hereby declared to be works or a work for the general advantage of Canada and, without limiting the generality of the foregoing,

de transformation, et équipées pour la réception, la pesée, le levage et le stockage des grains ainsi que pour leur déchargement en vue de la transformation notamment;

b) les installations situées dans la région de l'Est, sur les bords des lacs Supérieur, Huron, Sainte-Claire, Érié, Ontario ou des canaux et autres voies navigables reliant ces lacs, ou du fleuve St-Laurent ou des eaux de marées, et équipées pour recevoir des grains directement déchargés de wagons ou navires et pour leur chargement sur ces derniers;

c) la partie des établissements de la région de l'Est énumérés à l'annexe II qui sert au stockage des grains;

d) les installations situées dans la région de l'Est et construites en vue de la manutention et du stockage des grains reçus directement des producteurs, à l'exception de celles destinées à l'exploitation agricole d'un producteur particulier, et équipées pour la réception, la pesée, le levage, le stockage et le déchargement des grains;

e) les installations situées dans la région de l'Est et construites en vue de la manutention et du stockage des grains dans le cadre de l'exploitation d'une minoterie, d'une fabrique d'aliments pour les animaux, d'une station de nettoyage des semences, d'une malterie, d'une distillerie, d'une usine d'extraction d'huile ou de toute autre usine de transformation, et équipées pour la réception, la pesée, le levage, le stockage des grains

ainsi que pour leur déchargement en vue de la transformation notamment.

Les trois silos terminaux mentionnés par le Conseil sont explicitement énumérés à l'annexe II de la Loi et sont par conséquent visés par la déclaration contenue au paragraphe 55(1) de même que par l'alinéa c) de la définition de «installation» ou «silo». Quant aux paragraphes 55(2) et (3), ainsi qu'aux alinéas d) et e) de la définition, lesquels viseraient sans nul doute tous les autres silos qu'exploite Cargill dans l'Est du Canada, aucune proclamation n'a encore fixé leur entrée en vigueur.

Cela m'amène aux paragraphes [2] et [3] de la décision où le Conseil arrive à la conclusion que les quinze entrepôts d'aliments pour les animaux, les deux stations de nettoyage des semences, tout comme les trois fabriques d'aliments pour les animaux qu'exploite Cargill en Ontario sont visés par la déclaration contenue à l'article 76 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*:

76. Sans préjudice de la portée générale de toute déclaration faite dans le cadre de la *Loi sur les grains du Canada* et portant que des silos constituent des ouvrages à l'avantage général du Canada, les minoteries, les fabriques ou entrepôts d'aliments pour les animaux et les stations de nettoyage des semences, actuels—notamment ceux qui figurent à l'annexe—et futurs,

every mill or warehouse mentioned or described in the schedule is a work for the general advantage of Canada.

While I cannot agree with counsel's submission that this declaration should not be given its full force and effect so as to catch feed warehouses, seed cleaning mills and feed mills in Eastern Canada, I am also of the view that it should not be extended beyond its terms. The section itself makes a clear distinction between an "elevator" and the various mills and warehouses of which it speaks; that distinction echoes the one found in the definition of "elevator" in section 2 of the *Canada Grain Act*, quoted above. The legislative texts reflect the reality: the evidence⁶ before the Board is clear that in each case the feed warehouses, seed cleaning mills and feed mills belonging to Cargill in Ontario are operated as an adjunct to the operation of a country grain elevator which itself is not subject to any federal declaration and is, in fact, licensed and regulated by the Ontario provincial authorities. To state, as the Board does, that the section 76 declaration relating to these ancillary operations

... establishes that the other aspects of Cargill's operations in Ontario have been declared by the Federal Government to be works for the general advantage of Canada ... [Emphasis added.]

seems to me to be a patent case of the tail wagging the dog.⁷

⁶ Case book, at pp. 56, 120, 135 and 136. See also paragraph 6 of the Ontario Board's findings, quoted above, that the "farm service" activities of the Company, i.e. the "federal" warehouses and mills here in question, represent only twenty per cent of the whole.

⁷ For a somewhat similar situation, see *R. v. Saskatchewan Wheat Pool* (1978), 89 D.L.R. (3d) 755; 43 C.C.C. (2d) 119; [1978] 6 W.W.R. 27 (Sask. C.A.), where a farm service centre operated as an adjunct to a grain elevator was held to be subject to the provincial *Occupational Health Act* even though the elevator itself had been declared to be a work for the general advantage of Canada. If an ancillary to a federal work is not itself federal, *a fortiori* a declaration of the federal character of an ancillary to a provincial work does not capture the latter.

constituent collectivement et séparément des ouvrages à l'avantage général du Canada.

Je ne puis souscrire à l'argument selon lequel on ne saurait donner à cette déclaration son plein effet de sorte qu'elle vise les fabriques ou entrepôts d'aliments pour les animaux ainsi que les stations de nettoyage de semences situés dans l'Est du Canada. Toutefois, je suis également d'avis qu'on ne doit pas en étendre la portée au-delà de ce qui est énoncé. Une nette distinction est établie dans cet article entre les «silos» et les divers entrepôts et fabriques qui y sont visés, laquelle distinction fait écho à celle que comporte la définition, précitée, de «installation» ou «silo» à l'article 2 de la *Loi sur les grains du Canada*. Ces textes législatifs reproduisent la réalité: en effet, il ressort clairement de la preuve⁶ produite devant le Conseil que, dans chaque cas, les fabriques ou entrepôts d'aliments pour les animaux de même que les stations de nettoyage des semences appartenant à Cargill en Ontario ne constituent qu'un appoint à l'exploitation des silos locaux qui, en tant que tels, ne sont l'objet d'aucune déclaration fédérale et sont, dans les faits, régis et agréés par les autorités provinciales de l'Ontario. Affirmer, comme le fait le Conseil, que la déclaration de l'article 76 relative à ces exploitations accessoires

... établit que les autres aspects des exploitations de Cargill en Ontario ont également été déclarés à l'avantage général du Canada ... [C'est moi qui souligne.]

g

me semble être le monde à l'envers⁷.

⁶ Dossier, aux p. 56, 120, 135 et 136. Voir également le paragraphe 6, précité, de la décision de la Commission de l'Ontario, portant que les «services agricoles» fournis par la société, soit les fabriques et entrepôts «fédéraux» en cause en l'espèce, ne représentent que vingt pour cent de son activité globale.

⁷ Pour une situation semblable, voir *R. v. Saskatchewan Wheat Pool* (1978), 89 D.L.R. (3d) 755; 43 C.C.C. (2d) 119; [1978] 6 W.W.R. 27 (C.A. Sask.), où l'on a jugé qu'un centre de services agricoles, dont l'exploitation était accessoire à celle d'un silo, était assujéti à la *Occupational Health Act*, une loi provinciale, même si le silo lui-même avait été déclaré être un ouvrage à l'avantage général du Canada. Or, si l'accessoire d'un ouvrage fédérale n'est pas lui-même fédérale, *a fortiori* une déclaration conférant un caractère fédérale à l'accessoire d'un ouvrage provincial ne vise pas ce dernier.

The Board's recognition that some of Cargill's elevators are within provincial jurisdiction is presumably intended to be limited to those country elevators (apparently five out of a total of twenty-five) which do not have feed warehouses, seed cleaning mills or feed mills annexed to them. It, of course, ignores the unquestioned fact that the other twenty, at least so far as their elevator operations are concerned, also operate under exclusive provincial regulation and control.

These comments would in themselves be enough to cast very serious doubt on the Board's finding that Cargill's business is a federal undertaking. There is more, however. I have on a previous occasion⁸ dealt with the distinction which must be made between works and undertakings in terms of the federal declaratory power in subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982, Item 1*)] and I need not repeat myself here. In that case, the Court divided over the question of whether an undertaking, otherwise provincial in nature, whose sole *raison d'être* was the operation of a federal work, became by that fact a federal undertaking. The facts of the present case are a long way from those in *Central Western* and argue even more strongly for exclusive provincial jurisdiction over labour relations.

The undertaking of Cargill Grain Company, Limited is far from being exclusively that of the operation of a federal work. It is and is described in the materials before the Board as a grain merchandiser. As was stated by the Ontario Board in paragraph 6 of its decision, quoted above:

Eighty per cent of the operations of the eastern region consists of the buying of grain and grain products from producers in Ontario and the storage, warehousing and marketing of that grain. The other twenty per cent of its activity consists of other farm service related activities.

The Canada Board also recognized this fact and, in paragraph [5] of its decision, speaks of the Chatham office being

⁸ See *Central Western Railway Corp. v. U.T.U.*, [1989] 2 F.C. 186; (1988), 47 D.L.R. (4th) 161; (1988), 84 N.R. 321 (C.A.).

Quand il a reconnu la compétence provinciale sur certains silos appartenant à Cargill, le Conseil ne parlait vraisemblablement que des silos locaux (cinq sur vingt-cinq semble-t-il) ne possédant pas en annexe d'entrepôts ou de fabriques d'aliments pour les animaux ni de stations de nettoyage de semences. C'est, à l'évidence, ignorer le fait incontestable que les vingt autres installations, du moins en ce qui concerne l'exploitation des silos eux-mêmes, sont également assujetties à la réglementation provinciale exclusive.

Ces remarques suffiraient à mettre sérieusement en doute la conclusion du Conseil portant que Cargill exploite une entreprise fédérale. Mais il y a plus. J'ai déjà⁸ examiné la question de la distinction à établir, pour l'application du paragraphe 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*)], entre un ouvrage et une entreprise, et il n'y a pas lieu d'en reprendre l'analyse. Dans cette affaire, la Cour était partagée sur la question de savoir si une entreprise, par ailleurs de nature provinciale, dont la seule raison d'être était l'exploitation d'un ouvrage fédéral, devenait par le fait même une entreprise fédérale. Or, les faits de l'espèce sont fort différents de ceux de l'affaire *Central Western* et militent encore davantage en faveur de la compétence provinciale exclusive en matière de relations du travail.

En effet, les activités de Cargill Grain Company, Limited sont loin de se limiter exclusivement à l'exploitation d'un ouvrage fédéral. Ainsi qu'il appert des documents soumis à l'attention du Conseil, cette société agit à titre de commerçant en grains. Comme le souligne la Commission de l'Ontario au paragraphe [6], précité, de sa décision,

Quatre-vingt pour cent des activités de la région de l'Est consistent dans l'achat de grains et de produits céréaliers des producteurs de l'Ontario, ainsi que dans le stockage, l'entreposage et la mise en marché de ce grain. Les autres vingt pour cent se résument à des services agricoles connexes.

Le Conseil a également reconnu ce fait en soulignant, au paragraphe [5] de sa décision,

⁸ Voir *Central Western Railway Corp. c. T.U.T.*, [1989] 2 C.F. 186; (1988), 47 D.L.R. (4th) 161, (1988), 84 N.R. 321 (C.A.).

... heavily involved in merchandising i.e. the buying, selling and transportation of grain.⁹

This, as it seems to me, is conclusive against federal jurisdiction over labour relations in that office. The undertaking of Cargill is not that of an operator of grain elevators, all or even most of which have been declared to be federal works, who incidentally engages in the activity of buying, selling and transportation of grain. On the contrary, the undertaking of Cargill, as it is uniformly and consistently described throughout the material, is that of a grain merchandiser buying, selling and trading in grain in Ontario, who, as an incidental to that undertaking, operates elevators for the receipt, storage and delivery of the products dealt in. In my view such an undertaking is wholly provincial in its essence even if some part of the activities relates to interprovincial or international trade and some part of the physical plant includes works which have been declared for the general advantage of Canada.

It follows from the foregoing that, in my opinion, the Board's answer to the first question cannot be supported since there is no "core federal undertaking" such as is required to underpin any federal jurisdiction in the primarily provincial field of labour relations. That being so, the Board's finding on the degree of operational integration of the various aspects of Cargill's business, the second question, is simply irrelevant.

I conclude that the Board was without jurisdiction to make the decision here under review. My regret at reaching such a conclusion, whose effect must be to leave the employees in question unrepresented by the union of their choice, is somewhat tempered by the fact, previously alluded to, that the Union itself, in its concurrent applica-

⁹ The Board's further reference to Cargill's dealings in the futures market on the Winnipeg and Chicago grain exchanges and the reference to the *Grain Futures Act*, R.S.C., 1985, c. G-11, puzzles me. It surely cannot be implying that participation in international trade or in dealings on a federally regulated exchange makes the participant a federal undertaking. If so, it is a startling claim to extension of federal labour relations jurisdiction.

... que le bureau de Chatham s'occupe activement de commercialisation, c'est-à-dire de l'achat, de la vente et du transport des grains⁹.

Ces arguments me semblent exclure de façon déterminante la compétence fédérale sur les relations du travail dans ce bureau. L'entreprise de Cargill n'est pas celle d'un exploitant de silos dont la totalité ou la quasi-totalité ont été déclarés être des ouvrages fédéraux, et qui s'engage accessoirement dans l'achat, la vente et le transport du grain. Il s'agit au contraire, ainsi qu'il appert de tous les documents produits en preuve, d'un commerçant en grains qui achète, vend et négocie le grain en Ontario et qui, accessoirement, exploite des silos destinés à la réception, au stockage et à la livraison des produits dont il fait le commerce. À mon avis, une telle entreprise est, par essence, entièrement provinciale, même si une partie de ses activités se rapporte au commerce international ou interprovincial et si ses installations matérielles comprennent des ouvrages qui ont été déclarés être à l'avantage général du Canada.

Il s'ensuit, à mon avis, que la réponse du Conseil à la première question n'est pas fondée en raison de l'absence d'une «entreprise principale fédérale» susceptible de justifier la compétence fédérale dans le secteur provincial privilégié des relations du travail. Cela dit, la conclusion du Conseil quant au degré d'intégration fonctionnelle des diverses facettes des activités de Cargill—en réponse à la deuxième question—est tout simplement non pertinente.

J'en arrive à la conclusion que le Conseil n'était pas compétent pour rendre la décision dont l'annulation est demandée en l'espèce. Si j'éprouve certains scrupules à l'idée de priver ainsi les employés en cause du syndicat qu'ils avaient choisi pour les représenter, mes regrets sont quelque peu atténués par le fait, auquel j'ai déjà fait allusion, que le

⁹ Le renvoi que fait plus loin le Conseil aux opérations de Cargill sur les marchés de grain à terme des bourses de Winnipeg et de Chicago, et à la *Loi sur les marchés de grain à terme*, L.R.C. (1985), chap. G-11, me laisse perplexe. On ne saurait ainsi sous-entendre que la participation au commerce international ou aux opérations d'une bourse assujettie à la réglementation fédérale fait du participant une entreprise fédérale. Soutenir une telle proposition reviendrait à revendiquer un accroissement impressionnant de la compétence fédérale dans le domaine des relations du travail.

tion to the Ontario Board, invited the latter to decline jurisdiction.

I would allow the section 28 application and set aside the impugned decision as having been made without jurisdiction.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A. (*dissenting*): This section 28 application is brought by the applicant ("Cargill Grain") against an order of the respondent Canada Labour Relations Board (the "CLRB" or the "Board"), dated March 10, 1989, made pursuant to section 24 of the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2] (the "Code") which certified the respondent United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America (the "Union") as the bargaining agent for a unit comprising all office and clerical employees of Cargill Grain Company Limited working in Chatham, Ontario, excluding merchants' assistants, the executive assistant to the branch manager, casual employees, grain merchants, managers and those above the rank of grain merchants and managers.

Cargill Grain, self-described as a grain merchandiser, is a wholly-owned subsidiary of a Winnipeg-based parent company, Cargill Limited, which in the spring of 1988 purchased the grain division of Maple Leaf Mills Ltd. and changed its name to Cargill Grain Company Limited. Cargill Grain's administrative offices are in Chatham, Ontario.

The elevator and mill network of Cargill Grain in Ontario comprises three transfer or terminal elevators and 25 more locally-oriented establishments, including feed warehouses, feed mills, seed cleaning mills and a seed bagging plant. Cargill Grain also has the clerical offices in Chatham which are the subject matter of the present case. The 25 so-called "country elevators" are grouped into 15 profit centres. Their main function is to purchase local grains and oilseeds from the area producers and provide crop inputs, including

syndicat a lui-même, dans sa requête concurrente à la Commission de l'Ontario, invité cette dernière à décliner sa compétence.

Je ferais droit à la demande fondée sur l'article 28 en l'espèce et j'annulerais la décision litigieuse au motif qu'elle a été rendue sans compétence.

* * *

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A. (*dissent*): Par la présente demande fondée sur l'article 28, la requérante («Cargill Grain») attaque une ordonnance qu'a rendue l'intimé, le Conseil des relations du travail du Canada (le «CCRT» ou le «Conseil») le 10 mars 1989, aux termes de l'article 24 du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), chap. L-2] (le «Code»), laquelle ordonnance accréditait l'intimé, les Travailleurs unis de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole d'Amérique (le «syndicat») à titre d'agent négociateur pour une unité comprenant tous les employés de bureau de Cargill Grain Company Limited travaillant à Chatham, en Ontario, à l'exclusion des adjoints aux marchands, de l'attaché de direction de la succursale, des employés occasionnels, des marchands de grains, des directeurs et de tous ceux occupant un échelon supérieur à ces deux derniers groupes.

Cargill Grain, qui se décrit comme un commerçant en grains, est une filiale en propriété exclusive de la société Cargill Limited, dont le siège est situé à Winnipeg. C'est au printemps de 1988 que cette dernière a fait l'acquisition de la division céréalière de Maple Leaf Mills Ltd. et qu'elle a changé son nom pour celui de Cargill Grain Company Limited. Le bureau administratif de Cargill Grain est situé à Chatham, en Ontario.

Le réseau de silos et de fabriques de Cargill Grain en Ontario comprend trois silos terminaux ou de transbordement et vingt-cinq établissements à vocation plus locale, notamment des entrepôts et fabriques d'aliments pour les animaux, des stations de nettoyage des semences ainsi qu'une station d'ensachage. Cargill Grain possède également un bureau administratif à Chatham dont les employés font l'objet du présent litige. Les vingt-cinq «silos locaux», ainsi qu'on les désigne, sont regroupés en quinze centres de profit. Leur principale fonction

custom application of inputs to the area producers. These locations report to the Chatham office, and the majority of the related accounting functions are performed in the Chatham office, i.e. accounts receivable, accounts payable, general ledger, financial statement preparation, inventory records relative to grain, etc. (Case, at page 56.)

The relationship of the Chatham office to the country elevators is described in the following two passages from the cross-examination of Stefan Gutierrez, the Eastern Regional Manager of Cargill Grain:

Q. And from those Country Elevators, if I can characterize them that way, that are administered through the Chatham office, where do they ship the grain?

A. That grain is ... I would say, primarily, all shipped within the province of Ontario.

Q. Where? To where?

A. To feed mills, to, to transfer elevators or terminal elevators ...

Q. Okay, so let ... You've, you've ...

A. ... for further marketing disposition. [Case, at page 101.]

Q. You say that they, there are 15 or so warehouses where feed and seed are warehoused?

A. The, the local grain elevator, as a ... maybe as a, as an example, I can help explain this as a ... he may have a, a flat warehouse adjacent to the grain elevator. In that warehouse he may store chemicals and seed that is utilized by the local producer. So he will, he will use that warehouse to, to hold on to his inventory until such time as it's needed. And we only have them at, we don't have them at all of the locations because some of it is ...

Q. Fifteen out of 25, basically, you're saying.

A. Um hum.

Q. Okay. And in terms of the work function performed at Chatham in respect of the warehousing and so on, sales of feed, seed and chemicals, that's all done through Chatham?

A. Yes, in the way it was laid out here, in terms of accounts receivables. [Case, at page 120.]

The Union applied concurrently for certification both before the CLRB and the Ontario Labour Relations Board ("OLRB"). In a decision on

consiste à acheter des grains et des oléagineux aux producteurs de la région, à leur fournir les intrants nécessaires à la production des cultures céréalières et à en faire l'application sur demande. Ces établissements font rapport au bureau de Chatham qui tient la majorité des éléments de la comptabilité relatifs à ces activités, savoir l'établissement des comptes clients, des comptes fournisseurs, du grand livre, des états financiers, des registres de stock de grains, etc. (Dossier, à la page 56.)

Les relations qu'entretient le bureau de Chatham avec les silos locaux sont décrites dans les deux extraits suivants du contre-interrogatoire de M. Stefan Gutierrez, directeur de la région de l'Est chez Cargill Grain:

[TRADUCTION]

Q. Et à partir de ces silos locaux, si je peux les appeler ainsi, qui sont administrés par le bureau de Chatham, à quel endroit le grain est-il expédié?

R. Ce grain est ... Je dirais, principalement, qu'il est expédié en entier dans les limites de la province d'Ontario.

Q. Où? Vers quelle destination?

R. Vers des fabriques d'aliments pour les animaux, des silos terminaux ou de transbordement ...

Q. D'accord, ainsi ... vous, vous ...

R. ... à des fins de commercialisation. [Dossier, à la page 101.]

Q. Vous dites qu'il y a 15 entrepôts ou à peu près, où les aliments pour les animaux et les semences sont entreposés?

R. Le silo local, à titre d'exemple, je pourrais peut-être vous expliquer cela comme un ... il peut y avoir un entrepôt à fond plat adjacent au silo. Dans cet entrepôt, l'exploitant peut stocker les produits chimiques et les semences destinés au producteur local. Donc, il utilisera cet entrepôt pour garder son stock jusqu'à ce qu'il en ait besoin. Il n'y en a pas dans tous les établissements parce que certains d'entre eux sont ...

Q. Quinze sur vingt-cinq, essentiellement, c'est ce que vous dites.

R. Euh, euh.

Q. D'accord. Pour ce qui est du travail effectué à Chatham relativement à l'entreposage, aux ventes d'aliments pour les animaux, de semences et de produits chimiques, tout cela passe par Chatham?

R. Oui, de la façon indiquée ici, pour les comptes clients. [Dossier, à la page 120.]

Le syndicat a présenté concurremment deux demandes d'accréditation, l'une devant le CCRT et l'autre devant la Commission des relations du

December 22, the 1988 OLRB declined jurisdiction, concluding (Case, at page 55):

... The evidence in the instant case is that the respondent's operations include elevators within the meaning of section 43(1) [now subsection 55(1)] of the Canada Grain Act and mills and warehouses within the meaning of section 45 [now section 76] of the CWBA. These operations have been declared by Parliament to be works for the general advantage of Canada. Accordingly, we have concluded that we do not have jurisdiction to determine this application and it is hereby dismissed.

The CLRB then held a hearing on the narrow issue of its constitutional jurisdiction to certify the Union. The Board's conclusion is contained in a letter decision of March 28, 1989, the relevant part of which is as follows:

On November 4, 1988 the applicant filed an application for certification before this Board. The application proposed a bargaining unit of approximately twenty-eight office and clerical employees working in Cargill's offices in Chatham, Ontario. The Board is confronted in this case with the following two questions: 1) is there a federal undertaking in existence? and 2) are the office operations in Chatham intimately related to this federal undertaking? The Board is of the opinion that it has jurisdiction to grant the certification application because both of the above questions may be answered in the affirmative.

The evidence presented to the Board has convinced it that a federal undertaking exists in the present case. While it is true that not all of the "country" elevators in Cargill's operation have been declared to be works for the general advantage of Canada, there are nonetheless several of Cargill's elevators that the Canada Grain Act, R.S.C. 1985 c. G-10, has explicitly declared to be works for the general advantage of Canada. For example, in Midland, Ontario one finds the Midland Simcoe Elevator Co. Limited; in Port McNicoll, one finds the Marathon Realty Company Limited; and in Sarnia, one finds Maple Leaf Mills Ltd. All of these elevators are owned by Cargill. These premises are listed in Schedule II of the Grain Act as being works for the general advantage of Canada.

In addition, Cargill has feed warehouses at several locations in Ontario. During the hearing, Mr. S. Guthierrez, Cargill's eastern regional manager, stated that there were fifteen such feed warehouses in Ontario. Similarly, Cargill is also involved with seed cleaning mills such as those in Princeton and in Wallaceburg. Mr. Guthierrez further stated that Cargill operates a few small feed mills such as those in Ayr, Ridgetown and Nelles Corners, Ontario. Cargill also operates seed bagging plants notably in Tillbury, Ontario.

Based upon these facts, we are prepared to find that Cargill is involved in a federal undertaking not only because some of Cargill's elevators have been declared to be works for the general advantage of Canada, but also because section 76 of the Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1985 c. C-24, estab-

travail de l'Ontario («CRTO»). Dans sa décision rendue le 22 décembre 1988, la CRTO a décliné sa compétence après être arrivée à la conclusion suivante (Dossier, à la page 55):

... Il ressort de la preuve produite en l'espèce que les établissements de l'intimée comprennent des silos au sens du paragraphe 43(1) [maintenant le paragraphe 55(1)] de la Loi sur les grains du Canada, ainsi que des entrepôts et fabriques au sens de l'article 45 [maintenant l'article 76] de la LCCB. Ces installations ont été déclarées par le Parlement être des ouvrages à l'avantage général du Canada. Aussi sommes-nous venus à la conclusion que nous n'avons pas compétence pour statuer sur cette requête, laquelle est par les présentes rejetée.

Le CCRT a donc tenu une audience visant uniquement à déterminer s'il avait compétence, sur le plan constitutionnel, pour accréditer le syndicat. Le Conseil a fait connaître sa conclusion dans une décision-lettre datée du 28 mars 1989, dont voici les extraits pertinents:

[TRADUCTION] Le 4 novembre 1988, le requérant a déposé une demande d'accréditation devant le présent Conseil. Il y proposait une unité de négociation formée d'environ vingt-huit employés de bureau travaillant aux bureaux de Cargill à Chatham, en Ontario. Le Conseil doit répondre en l'espèce à deux questions: Premièrement, existe-t-il une entreprise fédérale? Deuxièmement, les activités de bureau de Chatham sont-elles intimement liées à cette entreprise fédérale? Le Conseil est d'avis qu'il est compétent pour accorder l'accréditation demandée parce qu'il est possible de répondre par l'affirmative à ces deux questions.

D'après la preuve qui lui a été soumise, le Conseil est convaincu qu'il existe en l'espèce une entreprise fédérale. Certes, ce ne sont pas tous les silos «locaux» de l'exploitation de Cargill qui ont été déclarés à l'avantage général du Canada. Mais il n'en reste pas moins que plusieurs l'ont été expressément aux termes de la Loi sur les grains du Canada, L.R.C. (1985), chap. G-10. Ainsi les établissements suivants, propriété de Cargill, sont énumérés à l'annexe II de cette loi comme constituant des ouvrages à l'avantage général du Canada: Midland Simcoe Elevator Co. Limited, à Midland (Ontario), Marathon Realty Company Limited, à Port McNicoll et Maple Leaf Mills Ltd., à Sarnia.

De plus, selon le témoignage du directeur de Cargill pour la région de l'Est, M. S. Guthierrez, cette société possède quinze entrepôts d'aliments pour les animaux en Ontario. Cargill exploite également des stations de nettoyage des semences, entre autres à Princeton et à Wallaceburg, ainsi que quelques petites fabriques d'aliments pour les animaux, notamment à Ayr, Ridgetown et Nelles Corners, en Ontario. Elle possède enfin des stations d'ensachage, comme à Tillbury, également en Ontario.

À la lumière de ces faits, nous sommes disposés à conclure que Cargill exploite une entreprise fédérale, non seulement parce que certains de ses silos ont été déclarés être des ouvrages à l'avantage général du Canada, mais aussi parce que l'article 76 de la Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C.

lishes that the other aspects of Cargill's operations in Ontario have been declared by the Federal Government to be works for the general advantage of Canada. While this Board realizes that not all of Cargill's grain elevators are within its jurisdiction, the overall characterization of the employer's business must be as a federal undertaking.

It is also the Board's opinion that the clerical operations at Chatham are intimately related to the basic federal undertaking. The Chatham office of Cargill administers the feed mills referred to above. All of the country elevators owned by Cargill are administered through the Chatham office though, as mentioned before, some of these elevators are within provincial jurisdiction. These exceptions would not, however, change our basic characterization of Chatham's importance to the operations of Cargill in Eastern Canada. Other functions carried out by the Chatham office include accounting, grain marketing, compilation of statistics from the Eastern Canada operations, plus coordination of activities at various places in Eastern Canada such as at the seed cleaning mill in Wallaceburg.

It is also important to note that the Chatham office is heavily involved in merchandising i.e. the buying, selling and transportation of grain. A portion of this merchandising relates to the futures markets on the Winnipeg and Chicago grain exchanges. The Winnipeg Grain Exchange is governed by the Grain Futures Act, R.S.C. 1985 c. G-11. For these futures markets, traders in eastern Canada place orders through the Chatham office for the Winnipeg or Chicago grain exchange.

Taking into account all of the above considerations, the Board finds that the Chatham office is intimately related with the federal undertaking. Accordingly, this Board has jurisdiction over the present certification application.

The legal issues in this case focus principally on the declaratory power of Parliament under paragraph 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] to declare a work for the general advantage of Canada. This provision reads as follows:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes:—

c. Such Works as, although wholly situate within the Province, are before or after their Execution declared by the Parliament of Canada to be for the general Advantage of Canada or for the Advantage of Two or more of the Provinces.

(1985), chap. C-24, établit que les autres aspects des exploitations de Cargill en Ontario ont également été déclarés à l'avantage général du Canada. Tout en reconnaissant ne pas avoir compétence à l'égard de tous les silos de Cargill, nous devons conclure que l'exploitation de l'employeur constitue essentiellement une entreprise fédérale.

Le Conseil est également d'avis que les activités du bureau de Chatham sont intimement liées à l'entreprise principale à caractère fédéral. Le bureau de Chatham administre les fabriques d'aliments pour les animaux mentionnées ci-dessus, de même que tous les silos locaux que possède Cargill, bien que certains d'entre eux ressortissent à la compétence provinciale. Ces exceptions ne changent rien, cependant, à l'importance que revêt le bureau de Chatham pour les exploitations de Cargill dans l'Est du Canada. Ce bureau s'occupe également de la comptabilité, de la mise en marché du grain, de la collecte de statistiques et de la coordination des activités se déroulant dans plusieurs établissements de l'Est du pays, tels la station de nettoyage des semences de Wallaceburg.

Il importe également de souligner que le bureau de Chatham s'occupe activement de commercialisation, c'est-à-dire de l'achat, de la vente et du transport des grains. Une partie de cette activité se rapporte aux marchés de grain à terme des Bourses des grains de Winnipeg et de Chicago. La Bourse des grains de Winnipeg est régie par la Loi sur les marchés de grain à terme, L.R.C. (1985), chap. G-11. C'est par l'entremise du bureau de Chatham que les courtiers de l'Est du Canada négocient sur ces bourses.

Compte tenu de tous ces facteurs, le Conseil estime que le bureau de Chatham est intimement lié à l'entreprise fédérale. En conséquence, le Conseil a compétence pour connaître de la présente requête en accréditation.

Les questions juridiques en litige dans la présente espèce mettent principalement en cause le pouvoir déclaratoire du Parlement, soit le pouvoir qui lui est conféré, aux termes de l'alinéa 92(10)(c) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 5]] de déclarer qu'un ouvrage est à l'avantage général du Canada. Cette disposition est ainsi formulée:

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

10. les travaux et entreprises d'une nature locale, autres que ceux énumérés dans les catégories suivantes:—

c) les travaux qui, bien qu'entièrement situés dans la province, seront avant ou après leur exécution déclarés par le Parlement du Canada être pour l'avantage général du Canada, ou pour l'avantage de deux ou d'un plus grand nombre des provinces.

There are two main pieces of general legislation affecting the grain industry in Canada, each employing the federal declaratory power. The *Canada Grain Act*, R.S.C., 1985, c. G-10, establishes the Canadian Grain Commission (section 3) with a mandate to “establish and maintain standards of quality for Canadian grain and regulate grain handling in Canada, to ensure a dependable commodity for domestic and export markets” (section 13). The *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24, sets up the Canadian Wheat Board “with the object of marketing in an orderly manner, in interprovincial and export trade, grain grown in Canada” (section 5), with power *inter alia* to buy, sell and transport grain and to operate elevators (section 6).

The *Canada Grain Act* divides Canada into an Eastern Division and a Western Division, the boundary being the meridian passing through the eastern boundary of Thunder Bay, and section 2 of the Act defines elevator to mean, *inter alia*, “the portion of any premises in the Eastern Division named in Schedule II that is used for the purpose of storing grain”. Schedule II lists, *inter alia*, the premises of Midland Simcoe Elevator Co. Ltd., in Midland, Ontario, those of Marathon Realty Company Limited in Port McNicoll, Ontario, and those of Maple Leaf Mills Ltd. in Sarnia, Ontario. These are the three transfer elevators now owned by Cargill Grain, and it is therefore common ground to the parties that these three elevators fall under federal jurisdiction under paragraph 92(10)(c).

This is the only relevant declaration in the *Canada Grain Act*, since the relevant provisions of section 55 are not yet in force. That section provides as follows:

55. (1) All elevators in Canada heretofore or hereafter constructed, except elevators referred to in subsection (2) or (3), are and each of them is hereby declared to be a work or works for the general advantage of Canada.

(2) All elevators in the Eastern Division heretofore or hereafter constructed, as defined in paragraph (d) of the definition “elevator” in section 2, are and each of them is hereby declared to be work or works for the general advantage of Canada.

(3) All elevators in the Eastern Division heretofore or hereafter constructed, as defined in paragraph (e) of the definition

Deux grandes lois d'intérêt général régissent l'industrie du grain au Canada, chacune d'elles recourant au pouvoir déclaratoire fédéral. La *Loi sur les grains du Canada*, L.R.C. (1985), chap. G-10, constitue la Commission canadienne des grains (article 3) dont la mission est de «fixer et de faire respecter . . . des normes de qualité pour le grain canadien et de régir la manutention des grains au pays, afin d'en assurer la fiabilité sur les marchés intérieur et extérieur» (article 13). Quant à la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), chap. C-24, elle établit la Commission canadienne du blé qui «a pour mission d'organiser, dans le cadre du marché interprovincial et de l'exportation, la commercialisation du grain cultivé au Canada» (article 5). Parmi les pouvoirs qui lui sont conférés figurent ceux d'acheter, de vendre et de transporter des grains, ainsi que celui d'exploiter des silos (article 6).

La *Loi sur les grains du Canada* divise le pays en deux régions, celle de l'Est et celle de l'Ouest, séparées par le méridien qui coupe la limite est de Thunder Bay. L'article 2 de la Loi définit le terme «installation» ou «silo» comme désignant, notamment, «la partie des établissements de la région de l'Est énumérés à l'annexe II qui sert au stockage des grains». Parmi les établissements nommément désignés à cette annexe figurent ceux de Midland Simcoe Elevator Co. Ltd., à Midland, de Marathon Realty Company Limited à Port McNicoll et de Maple Leaf Mills Ltd. à Sarnia, tous situés en Ontario. Il s'agit des trois silos de transbordement qui appartiennent maintenant à Cargill Grain et dont les parties admettent qu'ils relèvent en conséquence de la compétence fédérale en vertu de l'alinéa 92(10)c).

C'est la seule déclaration applicable en l'espèce que l'on retrouve dans la *Loi sur les grains du Canada* puisque les dispositions pertinentes de l'article 55 ne sont pas encore en vigueur. Cet article dispose:

55. (1) Toutes les installations du Canada, actuelles et futures, à l'exception de celles visées aux paragraphes (2) ou (3), constituent, collectivement et séparément, des ouvrages à l'avantage général du Canada.

(2) Les installations actuelles et futures de la région de l'Est, décrites à l'alinéa d) de la définition de «installation» à l'article 2, constituent, collectivement et séparément, des ouvrages à l'avantage général du Canada.

(3) Les installations actuelles et futures de la région de l'Est, décrites à l'alinéa e) de la définition de «installation» à l'article

“elevator” in section 2, are and each of them is hereby declared to be a work or works for the general advantage of Canada.

The general provisions of this section are, of course, broad enough to cover Cargill grain’s operations, which are entirely in the Eastern Division, but subsection 121(1) provides that subsections (2) and (3) of section 55 shall come into force only when proclaimed, and no proclamation under section 121 has yet been issued.

It is therefore necessary to turn to the *Canadian Wheat Board Act*, which contains a declaration for the general advantage of Canada in section 76, as follows:

76. For greater certainty, but not so as to restrict the generality of any declaration in the *Canada Grain Act* that any elevator is a work for the general advantage of Canada, it is hereby declared that all flour mills, feed mills, feed warehouses and seed cleaning mills, whether heretofore constructed or hereafter to be constructed, are and each of them is hereby declared to be works or a work for the general advantage of Canada and, without limiting the generality of the foregoing, every mill or warehouse mentioned or described in the schedule is a work for the general advantage of Canada.

It was this declaration which was used by the Board to support a conclusion that most of Cargill grain’s elevators in Ontario have been declared to be works of the general advantage of Canada. Certainly on their face “all flour mills, feed mills, feed warehouses and seed cleaning mills” in Ontario would be included.

The applicant argued that a restrictive reading so as not to apply section 76 to “country” elevators is required for two reasons. First, the *Canada Grain Act* and the *Canadian Wheat Board Act* are *in pari materia*, and the former has not exercised its jurisdiction over Eastern Division country elevators. Second, the *Canadian Wheat Board Act* itself requires a territorial restriction by its definition of “designated area” in section 2:

2. (1) In this Act,

“designated area” means that area comprised by the Provinces of Manitoba, Saskatchewan and Alberta, and those parts of the Province of British Columbia known as the Peace River District and the Creston-Wyndell Areas, and such other areas as the Board may designate under Subsection (3).

2, constituent, collectivement et séparément, des ouvrages à l’avantage général du Canada.

Les termes généraux de cet article sont assurément assez larges pour viser les exploitations de Cargill Grain, lesquelles sont toutes situées dans la région de l’Est, mais le paragraphe 121(1) porte que les paragraphes 55(2) et (3) n’entrent en vigueur qu’à la date fixée par proclamation. Or, aucune proclamation n’a à ce jour été prise aux termes de l’article 121.

Il convient donc de se reporter à la *Loi sur la Commission canadienne du blé* où l’on retrouve, à l’article 76, une déclaration d’intérêt national ainsi libellée:

76. Sans préjudice de la portée générale de toute déclaration faite dans le cadre de la *Loi sur les grains du Canada* et portant que des silos constituent des ouvrages à l’avantage général du Canada, les minoteries, les fabriques ou entrepôts d’aliments pour les animaux et les stations de nettoyage des semences, actuels—notamment ceux qui figurent à l’annexe—et futurs, constituent collectivement et séparément des ouvrages à l’avantage général du Canada.

C’est sur cette déclaration que s’est appuyé le Conseil pour conclure que la plupart des silos appartenant à Cargill en Ontario ont été déclarés être à l’avantage général du Canada. À première vue, il est clair que «les minoteries, les fabriques ou entrepôts d’aliments pour les animaux et les stations de nettoyage des semences» situés en Ontario seraient visés en totalité.

La requérante allègue que l’article 76 doit recevoir une interprétation restrictive de sorte que les silos «locaux» n’y soient pas visés, et ce pour deux motifs. D’abord, la *Loi sur les grains du Canada* et la *Loi sur la Commission canadienne du blé* sont *in pari materia* et aux termes de la première, il n’y a pas eu exercice de compétence à l’égard des silos locaux de la région de l’Est. Ensuite, l’application de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* est territorialement restreinte en raison de la définition de «région désignée» à l’article 2, ainsi conçue:

2. (1) Les définitions qui suivent s’applique à la présente loi:

«région désignée» La région formée des provinces du Manitoba, de la Saskatchewan et d’Alberta, des parties de la province de la Colombie-Britannique connues sous les noms de district de Peace River et de régions Creston-Wyndell, ainsi que des régions éventuellement incluses dans cette région en application du paragraphe (3).

Subsections (2) and (3) of section 2 are also invoked:

2. . . .

(2) Unless it is otherwise provided in this Act, words and expressions used in this Act have the same meaning as in the *Canada Grain Act*, . . .

(3) The Board may, by order, designate parts of the Province of British Columbia, other than the Peace River District and the Creston-Wynndel Areas, and parts of the Province of Ontario lying in the Western Division that are included in the designated area for the purposes of this Act.

In reference to the first argument, it will be noted that the territorial divisions in the two Acts are not identical. Even with the additional powers of designation given to the Canadian Wheat Board under subsection 2(3) of its Act, the “designated area” under that Act is not potentially equivalent to the Western District under the *Canada Grains Act*, since certain parts of British Columbia are made exempt from designation.

Section 76 has been considered in several cases. In *Camirand c. R.*, [1976] C.S. 1294, Mignault J. of the Quebec Superior Court interpreted the opening words (“For greater certainty, but not so as to restrict the generality”) to mean only that the enumeration in the Schedule of mills and feed warehouses in the designated area does not exclude other mills and warehouses in that same area, and he held that the declaration therefore has reference only to mills and warehouses in the four Western provinces.

This case was followed by Brière J. in *Antoine Guertin Ltée 1*, unreported, Québec Labour Court, No. 500-28-000502-831. However in *Cie du trust national Ltée c. Burns*, [1985] C.S. 1286,¹⁰ Mailhot J. (as she then was) refused to follow *Camirand*. In coming to the opposite conclusion, she appeared to be particularly struck by the fact that both Acts were amended on the same day, June 30, 1950, so as to have declaratory provisions of

¹⁰ An appeal has been pending before the Québec Court of Appeal since 1985, but has not yet been proceeded with. However, in a companion case, that Court indirectly affirmed the judgment of Bisson, Chouinard and Mailhot JJ. on other grounds: see *Raymond, Chabot, Martin, Paré & associés c. Association des employés de G.D.I. Inc.*, decided June 9, 1989 (No. 200-09-000461-852).

Les paragraphes (2) et (3) de l'article 2 sont également invoqués:

2. . . .

(2) Sauf disposition contraire, les termes de la présente loi s'entendent au sens de la *Loi sur les grains du Canada* . . .

(3) La Commission peut, par ordonnance, inclure dans la région désignée des parties de la province de la Colombie-Britannique—à l'exception du district de Peace River et des régions Creston-Wynndel—et des parties de la province d'Ontario comprises dans la région de l'Ouest.

Pour ce qui est du premier argument, soulignons que la division territoriale n'est pas la même aux termes des deux lois. Même en tenant compte des pouvoirs additionnels de désignation conférés à la Commission canadienne du blé par le paragraphe 2(3) de sa loi constitutive, la «région désignée» aux termes de celle-ci ne saurait constituer l'équivalent de la région de l'Ouest visée à la *Loi sur les grains du Canada*, étant donné que certaines parties de la Colombie-Britannique sont exclues du territoire pouvant ainsi faire l'objet d'une désignation.

La portée de l'article 76 a été examinée dans plusieurs arrêts. Dans l'affaire *Camirand c. R.*, [1976] C.S. 1294, le juge Mignault de la Cour supérieure du Québec a estimé que les mots «sans restreindre la généralité de ce qui précède» signifiaient simplement que l'énumération en annexe de moulins et entrepôts de la région désignée n'avait pas pour effet d'exclure les autres moulins et entrepôts de la même région. Il a conclu que la déclaration ne visait par conséquent que les moulins et entrepôts dans les quatre provinces de l'Ouest.

Cette décision a été suivie par le juge Brière dans l'affaire *Antoine Guertin Ltée 1*, non publiée, Tribunal du travail (Qué.), n° 500-28-000502-831. Cependant, dans la décision *Cie du trust national Ltée c. Burns*, [1985] C.S. 1286¹⁰, le juge Mailhot (aujourd'hui juge à la Cour d'appel du Québec) a refusé de suivre la décision *Camirand*. En arrivant à la conclusion opposée, le juge Mailhot semble avoir été particulièrement frappé par le fait que

¹⁰ Un appel est pendant depuis 1985 devant la Cour d'appel du Québec, mais il n'a pas encore été entendu. Cependant, dans une espèce connexe, cette Cour a indirectement confirmé, pour d'autres motifs, l'arrêt des juges Bisson, Chouinard et Mailhot: voir *Raymond, Chabot, Martin, Paré et associés c. Association des employés de G.D.I. Inc.*, jugement rendu le 9 juin 1989 (n° 200-09-000461-852).

greater breadth than before; that in the *The Canadian Wheat Board Act 1935*, [S.C. 1935, c. 53, s. 39 (as am. by S.C. 1947, c. 15; 1950, c. 31, s. 8)] is identical to the present section 76, and that in the *Canada Grain Act* [R.S.C. 1927, c. 86, s. 173 (as am. by S.C. 1950, c. 24, s. 10)] reads as follows:

173. All elevators in Canada heretofore or hereafter constructed are hereby declared to be works for the general advantage of Canada.

Elevators were defined as “any premises into which western grain may be received, or out of which it may be discharged directly from or into railway car or vessels” (R.S.C. 1952, c. 25, s. 2). Then in 1971 the entire *Canada Grain Act* was replaced, and a declaratory power was enacted (S.C. 1970-71-72, c. 7, s. 43) in the words presently in section 55, with a regional limitation on the general declaration in subsection 1, whereas the declaration in the *Canadian Wheat Board Act* was left unchanged. In sum, between 1950 and 1971 the *Canada Grain Act* covered all of Canada, as did the *Canadian Wheat Board Act*. The *Canada Grain Act* was then changed to apply to all elevators in the Western Division, some in the Great Lakes Region and to eastern elevators named in Schedule II. No such change was made to the *Canadian Wheat Board Act*, and it therefore presumably was intended by Parliament to continue the broad declaration previously intended.

Mailhot J. also noted that the notion of “designated area” in the *Canadian Wheat Board Act* was obviously intended to apply to the parts of the Act where it is referred to: section 23 for Part II, “Control of Elevators and Railways”, section 32 for Part III, “Interprovincial and Export Marketing of Wheat by the Board”. Section 76, on the

les deux lois ont été modifiées le même jour, soit le 30 juin 1950, afin que soit étendue la portée de leur disposition déclaratoire: la déclaration de la *Loi sur la Commission canadienne du blé, 1935* [S.C. 1935, chap. 53, art. 39 (mod. par S.C. 1947, chap. 15; 1950, chap. 31, art. 8)] est devenue identique au présent article 76 et celle de la *Loi sur les grains du Canada* [S.R.C. 1927, chap. 86, art. 173 (mod. par S.C. 1950, chap. 24, art. 10)] était ainsi libellée:

173. Tous les éleveurs au Canada, jusqu'ici ou dorénavant construits, sont par les présentes déclarés des ouvrages à l'avantage général du Canada.

Les éleveurs étaient par ailleurs définis comme «les immeubles dans lesquels le grain de l'Ouest peut être reçu ou hors desquels il peut être déchargé directement des wagons de chemin de fer ou des navires.» (S.R.C. 1952, chap. 25, art. 2). Puis en 1971, la *Loi sur les grains du Canada* a été remplacée et un pouvoir déclaratoire a été conféré (S.C. 1970-71-72, chap. 7, art. 43) dans les termes utilisés présentement à l'article 55 et comportant une limitation régionale par rapport à la déclaration générale contenue au paragraphe (1), tandis que la déclaration contenue dans la *Loi sur la Commission canadienne du blé* demeurait inchangée. En somme entre 1950 et 1971, la *Loi sur les grains du Canada* s'appliquait à l'ensemble du pays, tout comme la *Loi sur la Commission canadienne du blé*. Par la suite, la *Loi sur les grains du Canada* a été modifiée de façon à viser tous les silos de la région de l'Ouest, quelques-uns de la région des Grands Lacs et les silos de l'Est énumérés à l'annexe II. La *Loi sur la Commission canadienne du blé* n'ayant pas été ainsi modifiée, il faut présumer que le Parlement entendait maintenir la large portée de la déclaration antérieure.

Le juge Mailhot a également souligné que la notion de «région désignée» dans la *Loi sur la Commission canadienne du blé* devait manifestement viser les parties de la Loi où il y est fait renvoi: l'article 23 pour la partie II, «Contrôle des éleveurs et des chemins de fer» et l'article 32 pour la partie III, «Organisation du marché interprovincial et extérieur du blé pour la Commission». Quant à l'article 76 que l'on retrouve à la partie

other hand, is found in Part VII, "General", where no purpose is served by a regional limitation.¹¹

Section 76 was also considered by this Court in *C.S.P. Foods Ltd v. Canada Labour Relations Board*, [1979] 2 F.C. 23; 25 N.R. 91 (C.A.), where Heald J. wrote for the Court (at page 29 F.C.):

A perusal of the declaratory section in the *Canadian Wheat Board Act* ... discloses that it extends the declaration as contained in the *Canada Grain Act* so that "all flour mills, feed mills, feed warehouses and seed cleaning mills ..." [underlining is mine] are declared to be "works or a work for the general advantage of Canada ...".

If taken literally, these words are broad enough to resolve the issue in the case at bar, but the matter is perhaps not free from doubt in that all the works or undertakings of that case were in fact located in Western Canada within the "designated area".

Nevertheless, I find it impossible to come to any other conclusion than that no reason has been adduced to restrict the generality of the words in section 76. Indeed, the reasons to the contrary as seen by Mailhot J. lead me also to her conclusion, that the declaration in section 76 of the *Canadian Wheat Board Act* should be taken to apply to "all flour mills, feed mills, feed warehouses and seed cleaning mills" in Canada.

That decided, what remains are the factual findings of the Board, which are not as such reviewable by this Court by virtue of section 22 of the Code, which limits judicial review to matters falling under paragraph 28(1)(a) of the *Federal Court Act*. The Board specified that of the 25 so called "country elevators" in question at least 21 either were or were integrated with federal works under section 76 of the *Canadian Wheat Board Act*: 15 feed warehouses, 2 seed cleaning mills, 3

¹¹ This point was also strongly made in *W.G. Thompson & Sons Limited; Re U.F.C.W.; Re Group of Employees*, [1987] OLRB Rep. May, 787, at p. 790, the principal decision of the OLRB in this area.

VII, «Dispositions générales», il ne saurait avoir une portée territoriale limitée¹¹.

L'article 76 a également été examiné par la présente Cour dans *C.S.P. Foods Ltd. c. Conseil canadien des relations du travail*, [1979] 2 C.F. 23; 25 N.R. 91 (C.A.), où le juge Heald se prononce ainsi (à la page 29 C.F.) au nom de la Cour:

Un coup d'œil à l'article déclaratoire de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* ... suffit pour se rendre compte qu'il étend la déclaration de la *Loi sur les grains du Canada* à tous moulins à farine, moulins à provendes, entrepôts à provendes et moulins de nettoyage des semences ... » [c'est moi qui souligne] qui sont déclarés «à l'avantage général du Canada ...».

Interprété littéralement, ce passage est suffisamment large pour résoudre la question en litige dans la présent espèce. Toutefois, il subsiste peut-être un doute dans la mesure où les ouvrages ou entreprises en cause dans cette affaire étaient, de fait, situés dans les limites de la «région désignée» de l'Ouest du Canada.

Néanmoins, la conclusion qui s'impose, à mon sens, est la suivante: aucun des moyens invoqués ne permet de restreindre la portée générale des termes employés à l'article 76. En fait, les motifs contraires examinés par le juge Mailhot m'amènent également à souscrire à sa conclusion, à savoir que la déclaration contenue à l'article 76 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* doit être interprétée comme visant, dans leur totalité, «les minoteries, les fabriques ou entrepôts d'aliments pour les animaux et les stations de nettoyage des semences» situés au Canada.

Ce point étant tranché, restent les conclusions de fait du Conseil qui, en tant que telles, ne sont pas susceptibles de révision par cette Cour en vertu de l'article 22 du Code, lequel limite le contrôle judiciaire aux circonstances prévues à l'alinéa 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le Conseil précise que, sur les 25 «silos locaux» en cause, au moins 21 ou bien sont des ouvrages fédéraux, ou sont intégrés à des ouvrages fédéraux en vertu de l'article 76 de la *Loi sur la Commission cana-*

¹¹ La pertinence de cet argument a également été mise en relief dans l'arrêt *W.G. Thompson & Sons Limited; Re U.F.C.W.; Re Group of Employees*, [1987] OLRB Pub., mai, 787, à la p. 790, la principale décision de la CRTO dans ce domaine.

feed mills¹² and a seed bagging plant. In addition, the 3 transfer elevators are specifically declared to be federal works under the *Canada Grain Act*. On this factual basis, the Board concludes that “the overall characterization of the employer’s business must be as a federal undertaking” and that “the clerical operations at Chatham are intimately related to the basic federal undertaking,” all the more so because some of the functions carried out in the Chatham clerical office relate to general activities of Cargill Grain’s Eastern Canada operations as a federal undertaking.

The possible bases for review by this Court would be an error of jurisdiction or a patently unreasonable error of law: *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; 14 D.L.R. (4th) 457; (1984), 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 C.L.L.C. 14,069. Since the issue here relates to the jurisdiction, in constitutional terms, of the Board, it may be presumed that the Board’s error, if any, was jurisdictional. In any event, Parliament could not exclude the superintending power of a superior court even by a privative clause: *Canadian Unions of Public Employees et al. v. Paul L’Anglais Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 147; 146 D.L.R. (3d) 202; (1983) 47 N.R. 351.

Although it was neither raised by the applicant nor dealt with by the Board, an argument as to error of jurisdiction could be based upon the dissenting judgment in this Court in *Central Western Railway Corp. v. U.T.U.*, [1989] 2 F.C. 186; (1988), 47 D.L.R. (4th) 161; (1988), 84 N.R. 321 (C.A.). That case was concerned with the constitutional jurisdiction over labour relations in Central Western Railway Corporation, which operated a 105-mile-long track called the Stettler Subdivision within the Province of Alberta. All members of the Court were agreed that the track had been

¹² The Board seems to have been mistaken in including the feed mill at Ayr, since it appears to have been operated directly by the parent company and not by Cargill Grain itself; Case, at p. 102.

diene du blé: il s’agit de 15 entrepôts d’aliments pour les animaux, deux stations de nettoyage des semences, deux fabriques d’aliments pour les animaux¹² et une station d’ensilage. En outre, les trois silos de transbordement sont explicitement déclarés être des ouvrages fédéraux aux termes de la *Loi sur les grains du Canada*. Se fondant sur ces faits, le Conseil conclut que «l’exploitation de l’employeur constitue essentiellement une entreprise fédérale» et que «les activités du bureau de Chatham sont intimement liées à l’entreprise principale à caractère fédéral», d’autant plus que certaines des fonctions remplies dans ce bureau se rattachent aux activités générales qu’exerce Cargill Grain dans l’Est du Canada en tant qu’entreprise fédérale.

Les motifs pouvant justifier la révision par cette Cour sont l’erreur de compétence ou l’erreur de droit manifestement déraisonnable: *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; 14 D.L.R. (4th) 457; (1984), 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 C.L.L.C. 14,069. La question en litige dans la présente espèce se rapportant à la compétence du Conseil, sur le plan constitutionnel, on peut présumer que, si erreur il y avait, ce serait une erreur juridictionnelle. Quoi qu’il en soit, le Parlement ne peut exclure le pouvoir de surveillance d’une cour supérieure, même par une clause privative: *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Paul L’Anglais Inc. et autre*, [1983] 1 R.C.S. 147; 146 D.L.R. (3d) 202; (1983) 47 N.R. 351.

Bien que ni le requérant ni le Conseil n’ait soulevé la question, il serait possible d’invoquer l’argument de l’erreur de compétence en se fondant sur le jugement dissident de cette Cour dans *Central Western Railway Corp. c. T.U.T.*, [1989] 2 C.F. 186; (1988), 47 D.L.R. (4th) 161; (1988), 84 N.R. 321 (C.A.). Dans cette affaire, il s’agissait de savoir à qui reconnaître la compétence constitutionnelle sur les relations du travail dans le cas de la société Central Western Railway Corporation, laquelle exploitait une voie ferrée longue de 105 milles appelée Stettler Subdivision dans les

¹² Le Conseil semble avoir inclus par erreur la fabrique d’aliments pour les animaux d’Ayr: il appert en effet que cette fabrique est directement exploitée par la société mère et non par Cargill Grain elle-même (Dossier, à la p. 102).

declared to be a federal work under paragraph 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867*. However, Hugessen J.A., relying on the principle that labour relations jurisdiction is primarily provincial and only exceptionally federal, went on to say (at pages 214-217 F.C.):

That does not resolve the question, however. There is, as far as I am aware, no case which holds that labour relations are subject to federal jurisdiction simply because the labour is performed on or in connection with a federal work. That is hardly surprising. Works, being physical things, do not have labour relations. Undertakings do.

The undertaking and business of Central Western are provincial and local in character. Its trackage and right-of-way are subject to federal jurisdiction by virtue of a declaration under paragraph 92(10)(c). Federal authority extends to the use which may be made of the track but regulation of the labour relations of the user is not an integral element of that authority. Effective control of the work does not require control of the undertaking. Accordingly, the Canada Labour Relations Board has no jurisdiction to make the decision under review.

However, the decision of the majority in that case now provides an authority for the opposite point of view. Marceau J.A. said (at pages 204-205 F.C.):

It is my opinion, however, that a basic difference must be seen here between, on the one hand, an undertaking which is only called upon to participate in the construction, repair or maintenance of a federal work, or which happens to use such a work to conduct its operations and, on the other hand, the undertaking whose sole reason for being is to operate on a continuing basis the federal work, to exploit its productive capacity, to make it produce, so to speak, the "national general benefit" expected from it. The national dimension present in the case of the latter, makes it normal, it seems to me, that the federal character of the work would attract federal jurisdiction over all essential aspects of the operation thereof. This, in any event, is the position taken by Parliament in enacting section 108 of the *Canada Labour Code* which reads:

108. This part applies in respect of employees who are employed upon or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business and in respect of the employers of all such employees in their relations with such employees and in respect of trade unions and employers' organizations composed of such employees or employers. (I underlined the words I consider most significant in support of my proposition.)

limites de la province d'Alberta. La Cour a unanimement conclu que ce tronçon avait été déclaré être un ouvrage fédéral en vertu de l'alinéa 92(10)c de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, s'appuyant sur le principe selon lequel les relations du travail relèvent principalement de la compétence provinciale et que la compétence fédérale constitue l'exception, le juge Hugessen, J.C.A., s'est quant à lui exprimé en ces termes (aux pages 214 et 217 C.F.):

Cette conclusion ne résout toutefois pas la question en litige. Il n'existe, à ma connaissance, aucun arrêt décidant que les relations de travail sont assujetties à la compétence fédérale pour le simple motif que le travail concerné est exécuté sur ou en liaison avec un ouvrage fédéral. Cela n'est pas étonnant. Les ouvrages, étant des choses matérielles, n'ont pas de relations de travail; ce sont les entreprises qui en ont.

L'entreprise et l'affaire de la Central Western ont un caractère provincial et local. Sa voie ferrée ainsi que son droit de passage sont assujettis à la compétence fédérale en vertu d'une déclaration faite sous le régime de l'alinéa 92(10)c. La compétence fédérale s'étend à l'usage qui est fait de cette voie ferrée mais la réglementation des relations de travail de l'utilisateur ne fait pas intégralement partie de cette compétence. Le contrôle effectif de cet ouvrage n'exige pas le contrôle de l'entreprise. En conséquence, le Conseil canadien des relations du travail n'avait pas la compétence voulue pour rendre la décision faisant l'objet du présent examen.

Cependant, la décision qu'a rendue la majorité dans cette affaire fait aujourd'hui autorité et elle appuie le point de vue opposé. Voici ce que dit le juge Marceau, J.C.A. (aux pages 204 et 205 C.F.):

J'estime toutefois qu'il faut ici faire une distinction fondamentale entre, d'une part, une entreprise qui est seulement appelée à participer à la construction, à la réparation ou à l'entretien d'un ouvrage fédéral, ou qui se trouve utiliser un tel ouvrage dans l'exercice de ses activités et, d'autre part, une entreprise ayant pour seule raison d'être d'exploiter de façon continue cet ouvrage fédéral, de mettre en valeur sa capacité de production, de lui faire produire, pour ainsi dire, le [TRADUCTION] «bénéfice national général» qui en est attendu. Il me semblerait normal, en raison de la dimension nationale de cette dernière entreprise, que le caractère fédéral de l'ouvrage en question entraîne la compétence fédérale sur tous les aspects essentiels de son exploitation. Tel est, quoi qu'il en soit, le point de vue qu'a adopté le Parlement lorsqu'il a édicté l'article 108 du *Code canadien du travail*, qui porte:

108. La présente Partie s'applique aux employés dans le cadre d'une entreprise fédérale, aux patrons de ces employés dans leurs rapports avec ces derniers, ainsi qu'aux organisations patronales groupant ces patrons et aux syndicats groupant ces employés. (J'ai souligné les mots qui me semblent appuyer ma proposition le plus significativement.)

Section 108 [*Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 (as am. by S.C. 1972, c. 18, s. 1)] [now section 4] of the Code [R.S.C., 1985 c. L-2] is, of course, equally in play in the case at bar.

Lacombe J.A. took the same point of view (at pages 227-228 F.C.):

In the present state of the law, there cannot be such a work-undertaking dichotomy, whereby in the case of a railway company conducting its local operations on a federal line, the labour relations of the undertaking would be subject to provincial jurisdiction, whereas all other aspects of the utilization of the line, *qua* federal work such as signals and safety would be regulated by federal authority. The regulation of the conditions of employment of Central Western's employees forms an integral part of the primary federal competence over the matter coming within the class of subject mentioned in para. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867* and is directly related to the day-to-day utilization of a federal work. It must be emphasized that the Parliament of Canada, under s. 91(29), has exclusive legislative authority over all matters coming within such classes of subjects as are expressly excepted in s. 92(10) of the *Constitution Act, 1867*.

Unless and until the declaration by Parliament ceases to have effect with respect to the Stettler Subdivision, both the work and the undertaking of Central Western are subject to federal jurisdiction. It would be odd that, for example, the Canadian Transport Commission would have jurisdiction over Central Western's trackage, on which it operates its railway undertaking, whereas the Canada Labour Relations Board would be without jurisdiction over its employees by whom it carries its business on and about the same declared federal work. By way of exception to the general rule that labour relations are within provincial competence, federal competence over Central Western's labour relations is an essential element of Parliament's exclusive authority to make laws with respect to a work it has declared to be for the general advantage of Canada.

It seems to me that the fundamental difference between the majority and minority points of view reduces itself to different views as to the extent of the provincial "paramountcy" in labour relations. That "paramountcy" itself is not in dispute, but I take it that the majority judges in *Central Western* see the effect of the federal declaratory power as conferring priority in favour of federal jurisdiction within a reasonable ambit of interpretation of the declaratory power. I see nothing to contradict this in recent decisions such as *Construction Montcalm Inc. v. The Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; (1978), 93 D.L.R. (3d) 641; (1978), 25 N.R. 1; 79 C.C.L.C. 14,190; and *Northern Telecom Ltd. v. Communications Work-*

L'article 108 [*Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1 (mod. par S.C., 1972, chap. 18, art. 1)] [maintenant l'article 4] du Code [L.R.C. (1985), chap. L-2] est bien sûr également en cause dans la présente espèce.

Le juge Lacombe, J.C.A., a retenu la même solution (aux pages 227 et 228 C.F.):

Suivant l'état actuel du droit, il ne peut exister une dichotomie ouvrage-entreprise selon laquelle une société de chemin de fer exerçant ses activités locales sur une ligne fédérale verrait les relations de travail de son entreprise assujetties à la compétence provinciale et tous les autres aspects de l'utilisation de cette ligne en tant qu'ouvrage fédéral, tels la signalisation et la sécurité, régis par l'autorité fédérale. La réglementation des conditions d'emploi des employés de Central Western constitue une partie intégrante de la compétence fédérale principale sur une matière s'inscrivant dans la catégorie de travaux mentionnée à l'alinéa 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et elle est directement reliée à l'utilisation quotidienne d'un ouvrage fédéral. Il doit être souligné que le Parlement du Canada détient en vertu du paragraphe 91(29) le pouvoir exclusif de légiférer au sujet de toutes les matières entrant dans les catégories de sujets expressément exceptées au paragraphe 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

À moins que et jusqu'à ce que la déclaration du Parlement devienne inopérante à l'égard de la subdivision Stettler, l'ouvrage et l'entreprise de Central Western sont tous deux assujettis à la compétence fédérale. Il serait curieux, par exemple, que la Commission canadienne des transports ait compétence à l'égard des voies de Central Western sur lesquelles est exploitée son entreprise de chemin de fer, alors que le Conseil canadien des relations du travail serait sans compétence à l'égard des employés de cette société, qui lui permettent d'exercer ses activités sur cet ouvrage et relativement à cet ouvrage déclaré fédéral. En vertu d'une exception à la règle générale selon laquelle les relations de travail ressortissent à la compétence provinciale, la compétence fédérale sur les relations de travail de Central Western constitue un élément essentiel de l'autorité exclusive du Parlement d'adopter des lois relativement à un ouvrage qu'il a déclaré être à l'avantage général du Canada.

Il me semble que la différence fondamentale entre les points de vue de la majorité et de la minorité dans cette affaire se ramène à une divergence sur la portée qu'il convient de donner à la «prépondérance» provinciale en matière de relations du travail. Cette «prépondérance» n'est pas contestée en soi, mais à mon sens les juges formant la majorité dans l'arrêt *Central Western* considèrent que l'exercice du pouvoir déclaratoire fédéral, interprété raisonnablement, a pour effet de conférer priorité à la compétence fédérale. Je ne vois rien qui puisse aller à l'encontre de cette analyse dans les arrêts récents, tels *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; (1978), 93 D.L.R. (3d) 641;

ers of Canada, [1980] 1 S.C.R. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; (1979), 28 N.R. 107; 79 C.C.L.C. 14,211; (*Northern Telecom No. 1*). Moreover, as Lacombe J.A. pointed out, exclusive federal legislative authority seems to be a clear consequence of subsection 91(29) of the *Constitution Act, 1867*. Indeed, Lord Porter made this explicit in *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*, [1954] A.C. 521, at page 568; [1954] 4 D.L.R. 657 (P.C.), at page 666; 756 (Sask. C.A.) where he stated that Parliament's jurisdiction over subsection 92(10) is the same as it "would have enjoyed if the exceptions were in terms inserted as one of the classes of subjects assigned to it under s. 91". In the words of Dickson J. (as he then was) in *Northern Telecom No. 1* at page 132 S.C.R.:

... Primary federal competence over a given subject can prevent the application of provincial law relating to labour relations and the conditions of employment but only if it is demonstrated that federal authority over these matters is an integral element of such federal competence.

Section 4 of the Code builds upon this basis.

As I read the *Central Western* case, therefore, it stands for the proposition that an undertaking based upon a federal work and the labour relations of that undertaking follow upon and for jurisdictional purposes are integral with the federal work itself.

That is also the viewpoint of leading commentators on constitutional law. Professor Bora Laskin (as he then was) wrote in *Canadian Constitutional Law*, 3rd ed. 1966, at page 506; 5th ed., by Neil Finkelstein, Toronto: Carswell, 1986, at pages 628-629:

If anything can be gathered from what has been done under s. 92(10)(c), as well as from what has been said about it, the result of a declaration of a "work" to be for the general advantage of Canada must surely be to bring within federal authority not only the physical shell or facility but also the integrated activity carried on therein; in other words, the declaration operates on the work in its functional character: see *The Queen v. Thumlert* [(1959), 28 W.W.R. 481 (Alta. C.A.)]. [Emphasis added.]

Professor Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985, at page

(1978), 25 N.R. 1; 79 C.C.L.C. 14,190; et *Northern Telecom Ltd. c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; (1979), 28 N.R. 107; 79 C.C.L.C. 14,211; (*Northern Telecom No. 1*). De plus, comme l'a souligné le juge Lacombe, J.C.A., le pouvoir fédéral exclusif de légiférer semble découler clairement du paragraphe 91(29) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est d'ailleurs ce que lord Porter a dit explicitement dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*, [1954] A.C. 521, à la page 568; [1954] 4 D.L.R. 657 (C.P.), à la page 666; 756 (C.A. Sask.) lorsqu'il a déclaré que le Parlement exerce en vertu du paragraphe 92(10) la même compétence que si les [TRADUCTION] «exceptions étaient comprises dans les catégories de sujets qui lui sont réservées en vertu de l'article 91». Pour reprendre les mots du juge Dickson (aujourd'hui juge en chef) dans *Northern Telecom No. 1* à la page 132 R.C.S.:

... La compétence principale du fédéral sur un sujet donné peut empêcher l'application des lois provinciales relatives aux relations de travail et aux conditions de travail, mais uniquement s'il est démontré que la compétence du fédéral sur ces matières fait intégralement partie de cette compétence fédérale.

C'est sur ce fondement que repose l'article 4 du Code.

À mon avis donc, l'arrêt *Central Western* confirme la proposition portant qu'une entreprise fondée sur un ouvrage fédéral et les relations du travail de cette entreprise sont, pour l'attribution de la compétence, partie intégrante de l'ouvrage fédéral lui-même.

Plusieurs constitutionnalistes réputés partagent ce point de vue. Ainsi le professeur Bora Laskin (tel était alors son titre) s'est exprimé ainsi dans son ouvrage *Canadian Constitutional Law*, 3^e éd., 1966, à la page 506; 5^e éd. par Neil Finkelstein, Toronto: Carswell, 1986, aux pages 628 et 629:

[TRADUCTION] S'il y a une conclusion à tirer des mesures qui ont été prises en vertu de l'al. 92(10)(c) et des commentaires faits sur cette disposition, c'est assurément que la déclaration d'un «ouvrage» à l'avantage général du Canada a pour effet de faire passer sous compétence fédérale non seulement l'enveloppe matérielle de cet ouvrage, ou ses installations, mais aussi les activités intégrées qui s'y exercent; en d'autres termes, la déclaration se rapporte à la fonction de l'ouvrage: (voir *The Queen v. Thumlert* [(1959), 28 W.W.R. 481 (C.A. Alb.)]. [C'est moi qui souligne.]

Dans son traité *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto: Carswell, 1985, le professeur Peter

492, cites and adopts this statement from Laskin and adds:

That this is correct is demonstrated by cases in which the declaration has been followed by an assertion of regulatory jurisdiction over the activity related to the work. Perhaps the clearest examples are the declarations that grain elevators and various kinds of mills and warehouses are works for the general advantage of Canada. The purpose of these declarations was to assume the regulatory jurisdiction over the grain trade which had been denied to the federal Parliament by *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.* (1925), ([1925] S.C.R. 434.) It has been held that these declarations are effective to authorize federal regulation of the delivery, receipt, storage and processing of the grain, that is to say, the activities carried on in or about the "works". (*Jorgensen v. Attorney General of Canada*, [1971] S.C.R. 725; *Chamney v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 151.)

Although none of the cases cited by these two authors focuses on the identical question, in my view their conclusions are in keeping with the thrust of these authorities. Even were I not bound by the majority view in *Central Western*, I should therefore have no hesitation in following it.¹³

Of course, those undertakings which are independent of and severable from a federal work are not necessarily subject to federal jurisdiction. Hence farm service centres attached to elevators that were federal works were held not to be an integral part of the operation of the grain elevators nor necessarily incidental to the work of the elevators system: *R. v. Saskatchewan Wheat Pool* (1978), 89 D.L.R. (3d) 756; 43 C.C.C. (2d) 119; [1978] 6 W.W.R. 27 (Sask. C.A.). In the case at

¹³ The issue as to the extension to be given to paragraph 92(10)(c) is canvassed but not resolved by Phineas Schwartz, "Fiat by Declaration - S. 92(10)(c) of the British North America Act (1960), 2 O.H.L.J. 1. Andrée Lajoie, *Le pouvoir déclaratoire du Parlement*, Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1969, takes a broad view of the federal declaratory power. I. H. Fraser, "Some Comments on Subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867*" (1984), 29 *McGill L.J.* 557, elucidates but does not resolve the problem. In my view he is correct in asserting (at p. 587) that "Jurisdiction over a work of necessity includes an element of control over its uses, whatever these uses may be: but jurisdiction over a work merely extends to these uses, it does not stem from them", and (at p. 606) that "the courts have properly refused to accept that there must be one undertaking merely because there is only one 'undertaker'". Of course, if there is more than one undertaking, as in the case at bar, that leads to the secondary question that I now go on to raise.

W. Hogg, après avoir repris cet énoncé du professeur Laskin, ajoute ce qui suit à la page 492:

[TRADUCTION] La justesse de cet énoncé est démontrée dans les cas où la déclaration a été suivie par l'affirmation d'un pouvoir de réglementer l'activité liée à l'ouvrage. Les exemples les plus patents sont peut-être les déclarations portant que les silos et les divers types de fabriques et d'entrepôts à grains au pays sont des ouvrages à l'avantage général du Canada. L'adoption de ces déclarations visait à établir la compétence réglementaire du Parlement fédéral sur le commerce du grain, compétence qui lui avait été déniée par l'arrêt *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.* (1925), ([1925] R.C.S. 434.) On a statué que ces déclarations conféraient la compétence fédérale voulue pour régir la livraison, la réception, le stockage et la transformation du grain, soit les activités exercées sur les «ouvrages» ou relativement à ceux-ci (*Jorgensen c. Procureur général du Canada*, [1971] R.C.S. 725; *Chamney c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 151.)

Bien qu'aucun des arrêts cités par ces deux auteurs ne porte exactement sur cette même question, leurs conclusions sont, à mon avis, conformes à la tendance de la jurisprudence. Même si je n'étais pas lié par l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Central Western*, je n'aurais donc aucune hésitation à y souscrire¹³.

Bien entendu, les entreprises qui sont indépendantes et détachables d'un ouvrage fédéral ne sont pas nécessairement assujetties à la compétence fédérale. Ainsi, on a jugé que des centres de services agricoles, rattachés à des silos constituant des ouvrages fédéraux ne faisaient pas partie intégrante de l'exploitation de ces silos et n'étaient pas nécessairement accessoires au fonctionnement du réseau de silos: *R. v. Saskatchewan Wheat Pool* (1978), 89 D.L.R. (3d) 756; 43 C.C.C. (2d) 119;

¹³ Le problème de la portée de l'alinéa 92(10)(c) est examiné en profondeur, sans qu'il soit résolu, par Phineas Schwartz, «Fiat by Declaration - S. 92(10)(c) of the British North America Act (1960), 2 O.H.L.J. 1. Andrée Lajoie, dans *Le pouvoir déclaratoire du Parlement*, Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal, 1969, interprète largement le pouvoir déclaratoire fédéral. I. H. Fraser, dans «Some Comments on Subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867*» (1984), 29 *R. de D. McGill* 557, apporte des éclaircissements sans non plus résoudre le problème. À mon avis, c'est avec raison qu'il affirme, à la p. 587, que [TRADUCTION] «la compétence à l'égard d'un ouvrage comprend nécessairement un élément de contrôle sur les usages qui en sont faits, quels qu'ils soient; mais cette compétence ne fait que s'étendre à ces usages, elle n'en découle pas», et (à la p. 606), que [TRADUCTION] «les tribunaux ont à bon droit refusé d'accepter qu'il ne doit y avoir qu'une entreprise pour la simple raison qu'il n'y a qu'un entrepreneur». Naturellement, s'il y a plus d'une entreprise, comme c'est le cas en l'espèce, il convient de se poser la question accessoire que je m'apprete à soulever.

bar, the Board was asked to rule on labour relations jurisdiction, not over all the employees of the two undertakings, but in relation only to the office employees in Chatham. The integration in question, therefore, is that between those workers and the federal undertaking based upon the federal works.

Any such question of integration is really a secondary question, to be asked in relation to subsidiary undertakings. In this context, to which I now pass since it must be asked in the case at bar, the key issue is always the quality of the integration of a subsidiary undertaking into a core federal undertaking. As this Court said in *Canada Labour Code (Re) (1986)*, [1987] 2 F.C. 30, at pages 48-49; 34 D.L.R. (4th) 228; (1986), 72 N.R. 348; 87 C.L.L.C. 14,017 (C.A.):

[T]he critical factor in determining constitutional jurisdiction in such cases is the "macro-relationship" between the subsidiary operation and the core federal undertaking. The facts of this relationship should be examined from a functional practical point of view, and for federal jurisdiction to be established (1) there must be a high degree of operational integration and (2) it must be of an ongoing nature.

In the case at bar there is no doubt at all that the relationship between the two undertakings is of an ongoing nature. Nor has any case been built up by the applicant that there is not a high degree of operational integration. On the contrary, the applicant admits in its memorandum of fact and law, paragraph 30, that:

30. Administration, accounting, and movement of grain and related operations are performed . . . primarily by the administrative staff at Chatham, Ontario as part of the administration of the country elevator network system. [Emphasis added.]

The implication is that it is all an integrated system, the very finding made by the Board.

In fact, the applicant's case rested effectively on the proposition that the "country elevators" were not works for the general advantage of Canada. Once that issue is decided against the applicant and once it is established, following the *Central Western* case, that the undertaking based upon the federal work is itself under federal jurisdiction,

[1978] 6 W.W.R. 27 (C.A. Sask.). En l'espèce, le Conseil devait statuer sur la question de la compétence en matière de relations du travail, non pas à l'égard de la totalité des employés des deux entreprises, mais uniquement à l'égard des employés de bureau de Chatham. L'intégration dont il est question ici vise donc celle qui existe entre ces travailleurs et l'entreprise fédérale fondée sur les ouvrages fédéraux.

Cette question de l'intégration est en réalité une question secondaire qui se pose dans le cas d'entreprises affiliées. Dans ce contexte et puisque la question doit être posée en l'espèce, l'élément clé est toujours celui de la qualité de l'intégration d'une filiale dans l'entreprise principale de nature fédérale. Ainsi que cette Cour l'a dit dans *Code canadien du travail (Re) (1986)*, [1987] 2 C.F. 30, aux pages 48 et 49; 34 D.L.R. (4th) 228; (1986), 72 N.R. 348; 87 C.L.L.C. 14,017 (C.A.):

[L]e facteur le plus important lorsque, dans des affaires de ce type, il s'agit de trancher la question de la compétence constitutionnelle, est celui des «relations d'ensemble» existant entre l'exploitation de la filiale et l'entreprise principale de nature fédérale. Les faits se rapportant à cette relation devraient être examinés en mettant l'accent sur leur aspect fonctionnel et pratique. Pour que la compétence fédérale soit établie (1) leur exploitation doit présenter un haut niveau d'intégration et (2) cette intégration doit avoir un caractère continu.

En l'espèce, il ne fait absolument aucun doute que la relation existant entre les deux entreprises a un caractère continu. La requérante n'a pas non plus allégué l'absence d'un haut niveau d'intégration dans leur fonctionnement. Au contraire, elle a admis au paragraphe 30 de son exposé des faits et du droit que:

[TRADUCTION] 30. L'administration, la comptabilité, l'enregistrement du mouvement des grains et les opérations connexes sont des fonctions accomplies . . . principalement par le personnel administratif de Chatham, en Ontario, dans le cadre de l'administration du réseau de silos locaux. [C'est moi qui souligne.]

Il en découle qu'il s'agit d'un système entièrement intégré, savoir la conclusion même à laquelle en était arrivé le Conseil.

Dans les faits, la preuve de la requérante reposait sur la proposition que les «silos locaux» ne constituaient pas des ouvrages à l'avantage général du Canada. Cette question étant tranchée au détriment de la requérante et vu qu'il est établi, suivant l'arrêt *Central Western*, que l'entreprise fondée sur un ouvrage fédéral est elle-même de compétence

there is, as the case was argued before us, no basis on which this Court could find that the Board had made an error of jurisdiction in concluding that there was a high degree of operational integration. The Board found on the facts that there was a basic federal undertaking and that the clerical operations at issue were intimately related to the basic federal undertaking. In my view this Court cannot say that this factual determination of operational integration (as seen by both relevant labour relations boards) was erroneous.

It should be noted that, in the *Saskatchewan Wheat Pool* case, the Saskatchewan Court of Appeal did not interfere with a finding by an administrative tribunal, but merely affirmed a conviction under provincial regulatory legislation. In the case at bar there is, it seems to me, no factual foundation on the basis of which this Court could reverse the decision of the Board.

In the light of my holding on this point, I have no need to consider the other possible bases of support for the Board's decision put forward by the Union.

In the result the section 28 application must be dismissed.

* * *

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

DESJARDINS J.A.: I have had the advantage of reading in draft the reasons for judgment of both Hugessen J.A. and MacGuigan J.A. I concur with the reasons for judgment of Hugessen J.A.

Section 55 of the *Canada Grain Act*, R.S.C., 1985, c. G-10, and section 76 of the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24 deal strictly with the "works" therein described. Parliament has not attempted in these Acts to bring within the scope of the declarations the undertakings related to these works, although paragraph 2(h) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 alludes to this possibility, despite the fact that

fédérale, il n'y a aucun motif permettant à cette Cour de conclure, selon la preuve produite et l'argumentation présentée en l'espèce, que le Conseil a commis une erreur juridictionnelle en jugeant qu'il y avait un haut niveau d'intégration dans l'exploitation. C'est en s'appuyant sur les faits que le Conseil a conclu qu'il y avait une entreprise fédérale principale et que les activités de bureau en litige y étaient intimement liées. À mon avis, cette Cour ne saurait dire que cette conclusion de fait (à laquelle sont arrivés les deux tribunaux en cause) était erronée.

Soulignons que dans l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool*, la Cour d'appel de la Saskatchewan n'est pas intervenue dans les conclusions d'un tribunal administratif, mais a simplement confirmé une déclaration de culpabilité aux termes de la réglementation provinciale. En l'espèce, il me semble n'y avoir aucun fondement factuel permettant à cette Cour d'infirmer la décision du Conseil.

Compte tenu de ma décision sur ce point, il n'y a pas lieu que j'examine les autres moyens qu'a invoqués le syndicat à l'appui de la décision du Conseil.

En conséquence, la demande fondée sur l'article 28 doit être rejetée.

* * *

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

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: J'ai eu le privilège de lire les projets de motifs de mes collègues les juges Hugessen et MacGuigan, J.C.A. Je souscris aux motifs du juge Hugessen, J.C.A.

L'article 55 de la *Loi sur les grains du Canada*, L.R.C. (1985), chap. G-10, ainsi que l'article 76 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), chap. C-24, visent strictement les «ouvrages» qui y sont mentionnés. Le Parlement n'a pas tenté, dans ces lois, de faire tomber sous le coup des déclarations les entreprises reliées à ces ouvrages, bien que l'alinéa 2h) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2, laisse croire à cette possibilité. Pourtant, à l'alinéa 92(10)c) de

paragraph 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867* refers to “works” and not “undertakings”.¹⁴

Quite apart from this, I do not understand the law as being that once a “work” is declared, the undertaking follows federal jurisdiction. What has been said in *Chamney v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 151, at page 157; (1973), 40 D.L.R. (3d) 146; 13 C.C.C. (2d) 465; [1974] 1 W.W.R. 493, is that once an “elevator” has been declared, “[t]he *Canadian Wheat Board Act* applies controls to these premises”.¹⁵ The movement of the grain that enter the premises might be subject to federal legislation. But the undertaking is another matter. Even assuming that it could be said, as a result of the decision of this Court in *Central Western Railway Corp. v. U.T.U.*, [1989] 2 F.C. 186; (1988), 47 D.L.R. (4th) 161; (1988), 84 N.R. 321 (C.A.), that the workers and management responsible for the operation of the works declared come under federal labour legislation,—a matter I need not decide here—, this would not change the key character of the undertaking of the applicant which is local in nature. The applicant is a grain merchandiser wholly situated in Ontario. That three transfer or terminal elevators, fifteen feed warehouses, two seed cleaning mills and three feed mills have been declared to be for the general advantage of Canada, out of a network which includes also twenty-five country elevators and one seed bagging plant, and that, as part of its operation, it moves grain that enter the interprovincial and international trade, does not make it a federal core undertaking to which the labour relations of

¹⁴ Paragraph 2(h) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 refers to “a work or undertaking”. The validity of statutes containing declarations with respect to “works and undertakings” or even “undertakings” alone has been discussed in a number of *fora*. See P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985, at p. 492; K. Hanssen, “The Federal Declaratory Power under the British North America Act” (1968), 3 *Man. L.J.* 87, at pp. 94-95. A. Lajoie, *Le pouvoir déclaratoire du Parlement*. (Montréal: Les Presses de l’Université de Montréal, 1969 at p. 61; I. H. Fraser, “Some Comments on Subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867*” (1984), 29 *McGill L.J.* at p. 557, and the authorities cited. And also *In Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] S.C.R. 529; *per* Rand J. [1955] 3 D.L.R. 721; at p. 553.

¹⁵ See also *The Queen v. Thumlert* (1960), 20 D.L.R. (2d) 335, at pp. 336, 341, 357; (1959), 28 W.W.R. 481 (Alta. C.A.).

la *Loi constitutionnelle de 1867*, il n’est question que de «travaux» et non d’«entreprises»¹⁴.

Par ailleurs, l’état du droit ne permet pas à mon avis de soutenir qu’une fois qu’un «ouvrage» a fait l’objet d’une déclaration, l’entreprise passe sous compétence fédérale. Le principe qui a été établi dans l’arrêt *Chamney c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 151, à la page 157; (1973) 40 D.L.R. (3d) 146; 13 C.C.C. (2d) 465; [1974], 1 W.W.R. 493, c’est que lorsqu’un «élévateur» a été l’objet d’une déclaration, «[l]a *Loi sur la Commission canadienne du blé* soumet ces immeubles à une réglementation»¹⁵. Ainsi, le mouvement du grain après l’arrivage à l’intérieur des immeubles peut être assujéti à la législation fédérale mais il n’en va pas de même pour l’entreprise. Même si l’on pouvait conclure de l’arrêt de cette Cour *Central Western Railway Corp. c. T.U.T.*, [1989] 2 C.F. 186; (1988), 47 D.L.R. (4th) 161; (1988), 84 N.R. 321 (C.A.), que les employés et les cadres chargés de l’exploitation d’ouvrages visés par une déclaration sont régis par la législation fédérale en matière de relations du travail—question sur laquelle je n’ai pas à me prononcer en l’espèce—, cela ne changerait en rien le caractère essentiellement local de l’entreprise de la requérante. Cette dernière est une commerçante en grains dont les installations sont entièrement situées en Ontario. Que trois silos terminaux ou de transbordement, quinze entrepôts et trois fabriques d’aliments pour les animaux ainsi que deux stations de nettoyage des semences aient été déclarés à l’avantage général du Canada, sur un réseau comprenant en outre vingt-cinq silos

¹⁴ L’alinéa 2h) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2, fait mention de «tout ouvrage ou entreprise». La validité des lois comportant des déclarations à l’égard de «travaux et entreprises» ou seulement d’«entreprises» a fait l’objet d’analyses dans la doctrine et la jurisprudence. Voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto: Carswell, 1985, à la p. 492; K. Hanssen, «The Federal Declaratory Power under the British North America Act» (1968), 3 *Man. L.J.* 87, aux p. 94 et 95; A. Lajoie, *Le pouvoir déclaratoire du Parlement*, Montréal: Les Presses de l’Université de Montréal, 1969, p. 61; I. H. Fraser, «Some Comments on Subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867*» (1984), 29 *R. de D. McGill* à la p. 557, et les autorités qui y sont citées. Voir également *In Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] R.C.S. 529, le juge Rand [1955] 3 D.L.R. 721; p. 553.

¹⁵ Voir également *The Queen v. Thumlert* (1960), 20 D.L.R. (2d) 335, aux p. 336, 341 et 357; (1959), 28 W.W.R. 481 (C.A. Alb.).

the office and clerical employees working in Chatham, Ontario, could attach.

locaux et une station d'ensilage, et que, dans le cadre de son exploitation, la requérante transporte du grain destiné au marché interprovincial et international, cela n'en fait pas une entreprise principale à caractère fédéral à laquelle pourraient se rattacher les relations du travail des employés de bureau travaillant à Chatham, en Ontario.

A-454-89

A-454-89

Shibamoto & Company Ltd. and Ocean Fisheries Ltd. (Appellants) (Plaintiffs)

v.

Western Fish Producers, Inc., C.N. Holding, Inc., Jorn Nordmann, S.M. Properties Ltd. and The Ship Nicolle N (Respondents) (Defendants)

INDEXED AS: SHIBAMOTO & Co. v. WESTERN FISH PRODUCERS, INC. (C.A.)

Court of Appeal, Iacobucci C.J., Mahoney and MacGuigan J.J.A.—Vancouver, October 12; Ottawa, November 14, 1989.

Constitutional law — Distribution of powers — Whether counterclaim alleging breach of contract coming under Federal Court jurisdiction in action for damages arising out of agreement to purchase and process fish on high seas — Trial Division Judge correct in finding issues integrally connected to maritime law — All requirements essential to Federal Court jurisdiction met.

Federal Court jurisdiction — Contract requiring use of ship — Canadian maritime law including law of contracts and torts to extent required, essential to disposition of case — Maritime law coming under s. 91(10) Constitution Act, 1867, "Navigation and Shipping" power — S. 22(2)(i) as applied also falling under Navigation and Shipping power.

This litigation arises from a contract whereby the respondent Western, a floater/processor vessel operator, would purchase and process on the high seas salmon and salmon roe for the plaintiff Shibamoto, which would fund the operation. Ocean Fisheries would act as Shibamoto's North American agent. The respondent was to determine the price paid for the fish subject to a ceiling price set by Shibamoto's representative on board when it reached a level that would yield a loss at resale. Shortly after operations had commenced, the representative decided that the ceiling of non-profitability had been reached and terminated the contract. The plaintiffs' action concerned ownership of the fish on board, funds not yet expended, expenses and the discretion to suspend purchasing. The defendants advanced a counterclaim based on breach of contract, fraud, deceit and conspiracy to induce breach of contract. This is an appeal from the order of Rouleau J. who permitted the amendment of the statement of defence by addition of the counterclaim on the basis that the Court had jurisdiction to entertain it.

Held, the appeal should be dismissed.

All three requirements, as set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, for jurisdic-

Shibamoto & Company Ltd. et Ocean Fisheries Ltd. (appelantes) (demandereses)

a c.

Western Fish Producers, Inc., C.N. Holding, Inc., Jorn Nordmann, S.M. Properties Ltd. et Le navire Nicolle N (intimés) (défendeurs)

RÉPERTORIÉ: SHIBAMOTO & Co. c. WESTERN FISH PRODUCERS, INC. (C.A.)

Cour d'appel, juge en chef Iacobucci et juges Mahoney et MacGuigan, J.C.A.—Vancouver, 12 octobre; Ottawa, 14 novembre 1989.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Une demande reconventionnelle où est alléguée l'inexécution d'un contrat relève-t-elle de la compétence de la Cour fédérale dans une action en dommages-intérêts découlant d'une entente quant à l'achat et à la transformation de poisson en haute mer — Le juge de première instance a légitimement conclu que les questions en litige faisaient partie intégrante du droit maritime — Toutes les conditions essentielles à la compétence de la Cour fédérale ont été remplies.

Compétence de la Cour fédérale — Contrat exigeant l'utilisation d'un navire — Le droit maritime canadien, qui comprend le droit des contrats et de la responsabilité délictuelle dans la mesure où cela est nécessaire, est essentiel à la résolution du litige — Le droit maritime canadien relève du pouvoir sur «la navigation et la marine marchande» prévu à l'art. 91(10) de la Loi constitutionnelle de 1867 — L'art. 22(2)i tel qu'il s'applique relève également du pouvoir en matière de navigation et de marine marchande.

Le litige découle d'un contrat aux termes duquel l'intimée Western, exploitante d'un navire-usine, devait acheter et transformer en haute mer du saumon et des œufs de saumon pour le compte de la demanderesse Shibamoto, laquelle finançait l'opération. Ocean Fisheries devait agir à titre de mandataire nord-américain de Shibamoto. L'intimée devait déterminer le prix payé pour le poisson sous réserve d'un plafond fixé par le représentant de Shibamoto à bord du navire au cas où le prix atteindrait un niveau susceptible d'entraîner une perte à la revente. Peu après le début des opérations, le représentant a décidé que le seuil de non-rentabilité avait été atteint et il a mis fin au contrat. L'action des demanderesse a pour objet la propriété du poisson à bord, les sommes non encore utilisées, les dépenses et le pouvoir discrétionnaire de suspendre les achats. Les défendeurs ont présenté une demande reconventionnelle fondée sur l'inexécution du contrat ainsi que sur la fraude, le dol et le complot en vue d'inciter à la violation du contrat. Le présent appel a été interjeté à l'encontre de l'ordonnance du juge Rouleau qui a autorisé la modification de la défense par ajout de la demande reconventionnelle en concluant que cette dernière relevait de la compétence de la Cour.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté.

Les trois conditions pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale, établies dans l'arrêt *ITO—International*

tion in the Federal Court have been met. (1) The requirement of a statutory grant of jurisdiction by the Parliament is met by paragraph 22(2)(i) of the *Federal Court Act*, since the contract specifies and requires the use of a ship even though the use on the facts was less than total use. (2) The second requirement is met since Canadian maritime law, an existing body of federal law, is essential to the disposition of the case and nourishes the statutory grant of authority and since the laws of contract and torts fall under Canadian maritime law, to the extent required. (3) The requirement of constitutionality is met since Canadian maritime law has been upheld by the *ITO* decision under subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, (the federal power over "Navigation and Shipping") and since paragraph 22(2)(i) as applied to the use of a ship for fishing purposes also falls under the Navigation and Shipping power.

Though a number of recent Supreme Court of Canada decisions have established a very stringent test for Federal Court jurisdiction by finding the relevant words defining the Court's jurisdiction to be "Administration of the Laws of Canada" as found in section 101 of the *Constitution Act, 1867*, none of them dealt in any way with maritime law. It remains that section 22 of the *Federal Court Act* cannot therefore be given a construction beyond the scope of that expression. The Supreme Court decision in the *ITO* case, however, confirms the trend of upholding Federal Court jurisdiction in maritime law matters.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(10),(12), 101.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 22.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al., [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 68 N.R. 241; 34 B.L.R. 251.

DISTINGUISHED:

Kuhr v. The Friedrich Busse, [1982] 2 F.C. 709; (1982), 134 D.L.R. (3d) 261 (T.D.); *Dome Petroleum Ltd. v. Hunt International Petroleum Co.*, [1978] 1 F.C. 11, (T.D.).

CONSIDERED:

Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al., [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 71 D.L.R. (3d)

Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc., ont toutes été remplies. (1) L'exigence de l'attribution de compétence par une loi du Parlement est remplie par l'alinéa 22(2)i) de la *Loi sur la Cour fédérale* puisque l'utilisation d'un navire était expressément prévue et exigée en vertu du contrat même s'il ne s'agissait pas dans les faits d'une utilisation intégrale. (2) Il est satisfait à la deuxième condition puisque le droit maritime canadien, ensemble de règles de droit fédérales, est essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence, et que le droit des contrats et de la responsabilité délictuelle relève du droit maritime canadien dans la mesure où la résolution du litige l'exige. (3) La condition relative à la constitutionnalité est remplie étant donné que l'arrêt *ITO* confirme que le droit maritime canadien relève du paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (la compétence fédérale sur «la navigation et la marine marchande») et que l'alinéa 22(2)i) relève pareillement de cette catégorie de pouvoir dans la mesure où il vise l'utilisation d'un navire pour la pêche.

Bien que, dans plusieurs arrêts récents, la Cour suprême du Canada ait soumis l'existence de la compétence de la Cour fédérale à un critère très rigoureux en jugeant que les termes pertinents pour définir cette compétence sont ceux que l'on retrouve à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, savoir «administration des lois du Canada», aucun de ces arrêts ne porte sur une question de droit maritime. Il reste que l'article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne doit pas recevoir une interprétation qui excéderait la portée de cette expression. La décision de la Cour suprême dans l'arrêt *ITO* confirme cependant la tendance à reconnaître la compétence de la Cour fédérale sur les questions de droit maritime.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(10),(12), 101.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 2, 22.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 68 N.R. 241; 34 B.L.R. 251.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Kuhr c. Le Friedrich Busse, [1982] 2 C.F. 709; (1982), 134 D.L.R. (3d) 261 (1^{re} inst.); *Dome Petroleum Ltd. c. Hunt International Petroleum Co.*, [1978] 1 C.F. 11 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Quebec North Shore Paper Co. et autres c. Canadien Pacifique Ltée et autres, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976),

111; 9 N.R. 471; *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 30 N.R. 249; 12 C.P.C. 248; *Pacific Western Airlines Ltd. v. R.*, [1979] 2 F.C. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (T.D.).

REFERRED TO:

Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al., [1979] 2 S.C.R. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313; *Antares Shipping Corporation v. The Ship "Capricorn" et al.*, [1980] 1 S.C.R. 553; (1979), 111 D.L.R. (3d) 289; 30 N.R. 104; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et al.*, [1981] 1 S.C.R. 363; (1981), 121 D.L.R. (3d) 517; 35 N.R. 288.

AUTHORS CITED

Evans, J. M. "Case Comment" ["Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation"] (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 124.
 Hogg, P. W. "Case Comment" ["Constitutional Law—Limits of Federal Court Jurisdiction—Is there a Federal Common Law?"] (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 550.
 Jones, P. F. M. "Jurisdiction at Sea" (1982), 3 *Supreme Court L.R.* 445.
 Kerr, R. W. "Constitutional Limitations on the Admiralty Jurisdiction of the Federal Court" (1979), 5 *Dalhousie L.J.* 568.
 Laskin, J. B. and Sharpe, R. J. "Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on *Fuller Construction*" (1980), 30 *U.T. L.J.* 283.
 Rogers, D. N. "Admiralty Jurisdiction in Canada: Is There a Need for Reform?" (1985), 16 *J. Mar. L. & Comm.* 467.
 Scott, S. A. "Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of their Jurisdiction" (1982), 27 *McGill L.J.* 137.
Shorter Oxford English Dictionary, vol. II, 3rd rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1975, "navigation".

COUNSEL:

David F. McEwen for appellants (plaintiffs).

J. W. Perrett for respondents (defendants).

SOLICITORS:

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for appellants (plaintiffs).

Campney & Murphy, Vancouver, for respondents (defendants).

71 D.L.R. (3d) 111; 9 N.R. 471; *McNamara Construction (Western) Ltd. et autres c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autres*, [1980] 1 R.C.S. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 30 N.R. 249; 12 C.P.C. 248; *Pacific Western Airlines Ltd. c. R.*, [1979] 2 C.F. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres, [1979] 2 R.C.S. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313; *Antares Shipping Corporation c. Le navire «Capricorn» et autres*, [1980] 1 R.C.S. 553; (1979), 111 D.L.R. (3d) 289; 30 N.R. 104; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et autres*, [1981] 1 R.C.S. 363; (1981), 121 D.L.R. (3d) 517; 35 N.R. 288.

DOCTRINE

Evans, J. M. «Case Comment» [«Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation»] (1981), 59 *Re. du Bar. Can.* 124.
 Hogg, P. W. «Case Comment» [«Constitutional Law—Limits of Federal Court Jurisdiction—Is there a Federal Common Law?»] (1977), 55 *R. du B. Can.* 550.
 Jones, P. F. M. «Jurisdiction at Sea» (1982), 3 *Supreme Court L.R.* 445.
 Kerr, R. W. «Constitutional Limitations on the Admiralty Jurisdiction of the Federal Court» (1979), 5 *Dalhousie L.J.* 568.
 Laskin, J. B. et Sharpe, R. J. «Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on *Fuller Construction*» (1980), 30 *U.T. L.J.* 283.
 Rogers, D. N. «Admiralty Jurisdiction in Canada: Is There a Need for Reform?» (1985), 16 *J. Mar. L. & Comm.* 467.
 Scott, S. A. «Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of their Jurisdiction» (1982), 27 *R. de D. McGill* 137.
Shorter Oxford English Dictionary, vol. II, 3rd rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1975, «navigation».

AVOCATS:

David F. McEwen pour les appelantes (demandereses).

J. W. Perrett pour les intimés (défendeurs).

PROCUREURS:

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, pour les appelantes (demandereses).

Campney & Murphy, Vancouver, pour les intimés (défendeurs).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: This is an appeal against an order of Rouleau J. [T-1810-88, order dated October 2, 1989, not yet published] allowing the respondents' motion to amend their statement of defence by adding, *inter alia*, a counterclaim to it. The appellants challenge the decision of the Motions Judge that the counterclaim is within the jurisdiction of the Federal Court.

The dispute arises from a contract entered into on May 16, 1988, between Shibamoto & Company Ltd. ("Shibamoto"), Ocean Fisheries Limited ("Ocean") and Western Fish Producers Inc. ("Western"). The agreement recites that Western, which operated the floater/processor vessel *Nicolle N* ("the vessel"), wished to keep and process fish in Alaska for a party with sufficient financial strength to fund such an operation, that Shibamoto, a Japanese trading company, wished to acquire salmon and salmon roe in Alaska for resale in Japan, and that Ocean would act as Shibamoto's North American agent, with all North American transactions in its name. By the agreement Shibamoto was, through its agent, to advance sufficient funds (ultimately U.S. \$1.8 M) to purchase some three million pounds of sockeye salmon to Western, which agreed to purchase and process salmon and salmon roe on the vessel on the high seas through the 1988 salmon season. Western was to determine the price paid for the fish subject to a ceiling price set by Shibamoto's representative on board the vessel when the price reached a level which would result in a loss at resale. Also on board the vessel were eight roe technicians provided by Shibamoto to prepare the salmon and the roe so as to meet the requirements of the Japanese market. After purchasing, dressing and freezing the fish, Western would off-load them onto tramp steamers as quickly as possible. The agreement provided that it "shall be governed and construed in accordance with the laws of the Province of British Columbia" (clause 8.01).

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Il s'agit en l'espèce d'un appel contre une ordonnance du juge Rouleau [T-1810-88, ordonnance en date du 2 octobre 1989, encore inédite] faisant droit à la requête par laquelle les intimés visaient à modifier leur défense en y ajoutant, entre autres, une demande reconventionnelle. Les appelantes contestent la décision du juge portant que la demande reconventionnelle relève de la compétence de la Cour fédérale.

Le litige découle du contrat conclu entre Shibamoto & Company Ltd. («Shibamoto»), Ocean Fisheries Limited («Ocean») et Western Fish Producers Inc. («Western») le 16 mai 1988. Aux termes de ce contrat, il était stipulé que Western, exploitante du navire-usine *Nicolle N* («le navire»), était désireuse de conserver et de transformer le poisson en Alaska pour le compte d'une partie ayant le capital voulu pour financer l'opération, que Shibamoto, une société commerciale japonaise, souhaitait acheter du saumon et des œufs de saumon en Alaska pour les revendre au Japon et enfin qu'Ocean agirait à titre de mandataire nord-américain de Shibamoto, effectuant toutes les opérations en son nom. En vertu de l'entente, Shibamoto devait, par l'entremise de son mandataire, avancer les fonds suffisants (en tout 1,8 million \$ US) pour acheter trois millions de livres de saumon sockeye à Western, laquelle convenait d'acheter et de transformer le saumon et les œufs de saumon sur le navire en haute mer pendant la saison de pêche 1988. Western devait déterminer le prix payé pour le poisson sous réserve d'un plafond fixé par le représentant de Shibamoto à bord du navire au cas où le prix atteindrait un niveau susceptible d'entraîner une perte à la revente. Se trouvaient également à bord du navire huit techniciens spécialisés dont Shibamoto fournissait les services pour la préparation du saumon et des œufs de saumon selon les exigences du marché japonais. Après avoir acheté, apprêté et surgelé le poisson, Western devait le charger le plus rapidement possible à bord de navires de tramping. Il était enfin prévu que l'entente devait [TRADUCTION] «être appliquée et interprétée conformément aux lois de la province de la Colombie-Britannique» (clause 8.01).

Within a short time after operations began under the contract in June, 1988, the price of salmon increased to the point where Shibamoto's representative decided that the ceiling of non-profitability had been reached.

An action was begun by the appellants in the British Columbia Supreme Court and subsequently also in the Federal Court. The issues are as to the ownership of the fish on board, the funds not yet expended, the expenses involved in the processing and the appellants' discretion to suspend purchasing. The respondents were denied a stay of the Federal Court action since one of the remedies in the Federal Court action, i.e., a lien against the vessel, was not available in the B.C. Court.

The counterclaim advanced by the respondents alleges breach of contract and also fraud, deceit and conspiracy to induce or compel breach of the agreement (Appeal Book at pages 260-261).

Jurisdiction over the counterclaim depends on the interpretation to be given to section 22 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] ("the Act") and also on the constitutional division of legislative power.

The relevant part of section 22 is as follows:

22. (1) The Trial Division has concurrent original jurisdiction as well between subject and subject as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

(2) Without limiting the generality of subsection (1), it is hereby declared for greater certainty that the Trial Division has jurisdiction with respect to any claim or question arising out of one or more of the following:

(i) any claim arising out of any agreement relating to the carriage of goods in or on a ship or to the use or hire of a ship whether by charter party or otherwise;

(m) any claim in respect of goods, materials or services wherever supplied to a ship for her operation or maintenance including, without restricting the generality of the foregoing, claims in respect of stevedoring and lighterage;

Peu de temps après le début des opérations selon les stipulations du contrat en juin 1988, le prix du saumon a augmenté au point où le représentant de Shibamoto a décidé que le seuil de non-rentabilité avait été atteint.

Les appelantes ont intenté une action devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique puis devant la Cour fédérale. Les questions en litige y portent sur la propriété du poisson à bord du navire, les sommes non encore utilisées, les dépenses engagées dans la transformation du poisson et le pouvoir discrétionnaire des appelantes de suspendre leurs achats. Les intimés se sont vu refuser un sursis de l'action portée en Cour fédérale pour le motif que l'un des recours qui y était prévu, savoir l'exercice d'un privilège contre le navire, ne pouvait être obtenu en Cour suprême de la Colombie-Britannique.

Dans leur demande reconventionnelle, les intimés allèguent qu'il y a eu inexécution du contrat, ainsi que fraude, dol et complot en vue d'inciter ou de contraindre à la violation de l'entente (Dossier d'appel, aux pages 260 et 261).

La compétence à l'égard de la demande reconventionnelle dépend de l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10] («la Loi»), ainsi que du partage constitutionnel du pouvoir législatif.

Voici les dispositifs pertinentes de l'article 22:

22. (1) La Division de première instance a compétence concurrente en première instance, tant entre sujets qu'autrement, dans tous les cas où une demande de redressement est faite en vertu du droit maritime canadien ou d'une autre loi du Canada en matière de navigation ou de marine marchande, sauf dans la mesure où cette compétence a par ailleurs fait l'objet d'une attribution spéciale.

(2) Sans restreindre la portée générale du paragraphe (1), il est déclaré pour plus de certitude que la Division de première instance a compétence relativement à toute demande ou à tout litige de la nature de ceux qui sont ci-après mentionnés:

i) toute demande née d'une convention relative au transport de marchandises à bord d'un navire à l'utilisation ou au louage d'un navire soit par charte-partie, soit autrement;

m) toute demande relative à des marchandises, fournitures ou services fournis à un navire, où que ce soit, pour son exploitation ou son entretien, et notamment, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, les demandes relatives à l'acconage ou gabarage;

The definition of “Canadian maritime law” in section 2 of the Act is also relevant:

2. ...

“Canadian maritime law” means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this or any other Act of the Parliament of Canada.

The most relevant part of the learned Trial Judge’s reasons [*Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers, Inc.*, order dated October 2, 1989, Federal Court—Trial Division, T-1810-88, not yet reported] for order is as follows (Appeal Book at pages 271-274):

One of the leading cases in which the Federal Court’s jurisdiction was analyzed and which is of significant importance is the *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, a decision of the Supreme Court of Canada reported in [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. 4th 641. At page 774 S.C.R. MacIntyre J. wrote, and I paraphrase: In order to determine if a particular case involves maritime or admiralty law, we must be satisfied to avoid encroachment on what is of local concern involving property and civil rights or matters which are of essential, exclusive provincial jurisdiction. At page 774 S.C.R. he goes on, that the issue must be integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence.

In analyzing disputes of this nature, one must look to the substance of the claim being asserted and the relief sought. We are dealing with the engaging of a processing ship, financing and fish processing at sea. One must determine the actual underpinnings of the dispute. The essence of the arrangement between the plaintiff and the defendant in this particular transaction was for the plaintiff to provide funds to the defendants and they in turn made available the *Nicolle N* for the acquisition and processing of salmon and salmon roe at sea.

The defendants submit that the Court can assume the jurisdiction of the issues raised in the counterclaim by virtue of its authority of subsection 22 and subparagraph 22(2)(i)(m) of the *Federal Court Act*.

I much prefer the reasoning of Mr. Justice Addy in *Kuhr v. The Friedrich Busse*, [1982] 2 F.C. 709 (T.D.). The facts of that case are somewhat similar and it was resolved by finding that the Court had jurisdiction. There the defendant owned a fish processing vessel and the plaintiffs alleged that the defendant was in breach of a contract to supply fish at sea to the defendant vessel which was to remain within a specified fishing

Est également pertinente la définition de «droit maritime canadien» que l’on retrouve à l’article 2 de la Loi:

2. ...

«droit maritime canadien» désigne le droit dont l’application relevait de la Cour de l’Échiquier du Canada, en sa juridiction d’amirauté, en vertu de la *Loi sur l’Amirauté* ou de quelque autre loi, ou qui en aurait relevé si cette Cour avait eu, en sa juridiction d’amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d’amirauté, compte tenu des modifications apportées à ce droit par la présente loi ou par toute autre loi du Parlement du Canada;

Il convient également de citer le passage suivant des motifs d’ordonnance du juge de première instance [*Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers, Inc.*, ordonnance en date du 2 octobre 1989, section de première instance de la Cour fédérale, T-1810-88, encore inédite] (Dossier d’appel, aux pages 271 à 274):

L’une des décisions importantes dans laquelle la compétence de la Cour fédérale a été analysée et qui est d’une grande importance est l’arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre* de la Cour suprême du Canada publié dans [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. 4th 641. À la page 774 R.C.S., le juge MacIntyre tient les propos suivants que je paraphrase: Pour déterminer si une affaire donnée soulève une question maritime ou d’amirauté, nous devons éviter d’empiéter sur ce qui constitue une matière d’une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou les questions qui relèvent essentiellement de la compétence exclusive d’une province. À la page 774 R.C.S., il ajoute que la question doit être entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale.

En analysant les litiges de cette nature, on doit examiner l’essence de la réclamation faite et de la réparation demandée. Il s’agit en l’espèce de l’engagement d’un navire-usine, du financement et de la transformation du poisson en haute mer. On doit déterminer le fondement réel du litige. L’entente entre la demanderesse et la défenderesse dans cette opération particulière prévoyait essentiellement que la demanderesse devait fournir des fonds aux défendeurs, et que ceux-ci devaient rendre disponible le navire *Nicolle N* pour l’achat et la transformation du poisson et des œufs de saumon en mer.

Les défendeurs prétendent que la Cour peut connaître des questions soulevées dans la demande reconventionnelle en vertu de la compétence qu’elle tient du paragraphe 22(1) et des alinéas 22(2)(i) et m) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Je préfère de beaucoup le raisonnement adopté par le juge Addy dans l’affaire *Kuhr c. Le Friedrich Busse*, [1982] 2 C.F. 709 (1^{re} inst.). Les faits de celle-ci ressemblent quelque peu à ceux de l’espèce, et il y a été décidé que la Cour avait compétence. Dans cette affaire, la défenderesse était propriétaire d’un navire-usine traitant le poisson, et les demandeurs ont prétendu que la défenderesse violait un contrat portant

area and was to receive delivery and pay for the fish. Similarly to this case, the defendant ship was arrested at the request of the plaintiffs. In a motion to strike arguments were submitted alleging that the Court had no jurisdiction, that no action was maintainable because the supply of fish under a contract did not fall within any of the paragraphs of subsection 22(2) of the *Federal Court Act* and more particularly within paragraphs (i) and (m); further that the substance of the matter did not fall within maritime jurisdiction. Mr. Justice Addy at page 714 wrote:

I agree that a contract for the supplying of fish to a vessel, merely by reason of the fact that the vessel is processing the fish and is thus using the fish supplied, cannot fairly be construed as an "agreement relating to . . . the use . . . of a ship" as contemplated by paragraph (i). When the word "use" is considered in that context it seems clear that the use referred to is use of the ship by a party other than the owner: an agreement for use and an ordinary contract for hiring would be *ejusdem generis*.

However, the question as to whether paragraph (m) applies is not nearly so clear. It might well be that the word "operation" in that paragraph does not refer only to the actual navigation of a ship over the water but to its operation generally where it has another function such as receiving delivery of fish on the high seas and processing same, even though the actual processing might well be the same as the operation carried on by a fish processing factory situated ashore.

Justice Addy went on to say that although the sections do not specifically enumerate what should be construed as necessities for a ship, there is no doubt that once it falls into such a category it comes within the jurisdiction of the Federal Court.

Mr. Justice Addy refers also to the case of *Western Nova Scotia Bait Freezers Limited v. The Ship "Shamrock"*, [1939] Ex. C.R. 53. It dealt with a vessel engaged in the fishing business and the contract was to supply bait and ice which were determined to be necessities.

It was argued that money, in this particular circumstance, cannot be considered a necessary since we are dealing exclusively with financial underwriting. That may be argued but I have great doubts that it is supported by the facts. The underpinning, the agreement called for retaining the services of a ship for the processing of fish brought about by the financial arrangement. The contract between the parties was for the *Nicolle N* to proceed on the high seas to acquire fish in a specified fishing area and receive, process and deliver same. If one looks to the reasoning of the Supreme Court of Canada in the *ITO* case *supra* I think the analysis referred to at page 775 S.C.R. wherein the Court considered the proximity of a terminal to the operations at sea sufficient to bring it within maritime law, I am satisfied that I am by no means exceeding the bounds of jurisdiction conferred on this Court and the issues are integrally connected to maritime law.

May I add that it would seem illogical that a plaintiff could assert the right of bringing an action in the Federal Court of

fourniture de poissons en mer au navire défendeur qui devait demeurer sur certains champs de pêche spécifiés pour recevoir livraison des prises et les payer. Comme en l'espèce, le navire défendeur a été saisi à la requête des demandeurs. Dans une requête en radiation, on a invoqué des arguments selon lesquels la Cour n'avait pas compétence, aucune action ne pouvait être intentée puisque la fourniture de poissons en vertu d'un contrat n'était visée par aucun des alinéas du paragraphe 22(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, et plus particulièrement, n'était pas visée par les alinéas i) et m), et l'essence de l'affaire ne relevait pas de la compétence maritime. Le juge Addy a tenu les propos suivants à la page 714:

J'admets qu'un contrat de fourniture de poissons à un navire ne saurait être considéré, simplement du fait que le navire traite du poisson et utilise le poisson fourni, comme une «convention relative . . . à l'utilisation . . . d'un navire» aux termes de l'alinéa i). Il est clair que dans ce contexte, l'emploi du terme «utilisation» vise l'utilisation que fait d'un navire un tiers autre que le propriétaire: une convention pour son usage de même qu'un contrat de nolisement ordinaire seraient *ejusdem generis*.

Toutefois, la question de savoir si l'alinéa m) s'applique n'est pas aussi claire. Il se peut fort bien que le terme «exploitation» de cet alinéa vise non seulement le fait pour ce navire de naviguer mais aussi l'exploitation générale de toutes ces fonctions comme celle de recevoir livraison de poissons en haute mer et de les traiter même lorsque ce traitement consiste en la même opération que celle qu'effectue une usine de traitement de poissons à terre.

Le juge Addy a ajouté que, bien que les dispositions en cause n'aient pas expressément mentionné ce qui devrait être interprété comme étant un équipement nécessaire à un navire, il est certain que lorsqu'il s'agit d'une telle catégorie, la Cour fédérale a compétence.

Le juge Addy cite également l'affaire *Western Nova Scotia Bait Freezers Limited v. The Ship "Shamrock"*, [1939] R.C.É. 53. Dans cette affaire, il s'agissait d'un navire qui se livrait à des opérations de pêche, et le contrat concernait la fourniture de bouette et de glace. On statua que la bouette et la glace constituaient des fournitures nécessaires.

On soutient que l'argent, dans ce cas particulier, ne saurait être considéré comme une fourniture nécessaire puisque, en l'espèce, il s'agit d'une garantie financière. On peut le prétendre, mais je doute sérieusement que les faits étayent cet argument. La raison en est que l'entente exigeait de retenir les services d'un navire en vue de la transformation du poisson à laquelle a donné lieu l'engagement financier. Le contrat entre les parties prévoyait que le navire *Nicolle N* devait opérer en haute mer pour acheter du poisson dans un champ de pêche spécifié et recevoir, transformer et livrer le poisson. Compte tenu du raisonnement adopté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *ITO* précité, c'est-à-dire l'analyse faite à la page 775 R.C.S. où la Cour a considéré que la proximité des activités par rapport à la mer suffisait à mettre en cause du droit maritime, je suis convaincu que je n'excède nullement les limites de la compétence conférée à cette Cour, et que les questions sont entièrement liées au droit maritime.

Je me permets d'ajouter qu'il serait illogique, semble-t-il, qu'un demandeur puisse faire valoir le droit de saisir la Cour

Canada, claim a Maritime lien and arrest a ship on the basis of United States law and then successfully reject a counterclaim affirming damages arising out of the same breach of contract involving the same ship. Perhaps the relief sought by the defendants in the counterclaim could as well give rise to a Maritime lien under United States law. I say this without having the benefit of any assistance either to support the assertion made by the plaintiffs in their pleading or my independent knowledge as to what may give rise to a lien in U.S. jurisdictions.

The jurisdiction of the Federal Court of Canada as set forth in the Act must be assessed initially under the terms of section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act, 1982, 1982, c. 11* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982, Item 1*] [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] because that provision alone authorizes Parliament to establish such a Court. Section 101 provides that:

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time, provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

The relevant words of section 101 for defining the Court's jurisdiction have been considered by the Supreme Court of Canada in a number of recent cases to be "Administration of the Laws of Canada." Section 22 cannot, therefore, be given a construction beyond the scope of this expression.

The earliest of these Supreme Court decisions was *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 71 D.L.R. (3d) 111; 9 N.R. 471. The effect of this case is perhaps best summarized by Laskin C.J.C. (who delivered the unanimous judgments of the Court in both cases) in *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181, at pages 658-659 S.C.R.:

In *Quebec North Shore Paper Company v. Canadian Pacific Limited*, ... this Court held that the quoted provisions of s. 101, make it a prerequisite to the exercise of jurisdiction by the Federal Court that there be existing and applicable federal law which can be invoked to support any proceedings before it. It is not enough that the Parliament of Canada have legislative jurisdiction in respect of some matter which is the subject of litigation in the Federal Court. As this Court indicated in the *Quebec North Shore Paper Company* case, judicial jurisdiction

fédérale du Canada d'une action, réclamer un privilège maritime et saisir un navire sur le fondement du droit des États-Unis et puis rejeter avec succès une demande reconventionnelle de dommages-intérêts qui découle de la même rupture de contrat mettant en cause le même navire. Peut-être la réparation demandée par les défendeurs dans la demande reconventionnelle pourrait-elle donner lieu aussi à un privilège maritime sous le régime du droit des États-Unis. Je le dis sans bénéficier d'une assistance quelconque pour étayer soit l'affirmation faite par les demandesses dans leur plaidoirie ou ma connaissance indépendante quant à ce qui peut donner lieu à un privilège devant les instances américaines.

C'est au regard de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] que doit d'abord être examinée la compétence attribuée par la Loi à la Cour fédérale du Canada puisque lui seul confère au Parlement le pouvoir d'établir ce tribunal:

101. Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

Dans plusieurs arrêts récents, la Cour suprême du Canada a jugé que les termes pertinents de l'article 101 étaient «administration des lois du Canada». Aussi l'article 22 ne doit-il pas recevoir une interprétation qui excéderait la portée de cette expression.

Le premier de ces arrêts de la Cour suprême est *Quebec North Shore Paper Co. et autres c. Canadien Pacifique Ltée et autres*, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976), 71 D.L.R. (3d) 111; 9 N.R. 471. Le juge en chef Laskin (qui a prononcé les jugements unanimes de la Cour dans les deux affaires) a peut-être le mieux résumé l'effet de cette décision dans l'arrêt *McNamara Construction (Western) Ltd. et autres c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181, aux pages 658-659 R.C.S.:

Dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Company c. Le Canadien Pacifique Limitée*, ... cette Cour a statué que les dispositions de l'art. 101 posent comme condition préalable à l'exercice par la Cour fédérale de sa compétence, l'existence d'une législation fédérale applicable sur laquelle on puisse fonder les procédures. Il ne suffit pas que le Parlement du Canada puisse légiférer sur un domaine dont relève la question soumise à la Cour fédérale. Comme l'a indiqué cette Cour dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Company*, la compétence judiciaire

contemplated by s. 101 is not co-extensive with federal legislative jurisdiction. It follows that the mere fact that Parliament has exclusive legislative authority in relation to . . . [subsection 91(1A) and 91(28) of the *Constitution Act, 1867*], and that the subject matter of the construction contract may fall within either or both of these grants of power, is not enough to support a grant of jurisdiction to the Federal Court to entertain the claim for damages made in these cases. [Emphasis added.]

The Court went on to hold that there was neither a federal statutory nor a federal common law basis for the Crown's suit against a third party for damages for breach of contract.

Despite the fact that dicta in *McNamara* suggested that the result would have been different if what were at stake were the Crown's liability to a third party, the Court was not prepared in *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 30 N.R. 249; 12 C.P.C. 248 (Martland J. dissenting) to allow the Crown to issue a third party notice claiming indemnity in contract and contributory negligence, even though the Crown would have had its own liability established on the basis of federal law before it could succeed in its third party claim. Pigeon J., writing for the majority, said in relation to the Crown's claim in contract (at page 711 S.C.R.):

The question in the present case is, as I see it, "Does federal law embrace the issues on the third party notice?" In my view it does not. The *Crown Liability Act* deals only with the liability which is asserted in the main action. While without such liability there would be no claim over, such claim does not arise out of this liability but only out of the contract and of the [*sic*] *Negligence Act*. [R.S.O. 1970, c. 296] . . . In the present case the objection to the jurisdiction is not founded on the construction of the statute, but arises out of the constitutional restriction of Parliament's power which, as concerns the Canadian judicature, restricts it to the establishment of "Courts for the better Administration of the Laws of Canada". In the present case the laws on which the third party notice is founded are not those of Canada but those of the Province of Ontario.

With respect to the claim in negligence Pigeon J. wrote (at pages 712-713 S.C.R.):

en vertu de l'art. 101 ne recouvre pas le même domaine que la compétence législative fédérale. Il s'ensuit qu'il ne suffit pas que la compétence exclusive du Parlement s'exerce dans les domaines . . . [visés par les par. 91(1A) et 91(28) de la *Loi constitutionnelle de 1867*], et que l'objet du contrat de construction en l'espèce puisse relever de l'un ou l'autre de ces domaines législatifs, ou des deux, pour fonder la compétence de la Cour fédérale à l'égard de la présente action en dommages-intérêts. [C'est moi qui souligne.]

Dans cette affaire, la Cour a conclu que l'action que la Couronne avait intentée contre une tierce partie en dommages-intérêts pour inexécution de contrat n'était fondée sur aucune loi ni aucun principe de *common law* fédéraux.

Bien que certaines opinions incidentes émises dans l'arrêt *McNamara* donnent à penser que le résultat aurait été différent si la question en litige avait été celle de la responsabilité de la Couronne envers une tierce partie, la Cour (le juge Martland étant dissident) n'est pas allée, dans l'arrêt *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autres*, [1980] 1 R.C.S. 695; (1979), 106 D.L.R. (3d) 193; 30 N.R. 249; 12 C.P.C. 248, jusqu'à autoriser la Couronne à délivrer un avis à la tierce partie réclamant une indemnisation fondée sur le contrat et la négligence contributive. Et ce, même si la propre responsabilité de la Couronne aurait dû être établie en vertu du droit fédéral pour que cette dernière puisse réussir dans sa demande vis-à-vis de la tierce partie. Au nom de la majorité, le juge Pigeon a déclaré ce qui suit à l'égard de la réclamation de la Couronne en vertu du contrat (à la page 711 R.C.S.):

A mon avis, la question en l'espèce est: «Le litige soulevé par l'avis à la tierce partie» relève-t-il du droit fédéral? À mon avis il n'en relève pas. La *Loi sur la responsabilité de la Couronne* porte seulement sur la responsabilité qui est invoquée dans l'action principale. Il est vrai qu'il n'y aurait pas de demande d'indemnisation sans cette responsabilité, mais cette demande ne découle pas de cette responsabilité mais seulement du contrat et de *The Negligence Act* [R.S.O. 1970, chap. 296.] . . . En l'espèce, l'objection à la compétence n'est pas fondée sur l'interprétation de la loi, mais découle de la restriction constitutionnelle du pouvoir du Parlement laquelle, en ce qui a trait au système judiciaire canadien, le limite à l'établissement de «tribunaux . . . pour la meilleure administration des lois du Canada». En l'espèce, les lois sur lesquelles se fonde «l'avis à la tierce partie» ne sont pas celles du Canada mais celles de la province de l'Ontario.

En ce qui concerne la réclamation fondée sur la négligence, le juge Pigeon écrit ceci (aux pages 712 et 713 R.C.S.):

Even if I had to accept the view taken by the Ontario Court of Appeal of the effect of the *Negligence Act* [viz., that no contribution could be recovered from a party where it was not claimed before judgment on the main action], I would not agree that this could justify a conclusion that the Crown must be allowed to institute third party proceedings in the Federal Court so as not to be deprived of the benefit of *the* [sic] *Negligence Act*. It must be considered that the basic principle governing the Canadian system of judicature is the jurisdiction of the Superior Courts of the Provinces in all matters federal and provincial. The federal Parliament is empowered to derogate from this principle by establishing additional Courts only for the better administration of the laws of Canada. Such establishment is not therefore necessary for the administration of these laws. Consequently, I fail to see any basis for the application of the ancillary power doctrine which is limited to what is truly necessary for the effective exercise of Parliament's legislative authority. If it is considered desirable to be able to take advantage of provincial legislation on contributory negligence which is not meant to be exercised outside the Courts of the Province, the proper solution is to make it possible to have those rights enforced in the manner contemplated by the general rule of the Constitution of Canada, that is before the superior court of the province.

These cases establish a very stringent test for Federal Court jurisdiction,¹ and would seem as a first consequence to invalidate the view taken by the Motions Judge in the final paragraph of his reasons for decision set out above. The mere fact that a plaintiff can assert an action against a ship in the Federal Court does not found a counterclaim for damages even if they arise "out of the same breach of contract involving the same ship." A counterclaim would appear to be in the same position as an action against a third party, that is, a substantive proceeding and not a mere incident of the principal action. However, I accept the argument made by the respondent that this paragraph of the Judge's reasoning is an *obiter dictum*, his essential reasoning having concluded at the end of the preceding paragraph when he wrote: "I am satisfied that I am by no means exceeding the bounds of jurisdiction conferred on this Court and the issues are integrally connected to Maritime law."

¹ In *Pacific Western Airlines Ltd. v. R.*, [1979] 2 F.C. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (T.D.), at p. 490, Collier J. characterized the jurisdictional situation following the limitations imposed by the Supreme Court in these cases as "lamentable." The commentators have been uniformly critical of the Court's reasoning. Professor Peter W. Hogg, *Case Comment* ["Constitutional Law—Limits of Federal Court

(Continued on next page)

Même s'il me fallait endosser l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario sur l'effet de *The Negligence Act*, [savoir qu'aucune contribution ne pouvait être recouvrée d'une partie si elle n'avait pas été réclamée avant le jugement dans l'action principale] je n'admettrais pas que cela puisse justifier la conclusion que Sa Majesté doit pouvoir instituer des procédures de mise en cause devant la Cour fédérale afin de ne pas être privée du bénéfice de *The Negligence Act*. Il faut tenir compte de ce que le principe fondamental régissant le système judiciaire canadien est la compétence des cours supérieures des provinces sur toutes questions de droit fédéral et provincial. Le Parlement fédéral a le pouvoir de déroger à ce principe en établissant des tribunaux additionnels seulement «pour la meilleure administration des lois du Canada». L'établissement de ces tribunaux n'est donc pas nécessaire pour mettre ces lois à exécution. Par conséquent, je ne vois aucun fondement à l'application de la doctrine du pouvoir accessoire qui est limitée à ce qui est vraiment nécessaire à l'exercice efficace de l'autorité législative du Parlement. Si l'on estime souhaitable d'être en mesure d'invoquer une loi provinciale sur la négligence contributive qui n'est susceptible d'application que devant les cours de la province, la solution appropriée est de rendre possible l'exercice de ce droit de la manière prévue à la règle générale de la Constitution du Canada, c'est-à-dire devant la cour supérieure de la province.

Ces arrêts soumettent l'existence de la compétence de la Cour fédérale à un critère très rigoureux¹ et sembleraient à première vue invalider l'avis qu'a exprimé le juge de première instance dans le dernier paragraphe, précité, de ses motifs. En effet, le simple fait que le demandeur puisse exercer une action contre un navire en Cour fédérale ne constitue pas le fondement d'une demande reconventionnelle en dommages-intérêts, même si les dommages découlent [TRADUCTION] «de la même rupture de contrat mettant en cause le même navire». La demande reconventionnelle serait comparable à une action intentée contre une tierce partie: il s'agirait d'une nouvelle instance et non d'un simple incident de l'action principale. Cependant, j'accepte l'argument de la partie intimée selon lequel ce passage des motifs revêt un caractère incident, le juge ayant formulé l'essentiel de son raisonnement à la fin du paragraphe précédent où il a écrit: «je suis convaincu que je n'exède nullement les limites de la compétence conférée à cette Cour, et que les questions sont entièrement liées au droit maritime».

¹ Dans la décision *Pacific Western Airlines Ltd. c. R.*, [1979] 2 C.F. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (1^{re} inst.), à la p. 490, le juge Collier a qualifié de «lamentable» la situation créée par suite des limitations juridictionnelles qu'a imposées la Cour suprême dans ces décisions. Les commentateurs ont pour leur part unanimement critiqué le raisonnement de la Cour. Dans «Case Comment» [«Constitutional Law—

(Suite à la page suivante)

None of the foregoing Supreme Court decisions dealt in any way with maritime law, and, when confronted with problems in that area the Court upheld the jurisdiction of the Federal Court in *Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313; *Antares Shipping Corporation v. The Ship "Capricorn" et al.*, [1980] 1 S.C.R. 553; (1979), 111 D.L.R. (3d) 289; 30 N.R. 104; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et al.*, [1981] 1 S.C.R. 363; (1981), 121 D.L.R. (3d) 517; 35 N.R. 288. That trend has most recently been confirmed in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 68 N.R. 241; 34 B.L.R. 251, a

Aucun des arrêts précités de la Cour suprême ne porte sur une question de droit maritime. Lorsqu'appelée à se prononcer sur des litiges dans ce domaine, la Cour a confirmé la compétence de la Cour fédérale dans *Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313; *Antares Shipping Corporation c. Le navire «Capricorn» et autres*, [1980] 1 R.C.S. 553; (1979), 111 D.L.R. (3d) 289; 30 N.R. 104; et *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et autres*, [1981] 1 R.C.S. 363; (1981), 121 D.L.R. (3d) 517; 35 N.R. 288. Ce courant a été récemment confirmé dans un jugement partagé de la Cour suprême (4 contre

(Continued from previous page)

Jurisdiction—Is there a Federal Common Law?"] (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 550, at p. 555 has written that "the only workable and principled test for a law of Canada is the test of federal legislation competence which prevailed before *Quebec North Shore* and *McNamara Construction*." Professors John B. Laskin and Robert J. Sharpe, "Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on *Fuller Construction*" (1980), 30 *U.T.L.J.* 283, at p. 286 have contrasted the American solution: "Faced with a similar predicament—federal courts with constitutionally limited jurisdiction and cases with emanations beyond it—American courts have developed concepts of 'ancillary' and 'pendent' jurisdiction to permit a federal court to resolve all aspects of a dispute the principal part of which it may properly hear." Professor Stephen A. Scott, "Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of their Jurisdiction" (1982), 27 *McGill L.J.* 137, at p. 161 refers to "The Constitutional Requirement of an Elusive Substantive 'Federal Law'." Professor J. M. Evans, Case Comment ["Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation"] (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 124, at pp. 132-3 writes: "To limit the jurisdiction that Parliament can confer upon the Federal Court so narrowly that it makes even those parts that are clearly valid so practically defective that drastic legislative reform becomes necessary, seems a remarkable arrogation of power."

(Suite de la page précédente)

Limits of Federal Court Jurisdiction—Is there a Federal Common Law?"] (1977), 55 *R. du B. Can.* 550, à la p. 555, le professeur Peter W. Hogg écrit que [TRADUCTION] «le seul critère pratique et rationnel pour déterminer ce qui constitue une «loi du Canada» est celui de la compétence législative fédérale qui prévalait avant les arrêts *Quebec North Shore* et *McNamara Construction*. Dans «Constricting Federal Court Jurisdiction: A Comment on *Fuller Construction*» (1980), 30 *U.T.L.J.* 283, à la p. 286, les professeurs John B. Laskin et Robert J. Sharpe mettent en contraste la solution américaine: [TRADUCTION] «Confrontées à une difficulté analogue—savoir des tribunaux fédéraux saisis d'affaires dont les ramifications dépassent leur compétence constitutionnelle limitée—les cours de justice américaines ont élaboré les notions de compétence «accessoire» et «suspensive» pour permettre à un tribunal fédéral de connaître de tous les aspects d'un litige dont il pouvait par ailleurs entendre la demande principale». Dans «Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of their Jurisdiction» (1982), 27 *R. de D. McGill* 137, à la p. 161, le professeur Stephen A. Scott parle de [TRADUCTION] «l'exigence constitutionnelle d'un «droit fédéral» de fond qui se dérobe». Enfin, dans Case Comment [«Federal Jurisdiction—A Lamentable Situation»] (1981), 59 *Re. du Bar. Can.* 124, aux p. 132 et 133, le professeur J. M. Evans écrit: [TRADUCTION] «Limiter si étroitement la compétence que le Parlement peut conférer à la Cour fédérale que même les parties clairement valides de cette compétence en deviennent pratiquement déficientes au point de nécessiter une réforme législative radicale, paraît constituer une usurpation remarquable de pouvoir.»

4-3 decision of the Supreme Court.²

On the facts of the *ITO* case, the marine carrier agreed in a contract evidenced by a bill of lading to carry cartons of electric calculators from Japan to Montréal for delivery to the consignee. On arrival in Montréal the goods were picked up and stored by ITO, a stevedoring and terminal operator. Before delivery could be made to the consignee thieves broke into the terminal transit shed and stole the majority of the cartons. The Supreme Court treated the case on the basis that the loss by theft occurred through ITO's negligence. The consignee brought proceedings in the Federal Court against both the carrier and the terminal operators.

The Court ultimately held that the consignee had no cause of action against the carrier, because of an express limitation of liability in the contract that it found to govern even in the presence of negligence, and that that limitation of liability extended also to the terminal operator.

In the course of coming to that decision, however, the Court set forth the jurisdiction of the Federal Court in admiralty. McIntyre J. recapitulated the essential requirements to support a finding of jurisdiction in the Federal Court as follows (at page 766 S.C.R.):

² Professor Robert W. Kerr, "Constitutional Limitations on the Admiralty Jurisdiction of the Federal Court" (1979), 5 *Dalhousie L.J.* 568, foresaw the possibility that admiralty jurisdiction might escape the constitutional limitations of the *Quebec North Shore* and *McNamara Construction* cases because of the historical development of a federal common law of admiralty. P.F.M. Jones, "Jurisdiction at Sea" (1982), 3 *Supreme Court L.R.* 445 at p. 451 concluded, following the *B.C. Marine* case, that "one can conclude that the admiralty jurisdiction of the Federal Court is not subject to the 'proper solution' philosophy of the Supreme Court of Canada as expressed in *Fuller*, viz., that the rights ought to be enforced before the superior court of the province." David N. Rogers, "Admiralty Jurisdiction in Canada: Is There a Need for Reform?" (1985), 16 *J. Mar. L. & Comm.* 467 preferred the approaches taken by the Federal Court of Appeal to that taken by the Supreme Court up to that time (i.e., before *ITO*).

3)², l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 68 N.R. 241; 34 B.L.R. 251.

^a Dans l'affaire *ITO*, le transporteur maritime avait convenu, par contrat constaté par un connaissement, de transporter des cartons de calculatrices électroniques du Japon à Montréal pour livraison au destinataire. À son arrivée à Montréal, la marchandise a été prise en charge et entreposée par ITO, une compagnie de manutention et d'acconage. Avant que la livraison ne soit effectuée au destinataire, des voleurs ont pénétré par effraction dans le hangar de transit où ils ont volé la majorité des cartons. La Cour suprême a analysé la question en présumant que la perte par suite de vol était le résultat de la négligence dont aurait fait preuve ITO. Le destinataire avait intenté des poursuites en Cour fédérale tant contre le transporteur que contre les acconiers.

^e La Cour a finalement conclu que le destinataire n'avait aucune cause d'action à faire valoir contre le transporteur, parce qu'elle a jugé que la limitation de responsabilité expressément stipulée au contrat s'appliquait même en cas de négligence et s'étendait également à l'acconier.

^f Avant d'en arriver à cette conclusion, la Cour a toutefois défini la compétence de la Cour fédérale en matière d'amirauté. Le juge McIntyre a résumé ainsi les conditions essentielles pour pouvoir conclure à cette compétence (à la page 766 R.C.S.):

² Dans «Constitutional Limitations on the Admiralty Jurisdiction of the Federal Court» (1979), 5 *Dalhousie L.J.* 568, le professeur Robert W. Kerr a prévu que la compétence en matière d'amirauté pourrait échapper aux limitations constitutionnelles imposées dans les arrêts *Quebec North Shore* et *McNamara Construction* en raison de l'élaboration historique d'une *common law* fédérale dans ce domaine. Dans «Jurisdiction at Sea» (1982), 3 *Supreme Court L.R.* 445, à la p. 451, le professeur P.F.M. Jones estime, à la suite de l'arrêt *B.C. Marine*, qu'[TRADUCTION] «on peut conclure que la compétence de la Cour fédérale en matière d'amirauté n'obéit pas à la philosophie de la "solution appropriée" a exprimé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Fuller*, savoir qu'il convient d'exercer les droits en cause devant la cour supérieure de la province». Dans «Admiralty Jurisdiction in Canada: Is There a Need for Reform?» (1985), 16 *J. Mar. L. & Comm.* 467, David N. Rogers préfère la solution adoptée par la Cour d'appel fédérale à celle suivie jusqu'alors par la Cour suprême (c'est-à-dire jusqu'à l'arrêt *ITO*).

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

The majority found it immediately obvious that subsection 22(1) of the Act satisfied the first requirement of jurisdiction, and turned to the question whether Canadian maritime law was essential to the disposition of the case and nourished the statutory grant of jurisdiction (at page 769 S.C.R.):

Canadian maritime law, as defined in s. 2 of the *Federal Court Act*, can be separated into two categories. It is the law that:

- (1) was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute; or
- (2) would have been so administered if that court had had on its admiralty side unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters.

The first category embraces English admiralty jurisdiction and law as it existed in 1934, the date of the first Canadian admiralty legislation after the Statute of Westminster. However, since English maritime law as of 1934 was confined to torts committed within the ebb and flow of the tide and excluded land-based torts, that would not cover the negligence in this case. It was therefore necessary to turn to an analysis of the second category of Canadian maritime law (at pages 774-776 S.C.R.):

I would agree that the historical jurisdiction of the admiralty courts is significant in determining whether a particular claim is a maritime matter within the definition of Canadian maritime law in s. 2 of the *Federal Court Act*. I do not go so far, however, as to restrict the definition of maritime and admiralty matter only to those claims which fit within such historical limits. An historical approach may serve to enlighten, but it must not be permitted to confine. In my view the second part of the s. 2 definition of Canadian maritime law was adopted for the purpose of assuring that Canadian maritime law would include an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters. As such, it constitutes a statutory recognition of Canadian maritime law as a body of federal law dealing with all claims in respect of maritime and admiralty matters. Those matters are not to be considered as having been frozen by the *Admiralty Act* of 1934. On the contrary, the words "maritime" and "admiralty" should be interpreted within the modern context of commerce and shipping. In reality, the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitu-

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
- ^a 3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

^b Les juges formant la majorité n'ont eu aucune hésitation à juger que le paragraphe 22(1) de la Loi satisfaisait à la première condition. Ils se sont ensuite demandé si le droit maritime canadien était essentiel à la solution du litige et constituait le fondement de l'attribution légale de compétence (à la page 769 R.C.S.):

^c Le droit maritime canadien, tel qu'il est défini à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, peut être divisé en deux catégories. Il s'agit du droit:

- (1) dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa juridiction d'amirauté, en vertu de la *Loi sur l'Amirauté* ou de quelque autre loi; ou
- ^d (2) qui en aurait relevé si cette cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

^e La première catégorie englobe la compétence et le droit en matière maritime qui existaient en Angleterre en 1934, date à laquelle a été adoptée la première loi canadienne en matière d'amirauté à la suite du Statut de Westminster. Cependant, comme le droit maritime anglais était, dès 1934, confiné aux délits commis entre le flux et le reflux, à l'exclusion des délits survenus à terre, il ne s'appliquerait pas à la négligence en l'espèce. La Cour s'est donc attachée à l'examen de la deuxième catégorie du droit maritime canadien (aux pages 774 à 776 R.C.S.):

^f Je suis d'accord pour dire que la compétence historique des cours d'amirauté est importante pour déterminer si une demande particulière est une matière maritime au sens qu'en donne la définition du droit maritime canadien que l'on trouve à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je n'irais pas cependant jusqu'à limiter la définition de matière maritime et d'amirauté aux seules demandes qui cadrent avec ces limites historiques. Une méthode historique peut servir à éclairer, mais ne saurait autoriser à limiter. À mon avis, la seconde partie de la définition que donne l'art. 2 du droit maritime canadien a été adoptée afin d'assurer que le droit maritime canadien comprenne une compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté. À ce titre, elle constitue une reconnaissance légale du droit maritime canadien comme ensemble de règles de droit fédérales portant sur toute demande en matière maritime et d'amirauté. On ne saurait considérer ces matières comme ayant été figées par la *Loi d'amirauté, 1934*. Au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau. En

tional division of powers in the *Constitution Act, 1867*. I am aware in arriving at this conclusion that a court, in determining whether or not any particular case involves a maritime or admiralty matter, must avoid encroachment on what is in "pith and substance" a matter of local concern involving property and civil rights or any other matter which is in essence within exclusive provincial jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. It is important, therefore, to establish that the subject-matter under consideration in any case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence.

Turning to Miida's claim against ITO, it can be seen that it involves the negligence of a stevedore-terminal operator in the short-term storing of goods within the port area pending delivery to the consignee.

It is clear, in my view, that such incidental storage by the carrier itself or by a third party under contract to the carrier is also a matter of maritime concern by virtue of the "close, practical relationship of the terminal operation to the performance of the contract of carriage" (*per* Le Dain J. in the Court of Appeal [at p. 41]). It may then be concluded that cargo-handling and incidental storage before delivery and before the goods pass from the custody of a terminal operator within the port area is sufficiently linked to the contract of carriage by sea to constitute a maritime matter within the ambit of Canadian maritime law, as defined in s. 2 of the *Federal Court Act*.

At the risk of repeating myself, I would stress that the maritime nature of this case depends upon three significant factors. The first is the proximity of the terminal operation to the sea, that is, it is within the area which constitutes the port of Montreal. The second is the connection between the terminal operator's activities within the port area and the contract of carriage by sea. The third is the fact that the storage at issue was short-term pending final delivery to the consignee. In my view, it is these factors, taken together, which characterize this case as one involving Canadian maritime law.

This analysis having yielded the result that the negligence claim fell within the scope of Canadian maritime law, the next question was as to the substantive content of that law (at pages 776-777 S.C.R.):

Canadian maritime law, as a body of substantive law, encompasses the principles of English maritime law as they were developed and applied in the Admiralty Court of England (*The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, *supra*, and authorities cited therein, pp. 683-84. [[1978] 2 F.C. 675; (1977), 77 D.L.R. (3d) 241 (*per* Thurlow A.C.J., as he then was)]. In 1934 when, as has been noted, a body of admiralty law from England was incorporated into Canadian law, the Admiralty side of the High Court of Justice had jurisdiction in cases of contract and

réalité, l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je n'ignore pas, en tirant cette conclusion, que la cour, en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d'amirauté, doit éviter d'empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière d'une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est donc important de démontrer que la question examinée dans chaque cas est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale.

Pour en venir à la demande adressée par Miida contre ITO, on peut constater qu'elle met en cause la négligence dont aurait fait preuve un manutentionnaire acconier dans l'entreposage à court terme de marchandises à l'intérieur de la zone portuaire, en attendant leur livraison au destinataire.

Il est clair, à mon sens, que cet entreposage accessoire par le transporteur lui-même, ou par un tiers lié par contrat avec le transporteur, est aussi une affaire d'intérêt maritime en vertu du «rapport étroit existant en pratique entre le transit et l'exécution du contrat de transport» (le juge Le Dain en Cour d'appel). On peut donc conclure que la manutention et l'entreposage accessoire, avant la livraison et pendant que la marchandise reste sous la garde d'un acconier dans la zone portuaire, est suffisamment liée au contrat de transport maritime pour constituer une affaire maritime qui relève du droit maritime canadien, au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Au risque de me répéter, je tiens à souligner que la nature maritime de l'espèce dépend de trois facteurs importants. Le premier est le fait que les activités d'acconage se déroulent à proximité de la mer, c'est-à-dire dans la zone qui constitue le port de Montréal. Le second est le rapport qui existe entre les activités de l'acconier dans la zone portuaire et le contrat de transport maritime. Le troisième est le fait que l'entreposage en cause était à court terme en attendant la livraison finale des marchandises au destinataire. À mon avis, ce sont ces facteurs qui, pris ensemble, permettent de caractériser la présente affaire comme mettant en cause du droit maritime canadien.

Cette analyse ayant mené à la conclusion que la demande fondée sur la négligence relevait du droit maritime canadien, la question qui se posait ensuite était celle du contenu de ce droit sur le plan des règles de fond (aux pages 776 et 777 R.C.S.):

Le droit maritime canadien, en tant qu'ensemble de règles de fond, englobe les principes du droit maritime anglais élaborés et appliqués par la Cour d'amirauté d'Angleterre (*La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, précité, et la jurisprudence qui y est citée, pp. 683 et 684) [[1978] 2 C.F. 675; (1977), 77 D.L.R. (3d) 241 (le juge Thurlow, alors juge en chef adjoint)]. En 1934, lorsque, comme je l'ai déjà noté, un ensemble de règles de droit maritime d'Angleterre a été incorporé dans le droit canadien, la Haute Cour de justice, en sa juridiction d'amirauté,

tort which were considered to be admiralty matters. In dealing with such cases, the court applied the necessary common law principles of tort and contract in order to resolve the issues. Common law rules of negligence, for example, were applied in collision cases: ("*Cuba*" (*The*) v. *McMillan* (1896), 26 S.C.R. 651 at pp. 661-62, and E. Mayers, *Admiralty Law and Practice in Canada* (1916), at p. 146). Bailment principles were applied in loss of cargo cases ("*Winkfield*" (*The*), [1902] P. 42 (C.A.)) Thus, the body of admiralty law, which was adopted from England as Canadian maritime law, encompassed both specialized rules and principles of admiralty and the rules and principles adopted from the common law and applied in admiralty cases as these rules and principles have been, and continue to be, modified and expanded in Canadian jurisprudence. (See, for example, the judgment of this Court in *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 363, in which common law principles of negligence and contract law were employed to resolve the appeal.)

Canadian maritime law then is the existing body of federal law which is essential to the disposition of this case and which nourishes the jurisdiction granted to the Federal Court in s. 22 of the *Federal Court Act*. Thus the second requirement for a finding of jurisdiction in the Federal Court is established.

Canadian maritime law, it is therefore clear, encompasses not only the specialized rules and principles of admiralty but the common law of tort and contract as currently interpreted by the Courts (assuming always, of course, that the claim in question falls within the scope of maritime law).

Lest the point be left in doubt, the Court went on to consider whether, in utilizing the common law, the Federal Court is to be thought as applying provincial law (at page 779 S.C.R.):

It is my view, as set out above, that Canadian maritime law is a body of federal law encompassing the common law principles of tort, contract and bailment. I am also of the opinion that Canadian maritime law is uniform throughout Canada, a view also expressed by Le Dain J. in the Court of Appeal who applied the common law principles of bailment to resolve Miida's claim against ITO. Canadian maritime law is that body of law defined in s. 2 of the *Federal Court Act*. That law was the maritime law of England as it has been incorporated into Canadian law and it is not the law of any Province of Canada.

And further (at pages 781-782 S.C.R.):

The Federal Court is constituted for the better administration of the laws of Canada. It is not, however, restricted to

pouvait connaître des affaires contractuelles et délictuelles considérées comme des affaires en matière d'amirauté. En examinant ces affaires, la cour a appliqué les principes de *common law* en matière délictuelle et contractuelle nécessaires à la résolution des points litigieux. Les règles de *common law* en matière de négligence, par exemple, étaient appliquées dans les affaires d'abordage ("*Cuba*" (*The*) v. *McMillan* (1896), 26 R.C.S. 651, aux pp. 661 et 662) et E. Mayers, *Admiralty Law and Practice in Canada* (1916), à la p. 146.) Les principes en matière de dépôt ont été appliqués dans les affaires de perte de cargaison ("*Winkfield*" (*The*), [1902] P. 42 (C.A.)) Ainsi, l'ensemble de règles de droit maritime qui a été emprunté à l'Angleterre pour constituer le droit maritime canadien englobe à la fois les règles et principes spéciaux en matière d'amirauté et les règles et principes puisés dans la *common law* et appliqués aux affaires d'amirauté selon que ces règles et principes ont été, et continuent d'être, modifiés et élargis dans la jurisprudence canadienne. (Voir, par exemple, l'arrêt de cette Cour *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 363, où les principes de *common law* en matière de négligence et de droit des contrats ont été utilisés pour résoudre le pourvoi.)

Le droit maritime canadien est donc cet ensemble de règles de droit fédérales existantes qui est essentiel à la solution de l'espèce et qui constitue le fondement de la compétence attribuée à la Cour fédérale par l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ainsi, la seconde condition nécessaire pour conclure que la Cour fédérale a compétence se trouve remplie.

Il est donc clair que le droit maritime canadien englobe non seulement les règles et principes spéciaux en matière d'amirauté mais également les principes de *common law* en matière délictuelle et contractuelle, selon l'interprétation actuelle qu'en donnent les tribunaux (en présument, bien entendu, que la demande en question relève du droit maritime).

Afin de dissiper toute ambiguïté, la Cour a poursuivi son analyse en se demandant si, en appliquant la *common law*, la Cour fédérale se trouvait à appliquer le droit provincial (à la page 779 R.C.S.):

Je suis d'avis, comme je viens de l'expliquer, que le droit maritime canadien constitue un ensemble de règles de droit fédérales qui englobe les principes de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, de contrat et de dépôt. Je suis aussi d'avis que le droit maritime canadien est uniforme partout au Canada, un point de vue partagé par le juge Le Dain de la Cour d'appel qui a appliqué les principes de *common law* en matière de dépôt pour résoudre la demande de Miida contre ITO. Le droit maritime canadien est l'ensemble de règles de droit que définit l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ce droit, c'est le droit maritime d'Angleterre qui a été incorporé au droit canadien; ce n'est pas le droit d'une province canadienne.

La Cour ajoute (aux pages 781 et 782 R.C.S.):

La Cour fédérale est constituée pour la meilleure administration des lois du Canada. Elle n'est pas cependant restreinte à

applying federal law in cases before it. Where a case is in "pith and substance" within the court's statutory jurisdiction, the Federal Court may apply provincial law incidentally necessary to resolve the issues presented by the parties; . . .

It is argued that in the absence of a special Admiralty rule or provision the law enforced in the locality of the proceedings applies. This is the result, it is contended, of the adoption of an incomplete body of law from a unitary state into a federal system. Since the common law of negligence and bailment may be incidentally applied in Admiralty cases, so also may the *Civil Code* be incidentally applied in cases arising in the Province of Quebec. The answer to this argument may be shortly stated. Canadian maritime law as adopted in Canada historically, and as finally brought into Canadian law by s. 2 of the *Federal Court Act*, includes common law principles as they are applied in Admiralty matters. Thus, as discussed above, common law principles so incorporated are federal law and not an incidental application of provincial law.

In conclusion then it may be said that the common law principles of negligence and bailment have become part of Canadian maritime law by adoption from England.

In the light of this powerful statement, I believe there can be no room for doubt that Canadian maritime law includes the common law of tort and contract, and that as so included it is federal law. It cannot, therefore, be decisive in the case at bar that the parties provided for the application of British Columbia law.

It is important to note that, although on some occasions McIntyre J. referred to the incorporated provincial common law of torts in terms of negligence alone, that is obviously only because that was the only part of the law of torts that was relevant in the *ITO* case. Hence in the final sentence quoted above he referred only to the "common law principles of negligence and bailment" because that is the issue in *ITO*. Earlier he stated baldly that "Canadian maritime law is a body of federal law encompassing the common law principles of tort, contract and bailment."

Finally, in the *ITO* case the Court found the third requirement for Federal Court jurisdiction as easily established as the first (at page 777 S.C.R.):

l'application du droit fédéral aux affaires dont elle est saisie. Lorsqu'une affaire relève, de par son «caractère véritable», de sa compétence légale, la Cour fédérale peut appliquer accessoirement le droit provincial nécessaire à la solution des points litigieux soumis par les parties . . .

^a On fait valoir qu'en l'absence d'une règle ou d'une disposition particulière de droit maritime, la loi du lieu où se déroulent les procédures s'applique. Cela résulte, soutient-on, de l'incorporation dans un régime fédéral d'un ensemble de règles de droit incomplet emprunté à un État unitaire. Comme les principes de *common law* en matière de négligence et de dépôt peuvent être appliqués accessoirement dans les affaires d'amirauté, de même le *Code civil* peut être appliqué accessoirement dans les litiges qui ont pris naissance dans la province de Québec. On peut répondre brièvement à cet argument. Le droit maritime canadien, tel qu'adopté historiquement au Canada, puis finalement incorporé dans le droit canadien par l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, inclut les principes de *common law* qui s'appliquent en matière d'amirauté. Ainsi, comme le montre l'analyse qui précède, les principes de *common law* ainsi incorporés constituent du droit fédéral et non une application accessoire du droit provincial.

^d En conclusion, on peut donc dire que les principes de *common law* en matière de négligence et de dépôt ont été empruntés à l'Angleterre et font maintenant partie du droit maritime canadien.

À la lumière d'un énoncé aussi catégorique, il ne peut à mon avis subsister de doute que le droit maritime canadien comprend les principes de *common law* en matière délictuelle et contractuelle, lesquels constituent ainsi du droit fédéral. Ne saurait donc être déterminant en l'espèce le fait que les parties ont prévu l'application du droit de la Colombie-Britannique.

Il importe de souligner que si, à quelques reprises, le juge McIntyre se réfère uniquement au droit de la négligence lorsqu'il évoque les règles provinciales de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, c'est manifestement parce que c'était le seul droit applicable dans l'affaire *ITO*. Voilà pourquoi, dans le dernier paragraphe de l'extrait ci-dessus, il ne mentionne que «les principes de *common law* en matière de négligence et de dépôt», objets du litige en l'espèce. Auparavant, il s'était borné à déclarer que «le droit maritime canadien constitue un ensemble de règles de droit fédérales qui englobe les principes de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, de contrat et de dépôt».

Enfin, dans l'arrêt *ITO*, la Cour a estimé que la troisième condition pour qu'il y ait compétence de la Cour fédérale était aussi facilement remplie que la première (à la page 777 R.C.S.):

The third requirement that the law in question must be a law of Canada, as that expression is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, is also met because Canadian maritime law and other laws dealing with navigation and shipping come within s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, thus confirming federal legislative competence.

I would, therefore, conclude that the Federal Court has jurisdiction to entertain the claims of Miida [the consignee] against both Mitsui [the marine carrier] and ITO [the terminal operator].

Thus enlightened by the *ITO* case, it is now possible to turn to the case at bar to determine whether the three essential requirements for Federal Court jurisdiction over the counterclaim have been met.

The first requirement is a statutory grant of jurisdiction by the Federal Parliament. In my view that is found in subsection 22(1) and more particularly in paragraph 22(2)(i):

22. (2) ...

(i) any claim arising out of any agreement relating to ... the use ... of a ship whether by charter party or otherwise,

The Motions Judge's analysis of the essence of the contract was as follows: "The essence of the arrangement between the plaintiff and the defendant in this particular transaction was for the plaintiff to provide funds to the defendants and they in turn made available the *Nicolle N* for the acquisition and processing of salmon and salmon roe at sea." And again: "The contract between the parties was for the *Nicolle N* to proceed on the high seas to acquire fish in a specified fishing area and receive, process and deliver same." In other words, the contract specified and required the use of a ship.

It was argued by the appellant that paragraph (i) could not be so applied in the light of that part of the decision of Addy J. in *Kuhr v. The Friedrich Busse*, [1982] 2 F.C. 709; (1982), 134 D.L.R. (3d) 261 (T.D.) at page 714 F.C. where he said:

I agree that a contract for the supplying of fish to a vessel, merely by reason of the fact that the vessel is processing the fish and is thus using the fish supplied, cannot fairly be construed as an "agreement relating to ... the use ... of a ship" as contemplated by paragraph (i). When the word "use" is considered in that context it seems clear that the use referred to is use of the ship by a party other than the owner: an

La troisième condition, savoir que la loi en question soit une loi du Canada au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, est aussi remplie du fait que le droit maritime canadien et les autres lois qui portent sur la navigation et les expéditions par eau relèvent du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, confirmant ainsi la compétence législative fédérale.

Je conclus donc que la Cour fédérale a compétence pour instruire les demandes formées par Miida [le destinataire] contre à la fois Mitsui [le transporteur maritime] et ITO [l'acconier].

Ainsi éclairé par l'arrêt *ITO*, il nous est maintenant possible de revenir à la présente espèce pour déterminer si les trois conditions essentielles pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale à l'égard de la demande reconventionnelle ont été remplies.

La première condition repose sur l'attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral. À mon avis, cette attribution se trouve au paragraphe 22(1) et plus particulièrement à l'alinéa 22(2)i):

22. (2) ...

i) toute demande née d'une convention relative ... à l'utilisation ... d'un navire soit par charte-partie, soit autrement;

Voici en quels termes le juge ayant instruit la requête a analysé l'essence du contrat: [TRADUCTION] L'entente entre la demanderesse et la défenderesse dans cette opération particulière prévoyait essentiellement que la demanderesse devait fournir des fonds aux défendeurs et que ceux-ci devaient rendre disponible le navire *Nicolle N* pour l'achat et la transformation du saumon et des œufs de saumon en mer». Et plus loin: [TRADUCTION] «Le contrat entre les parties prévoyait que le navire *Nicolle N* devait opérer en haute mer pour acheter et recevoir, transformer et livrer le poisson.» En d'autres mots, l'utilisation d'un navire était expressément prévue et exigée en vertu du contrat.

L'appelante a fait valoir que l'alinéa i) ne pouvait s'appliquer compte tenu de ce passage de la décision *Kuhr c. Le Friedrich Busse*, [1982] 2 C.F. 709; (1982), 134 D.L.R. (3d) 261 (1^{re} inst.), où le juge Addy écrit, à la page 714 C.F.:

J'admets qu'un contrat de fourniture de poissons à un navire ne saurait être considéré, simplement du fait que le navire traite du poisson et utilise le poisson fourni, comme une «convention relative ... à l'utilisation ... d'un navire» aux termes de l'alinéa i). Il est clair que dans ce contexte, l'emploi du terme «utilisation» vise l'utilisation que fait d'un navire un tiers autre

agreement for use and ordinary contract for hiring would be *ejusdem generis*.

Assuming, without deciding that the learned Judge was correct in holding that the use referred to in paragraph (i) is use of the ship by a party other than the owner, the instant case is distinguishable on the facts. Not only was Shibamoto's representative on board the vessel at all material times for purposes of price determination, but, more important, the contract also provided for eight roe technicians to be placed on board by Shibamoto to prepare the fish and the roe for the Japanese market. In my view, although this is less than the total use of a ship, it is nevertheless a clear use of the ship by Shibamoto for contract purposes, and is sufficient to satisfy paragraph (i).

This result is also distinguishable from *Dome Petroleum Ltd. v. Hunt International Petroleum Co.*, [1978] 1 F.C. 11 (T.D.) at page 14 where Dubé J. stated:

The issue in a nutshell is whether or not Dome's claim is one which arises out of an agreement relating to the carriage of goods by ship, or the use or hire of a ship, within the framework of section 22 as a whole which deals with navigation and shipping.

The agreement referred to in the statement of claim and served *ex juris* on Hunt with that pleading makes no reference to the carriage of goods by ship, or to the use or hire of a ship, or to a ship. It deals with the drilling of a test well. [Emphasis added.]

Based on that finding of fact, the agreement itself in that case, unlike here, did not support a claim of Federal Court jurisdiction.

Since in my view the jurisdiction of the Federal Court is supportable under paragraph 22(2)(i) it is not necessary to consider whether it can also be justified under paragraph (m), as held by the Motions Judge on authority of the *Kuhr* case.

The first jurisdictional requirement is therefore satisfied.

In my opinion the second jurisdictional requirement is easily met in the light of the *ITO* case. Here one looks, not to the essence of the arrange-

que le propriétaire: une convention pour son usage de même qu'un contrat de nolisement ordinaire seraient *ejusdem generis*.

En présument, sans en décider, que le juge Addy a correctement conclu que l'utilisation visée à l'alinéa i) est celle que fait d'un navire un tiers autre que le propriétaire, il y a lieu de faire une distinction entre cette affaire et les faits de l'espèce. Non seulement le représentant de Shibamoto était-il présent à bord du navire à toutes époques pertinentes aux fins de la fixation des prix, mais, plus important encore, le contrat stipulait que Shibamoto fournissait à bord les services de huit techniciens spécialisés, chargés de la préparation du poisson et des œufs destinés au marché japonais. À mon avis, bien qu'on ne puisse parler ici d'utilisation intégrale d'un navire, il s'agit néanmoins de son utilisation manifeste par Shibamoto aux fins du contrat, ce qui est suffisant pour satisfaire aux exigences de l'alinéa i).

De ce point de vue, il y a également lieu de distinguer l'espèce d'avec l'arrêt *Dome Petroleum Ltd. c. Hunt International Petroleum Co.*, [1978] 1 C.F. 11 (1^{re} inst.), où le juge Dubé déclare, à la page 14:

En bref, la question est de savoir si la réclamation de Dome est fondée sur une convention relative au transport de marchandises à bord d'un navire, ou bien à l'utilisation ou au louage d'un navire au sens général de l'article 22 qui traite de navigation et de marine marchande.

La convention évoquée dans la déclaration et signifiée à Hunt *ex juris* avec celle-ci, ne traite pas du transport de marchandises à bord d'un navire, ni de l'utilisation ou du louage d'un navire ou reliés à un navire. Elle traite du forage d'un puits d'essai. [C'est moi qui souligne.]

Vu cette conclusion de fait, la convention en cause dans cette affaire ne pouvait, à la différence de l'espèce, constituer en soi le fondement de la compétence de la Cour fédérale.

Puisqu'à mon avis la compétence de la Cour fédérale peut être fondée sur l'alinéa 22(2)i), il n'y a pas lieu de se demander si elle peut également être justifiée aux termes de l'alinéa m), comme l'a estimé le juge saisi de la requête en s'appuyant sur la décision *Kuhr*.

La première condition juridictionnelle est donc remplie.

À mon avis, il est par ailleurs facilement satisfait à la deuxième condition à la lumière de l'arrêt *ITO*. À cet égard il faut examiner non pas l'es-

ment, as in the first requirement, but as the appellants argued, to the cause of action in the counterclaim.

However, the appellants' contention that the respondent's counterclaim for the destruction of a fish processing business by fraud, deceit, conspiracy and breach of contract is a matter of provincial law rather than of Canadian maritime law is completely unsustainable in the light of *ITO*. Since the law of contract and of torts falls under Canadian maritime law, to the extent that it is required, it cannot be maintained that certain parts of those bodies of law are not matters of maritime law. On the authority of *ITO* Canadian maritime law is the existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of authority.

The third jurisdictional requirement is constitutionality. Obviously the contract could be said to fall under subsection 91(12) of the *Constitution Act, 1867*, the federal power over sea coast fisheries. But what has to be upheld under the third requirement is not the contractual arrangement itself but rather Canadian maritime law and also paragraph 22(2)(i) of the Act as I have utilized it. Canadian maritime law has already been upheld by *ITO* under subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, the federal power over "Navigation and Shipping".

Paragraph 22(2)(i) as applied to the use of a ship for fishing purposes also falls under the Navigation and Shipping power. Even if "shipping" were to be so restricted as to mean only the transportation of goods, the use of ships for fishing purposes would still fall under the definition of navigation, the first meaning of which in the *Shorter Oxford English Dictionary* [vol. II, 3rd rev. ed. Oxford: Clarendon Press, 1975] is:

Navigation ... 1. The action of navigating; the action or practice of passing on water in ships or other vessels ...

sence de la convention, comme pour la première condition, mais, comme les appelantes le soutiennent, la cause d'action de la demande reconventionnelle.

^a Or, contrairement à ce qu'elles allèguent, il est absolument impossible, vu l'arrêt *ITO*, de soutenir que le sabotage d'une entreprise de transformation du poisson par la fraude, le dol, le complot et l'inexécution de contrat est une matière de droit provincial plutôt que de droit maritime canadien. Étant donné que le droit des contrats et de la responsabilité délictuelle relève du droit maritime canadien dans la mesure où la résolution d'un litige l'exige, on ne saurait soutenir que certaines parties de cet ensemble de règles de droit ne relèvent pas du droit maritime. Selon la définition énoncée dans l'arrêt *ITO*, le droit maritime canadien est l'ensemble des règles de droit fédérales ^a essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.

La troisième condition est celle de la constitutionnalité. On pourrait manifestement soutenir que le contrat relève du paragraphe 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à savoir de la compétence fédérale sur les pêcheries côtières. Mais cette troisième condition ne nécessite pas l'examen de l'entente contractuelle elle-même mais bien celui du droit maritime canadien ainsi que de l'alinéa 22(2)(i) de la Loi, selon l'interprétation que j'en ai faite. Or, la constitutionnalité du droit maritime canadien a déjà été confirmée par l'arrêt *ITO* aux termes du paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* traitant de la compétence fédérale sur «La navigation et les bâtiments ou navires».

Dans la mesure où il vise l'utilisation d'un navire pour la pêche, l'alinéa 22(2)(i) relève pareillement de la compétence en matière de navigation et de marine marchande. Même si l'on devait limiter le sens de cette dernière expression au seul transport de marchandises, l'utilisation de navires pour la pêche continuerait d'être comprise dans la définition du terme «navigation», dont le *Shorter Oxford English Dictionary*, [vol. II, 3^e éd. revue et corrigée, Oxford, Clarendon Press, 1975], donne comme première acception:

[TRADUCTION] **Navigation** ... 1. Le fait de naviguer; le fait de se déplacer sur l'eau à bord d'un navire ou autre bâtiment ...

The passing on water that occurs in coastal fishing must therefore be without question, it seems to me, navigation.

Since in my view all three requirements for jurisdiction over the counterclaim in the Federal Court have been met, I would therefore dismiss the appeal with costs in any event of the cause.

IACOBUCCI C.J.: I agree.

MAHONEY J.A.: I agree.

Il me semble par conséquent incontestable que le fait de se déplacer sur l'eau au cours d'une activité de pêche côtière constitue de la navigation.

^a Les trois conditions pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale relativement à la demande reconventionnelle ayant, à mon avis, toutes été remplies, je rejetterais l'appel, avec dépens suivant l'issue de la cause.

^b LE JUGE EN CHEF IACOBUCCI: Je souscris à ces motifs.

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

89-T-694
89-T-69989-T-694
89-T-699**Emili Mikaeli and Davinder Singh (Applicants)****Emili Mikaeli et Davinder Singh (requérants)**

v.

a c.

Minister of Employment and Immigration (Respondent)**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)****INDEXED AS: MIKAELI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)****b RÉPERTORIÉ: MIKAELI c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**

Trial Division, Muldoon J.—Winnipeg, October 23; Ottawa, November 1, 1989.

Section de première instance, juge Muldoon—Winnipeg, 23 octobre; Ottawa, 1^{er} novembre 1989.

Judicial review — Applications to stay, enjoin or prohibit credible and trustworthy hearings by screening panel — As applications not "an appeal as such", Federal Court Act s. 29 no bar — Criteria in Metropolitan Stores met — Panel having declined to consider constitutional challenges to Immigration Act — Relief granted to subsist till motions for leave to raise constitutional arguments adjudicated; if leave granted till constitutional arguments adjudicated.

c Contrôle judiciaire — Demandes tendant à la suspension ou à l'interdiction des audiences d'un comité d'examen chargé de déterminer s'il existe des éléments dignes de foi permettant de conclure que des revendications ont un minimum de fondement — Ces demandes n'étant pas de la nature d'un «appel», elles ne sont pas irrecevables aux termes de l'art. 29 de la Loi sur la Cour fédérale — Les critères de l'arrêt Metropolitan Stores ont été remplis — Le comité a refusé de prendre en considération les arguments attaquant la constitutionnalité de certaines dispositions de la Loi sur l'immigration — La réparation accordée restera en vigueur jusqu'à ce qu'il soit disposé des requêtes en autorisation de soulever les arguments d'ordre constitutionnel et, si cette autorisation est accordée, jusqu'à ce qu'il soit disposé de ces arguments.

Immigration — Refugee status — Whether credible and trustworthy basis for claims — Screening panel declining to consider constitutional challenges to Immigration Act — Applications to stay panel hearing pending application for leave to move for certiorari — Tribunal erred in refusing to consider constitutional arguments — Contempt of court for panel to continue hearing though order not yet signed.

d Immigration — Statut de réfugié — Il s'agit de déterminer s'il existe des éléments dignes de foi permettant de conclure que les revendications ont un minimum de fondement — Le comité d'examen a refusé de prendre en considération des arguments attaquant la constitutionnalité de certaines dispositions de la Loi sur l'immigration — Demandes de suspension des audiences du comité en attendant la présentation des demandes d'autorisation de présenter une demande en certiorari — Le tribunal a commis une erreur en refusant de prendre en considération les arguments d'ordre constitutionnel — Le comité commettrait un outrage au tribunal s'il poursuivait son audience quoique l'ordonnance ne soit pas encore signée.

These were motions for leave and applications under section 18 of the *Federal Court Act* for a stay of credible and trustworthy hearings by the screening panel with respect to refugee claims until the applicants could seek leave under section 83.1 of *An Act to amend the Immigration Act, 1976 and to amend other Acts in consequence thereof*, to move for *certiorari* to quash the decision of the panel not to consider any constitutional challenges to the *Immigration Act, 1976* (under which the panel conducts its hearings).

e Il s'agit de requêtes en autorisation et de demandes en vertu de l'article 18 de la Loi sur la Cour fédérale afin d'obtenir la suspension des audiences du comité d'examen visant à déterminer s'il existe des éléments dignes de foi permettant de conclure que les revendications du statut de réfugié ont un minimum de fondement, jusqu'à ce que les requérants puissent solliciter l'autorisation, en vertu de l'article 83.1 de la Loi modifiant la Loi sur l'immigration de 1976 et d'autres lois en conséquence, de présenter une demande en certiorari afin que soit annulée la décision du comité de ne pas prendre en considération des arguments attaquant la constitutionnalité de certaines dispositions de la Loi sur l'immigration de 1976 (en vertu desquelles le comité tient ses audiences).

Held, the applications should be allowed.

Jugement: les requêtes devraient être accueillies.

The criteria for relief set out in *Attorney General of Manitoba v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, have been met. The duty to consider constitutional arguments now devolves upon the Court. The present proceedings being in the nature of

f g h i j *décidée, établis dans l'arrêt Procureur général du Manitoba c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd., ont été remplis. C'est désormais à la Cour qu'il incombe d'examiner les arguments d'ordre*

judicial review do not constitute "an appeal as such" and section 29 of the *Federal Court Act* is not a bar.

The stay of the credible basis hearing will subsist until the motions for leave to raise the constitutional arguments have been adjudicated and, should leave be granted, until the constitutional arguments have been adjudicated. The interlocutory order is binding immediately even though not yet in writing or signed and to continue the hearing would constitute contempt of court.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Immigration Act, 1976 and to amend other Acts in consequence thereof*, S.C. 1988, c. 35, s. 83.1.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 28, 29 (as am. by S.C. 1988, c. 61, s. 12).
- Federal Court Immigration Rules*, SOR/89-26, R. 20.
- Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

- Attorney General of Manitoba v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 73 N.R. 341; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 88 N.R. 6 (C.A.).

APPLIED:

- Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388; (1983), 2 D.L.R. (4th) 621; 75 C.P.R. (2nd) 1; 50 N.R. 1; *Cuddy Chicks Ltd. v. Labour Relations Board (Ont.) et al.* (1989), 35 O.A.C. 94 (C.A.).

REFERRED TO:

- Russo v. Minister of Manpower and Immigration*, [1977] 1 F.C. 325; (1976), 70 D.L.R. (3d) 118 (T.D.); *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter Ltd.* (1980), 52 C.P.R. (2d) 163 (F.C.T.D.).

COUNSEL:

David Matas for applicants.
Roger Lafrenière for respondent.

constitutionnel. Les présentes procédures équivalant à une demande de contrôle judiciaire, elles ne constituent pas un «appel» et ne sont donc pas irrecevables aux termes de l'article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

La suspension de l'audience visant à déterminer l'existence d'un minimum de fondement restera en vigueur jusqu'à ce qu'il soit disposé des arguments d'ordre constitutionnel et, si cette autorisation est accordée, jusqu'à ce qu'il soit disposé de ces mêmes arguments. L'ordonnance interlocutoire est exécutoire immédiatement quoiqu'elle ne soit pas encore rédigée ou signée. Poursuivre l'audience constituerait un outrage au tribunal.

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, chap. 11 (R.-U.).
- Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48.
- Loi modifiant la Loi sur l'immigration de 1976, et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1988, chap. 35, art. 83.1.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18, 28, 29 (mod. par L.C. 1988, chap. 61, art. 12).
- Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration*, DORS/89-26, Règle 20.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

- Procureur général du Manitoba c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 73 N.R. 341; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989], 2 C.F. 245; (1988) 53 D.L.R. (4th) 384; 88 N.R. 6 (C.A.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388; (1983), 2 D.L.R. (4th) 621; 75 C.P.R. (2nd) 1; 50 N.R. 1; *Cuddy Chicks Ltd. v. Labour Relations Board (Ont.) et al.* (1989), 35 O.A.C. 94 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

- Russo c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1977] 1 C.F. 325; (1976), 70 D.L.R. (3d) 118 (1^{re} inst.); *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Baxter Tavenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter Ltd.* (1980), 52 C.P.R. (2d) 163 C.C.F. 1^{re} inst.).

AVOCATS:

David Matas, pour les requérants.
Roger Lafrenière pour l'intimé.

SOLICITORS:

David Matas, Winnipeg, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for
 respondent.

The following are reasons for order delivered orally in English by

MULDOON J.: Here are the Court's reasons in the two cases which are before the Court today of Emili Mikaeli and Davinder Singh.

Canadians live in a different constitutional world today from that which existed in 1977 when Mr. Justice Sweet formulated his reasons in *Russo v. Minister of Manpower and Immigration*, [1977] 1 F.C. 325; (1976), 70 D.L.R. (3d) 118 (T.D.). Then the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III] was in a somewhat moribund state before it was revived by the equal division of the Supreme Court of Canada in the celebrated *Singh* case [*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1]. Then there was no entrenched *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] which was, as now, the supreme law of Canada to which all other laws are subordinate. Then there had been no decision of the Supreme Court of Canada as there now is in *Attorney General of Manitoba v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 73 W.R. 341.

In both of the two cited cases in the Supreme Court of Canada Mr. Justice Beetz with the concurrence of his colleagues has changed the course of constitutional jurisprudence. The two applicants in their respective cases seek to stay or enjoin or prohibit the screening panel composed of a departmental adjudicator and a member of the Immigration and Refugee Determination Board from proceeding further with their respective hearings to determine if there be a credible and trustworthy basis for their refugee claims. The stay, injunction or prohibition which they seek is, if granted, to endure only until they can seek leave of this Court

PROCUREURS:

David Matas, Winnipeg, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour
 l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance prononcés à l'audience par

LE JUGE MULDOON: Voici les motifs de la Cour dans les deux cas dont nous sommes saisis en l'espèce, celui d'Emili Mikaeli et celui de Davinder Singh.

Les Canadiens vivent aujourd'hui dans un monde qui, sur le plan constitutionnel, est bien différent de celui qui existait lorsque le juge Sweet a formulé, en 1977, ses motifs dans la décision *Russo c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1977] 1 C.F. 325; (1976), 70 D.L.R. (3d) 118 (1^{re} inst.). La *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), Appendice III] était alors quelque peu moribonde avant de connaître un sursaut à la faveur du partage égal des voix de la Cour suprême du Canada dans le fameux arrêt *Singh* [*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1]. 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, chap. 11 (R.-U.)] n'avait pas encore été consacrée loi suprême du pays. La Cour suprême, enfin, n'avait pas encore rendu l'arrêt *Procureur général du Manitoba c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 73 N.R. 341.

Dans ces deux arrêts de la Cour suprême, le juge Beetz, avec le concours de ses collègues, a changé le cours de la jurisprudence constitutionnelle. Les deux requérants demandent respectivement une suspension d'instance, une injonction ou une interdiction empêchant le comité d'examen, formé d'un arbitre du Ministère et d'un membre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, de poursuivre les audiences visant à déterminer s'il existe des éléments dignes de foi permettant de conclure que leur revendication du statut de réfugié a un minimum de fondement. Le cas échéant, la suspension d'instance, l'injonction ou

under section 83.1 of *An Act to amend the Immigration Act, 1976 and to amend other Acts in consequence thereof*, S.C. 1988, c. 35.

The leave they would then seek will be to move the Court for *certiorari* to quash the decision of the screening panel declining to consider any constitutional challenges to the provisions of the Immigration Act under which the panel conducts its hearings on the grounds set out in the respective notices of motion if leave be then granted.

These proceedings are necessarily strewn with applications for leave in accordance with the recently enacted section 83.1 already mentioned. That provision, if valid, is mandatory, and it applies to any application for relief under either section 18 or section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7].

The Court has pondered and considers itself bound by the decision of Mr. Justice Beetz in the *Metropolitan Stores* case. Also a binding authority on this Court is the judgment of the Appeal Division in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 88 N.R. 6. The latter is a unanimous decision rendered by Mr. Justice Lacombe with whom Mr. Justice Hugessen concurred without comment and with whom Madam Justice Desjardins concurred entirely but with some additional commentary. Quite apposite to the cases at bar are the passages reported as follows in the Federal Court Reports at pages 257-258:

It is hard to see that a board of referees should allow parties the right to present their "representations concerning any matter before [the board]", yet that such an obligation should cease as soon as the argument raises the invalidity of a provision of the Act or Regulations in light of the requirements of the Charter. The Charter must be equally available to all litigants, those who must defend themselves in penal tribunals before which they appear as well as those who have actions to bring in the civil or administrative tribunals against acts of the government or when legislation invades their rights and freedoms. So long as the procedure in such tribunals presents no obstacle to their doing so, the litigants should be able to assert the rights secured by the Charter in the natural forum to which they can apply.

l'interdiction recherchée ne vaudrait que jusqu'à ce que les requérants puissent solliciter l'autorisation de la présente Cour en vertu de l'article 83.1 de la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration de 1976 et d'autres lois en conséquence* L.C. 1988, chap. 35.

Les requérants veulent par la suite obtenir l'autorisation de la Cour pour présenter une demande de *certiorari* afin d'annuler la décision du comité d'examen de ne pas prendre en considération les arguments d'ordre constitutionnel visant l'efficacité des dispositions de la Loi sur l'immigration en vertu desquelles le comité d'examen tient ses audiences, et ce pour les motifs énoncés dans leurs avis de requête respectifs.

Les présentes procédures sont nécessairement grevées de demandes d'autorisation requises en vertu du nouvel article 83.1 déjà mentionné. Pour autant qu'elle soit valide, cette disposition a force obligatoire et s'applique à toute demande de réparation aux termes des articles 18 ou 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7].

Après réflexion, la Cour s'estime liée par la décision du juge Beetz dans l'arrêt *Metropolitan Stores*. Fait également autorité le jugement de la Section d'appel de la présente Cour dans *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 88 N.R. 6. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une décision unanime rendue par le juge Lacombe, aux motifs de laquelle le juge Hugessen a souscrit sans commentaires et à laquelle Madame le juge Desjardins a également souscrit en ajoutant certains commentaires. On trouve aux pages 257 et 258 du recueil de la Cour fédérale le passage suivant qui s'applique très bien aux présentes espèces:

Il est difficile de voir qu'un conseil arbitral doit accorder aux parties la faculté de présenter les «arguments au sujet de toute affaire dont il est saisi», mais que cette obligation cesse dès que l'argument soulève l'inefficacité d'une disposition de la Loi ou du Règlement en face des exigences de la Charte. La Charte doit être accessible de même façon à tous les justiciables, tant ceux qui ont à se défendre devant les instances pénales devant lesquelles ils sont traduits que ceux qui ont des recours à exercer devant les juridictions civiles ou administratives contre les actes de l'administration ou lorsqu'une législation les brime dans leurs droits et libertés. Dans la mesure où la procédure devant ces instances ne s'y oppose pas, il devrait être loisible aux justiciables d'invoquer les droits garantis par la Charte devant le forum naturel où ils peuvent s'adresser.

At page 261:

The Board of Referees accordingly erred in refusing to consider the constitutional arguments submitted to it by the applicant. That being so, the Court must consider and dispose of them.

These cited passages apply in the present cases even although the screening panel is not a board of referees acting under the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48] because these passages and the judgment in which they reside enunciated a principle of law. So also and to the like effect does the decision of the Ontario Court of Appeal in *Cuddy Chicks Ltd. v. Labour Relations Board [(Ont.) et al. (1989), 35 O.A.C. 94 (C.A.)]*, recently reviewed in the *Lawyers Weekly*, volume 9, No. 20, [at page 1] of Friday, September 29, 1989. So far that's the best citation which we have.

Now because the respective counsel for the parties have agreed to limit the scope of today's proceedings to the application for leave to bring an application under paragraph 18(b) of the *Federal Court Act* for a stay or injunction or prohibition, that is to say relief in the nature of the relief which can be obtained under paragraph 18(a), the Court cannot now in the words of Lacombe J. "consider and dispose" of the constitutional arguments even though that function now belongs to the Court and not to the panel according to the same Judge writing in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)* [supra]. These proceedings being, as noted, strewn with necessary leave applications, the applicants will now have to seek leave to be permitted to induce the Court to consider and dispose of those constitutional arguments.

On all of the criteria enunciated by Beetz J. in the *Metropolitan Stores* case, the favourable disposition goes to the applicants. The criteria were thoroughly discussed by counsel and it needs little more than to note that in each instance the Court's appreciation of the issues or criteria is that they support the applicant's case for a stay, injunction or prohibition. All those criteria do and each criterion does.

Whatever the punctiliously technical merits of the respondent's counsel's objection to the style of cause, not naming Mr. Moffatt as a respondent, the Court will not let such an omission stand in the

Et à la page 261:

Le conseil arbitral a donc erré en refusant de considérer les arguments d'ordre constitutionnel que la requérante lui avait soumis. Cela étant, il y a lieu pour la Cour de s'en saisir et d'en disposer.

a Bien que le comité d'examen ne soit pas un conseil arbitral aux termes de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, chap. 48] les passages précités s'appliquent aux présentes espèces parce qu'ils énoncent, ainsi que l'arrêt dont ils sont tirés, un principe de droit. Il en va de même pour l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *Cuddy Chicks Ltd. v. Labour Relations Board [(Ont.) et al. (1989), 35 O.A.C. 94 (C.A.)]*, dont le *Lawyers Weekly*, du vendredi 29 septembre 1989, volume 9 n° 20, [à la page 1] a fait état. C'est la meilleure référence dont nous disposons pour le moment.

Étant donné l'accord des avocats respectifs des parties pour limiter les présents débats à la demande d'autorisation de présenter une demande aux termes de l'alinéa 18b) de la *Loi sur la Cour fédérale* afin d'obtenir une suspension d'instance, une injonction ou une interdiction—à savoir une réparation de la nature visée par l'alinéa 18a), la Cour ne peut, pour reprendre les termes du juge Lacombe, «se saisir et disposer» des arguments d'ordre constitutionnel bien que ces questions relèvent dorénavant de sa compétence et non de celle du comité, comme le souligne le même juge dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)* [supra]. Les présentes procédures étant nécessairement grevées, comme nous l'avons déjà indiqué, de demandes d'autorisation requises, les requérants devront donc solliciter la permission de saisir la Cour de ces arguments d'ordre constitutionnel.

Tous et chacun des critères établis par le juge Beetz dans l'arrêt *Metropolitan Stores* militent en faveur des requérants. Ces critères ont fait l'objet d'une analyse minutieuse de la part des avocats; qu'il suffise d'ajouter que, de l'avis de la Cour, ils justifient dans chaque cas la demande de suspension d'instance, d'injonction ou d'interdiction.

Bien que l'objection qu'a fait valoir l'avocat de l'intimé à l'égard de l'intitulé de la cause—où M. Moffatt n'est pas désigné comme intimé—soit formellement et scrupuleusement bien fondée, la

way of the remedies which are merited here. Mr. Moffatt, by depositing the respective screening panel's records under Rule 20 [*Federal Court Immigration Rules*, SOR/89-26] is obviously fixed with knowledge of these proceedings in any event. If the relief calls upon the Minister, her servants and officials to obey an order, then it will bind the senior immigration officer who is to fix a date for the resumed hearings and no resumption of the hearings will be permitted during the effective operation of the order.

The floodgates argument of the respondent would seem to be inapplicable since the window of opportunity in which these proceedings are brought is narrow. Not all screening panels have declined to address their competence to decide the constitutional arguments. Mr. Moffatt alone has in the *Mikaeli* case, and he and his colleague have so declined in the *Singh* case. It would seem that given the 72-hour limit after which a claimant may be removed, it may be that the opportunity will exist only when the credible basis hearing has been adjourned, as here.

Since the duty to consider the constitutional argument now devolves on the Court as Lacombe J. held, the full array of constitutional arguments described in the notices of motion may conveniently be included in the next application for leave in avoidance of multiplicity of proceedings and leave applications.

Leave is accordingly granted to apply for the stay of the screening panel's credible basis hearing. The stay or injunction or prohibition in the nature of the relief which may be sought pursuant to paragraph 18(a) of the *Federal Court Act* is imposed to endure until the applicant's motions for leave to raise the constitutional arguments be adjudicated; and if leave be granted, to endure until those very constitutional arguments be adjudicated whereupon any extension of the stay will be in the discretion of this Court or the Appeal Division in accordance with law. Costs in the cause to be determined by the Court in subsequent proceedings.

Cour n'a pas l'intention d'y voir un obstacle à un recours par ailleurs justifié. En déposant les dossiers respectifs du comité d'examen conformément à la Règle 20 [*Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration*, DORS/89-26], M. Moffatt a manifestement connaissance de la présente instance. Si le ministre, ses préposés et fonctionnaires sont enjoins d'obéir à une ordonnance, cette dernière liera également l'agent d'immigration supérieur chargé de fixer la date de la reprise des audiences. Il ne pourra y avoir de reprise tant que l'ordonnance sera en vigueur.

L'intimé a allégué qu'il y avait risque d'avalanche des demandes mais cet argument paraît inacceptable vu le cadre limité de la présente instance. Ce ne sont pas tous les comités d'examen qui ont refusé de considérer les arguments d'ordre constitutionnel: M. Moffatt l'a fait seul dans l'affaire *Mikaeli* et avec l'accord de son collègue dans l'affaire *Singh*. Étant donné le délai de 72 heures à l'expiration duquel un demandeur peut être renvoyé, il semble que cette possibilité ne se présentera que s'il y a eu ajournement, comme en l'espèce, de l'audience visant à déterminer si la revendication a un minimum de fondement.

Puisque c'est désormais à la Cour qu'il incombe d'examiner les arguments d'ordre constitutionnel, comme l'a reconnu le juge Lacombe, il conviendrait d'inclure dans la prochaine demande d'autorisation tous les arguments de cette nature énumérés dans les avis de requête, et ce afin d'éviter la multiplication des procédures et des demandes d'autorisation.

En conséquence, autorisation est accordée de demander la suspension de l'audience du comité d'examen visant à déterminer si la revendication a un minimum de fondement. La suspension d'instance, l'injonction ou l'interdiction équivalant à une demande de réparation de la nature visée par l'alinéa 18a) de la *Loi sur la Cour fédérale* restera en vigueur jusqu'à ce qu'il soit disposé des requêtes en autorisation de soulever les arguments d'ordre constitutionnel et, si cette autorisation est accordée, jusqu'à ce qu'il soit disposé de ces mêmes arguments; après quoi toute prorogation de la suspension d'instance relèvera de la discrétion judiciaire de cette Cour ou de la Section d'appel. Les dépens de la présente espèce seront adjugés lors des procédures ultérieures.

I have only one other thing to say and that is this. It will not be possible to have a signed order to this effect available today. However, we are all aware of the *Baxter Travenol* case [*Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.* (1980), 52 C.P.R. (2d) 163 (F.C.T.D.)] in which Mr. Justice Gibson of this Court indicated his disposition to grant an injunction, and upon the advice of counsel the defendant did acts which would be forbidden under the injunction. The Supreme Court of Canada [*Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388; (1983), 2 D.L.R. (4th) 621; 75 C.P.R. (2nd) 1; 50 N.R. 1] said one's knowledge of the injunction is imparted to counsel. The order binds even though not written and signed. I say that so that Mr. Moffatt and his colleague may know that in regard to the *Mikaeli* hearing which is scheduled to be continued tomorrow. That should be clear. Even if a signed order is not put in the Minister's hands, the senior immigration officer's hands or in Mr. Moffatt's hands by tomorrow, knowledge of that is hereby imparted to counsel for the respondent and it would be contempt of Court according to the Supreme Court of Canada to continue with the hearing before the order is signed.

I say that not to sound threatening or wicked or authoritarian or punitive, but only to give ample warning that that is the law and that is the law decided by the Supreme Court of Canada. The case is *Baxter Travenol* and I do not have the exact citation with me here at this moment.

Gentlemen, I thank you for the high degree of professionalism in your arguments on both sides, I may say. They were certainly not easy to resolve, but I think that I must resolve them under the terms of the *Tétrault-Gadoury* decision which is under appeal, and if it is to be reversed then I shall stand reversed such is the excitement of a hierarchical judicial system with *stare decisis* in place.

The following is the addendum to the reason's for order rendered in English by

MULDOON J.: This is an addendum to the Court's reasons for disposition of the applicant's

Il reste un dernier point à préciser. Il sera impossible de délivrer aujourd'hui même une ordonnance signée. Toutefois, nous connaissons tous la décision *Baxter Travenol* [*Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter Ltd.* (1980) 52 C.P.R. (2d) 163 (C.F. 1^{re} inst.)]: le juge Gibson de cette Cour avait exprimé son intention d'accorder une injonction mais, sur les conseils de son avocat, la défenderesse avait néanmoins fait certains actes qui auraient été visés aux termes de celle-ci. La Cour suprême *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388; (1983), 2 D.L.R. (4th) 621; 75 C.P.R. (2nd) 1; 50 N.R. 1] a statué que l'avocat était réputé avoir eu connaissance de l'injonction. L'ordonnance est donc exécutoire même si elle n'est pas rédigée et signée. Je le dis pour le bénéfice de M. Moffatt et de son collègue, pour ce qui concerne l'audience qui doit se poursuivre demain dans l'affaire *Mikaeli*. Que cela soit bien clair: même si une ordonnance signée n'est pas, d'ici demain, remise en main propre au ministre, à l'agent d'immigration supérieur ou à M. Moffatt, l'avocat de l'intimé est par la présente réputé en avoir connaissance. Selon la Cour suprême, il y aurait outrage au tribunal si l'audience reprenait avant la signature de l'ordonnance.

Ce n'est pas que je veuille paraître menaçant, autoritaire ou méchant: mon intention est seulement de vous prévenir que c'est ainsi qu'en a décidé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Baxter Travenol*, dont je n'ai pas la référence exacte pour le moment.

Messieurs, je vous félicite pour le haut degré de professionnalisme dont vous avez fait preuve, des deux côtés, dans la présentation des arguments. Ces questions ne sont certes pas faciles à résoudre mais j'estime que je dois les trancher conformément à l'arrêt *Tétrault-Gadoury*, maintenant en appel. Si cet arrêt devait être infirmé, ainsi en sera-t-il de ma décision. Voilà pourquoi il est si stimulant de faire partie d'une hiérarchie judiciaire soumise au principe du *stare decisis*.

Ce qui suit est la version française du supplément aux motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE MULDOON: Ceci est un supplément aux motifs rendus oralement à l'audience le lundi,

motion for leave, and a stay, expressed orally in Court from the bench on Monday, October 23, 1989.

In resistance against the applicant's motions, the respondent's counsel invoked section 29 [as am. by S.C. 1988, c. 61, s. 12] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, which runs:

29. Notwithstanding sections 18 and 28, where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal as such to the Federal Court, to the Supreme Court, to the Governor in Council or to the Treasury Board from a decision or order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except to the extent and in the manner provided for in that Act.

The respondent's counsel did, or could, not cite any provisions for an appeal as such which have the effect of barring these present proceedings which are taken pursuant to section 18 of the Act.

These present proceedings are certainly not "an appeal as such", for it is a judicial review. So, indeed, is an application pursuant to section 28 of the Act. (It may be noted that the French language version of section 29 does not express the emphasis which resides in the words "as such". This may well be so because "*un appel*" in French means precisely and always "an appeal as such".)

It therefore must be held that section 29 does not bar the present proceedings, which is just as well, because judicial review proceedings can be taken with greater alacrity than can an appeal as such, and urgency, such as was demonstrated here, can be much more reasonably accommodated by rapid response than can be accomplished upon an appeal as such.

23 octobre 1989, qui statuaient sur la requête par laquelle le requérant sollicitait l'autorisation d'interjeter appel ainsi qu'une suspension.

À l'encontre des requêtes du requérant, l'avocat de l'intimé a invoqué l'article 29 [mod. par L.C. 1988, chap. 61, art. 12] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, dont voici le libellé:

29. Par dérogation aux articles 18 et 28, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour suprême, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou ordonnance d'un office fédéral rendue à tout stade des procédures, cette décision ou ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de révision, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf dans la mesure et de la manière prévues dans cette loi.

L'avocat de l'intimé n'a pas cité, ou n'a pu citer, aucune disposition relative à un appel qui aurait pour effet de faire obstacle aux présentes procédures engagées en vertu de l'article 18 de la Loi.

Les présentes procédures ne sont certainement pas un «appel», car il s'agit d'une révision judiciaire. Il en va de même pour une demande fondée sur l'article 28 de la Loi. (Il est à noter que la version française de l'article 29 ne contient pas l'équivalent du qualificatif «*as such*» que l'on trouve dans la version anglaise. La raison peut fort bien être que les mots «*un appel*» en français désignent précisément et toujours «*an appeal as such*».)

On doit donc conclure que l'article 29 ne fait pas obstacle aux présentes procédures, et c'est bien qu'il en soit ainsi, car les procédures visant la révision judiciaire peuvent être engagées plus rapidement que ne peut l'être un appel, et les affaires urgentes comme l'affaire en l'espèce s'accommodent davantage de mesures rapides que du processus plus lent propre aux appels.

T-702-87

T-702-87

Borden, Inc. (Appellant)

v.

Hostess Food Products Limited and the Registrar of Trade Marks (Respondents)*INDEXED AS: BORDEN, INC. v. HOSTESS FOOD PRODUCTS LTD. (T.D.)*

Trial Division, McNair J.—Toronto, June 20; Ottawa, November 29, 1989.

*Trade marks — Registration — Opposition — Prior use and non-abandonment not established — Evidence not supporting argument opponent's trade marks "known in Canada".**Trade marks — Practice — Appeals and new trials — Evidence — Although new evidence may be adduced pursuant to s. 56(5) of Act, such must be in relation to facts material to issues previously before Registrar — To that extent, appeal somewhat of trial de novo.*

This was an appeal from the decision of the Registrar of Trade Marks rejecting the opposition to the respondent's application to register the trade mark "Doodles".

The appellant's trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" had been registered in the United States in 1959 and 1957 and in Canada in 1960 and 1961 by its predecessor in title in association with "corn chips" and "cheese flavoured corn curls" respectively. First use was claimed for "Dipsy Doodles" since 1965 and for "Cheez Doodles" since 1958. These trade marks were expunged in November 1980 pursuant to the respondent's application under section 44 of the Trade Marks Act. In June 1980, the respondent applied to have the trade mark "Doodles" registered in association with "corn meal based snack foods". Opposition proceedings ensued on grounds the respondent trade mark was not registrable pursuant to subsection 16(3) as confusing and for lack of distinctiveness pursuant to paragraph 37(2)(d) of the Act. The Registrar found the respondent company had satisfied the onus of establishing its proposed trade mark was adapted to distinguishing its wares from those of others, the opponents having failed to satisfy the evidentiary burden of showing prior use and non-abandonment. New evidence was submitted on appeal.

Held, the appeal should be dismissed.

The Registrar was not wrong in concluding there had been no prior use of appellant's trade marks within the meaning of section 4 of the *Trade Marks Act*. The onus being on the applicant: *British American Bank Note Co. v. Bank of America*, and "use" being as defined in *Plough (Canada) Ltd. v. Aerosol Fillers Inc.*, the evidence establishes no use whatever of

Borden, Inc. (appelante)

c.

Aliments Hostess Limitée et Registraire des marques de commerce (intimés)*RÉPERTORIÉ: BORDEN, INC. c. ALIMENTS HOSTESS LTÉE (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge McNair—Toronto, 20 juin; Ottawa, 29 novembre 1989.

*Marques de commerce — Enregistrement — Opposition — L'usage antérieur et le non-abandon n'ont pas été établis — La preuve n'appuie pas l'argument selon lequel les marques de commerce de l'opposante seraient «connues au Canada».**Marques de commerce — Pratique — Appels et nouveaux procès — Preuve — Bien qu'une nouvelle preuve puisse être présentée en vertu de l'art. 56(5) de la Loi, celle-ci doit concerner des faits qui sont pertinents aux questions déjà soumises au registraire — Dans cette mesure, l'appel s'apparente à un procès de novo.*

Il s'agit d'un appel interjeté de la décision du registraire des marques de commerce qui a rejeté l'opposition à la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Doodles» présentée par l'intimée.

Les marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» de l'appelante ont respectivement été enregistrées aux États-Unis en 1959 et en 1957 et au Canada en 1960 et en 1961 par son prédécesseur en titre en liaison avec des «croustilles de maïs» et des «frisons de maïs à saveur de fromage». Il est prétendu que la marque «Dipsy Doodles» a été utilisée depuis 1956 et que la marque «Cheez Doodles» l'a été depuis 1958. Ces marques de commerce ont été radiées en novembre 1980 à la suite de la présentation d'une demande fondée sur l'article 44 de la *Loi sur les marques de commerce* par l'intimée. En juin 1980, l'intimée a demandé l'enregistrement de la marque de commerce «Doodles» en liaison avec des «grignotises à base de semoule de maïs». Ont alors été intentées des procédures d'opposition alléguant que la marque de commerce de l'intimée n'était pas enregistrable en vertu du paragraphe 16(3) parce qu'elle créait de la confusion et alléguant que cette marque n'était pas distinctive au sens de l'alinéa 37(2)d) de la Loi. Après avoir conclu que les opposants avaient manqué de s'acquitter du fardeau d'établir leur usage antérieur et leur non-abandon des marques de commerce, le registraire a conclu que la société intimée s'était acquittée du fardeau d'établir que sa marque de commerce projetée était adaptée à distinguer ses marchandises de celles des autres propriétaires. De nouveaux éléments de preuve ont été présentés en appel.

Jugement: l'appel devrait être rejeté.

Le registraire n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il n'y avait pas eu usage antérieur des marques de commerce de l'appelante au sens de l'article 4 de la *Loi sur les marques de commerce*. Compte tenu du fait que le fardeau de la preuve incombe au requérant, comme le dit la décision *British American Bank Note Co. c. Bank of America*, et considérant la

the trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" in association with wares from 1960 to 1988 in the first instance and from 1961 to 1988 in the second.

The Registrar made no error in concluding that the appellant had failed to establish non-abandonment of its trade marks as of the date of advertisement of respondent's application. Evidence showing substantial sales in the United States was not indicative of the fact that there was no intention of abandonment in Canada. The words of subsection 17(1) of the Act read in their grammatical and ordinary sense, in context with section 16 and the scheme of the Act as a whole, clearly limit the range of abandonment of the confusing trade marks to Canada: *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*.

The evidence does not establish that the appellant's trade marks were at the material time "known in Canada" within the meaning of the phrase as explained in *E. & J. Gallo Winery v. Andres Wines Ltd.*, sufficient to justify the conclusion that the respondent's trade mark was not adapted to distinguishing its wares.

There is no evidence that the appellant foreign trade marks were so widely known in Canada as to justify the conclusion that the respondent's application to register the "Doodles" trade mark was calculated to deceive and mislead the public. There was no evidence that the respondent was aware of the registrations and use of the appellant's trade marks in the United States.

STATUTES AND RÉGLEMENTS JUDICIALEMENT CONSIDÉRÉS

Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 2, 4, 6(5), 16(3)(a),(b), 17(1), 37(2)(d), 44, 54(1),(2),(3), 56(5).
Trade Marks Regulations, C.R.C., c. 1559, s. 46(5).

CASES JUDICIALEMENT CONSIDÉRÉS

APPLIÉS:

Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp., [1969] S.C.R. 192; (1968), 1 D.L.R. (3d) 462; 57 C.P.R. 1; 39 Fox Pat. C. 207; *Standard Oil Co. v. The Registrar of Trade Marks*, [1968] 2 Ex.C.R. 523; (1968), 55 C.P.R. 49; 38 Fox Pat. C. 127; *Johnson (S.C.) & Son, Inc. v. Esprit de Corp. et al.* (1986), 13 C.P.R. (3d) 235; 11 C.I.P.R. 192; 8 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Plough (Canada) Ltd. v. Aerosol Fillers Inc.*, [1981] 1 F.C. 679; (1980), 53 C.P.R. (2d) 62; 34 N.R. 39 (C.A.); *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.

DISTINGUISHÉS:

Algonquin Mercantile Corporation v. Dart Industries Canada Ltd. (1984), 1 C.P.R. (3d) 242 (F.C.T.D.); *E. & J. Gallo Winery v. Andres Wines Ltd.*, [1976] 2 F.C. 3;

définition du mot «emploi» donnée dans l'arrêt *Plough (Canada) Ltd. c. Aerosol Fillers Inc.*, la preuve établit qu'il n'y a eu absolument aucun usage de la marque de commerce «Dipsy Doodles» en liaison avec des marchandises entre 1960 et 1988 et aucun usage de la marque «Cheez Doodles» en liaison avec des marchandises entre 1961 et 1988.

Le registraire n'a commis aucune erreur en concluant que l'appelante avait manqué d'établir le non-abandon de ses marques de commerce à la date de l'annonce de la demande de l'intimée. La preuve établissant que des ventes substantielles avaient été effectuées aux États-Unis n'indique pas que l'appelante n'avait pas l'intention d'abandonner ses marques au Canada. Interprétés suivant leur sens grammatical et ordinaire, en fonction du contexte de l'article 16 et de l'esprit de la Loi, les termes du paragraphe 17(1) de la Loi limitent clairement la portée de l'abandon de la marque de commerce créant de la confusion à un abandon au Canada: *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*.

La preuve n'établit pas que, à l'époque pertinente, les marques de commerce de l'appelante étaient suffisamment «connues au Canada», au sens conféré à ce membre de phrase dans l'arrêt *E. & J. Gallo Winery c. Andres Wines Ltd.*, pour justifier la conclusion que la marque de commerce de l'appelante n'était pas adaptée à distinguer ses marchandises.

Aucune preuve n'établit que les marques de commerce étrangères de l'appelante étaient connues au Canada au point de justifier la conclusion que la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Doodles» a été conçue pour tromper le public et l'induire en erreur. Il n'existe aucune preuve que l'intimée avait connaissance des enregistrements et de l'utilisation des marques de commerce de l'appelante aux États-Unis.

LOIS ET RÉGLEMENTS

Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 2, 4, 6(5), 16(3)(a),(b), 17(1), 37(2)(d), 44, 54(1),(2),(3), 56(5).
Règlement sur les marques de commerce, C.R.C., chap. 1559, art. 46(5).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp., [1969] R.C.S. 192; (1968), 1 D.L.R. (3d) 462; 57 C.P.R. 1; 39 Fox Pat. C. 207; *Standard Oil Co. v. The Registrar of Trade Marks*, [1968] 2 R.C.É. 523; (1968), 55 C.P.R. 49; 38 Fox Pat. C. 127; *Johnson (S.C.) & Son, Inc. v. Esprit de Corp. et al.* (1986), 13 C.P.R. (3d) 235; 11 C.I.P.R. 192; 8 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.); *Plough (Canada) Ltd. c. Aerosol Fillers Inc.*, [1981] 1 C.F. 679; (1980), 53 C.P.R. (2d) 62; 34 N.R. 39 (C.A.); *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Algonquin Mercantile Corporation c. Dart Industries Canada Ltd. (1984), 1 C.P.R. (3d) 242 (C.F. 1^{re} inst.); *E. & J. Gallo Winery c. Andres Wines Ltd.*, [1976] 2 C.F. 3;

(1975), 25 C.P.R. (2d) 126; 11 N.R. 560 (C.A.); *Orkin Exterminating Co. Inc. v. Pestco Co. of Canada Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 726; 19 D.L.R. (4th) 90; 30 B.L.R. 152; 34 CCLT 1; 5 C.P.R. (3d) 433; 10 O.A.C. 14 (C.A.).

CONSIDERED:

British American Bank Note Co. v. Bank of America National Trust and Saving Association, [1983] 2 F.C. 778; (1983), 71 C.P.R. (2d) 26 (T.D.); *Marineland v. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.*, [1974] 2 F.C. 558; (1974), 16 C.P.R. (2d) 97 (T.D.).

COUNSEL:

Kenneth D. McKay for appellant.
Robert A. MacDonald for respondents.

SOLICITORS:

Sim, Hughes, Dimock, Toronto, for appellant.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MCNAIR J.: This is the appeal of Borden, Inc. from the decision of the Registrar of Trade Marks dated January 30, 1987 whereby he rejected the appellant's opposition to the respondent's application to register the trade mark "Doodles" in association with "corn meal based snack foods". Battle is joined on the appeal only in respect of the appellant's trademarks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles", and its related trade mark, "Nutty Doodles", which was also a matter of contestation before the Registrar, is no longer in issue. The Registrar is not opposing the appeal. The facts are relatively complex and a summary of the events leading to this appeal might prove useful.

On September 15, 1960 the appellant's predecessor in title, Old London Foods, Inc., applied for registration of the trade mark "Dipsy Doodles". The application stated that the trade mark had been used in Canada in association with "corn chips" since April 6, 1960. The trade mark was registered on February 24, 1961 as No. 121,297. The same trade mark had been registered in the

(1975), 25 C.P.R. (2d) 126; 11 N.R. 560 (C.A.); *Orkin Exterminating Co. Inc. v. Pestco Co. of Canada Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 726; 19 D.L.R. (4th) 90; 30 B.L.R. 152; 34 CCLT 1; 5 C.P.R. (3d) 433; 10 O.A.C. 14 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

British American Bank Note Co. c. Bank of America National Trust and Saving Association, [1983] 2 C.F. 778; (1983), 71 C.P.R. (2d) 26 (1^{re} inst.); *Marineland c. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.*, [1974] 2 C.F. 558; (1974), 16 C.P.R. (2d) 97 (1^{re} inst.).

AVOCATS:

Kenneth D. McKay pour l'appelante.
Robert A. MacDonald pour les intimés.

PROCUREURS:

Sim, Hughes, Dimock, Toronto, pour l'appelante.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour les intimés.

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

LE JUGE MCNAIR: Le présent appel est interjeté par Borden, Inc. de la décision du registraire des marques de commerce en date du 30 janvier 1987 qui a rejeté l'opposition présentée par l'appelante à l'encontre de la demande de l'intimée sollicitant l'enregistrement de la marque de commerce «Doodles» en liaison avec des [TRADUCTION] «grignotises à base de semoule de maïs». La contestation n'est liée dans l'appel qu'en ce qui concerne les marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» de l'appelante; la marque «Nutty Doodles», qui est liée aux deux premières et faisait l'objet d'un litige devant le registraire, n'est plus en cause. Le registraire ne s'oppose pas à l'appel. Les faits sont relativement complexes, et un résumé des événements ayant conduit au présent appel pourrait s'avérer utile.

Le 15 septembre 1960, le prédécesseur en titre de l'appelante, Old London Foods, Inc., a demandé l'enregistrement de la marque de commerce «Dipsy Doodles». La demande déclarait que cette marque de commerce avait été employée au Canada en liaison avec des [TRADUCTION] «croustilles de maïs» depuis le 6 avril 1960. La marque de commerce en question a été enregistrée le 24 février

United States on December 22, 1959 as No. 690,326.

On March 2, 1961 Old London Foods, Inc. applied for registration of the trade mark "Cheez Doodles", claiming use of the trade mark in Canada in association with "cheese flavoured corn curls" since February 15, 1961. The trade mark was registered on September 8, 1961 as No. 123,502. Similarly, the same trade mark had been registered in the United States on April 30, 1957 as No. 644,839.

On March 11, 1980 the respondent wrote the Registrar of Trade Marks requesting the issuance of expungement notices under section 44 of the *Trade Marks Act* [R.S.C. 1970, c. T-10] against the trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles". Expungement was also sought in respect of the trade mark "Nutty Doodles", but this is no longer relevant. The appellant did not respond to the expungement notices with the result that the registrations of the trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" were expunged on November 26 and November 27, 1980 respectively.

On June 26, 1980 the respondent, Hostess Food Products Limited, filed an application to register the trade mark "Doodles" based on its proposed use in Canada in association with "corn meal based snack foods". The application for registration was advertised on September 2, 1981. The appellant filed a statement of opposition on December 23, 1981. This was followed by a revised statement of opposition dated January 14, 1982, which was directed to the respondent on February 2, 1982. The grounds of opposition were: (1) that the proposed trade mark was not registrable because it was confusing with the appellant's trade marks, having regard to the provisions of subsection 16(3) of the *Trade Marks Act*; and (2) that the proposed trade mark was not distinctive within the meaning of section 2 and paragraph 37(2)(d) of the Act in that it did not actually distinguish the wares of the respondent from those of others, and more particularly, in view of the fact that the said trade mark was confusing with the appellant's trade mark "Cheez Doodles" made known in

1961 sous le numéro 121,297. Cette même marque de commerce avait été enregistrée aux États-Unis le 22 décembre 1959 sous le numéro 690,326.

a Le 2 mars 1961, Old London Foods, Inc. a demandé l'enregistrement de la marque de commerce «Cheez Doodles» en déclarant avoir employé cette marque de commerce au Canada en liaison avec des [TRADUCTION] «frisons de maïs à saveur de fromage» depuis le 15 février 1961. Cette marque de commerce a été enregistrée le 8 septembre 1961 sous le numéro 123,502. Elle avait aussi été enregistrée aux États-Unis le 30 avril 1957 sous le numéro 644,839.

c Le 11 mars 1980, l'intimée a écrit au registraire des marques de commerce pour lui demander de délivrer des avis de radiation sous le régime de l'article 44 de la *Loi sur les marques de commerce* [S.R.C. 1970, chap. T-10] à l'égard des marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles». La radiation de la marque de commerce «Nutty Doodles» était également sollicitée, mais cette question n'est plus pertinente. L'appelante n'a pas réagi aux avis de radiation, de sorte que les enregistrements des marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» ont respectivement été radiés le 26 et le 27 novembre 1980.

f Le 26 juin 1980, l'intimée, Les aliments Hostess Limitée, a déposé une demande d'enregistrement de la marque de commerce «Doodles» en déclarant avoir l'intention de l'employer au Canada en liaison avec des «grignotises à base de semoule de maïs». La demande d'enregistrement a été annoncée le 2 septembre 1981. L'appelante a présenté une déclaration d'opposition le 23 décembre 1981. Ce dépôt a été suivi par celui d'une déclaration d'opposition révisée en date du 14 janvier 1982, déclaration qui a été adressée à l'intimée le 2 février 1982. Les motifs d'opposition étaient les suivants: (1) la marque de commerce projetée n'était pas enregistrable parce qu'elle créait de la confusion avec la marque de l'appelante, compte tenu des dispositions du paragraphe 16(3) de la *Loi sur les marques de commerce*; et (2) la marque de commerce projetée n'était pas distinctive au sens de l'article 2 et de l'alinéa 37(2)d) de la Loi en ce qu'elle ne distinguait pas véritablement les marchandises de l'intimée de celles des autres propriétaires, et, en particulier, en ce que

Canada through media advertising received in Canada.

The respondent filed a counter statement on February 25, 1982 in which it denied the appellant's allegations and noted that the trade mark registrations for "Cheez Doodles" and "Dipsy Doodles" had been expunged pursuant to section 44 of the Act. The appellant's evidence in the opposition proceeding consisted of the affidavits of Robert V. Boyer, Director of Marketing of the Consumer Products Division of the appellant, and Robert G. Tritsch, Secretary of the appellant. Both affiants were cross-examined on June 6, 1983 and the transcripts of their cross-examinations form part of the record of the present appeal. In support of its application for registration of the trade mark "Doodles", the respondent filed the affidavits of Bill Douglas, its Ontario Sales Manager, and William E. McKechnie, its Marketing Manager. Both affiants were cross-examined thereon but, having failed to reattend a further cross-examination as ordered, their affidavits were deemed not to be part of the record on appeal, pursuant to subsection 46(5) of the *Trade Marks Regulations* [C.R.C., c. 1559]. Both parties filed written arguments, and were represented by counsel at an oral hearing before the member of the Trade Marks Opposition Board, David J. Martin, on December 4, 1986. Mr. Martin's decision on behalf of the Registrar was handed down on January 30, 1987.

With respect to the first ground of opposition, the Registrar found that the appellant had failed to satisfy the evidentiary burden of showing prior use and non-abandonment of its trade marks. As to the second ground of opposition, the Registrar was unable to find sufficient evidence of reputation in Canada for the appellant's trade marks, whereby he concluded that the respondent had satisfied the onus of establishing that its proposed trade

ladite marque de commerce créait de la confusion avec la marque de commerce «Cheez Doodles», qui avait été révélée au Canada dans des messages publicitaires reçus au Canada.

a

L'intimée a déposé le 25 février 1982 une contre-déclaration dans laquelle elle niait les allégations de l'appelante et soulignait que les enregistrements relatifs aux marques de commerce «Cheez Doodles» et «Dipsy Doodles» avaient été radiés conformément à l'article 44 de la Loi. La preuve présentée par l'appelante dans l'instance relative à l'opposition était constituée des affidavits de Robert V. Boyer, le directeur à la commercialisation de la division «Consumer Products» (produits destinés à la consommation) de l'appelante, et de Robert G. Tritsch, le secrétaire de l'appelante. Ces deux déposants ont été contre-interrogés le 6 juin 1983, et les transcriptions de leurs contre-interrogatoires font partie du dossier du présent appel. À l'appui de sa demande d'enregistrement de la marque de commerce «Doodles», l'intimée a déposé les affidavits de Bill Douglas, son directeur des ventes pour l'Ontario, et de William E. McKechnie, son directeur de la commercialisation. Ces deux déposants ont été contre-interrogés concernant leurs affidavits mais ne se sont pas présentés à un contre-interrogatoire subséquent auquel ils avaient reçu ordre de se prêter, de sorte que leurs affidavits ont été réputés ne pas faire partie du dossier de l'appel conformément au paragraphe 46(5) du *Règlement sur les marques de commerce* [C.R.C., chap. 1559]. Les deux parties ont déposé des plaidoiries écrites et ont été représentées par des avocats lors de l'audience orale qui a été tenue devant le membre de la Commission des oppositions des marques de commerce, David J. Martin, le 4 décembre 1986. La décision rendue par M. Martin pour le compte du registraire a été déposée le 30 janvier 1987.

En ce qui a trait au premier motif d'opposition, le registraire a conclu que l'appelante avait manqué de s'acquitter du fardeau d'établir son usage antérieur et son non-abandon de ses marques de commerce. En ce qui a trait au second motif d'opposition, le registraire a été incapable de conclure à l'existence d'une preuve suffisante que les marques de commerce de l'appelante avaient une réputation au Canada, de sorte qu'il a conclu

mark was adapted to distinguish its wares from those of others.

The appellant's notice of appeal, which was filed on March 30, 1987, raised two grounds of appeal: firstly, that the Registrar erred in fact and law in rejecting the appellant's grounds of opposition with respect to confusion within the meaning of subsection 16(3) and non-distinctiveness in the sense that the respondent's proposed trade mark did not distinguish its wares from those of others; and, secondly, that the Registrar erred in his interpretation of law as it applies to the test of distinctiveness of trade marks which the respondent knew, or ought to have known, to be used in the United States and to be registered as trade marks of another in the United States prior to any adoption and use in Canada. The appellant filed new evidence in the form of an additional affidavit of Robert G. Tritsch, sworn October 1, 1987. Two affidavits of Chris A. Abernathy, Vice-President, Marketing, for Snacks and International Consumer Products, were also filed, as were affidavits of R. Scott MacKendrick, of the appellant's law firm, and William A. Stimeling, Manager, Marketing Services, for Snacks and International Consumer Products, a division of the appellant.

Section 56 of the *Trade Marks Act* deals with appeals to this Court from any decision of the Registrar. Subsection 56(5) of the Act specifically provides as follows:

56. ...

(5) On the appeal evidence in addition to that adduced before the Registrar may be adduced and the Court may exercise any discretion vested in the Registrar.

In my view, the provision for adducing additional evidence on an appeal would be meaningless unless the Court could make a judicial determination of the issues before the Registrar with due regard to the circumstances of the case and in light of this additional evidence. Clearly, the Court is entitled to substitute its conclusion for that of the Registrar, if satisfied that the latter "has gone

que l'intimée s'était acquittée du fardeau d'établir que sa marque de commerce projetée était adaptée de façon à distinguer ses marchandises de celles des autres propriétaires.

^a L'avis d'appel de l'appelante, déposé le 30 mars 1987, soulevait deux motifs d'appel: premièrement, le registraire aurait commis une erreur de droit et de fait en rejetant les motifs d'opposition de l'appelante voulant qu'il y ait confusion sous le régime du paragraphe 16(3) et absence de caractère distinctif au sens où la marque de commerce projetée de l'intimée ne distinguait pas ses marchandises de celles des autres propriétaires; et, deuxièmement, le registraire se serait trompé dans son interprétation des principes de droit applicables au critère du caractère distinctif de marques de commerce dont l'intimée savait, ou aurait dû savoir, qu'elles étaient utilisées aux États-Unis et enregistrées comme marques de commerce au nom d'un autre propriétaire aux États-Unis avant leur adoption et leur emploi au Canada. L'appelante a déposé une nouvelle preuve, soit un affidavit additionnel de Robert G. Tritsch, signé le 1^{er} octobre 1987. Deux affidavits de Chris A. Abernathy, vice-président à la commercialisation de la «Snacks and International Consumer Products» (grignotises et produits de consommation destinés au marché international) ont également été déposés, comme l'ont été les affidavits de R. Scott MacKendrick, de la firme d'avocats de l'appelante, et de William A. Stimeling, le directeur du service de commercialisation de «Snacks and International Consumer Products», une division de l'appelante.

^g L'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce* traite des appels interjetés devant cette Cour d'une décision du registraire. Le paragraphe 56(5) de la Loi prévoit expressément que:

^h 56. ...

(5) Lors de l'appel, il peut être apporté une preuve en plus de celle qui a été fournie devant le registraire, et la Cour peut exercer toute discrétion dont le registraire est investi.

ⁱ À mon sens, la disposition permettant la présentation d'une preuve additionnelle lors d'un appel serait dénuée de sens si la Cour ne pouvait rendre une décision au sujet des questions soumises au registraire en prenant en considération les circonstances de l'affaire et à la lumière de cette preuve additionnelle. Il est clair que la Cour a le droit de substituer sa conclusion à celle du registraire lors-

wrong". To a limited extent, the appeal takes on something of the appearance of a hearing *de novo*, but with this qualification. While the Court is not limited in its right to hear new evidence, it is my opinion that such new evidence must be in relation only to facts material to the same issues that were before the Registrar: *Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp.*, [1969] S.C.R. 192; (1968), 1 D.L.R. (3d) 462; 57 C.P.R. 1; 39 Fox Pat. C. 207, *per* Ritchie J. at pages 199-200 S.C.R.; *Standard Oil Co. v. The Registrar of Trade Marks*, [1968] 2 Ex.C.R., 523; (1968), 55 C.P.R. 49; 38 Fox Pat. C. 127, *per* Jackett P. at pages 55-56 Ex. C.R.; and *Johnson (S.C.) & Son, Inc. v. Esprit de Corp. et al.* (1986), 13 C.P.R. (3d) 235; 11 C.I.P.R. 192; 8 F.T.R. 81 (F.C.T.D.), *per* Cullen J. at pages 242-243 C.P.R. In any event, this is how I propose to treat the present appeal.

Preliminary Objections

Counsel for the respondent raised the preliminary objection that the notice of appeal failed to "set out full particulars of the grounds on which relief is sought" in accordance with subsection 59(1) of the *Trade Marks Act*. He cited in support of this the case of *Algonquin Mercantile Corporation v. Dart Industries Canada Ltd.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 242 (F.C.T.D.), wherein Muldoon J. held that an allegation that the prothonotary had erred in law and in fact in making his order was inadequate as a ground of appeal in that it failed to comply with Rule 336(5) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. The grounds of appeal in the present case are specified with more particularity than in *Algonquin Mercantile*. The allegation of the Registrar's error in rejecting the opposition is made in reference to specific grounds of error, namely, confusion under subsection 16(3) and distinctiveness within the meaning of section 2 and paragraph 37(2)(d) of the *Trade Marks Act*. Moreover, the notice of appeal further alleged that the Registrar erred in his interpretation of the law as it applied to the test of distinctiveness with respect to trade marks registered in the United States. Consequently, I consider that the notice of appeal sufficiently sets out the particular grounds thereof.

qu'elle est convaincue que ce dernier [TRADUCTION] s'est trompé. Dans une certaine mesure, l'appel ressemble à une audition *de novo*, mais avec la réserve suivante: bien que le droit de la Cour d'entendre de nouvelles preuves ne soit pas restreint, à mon avis, ces nouvelles preuves doivent se rapporter aux seuls faits qui sont pertinents aux questions mêmes soumises au registraire: *Benson & Hedges (Canada) Ltd. v. St. Regis Tobacco Corp.*, [1969] R.C.S. 192; (1968), 1 D.L.R. (3d) 462; 57 C.P.R. 1; 39 Fox Pat. C. 207, motifs du juge Ritchie, aux pages 199 et 200 R.C.S.; *Standard Oil Co. v. The Registrar of Trade Marks* [1968] 2 R.C.É. 523; (1968), 55 C.P.R. 49; 38 Fox Pat. C. 127, motifs du Président Jackett, aux pages 55 et 56 R.C.É.; et *Johnson (S.C.) & Son, Inc. v. Esprit de Corp. et al.* (1986), 13 C.P.R. (3d) 235; 11 C.I.P.R. 192; 8 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.), motifs du juge Cullen, aux pages 242 et 243 C.P.R. Quoi qu'il en soit, telle est la manière dont j'ai l'intention de traiter du présent appel.

Objections préliminaires

L'avocat de l'intimée a soulevé une objection préliminaire selon laquelle l'avis d'appel fait défaut d'«indiquer tous les détails des motifs sur lesquels la demande de redressement est fondée» comme le veut le paragraphe 59(1) de la *Loi sur les marques de commerce*. À l'appui de cette proposition, il a cité l'arrêt *Algonquin Mercantile Corporation c. Dart Industries Canada Ltd.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 242 (C.F. 1^{re} inst.), dans lequel le juge Muldoon a conclu qu'une allégation que le protonotaire avait commis une erreur de droit et de fait en rendant son ordonnance ne constituait pas un motif d'appel adéquat parce qu'elle manquait de se conformer à la Règle 336(5) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663]. Les motifs d'appel soulevés dans la présente affaire sont énoncés de façon plus détaillée que ceux de l'arrêt *Algonquin Mercantile*. L'allégation que le registraire a commis une erreur en rejetant l'opposition invoque des motifs d'erreur précis, soit la confusion visée au paragraphe 16(3) et le caractère distinctif prévu à l'article 2 et à l'alinéa 37(2)(d) de la *Loi sur les marques de commerce*. De plus, l'avis d'appel alléguait aussi que le registraire avait commis une erreur dans son interprétation des règles de droit applicables au critère du caractère distinctif en ce qui concernait

Counsel for the respondent also objected to the introduction by appellant's counsel of paragraph 16(3)(b) as a new ground of opposition for purposes of this appeal. The argument is simply that the appellant's applications for registration of trade marks had been previously filed at the date of filing of the respondent's application and that this is another legitimate ground beyond the prior use situation contemplated by paragraph 16(3)(a) of the Act. Obviously this issue had not been raised before the Registrar. Based on my previous comments, I consider that it would be totally inappropriate to hear argument on this point on the appeal.

By the same token, I see no merit in the objection of respondent's counsel that the matter of the United States trade mark registrations for "Cheez Doodles" and "Dipsy Doodles" was something new that was not in issue before the Registrar. These foreign registrations were referred to in the affidavits of Mr. Boyer and Mr. Tritsch, both of whom were cross-examined thereon, and their affidavits and the transcripts of cross-examinations formed part of the record in the proceedings before the Registrar.

Confusion and Previous Use

The first ground raised by appellant's counsel is that the respondent is disentitled to registration of its trademark "Doodles" because it was confusing with the appellant's trademarks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" that had been previously used in Canada or made known therein, contrary to paragraph 16(3)(a) of the *Trade Marks Act*. The section on which he relies reads as follows:

16. ...

(3) Any applicant who has filed an application in accordance with section 29 for registration of a proposed trade mark that is registrable is entitled, subject to sections 37 and 39, to secure its registration in respect of the wares or services speci-

les marques de commerce enregistrées aux États-Unis. En conséquence, je considère que l'avis d'appel énonce de façon suffisante les motifs particuliers qu'il invoque.

^a L'avocat de l'intimée a également contesté la possibilité pour l'avocat de l'appelante de faire entrer en jeu l'alinéa 16(3)b) comme nouveau motif d'opposition pour les fins du présent appel. ^b L'argument présenté à cet égard est simplement que les demandes d'enregistrement des marques de commerce concernées de l'appelante avaient déjà été déposées à la date du dépôt de la demande de l'intimée et que cette allégation soulève un motif légitime et distinct de celui de l'usage antérieur envisagé à l'alinéa 16(3)a) de la Loi. ^c De façon évidente, cette question n'avait pas été soulevée devant le registraire. Sur le fondement des observations qui précèdent, je considère qu'il serait ^d entièrement inapproprié pour moi d'entendre des arguments sur ce point dans le cadre du présent appel.

De la même manière, je ne trouve pas fondée l'objection de l'avocat de l'intimée voulant que la question des enregistrements des marques de commerce «Cheez Doodles» et «Dipsy Doodles» aux États-unis soit nouvelle et n'ait pas été soulevée devant le registraire. Ces enregistrements étrangers ont été mentionnés dans les affidavits de M. Boyer et de M. Tritsch, qui ont tous deux été contre-interrogés à leur sujet, et leurs affidavits ainsi que les transcriptions des contre-interrogatoires faisaient partie du dossier dans l'instance présidée par le registraire. ^e ^f ^g

Confusion et usage antérieur

Le premier motif soulevé par l'avocat de l'appelante est que l'intimée n'a pas droit à l'enregistrement de sa marque de commerce «Doodles» parce qu'elle crée de la confusion avec les marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» qui avaient été antérieurement employées au Canada ou y avaient été révélées, contrairement à l'alinéa 16(3)a) de la *Loi sur les marques de commerce*. Les dispositions qu'il invoque sont ainsi libellées:

16. ...

(3) Tout requérant qui a produit une demande selon l'article 29 en vue de l'enregistrement d'une marque de commerce projetée et enregistrable, a droit, sous réserve des articles 37 et 39, d'en obtenir l'enregistrement à l'égard des marchandises ou

fied in the application, unless at the date of filing of the application it was confusing with

(a) a trade mark that had been previously used in Canada or made known in Canada by any other person;

He submits that at the date of the respondent's application on June 26, 1980, which is the material date, there was clear evidence of previous use in Canada of the appellant's trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles", provable by certified copies of the registrations thereof, and that it is immaterial for purposes of the statutory provision that these trade marks were afterwards expunged.

The applications for Canadian registration claim use of the appellant's trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" in Canada since April 6, 1960 and February 15, 1961 respectively. Appellant's counsel submits that certified copies of these applications are evidence of the facts set out therein, by virtue of subsection 54(2) of the *Trade Marks Act*. Counsel for the respondent submits in response that it is subsection 54(1) which is applicable, providing, as it does, for the production of copies certified to be true by the Registrar. Both counsel seem to ignore subsection 54(3) of the Act, which provides that a certified copy of the registration of a trade mark is evidence of the facts set out therein. On the basis of these certified copies, I find as a fact that the appellant's trade marks had been previously used in Canada as of the dates hereinbefore mentioned. Counsel for the respondent admitted as much when he stated:

There may have been use in '61. There must have been. They filed the applications claiming use, and we are not suggesting that anything improper was done.

There must have been use in '61, but nobody can recall any use, at all.

The Registrar reviewed the affidavit evidence of the appellant and concluded that the appellant had "failed to evidence prior use and non-abandonment of its three trade marks". He based this conclusion on the lack of evidence of any sales of the appellant's wares and the fact that such sales were

services spécifiés dans la demande, à moins que, à la date de production de la demande, cette marque ne créât de la confusion avec

(a) une marque de commerce antérieurement employée ou révélée au Canada par une autre personne;

Il soumet que, au jour de la présentation de la demande de l'intimée, le 26 juin 1980, c'est-à-dire à la date pertinente, il existait des preuves claires de l'usage antérieur des marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» de l'appelante au Canada, qui pouvait être établi au moyen des copies certifiées de leurs enregistrements; et il ajoute que, pour les fins des dispositions en cause de la Loi, il n'est pas pertinent que ces marques de commerce aient plus tard été radiées.

Les demandes sollicitant l'enregistrement des marques «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» de l'appelante pour le Canada déclarent que ces marques y ont été utilisées respectivement depuis le 6 avril 1960 et depuis le 15 février 1961. L'avocat de l'appelante prétend que, en vertu du paragraphe 54(2) de la *Loi sur les marques de commerce*, les copies certifiées de ces demandes établissent les faits qui s'y trouvent énoncés. Répondant à cette affirmation, l'avocat de l'intimée soumet que le paragraphe 54(1), prévoyant comme il le fait la production de copies certifiées conformes par le registraire, est la disposition applicable. Ces avocats semblent tous deux omettre de tenir compte du paragraphe 54(3) de la Loi, qui prévoit qu'une copie de l'enregistrement d'une marque de commerce fait foi des faits qui s'y trouvent énoncés. Sur le fondement de ces copies certifiées conformes, je tire la conclusion de fait que les marques de commerce de l'appelante avaient été utilisées au Canada antérieurement aux dates susmentionnées. L'avocat de l'intimée a fait une telle admission lorsqu'il a déclaré:

[TRADUCTION] Il a pu y avoir usage en 1961. Il a dû y avoir un tel usage. Ils ont déposé les demandes en déclarant que ces marques étaient employées, et nous n'insinuons pas qu'une irrégularité ait été commise.

Il a dû y avoir usage en 1961, mais personne ne se souvient de quelque usage que ce soit.

Le registraire a examiné le témoignage par affidavit de l'appelante, pour conclure que celle-ci avait [TRADUCTION] «manqué d'établir l'usage antérieur et le non-abandon de ses trois marques de commerce». Cette appréciation se fondait sur l'absence d'une preuve que les marchandises de

effected in the normal course of trade, from which he concluded that there had been no prior use of the appellant's trade marks "within the meaning of section 4 of the Act".

The Registrar did not specifically address himself to the statutory criteria for determining the issue of confusion as set out in subsection 6(5) of the *Trade Marks Act*, nor was this argument pressed before me. The main thrust of the appellant's first ground of appeal was directed to the previous use of its rival trade marks in Canada and the fact that they had not been abandoned. I take it to be common ground that there is no question about the degree of resemblance between the rival trade marks.

Respondent's counsel argues strenuously that in order to succeed under subsection 16(3) of the Act, the appellant must show: (1) prior use of its trade marks in Canada; (2) non-abandonment at the date the application for registration was advertised; and (3) some measure of reputation in the trade. In his submission, the appellant has failed to do so. Respondent's counsel makes the further point that none of the appellant's affiants could recall any use of the trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" in Canada at the time of their respective registrations or thereafter.

In *British American Bank Note Co. v. Bank of America National Trust and Saving Association*, [1983] 2 F.C. 778; (1983), 71 C.P.R. (2d) 26 (T.D.), Cattanach J., dealing with the matter of onus in an opposition proceeding, said at page 792 F.C.:

The onus is upon an applicant for the registration of a trade mark to establish his right thereto and that onus is constant upon him (see *Eno v. Dunn* (1890), 15 App. Cas. 252 [H.L.]) and that includes the onus of showing that confusion is unlikely.

But before an opponent can base an objection on prior use under section 16 the opponent must establish a reputation in the trade under a style with which confusion may result. That to me is not an onus but a burden of proof. An onus never shifts but a burden of proof does. The applicant may rebut the proof proffered by the opponent.

l'appelante ont été vendues et que ces ventes ont eu lieu dans le cours normal des affaires. Partant de ces conclusions, le registraire a décidé qu'il n'y avait eu aucun usage des marques de commerce de l'appelante au Canada [TRADUCTION] «au sens de l'article 4 de la Loi».

Le registraire n'a pas fait expressément référence aux critères prévus au paragraphe 6(5) de la *Loi sur les marques de commerce* en ce qui concerne la question de la confusion, mais aucun tel argument ne m'est soumis. Le premier motif d'appel de l'appelante portait principalement sur l'usage antérieur qu'elle aurait fait de ses marques de commerces rivales au Canada et sur le fait que ces dernières n'avaient pas été abandonnées. Je considère admis par les parties que le degré de ressemblance entre les marques rivales ne fait aucun doute.

L'avocat de l'intimée soutient avec énergie que, pour avoir gain de cause sous le régime du paragraphe 16(3) de la Loi, l'appelante doit établir: (1) un usage antérieur de ses marques de commerce au Canada; (2) le non-abandon de celles-ci à la date de l'annonce de la demande d'enregistrement; et (3) une certaine réputation dans le commerce. Dans sa plaidoirie, l'appelante a manqué d'établir de tels faits. L'avocat de l'intimée soutient également qu'aucun des déposants de l'appelante ne pouvait se rappeler qu'il y ait eu usage des marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» au Canada aux dates de leurs enregistrements respectifs ou après celles-ci.

Dans l'arrêt *British American Bank Note Co. c. Bank of America National Trust and Saving Association*, [1983] 2 C.F. 778; (1983), 71 C.P.R. (2d) 26 (1^{re} inst.), le juge Cattanach, traitant de la question du fardeau de la preuve applicable à une procédure d'opposition, a dit à la page 792 C.F.:

C'est au requérant de l'enregistrement d'une marque de commerce qu'il appartient de prouver qu'il y a droit et cette obligation qui incombe en tout temps à ce dernier (voir *Eno v. Dunn* (1890), 15 App. Cas. 252 [H.L.]) comprend également celle de prouver qu'il est un peu probable que la marque créée de la confusion.

Cependant, avant de pouvoir fonder une objection en vertu de l'article 16 sur l'emploi antérieur, l'opposant doit prouver que sa réputation est établie dans le commerce sous une appellation avec laquelle il pourrait y avoir de la confusion. À mon avis, on ne peut parler, dans ce cas, d'obligation mais de fardeau de la preuve. Une obligation ne passe jamais d'une personne à une autre mais le fardeau de la preuve peut être

In *Plough (Canada) Ltd. v. Aerosol Fillers Inc.*, [1981] 1 F.C. 679; (1980), 53 C.P.R. (2d) 62; 34 N.R. 39 (C.A.), which was an appeal from an expungement of trade mark, Thurlow C.J. said at page 685 F.C.:

But the use of which evidence is required is trade mark use, in the case of wares, use of the kind referred to in section 4 by the mark being marked on wares or their packages or associated with wares at the time of their sale or delivery in the normal course of trade and for the purpose of distinguishing the wares as those manufactured or sold by the owner of the trade mark from the goods of others.

In my opinion, the selfsame concept of "use" is applicable to the present case. Clearly, the Registrar adopted this approach in concluding that there was insufficient evidence of prior use of the appellant's trade marks within the meaning of section 4 of the *Trade Marks Act*.

Evidence of prior use of the appellant's trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" in Canada is contained in paragraph 2 of the Tritsch affidavit, which reads in part as follows:

2. The opponent has, in the past sold snack food products in Canada under the trade marks DIPSY DOODLES since at least 1960, . . . and CHEEZ DOODLES since at least 1961.

Mr. Tritsch stated under cross-examination that he had no personal knowledge of the use of the trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" in the Canadian marketplace. The Director of Marketing, Mr. Boyer, who had been associated with the appellant's snack food products since 1976, stated on cross-examination that he was not aware of any sales of the appellant's wares in Canada under the trade marks "Dipsy Doodles" or "Cheez Doodles". Neither of the other affiants, Messrs. Stimeling and Abernathy, could recall any use of the appellant's trade marks in Canada prior to 1988. The only evidence of use in Canada in relation to the sale of wares is contained in an answer given by Mr. Tritsch in response to an undertaking given on cross-examination, wherein he stated that an investigation of the appellant's records showed sales in 1988 of "Cheez Doodles"

renversé. Le requérant peut réfuter la preuve présentée par l'opposant.

Dans l'arrêt *Plough (Canada) Ltd. c. Aerosol Fillers Inc.*, [1981] 1 C.F. 679; (1980), 53 C.P.R. (2d) 62; 34 N.R. 39 (C.A.), qui concernait un appel interjeté d'une radiation de marque de commerce, le juge en chef Thurlow a dit à la page 685 C.F.:

Mais c'est de l'emploi de la marque de commerce qu'il faut faire la preuve; or, dans le cas de marchandises, il faut faire la preuve d'un emploi du genre de celui prévu à l'article 4, c'est-à-dire qu'il faut prouver que la marque est apposée sur les marchandises ou sur leur emballage ou liée aux marchandises, au moment de la vente ou de la livraison de celles-ci, dans la pratique normale du commerce, dans le but de différencier des autres marchandises celles qui sont fabriquées ou vendues par le titulaire de la marque.

À mon sens, ce même concept d'«emploi» ou d'«usage» est applicable à la présente espèce. Le registraire a clairement adopté une telle approche lorsqu'il a conclu que la preuve d'un emploi antérieur des marques de commerce de l'appelante au sens de l'article 4 de la *Loi sur les marques de commerce* était insuffisante.

La preuve que les marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» de l'appelante avaient été employées antérieurement au Canada figure au paragraphe 2 de l'affidavit de Tritsch, qui est libellé en partie de la manière suivante:

[TRADUCTION] 2. L'opposante a par le passé vendu au Canada des grignotises arborant les marques de commerce «DIPSY DOODLES» et «CHEEZ DOODLES»; la première y a été ainsi employée depuis au moins 1960 et la seconde, depuis au moins 1961.

M. Tritsch a déclaré lors d'un contre-interrogatoire qu'il n'avait pas une connaissance personnelle de l'emploi des marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» dans le marché canadien. Le directeur de la commercialisation, M. Boyer, qui avait été associé aux grignotises de l'appelante depuis 1976, a déclaré dans un contre-interrogatoire qu'il n'avait pas connaissance de ventes des marchandises de l'appelante au Canada sous les marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles». Ni l'un ni l'autre des autres déposants, MM. Stimeling et Abernathy, ne pouvait se souvenir d'un emploi des marques de commerce de l'appelante qui aurait eu lieu au Canada antérieurement à 1988. La seule preuve qu'il y ait eu un usage au Canada consistant en la vente de marchandises figure dans une réponse donnée par M. Tritsch pour remplir un engagement pris lors

products totalling \$573.08 and "Dipsy Doodles" products totalling \$171.76.

The evidence in its entirety establishes that there has been no use whatever of the trade mark "Dipsy Doodles" in association with the wares from 1960 until at least February of 1988 and that the same situation pertained with respect to the trade mark "Cheez Doodles" from 1961 until the same date in 1988. Under the circumstances, I am satisfied that the Registrar did not go wrong in concluding that there had been no prior use of the appellant's trade marks within the meaning of section 4 of the *Trade Marks Act*.

Abandonment

This brings me to the issue of abandonment, which forms the second facet of the first ground of appeal. Counsel are agreed that, by virtue of the combined effect of subsections 16(5) and 17(1) of the *Trade Marks Act*, it is incumbent upon the appellant to establish on the evidence that it had not abandoned its trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" at the date of advertisement of the respondent's application on September 2, 1981. The said subsections read as follows:

16. ...

(5) The right of an applicant to secure registration of a registrable trade mark is not affected by the previous use or making known of a confusing trade mark or trade name by another person, if such confusing trade mark or trade name was abandoned at the date of advertisement of the applicant's application in accordance with section 36.

17. (1) No application for registration of a trade mark that has been advertised in accordance with section 36 shall be refused and no registration of a trade mark shall be expunged or amended or held invalid on the ground of any previous use or making known of a confusing trade mark or trade name by a person other than the applicant for such registration or his predecessor in title, except at the instance of such other person or his successor in title, and the burden lies on such other person or his successor to establish that he had not abandoned such confusing trade mark or trade name at the date of advertisement of the applicant's application.

d'un contre-interrogatoire; selon M. Tritsch, un examen des dossiers de l'appelante révélait, pour l'année 1988, des ventes des produits «Cheez Doodles» totalisant 573,08 \$ et des ventes des produits «Dipsy Doodles» totalisant 171,76 \$.

L'ensemble de la preuve établit qu'il n'y a eu absolument aucun usage de la marque de commerce «Dipsy Doodles» en liaison avec les marchandises entre 1960 et, au moins, le mois de février 1988; il en ressort également que la même situation a prévalu en ce qui concerne la marque de commerce «Cheez Doodles» entre 1961 et cette même date de l'année 1988. Dans ces circonstances, je suis convaincu que le registraire ne s'est pas trompé en concluant qu'il n'y avait pas eu usage antérieur des marques de commerce de l'appelante au sens de l'article 4 de la *Loi sur les marques de commerce*.

Abandon

Ceci m'amène à examiner la question de l'abandon, qui constitue le second volet du premier motif d'appel. Les avocats des parties s'entendent pour dire que, par le jeu combiné des paragraphes 16(5) et 17(1) de la *Loi sur les marques de commerce*, il incombe à l'appelante d'établir sur le fondement de la preuve qu'elle n'avait pas abandonné ses marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» à la date de l'annonce de la demande de l'intimée, le 2 septembre 1981. Ces paragraphes sont ainsi libellés:

16. ...

(5) Le droit, pour un requérant, d'obtenir l'enregistrement d'une marque de commerce enregistrable n'est pas atteint par l'emploi antérieur ou la révélation antérieure d'une marque de commerce ou d'un nom commercial créant de la confusion, par une autre personne, si cette marque de commerce ou ce nom commercial créant de la confusion a été abandonné à la date de l'annonce de la demande du requérant selon l'article 36.

17. (1) Aucune demande d'enregistrement d'une marque de commerce qui a été annoncée selon l'article 36 ne doit être refusée, et aucun enregistrement d'une marque de commerce ne doit être rayé, modifié ou tenu pour invalide, du fait qu'une personne autre que l'auteur de la demande d'enregistrement ou son prédécesseur en titre a antérieurement employé ou révélé une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion, sauf à la demande de cette autre personne ou de son successeur en titre, et il incombe à cette autre personne ou à son successeur d'établir qu'il n'avait pas abandonné cette marque de commerce ou ce nom commercial créant de la confusion, à la date de l'annonce de la demande du requérant.

The appellant's affiant, Mr. Abernathy, deposed in his first affidavit that the snack food products associated with the trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" were confined to a viable market area having a radius of approximately 300 miles from the producing plant by reason of packaging, shipping charges and shelf life limitations. Paragraph 16 of the affidavit states as follows:

16. The results of the above research and development and market limitations is that it has not been viable to service the Canadian market with existing snack food plants owned and operated by Borden, Inc. in the United States of America although it has always been the intention of Borden, Inc. to do so.

In his second supplementary affidavit, Mr. Abernathy states that the appellant purchased Humpty Dumpty Foods Limited on February 2, 1988, that the vendor is a major producer of snack foods in eastern Canada whose 1987 sales exceeded \$120,000,000, and that Borden proposes to market its "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" products by utilizing the distribution and sales network of the Humpty Dumpty acquisition.

Counsel for the respondent argues that the reasons given by Mr. Abernathy for not having exploited the Canadian market for some twenty years and upwards cannot be taken by any stretch of the imagination to justify non-use of the trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" in Canada. In his submission, the decision not to sell in Canada was purely voluntary and not something dictated by special circumstances over which the appellant had no control. He relies particularly on the case of *Marineland v. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.*, [1974] 2 F.C. 558; (1974), 16 C.P.R. (2d) 97 (T.D.), wherein the Court dismissed an appeal from the Registrar's dismissal of an opposition to the registration of a trade mark on the ground, *inter alia*, that the respondent's rival trade mark had been abandoned. Cattanach J., dealing with this point, said at pages 574-575 F.C.:

When the appellant seeks to oppose the respondent's application for registration on the grounds of prior use or making known in Canada of the same trade mark by the appellant, the

Le déposant de l'appelante, M. Abernathy, a déclaré dans son premier affidavit que les grignotises associées aux marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» avaient un périmètre de marché rentable dont le rayon se restreignait à environ 300 milles de l'usine de production; les raisons de cette limitation avaient trait à l'emballage, aux frais d'expédition et à la durée limite de stockage des produits. Le paragraphe 16 de l'affidavit déclare:

[TRADUCTION] 16. Considérant ces recherches et développement ainsi que les limitations inhérentes au marché, il n'a pas été rentable d'approvisionner le marché canadien à partir des usines de grignotises déjà détenues et exploitées par Borden Inc. aux États-Unis, et ce, bien que Borden Inc. ait toujours eu l'intention de le faire.

Dans son second affidavit supplémentaire, M. Abernathy déclare que l'appelante a acheté Les aliments Humpty Dumpty Limitée le 2 février 1988, que le vendeur est un producteur très important de grignotises de l'Est du Canada dont les ventes de l'année 1987 dépassaient 120 000 000 \$, et que Borden Inc. projette de commercialiser ses produits «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» en utilisant le réseau de distribution et de vente de la société nouvellement acquise.

L'avocat de l'intimée soutient que les raisons données par M. Abernathy pour expliquer l'omission de sa société d'exploiter le marché canadien pendant quelque vingt années ou plus ne peuvent absolument pas être considérées comme justifiant le fait que les marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» n'ont pas été employées au Canada pendant vingt ans. Selon ses prétentions, la décision de ne pas vendre les produits en cause au Canada était entièrement volontaire et n'avait pas été dictée par des circonstances particulières qui auraient échappé au contrôle de l'appelante. Il s'appuie spécialement sur l'arrêt *Marineland c. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.*, [1974] 2 C.F. 558; (1974), 16 C.P.R. (2d) 97 (1^{re} inst.), dans lequel la Cour a rejeté un appel interjeté de la décision du registraire rejetant une opposition à l'enregistrement d'une marque de commerce au motif, entre autres, que la marque de commerce rivale de l'intimée avait été abandonnée. Le juge Cattanach, traitant de cette question, a dit aux pages 574 et 575 C.F.:

Quand l'appelante essaie de s'opposer à la demande d'enregistrement de l'intimée en invoquant l'emploi et la révélation antérieurs de la même marque de commerce au Canada, il

burden is on the appellant to establish that the appellant has not abandoned the trade mark.

Assuming that the use by the appellant of the word "Marineland" in association with films is a trade mark use (which question I have not decided) it is apparent from the evidence that such films have not been produced since 1958, nor distributed for exhibition in Canada since 1964.

However, mere non-use of a trade mark is not sufficient to create abandonment. That non-use must also be accompanied by an intention to abandon.

In my opinion, the intention to abandon the use of the trade mark "Marineland" in association with films in the circumstances of the present matter, is to be inferred from the appellant's long disuse. I take it from the evidence that the appellant produced the one series of films for distribution. It has produced no others for exhibition and there has been no exhibition in Canada. There has been no use by the appellant of that trade mark in connection with the particular wares since 1964

Therefore, in the circumstances outlined, I am of the opinion that the appellant has not discharged the burden of establishing that the use of its trade mark in association with films has not been abandoned in Canada and, accordingly, I conclude, assuming that such trade mark use existed, the trade mark has been abandoned in Canada.

The point that is being pressed is simply this: if disuse of the appellant's trade mark for a period of ten years in *Marineland* justified the inference that it had been abandoned, then the same conclusion must be reached in the present case of disuse for a period of twenty years or more.

Appellant's counsel argues that Borden's failure to file evidence of use in response to the section 44 notice does not bespeak abandonment, but rather simply evinces that there was no use of the appellant's trade marks in Canada at the date of the expungement notice. He further argues that the affidavit evidence of total sales of \$465,000,000 for "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" products in the United States as at the date of filing of the opposition is indicative of the fact that the appellant had no intention of abandoning its trade marks. In his submission, subsection 17(1) of the *Trade Marks Act* speaks only of abandonment generally and not in particular reference to abandonment in Canada. Appellant's counsel also rests his case on the evidence of Mr. Abernathy with respect to the present barriers against exploitation of the Canadian market.

appartient à l'appelante de prouver qu'elle n'a pas abandonné cette marque de commerce.

En admettant que l'emploi par l'appelante du mot «Marineland» en liaison avec des films constitue un emploi de marque de commerce, question que je n'ai pas tranchée, il appert de la preuve que la réalisation de ces films remonte à 1958 et qu'ils n'ont pas été présentés au Canada depuis 1964.

Cependant le simple non-usage d'une marque de commerce n'équivaut pas nécessairement à son abandon. Le non-usage doit être aussi accompagné de l'intention d'abandonner.

À mon avis, l'intention d'abandonner l'usage de la marque de commerce «Marineland» en liaison avec des films, dans les circonstances de la présente affaire, résulte du non-usage par l'appelante sur une longue période. C'est ce que je conclus de la preuve qui montre que l'appelante a réalisé une seule série de films pour distribution. Elle n'en a pas réalisé d'autres pour la présentation au Canada et aucun autre film n'y a été présenté. L'appelante n'a pas employé cette marque de commerce en liaison avec lesdites marchandises depuis 1964

Alors, dans de telles circonstances, j'estime que l'appelante n'a pas prouvé, comme il lui incombait de le faire, qu'elle n'a pas abandonné l'usage de cette marque de commerce au Canada en liaison avec les films; je conclus donc, en admettant qu'il y ait eu emploi de marque, que cette marque a été abandonnée au Canada.

L'argument mis de l'avant est simplement le suivant: si le non-usage de la marque de commerce de l'appelante pendant une période de dix ans dans l'affaire *Marineland* justifiait l'inférence que cette marque avait été abandonnée, cette même conclusion doit être tirée en l'espèce, où le non-usage s'est étendu sur une période de vingt ans ou plus.

L'avocat de l'appelante soutient que le défaut de Borden Inc. de présenter des éléments de preuve établissant l'usage en réponse à l'annonce visée à l'article 44 ne signifie pas qu'elle ait abandonné ses marques; selon lui, il en ressort simplement qu'il n'y avait aucun usage des marques de commerce de l'appelante au Canada à la date de l'avis de radiation. Il soutient également que le témoignage par affidavit établissant des ventes totales de 465 000 000 \$ pour les produits «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» aux États-Unis à la date du dépôt de l'opposition indique que l'appelante n'avait pas l'intention d'abandonner ses marques de commerce. Il soutient que le paragraphe 17(1) de la *Loi sur les marques de commerce* traite de l'abandon de façon générale et ne vise pas particulièrement l'abandon au Canada. L'avocat de l'appelante appuie également ses prétentions sur les éléments du témoignage de M. Abernathy ayant trait aux obstacles entravant actuellement l'exploitation du marché canadien.

I am unable to accede to the submission that the reference to abandonment in subsection 17(1) has some global significance and must be construed to mean abandonment in general and not merely in Canada. True, the words "in Canada" do not appear in subsection 17(1). However, section 16 of the Act uses the words "in Canada" repeatedly with respect to the issue of confusion. Applying the modern rule of statutory interpretation, it is my opinion that the words of subsection 17(1) imposing the burden on an opponent of establishing "that he had not abandoned such confusing trade mark . . . at the date of advertisement of the applicant's application", read in their grammatical and ordinary sense in context with section 16 and the scheme of the Act as a whole, clearly limit the range of abandonment of the confusing trade mark to abandonment in Canada: *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241, *per* Estey J. at page 578 S.C.R.

Considering the evidence in its entirety, I find that the appellant had abandoned its trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" in Canada as at the date of advertisement of the respondent's application. That being the case, I am unable to attribute any error to the Registrar in concluding that the appellant had failed to establish the non-abandonment of its trade marks.

Distinctiveness

This brings me to the appellant's second ground of appeal which is that the respondent's trade mark is not distinctive, pursuant to paragraph 37(2)(d) of the *Trade Marks Act*. The word "distinctive" is defined in section 2 of the Act as follows:

2. . . .

"Distinctive" in relation to a trade mark means a trade mark that actually distinguishes the wares or services in association with which it is used by its owner from the wares or services of others or is adapted so to distinguish them.

As the respondent's application is for registration of a proposed trade mark, it is the latter part of this definition which pertains, and the question becomes that of whether the respondent's trade

J'ai été incapable de souscrire à la proposition que l'abandon mentionné au paragraphe 17(1) a un sens mondial et doit s'interpréter comme désignant un abandon général et non seulement un abandon au Canada. Il est vrai que les mots «au Canada» ne figurent pas au paragraphe 17(1). Cependant, l'article 16 de la Loi utilise les mots «au Canada» de façon répétée relativement à la question de la confusion. En appliquant la règle moderne de l'interprétation des lois, je suis d'avis que les termes du paragraphe 17(1) imposant à un opposant le fardeau d'établir «qu'il n'avait pas abandonné cette marque de commerce . . . créant de la confusion, à la date de l'annonce de la demande du requérant», interprétés suivant leur sens grammatical et ordinaire en fonction du contexte de l'article 16 et de l'esprit de la Loi, limitent clairement la portée de l'abandon de la marque de commerce créant de la confusion à un abandon au Canada: *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241, motifs du juge Estey, à la page 578 R.C.S.

Considérant l'ensemble de la preuve, je conclus que l'appelante avait abandonné ses marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» au Canada à la date de l'annonce de la demande de l'intimée. Ceci étant, je suis incapable de conclure que le registraire a commis une erreur en tirant sa conclusion que l'appelante avait manqué d'établir le non-abandon de ses marques de commerce.

Caractère distinctif

Je traiterai maintenant du second motif d'appel de l'appelante, selon lequel la marque de commerce de l'intimée n'est pas distinctive au sens de l'alinéa 37(2)d) de la *Loi sur les marques de commerce*. Le terme «distinctif» est défini de la façon suivante à l'article 2 de la Loi:

2. . . .

«Distinctive», par rapport à une marque de commerce, désigne une marque de commerce qui distingue véritablement les marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée par son propriétaire, des marchandises ou services d'autres propriétaires, ou qui est adaptée à les distinguer ainsi;

Comme la demande de l'intimée sollicite l'enregistrement d'une marque de commerce projetée, la dernière partie de cette définition est celle qui est pertinente à la présente espèce, et la question

mark "Doodles" was adapted to distinguish its snack food products from those of the appellant at the material time. In my view, the material time for this purpose is the date of filing of the opposition on December 23, 1981. It is undisputed that the appellant's trade marks "Cheez Doodles" and "Dipsy Doodles" had been registered in the United States showing first use since May 1, 1956 and August 25, 1958 respectively. In the circumstances, both counsel are agreed that the question of distinctiveness falls to be determined according to the principles enunciated by the Federal Court of Appeal in *E. & J. Gallo Winery v. Andres Wines Ltd.*, [1976] 2 F.C. 3; (1975), 25 C.P.R. (2d) 126; 11 N.R. 560 (C.A.).

In the *Andres Wines Ltd.* case, *supra*, the respondent, a Canadian company, filed an application for registration of the trade mark "Spanada" for use in association with wines. The appellant, a United States corporation, opposed the application on the grounds that the proposed trade mark was confusing with the appellant's trade mark made known in Canada in association with its fruit flavoured wine, that the respondent knew the appellant's trade mark was well known in Canada as such, and that the trade mark was not distinctive as it was incapable of distinguishing the respondent's wine from that previously and currently advertised in Canada by the appellant. The Registrar rejected the opposition after concluding that none of these grounds had been substantiated. The appellant appealed to the Trial Division and filed some fifty-eight additional affidavits in support of its objections. The respondent adduced no evidence and did not cross-examine any of the appellant's proponents, but simply took exception to the affidavits on technical grounds. The Trial Judge held that none of the appellant's grounds of attack had been substantiated and dismissed the appeal. The Federal Court of Appeal upheld the respondent's application on the principal ground that the respondent's trade mark was not adapted to distinguish its wines from that of others as of the date of the opposition. Thurlow J. [as he then was], dealing with the issue of distinctiveness, said at page 7 F.C.:

devient celle de savoir si la marque de commerce «Doodles» de l'intimée était adaptée à distinguer les grignotises qu'elle commercialisait des produits vendus par l'appelante à l'époque pertinente. À mon sens, la date qui est pertinente à cette fin est celle du dépôt de l'opposition, le 23 décembre 1981. Il n'est pas contesté que les marques de commerce «Cheez Doodles» et «Dipsy Doodles» de l'appelante avaient été enregistrées aux États-Unis à partir de demandes établissant qu'elles avaient respectivement été employées depuis le 1^{er} mai 1956 et depuis le 25 août 1958. Dans de telles circonstances, les avocats des deux parties ont convenu que la question du caractère distinctif doit être tranchée suivant les principes énoncés par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *E. & J. Gallo Winery c. Andres Wines Ltd.*, [1976] 2 C.F. 3; (1975), 25 C.P.R. (2d) 126; 11 N.R. 560 (C.A.).

Dans l'arrêt *Andres Wines Ltd.*, susmentionné, l'intimée, une société canadienne, a déposé une demande d'enregistrement de la marque de commerce «Spanada» qu'elle comptait employer en liaison avec des vins. L'appelante, une société américaine, s'est opposée à la demande aux motifs que la marque de commerce projetée créait de la confusion avec la marque de commerce de l'appelante, révélée au Canada en liaison avec son vin aromatisé aux fruits, que l'intimée savait que la marque de commerce de l'appelante était bien connue au Canada à ce titre, et que la marque de commerce visée n'était pas distinctive parce que non susceptible de distinguer le vin de l'intimée de celui qui avait antérieurement été, et se trouvait encore, annoncé par l'appelante au Canada. Le registraire a rejeté l'opposition après avoir conclu qu'aucun de ces motifs n'était fondé. L'appelante a interjeté appel de cette décision devant la Division de première instance et elle a déposé quelque cinquante-huit affidavits additionnels à l'appui de ses objections. L'intimée n'a pas présenté de preuve et n'a contre-interrogé aucun des témoins déposants de l'appelante; elle a simplement soulevé à l'égard des affidavits des objections fondées sur des questions de procédure. Le juge de première instance a conclu qu'aucun des motifs de contestation invoqués par l'appelante n'était fondé, et il a rejeté l'appel. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel et a ordonné au registraire de rejeter la demande de l'intimée au motif principal que la marque de commerce de l'intimée n'était pas adaptée de façon

The question to be determined on this attack is, therefore, whether the mark, "SPANADA" was, at the material time, adapted to distinguish the wine of the respondent from that of others and as the mark appears to have an inherent distinctiveness the question, as I see it, becomes that of whether it has been established by the evidence that this inherently distinctive mark is not adapted to distinguish the wine of the respondent. The basis put forward for reaching a conclusion that the mark is not adapted to distinguish the respondent's wine is that it is already known as the trade mark of the appellant in respect of similar wares. But for this purpose it is not necessary, in my opinion, that the evidence should be sufficient to show that the mark is well known or has been made well known in Canada within the meaning of s. 5, or by the methods referred to in that section. Such proof, coupled with use in the United States, would be sufficient to entitle the appellant to registration and to a monopoly of the use of the mark. But that is not what is at stake in this proceeding. Here the respondent is seeking to monopolize the use of the mark and the question is that of his right to do so, which depends not on whether someone else has a right to monopolize it, but simply on whether it is adapted to distinguish the respondent's wares in the marketplace. Plainly, it would not be adapted to do so if there were already six or seven wine merchants using it on their labels and for the same reason it would not be adapted to distinguish the respondent's wares if it were known to be already in use by another trader in the same sort of wares. [Emphasis added.]

The learned Judge then turned to a careful consideration of the evidence. There was affidavit evidence of gross sales of more than \$8,700,000 for the appellant's wine sold in Canada prior to the date of the opposition. There were three affidavits of persons concerned with trade publications showing the publication and general distribution of articles and related business records in respect of the appellant's "Spanada" wine as proof of the Canadian circulation thereof. There were, in addition, forty-six affidavits of managers, sales managers or other officials of television broadcasting stations operating near the U.S.-Canada border referring to broadcasts of the appellant's commercials. Each of these affiants swore, *inter alia*, that he was familiar with the extent of reception of his station's telecasts by television sets in Canada and the number of times each commercial was telecast, with the respective dates and times thereof. There were also two affidavits of the appellant's Director of Media Purchasing, wherein he compiled all the information contained in the forty-six affidavits into a chart showing the total number of United States television stations covering almost every

à distinguer ses vins de ceux d'autres propriétaires à la date de l'opposition. Le juge Thurlow [tel était alors son titre], traitant de la question du caractère distinctif, a dit à la page 7 C.F.:

a La question que soulève ce moyen est donc de savoir si la marque «SPANADA» était, à l'époque en question, adaptée à distinguer le vin de l'intimée des vins existants. Comme la marque semble présenter un caractère proprement distinctif, il reste seulement à déterminer, selon moi, si la preuve établit que cette marque proprement distinctive n'est pas adaptée à distinguer le vin de l'intimée. Pour faire cette preuve, on a allégué que cette marque est déjà connue comme celle employée par l'appelante en liaison avec des marchandises semblables. Pour qu'on puisse conclure que la marque n'est pas ainsi adaptée, il n'est pas nécessaire, selon moi, que la preuve démontre que la marque est bien connue ou qu'on l'a bien fait connaître au Canada au sens de l'article 5 ou qu'on a eu recours aux méthodes qui y sont mentionnées. Une telle preuve et le fait de l'emploi de la marque aux États-Unis suffiraient à donner à l'appelante le droit à l'enregistrement et à un monopole de l'emploi de la marque. Mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit. L'intimée cherche à monopoliser l'emploi de la marque et il s'agit de savoir si elle en a le droit. Que quelqu'un d'autre en ait le droit n'a rien à voir. Seul importe le fait que la marque soit adaptée ou non à distinguer les marchandises de l'intimée sur le marché. De toute évidence, elle ne serait pas ainsi adaptée s'il y avait six ou sept marchands de vin qui l'employaient déjà sur leurs étiquettes et, pour la même raison, elle ne le serait pas si on la savait déjà employée par un autre commerçant du même type de marchandises. [Les soulignements sont ajoutés.]

Le savant juge a alors procédé à un examen attentif de la preuve. Un témoignage par affidavit révélait que les ventes brutes du vin de l'appelante à l'extérieur du Canada s'élevaient à plus de 8 700 000 \$ avant la date de l'opposition. Pour établir leur circulation au Canada, trois affidavits étaient déposés; signés par des éditeurs de publications de cette industrie, ils faisaient état de la publication et de la distribution générale de certains articles concernant le vin «Spanada» de l'appelante ainsi que des registres qui y étaient afférents. De plus, quarante-six affidavits souscrits par des directeurs, des directeurs des ventes et d'autres dirigeants de stations de télévision opérant près de la frontière canado-américaine, déclaraient qu'il y avait eu diffusion des messages publicitaires de l'appelante. Chacun des déposants a déclaré entre autres qu'il connaissait bien le nombre de foyers canadiens atteints par les émissions diffusées par sa station et le nombre des diffusions de chaque message publicitaire ainsi que les dates et les heures où celles-ci avaient eu lieu. Étaient également présentés deux affidavits du directeur des services d'achat de supports publicitaires de l'appe-

U.S.-Canadian border state and the number of wine commercials telecast into Canada. The affidavits further deposed that these wine commercials had the potentiality of reaching fifty-one per cent of the Canadian populace. Expert opinion evidence on the part of persons of long experience in the advertising business as to the extent of viewing in Canada of United States border stations was ruled admissible, despite the fact that some of the opinions expressed were based on hearsay. On the basis of all this the learned Judge concluded at page 14 F.C.:

On the whole, therefore, I am of the opinion that it has been established that the mark SPANADA was known in Canada at the material time as the trade mark of the appellant, widely known at least, if indeed not also well known within the meaning of section 5, and that this conclusion is irresistible on the evidence notwithstanding the very cogent observation of the learned Trial Judge that there was not so much as one affidavit by a Canadian viewer to the effect that he had seen appellant's SPANADA advertising on any of the United States television stations.

I have already touched on some features of the appellant's affidavit evidence bearing on the other issues, and thus will endeavour to confine my reconsideration of the same to an encapsulation of matters pertaining to distinctiveness.

The first affidavit of Robert G. Tritsch refers to the registration in Canada of the appellant's trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" and their subsequent expungement, and states additionally that the appellant is owner of trade mark registrations in the United States for these trade marks as well as "Fruit Doodles", "Yankee Doodles", "Nutty Doodles" and "Sunny Doodles". The affidavit further deposes that the appellant acquired its "Sunny Doodles" and "Yankee Doodles" registrations through Drake Bakeries, an operating division of the appellant and a principal competitor in the United States of the respondent, and that the respondent "is therefore well aware of the long and extensive use by the appellant of its "Doodles" family of trade marks in association

lante, qui a compilé tous les renseignements contenus dans les quarante-six affidavits susmentionnés dans un tableau énumérant la totalité des stations de télévision américaines ayant diffusé ces messages—stations qui couvraient presque tous les États situés à la frontière du Canada et des États-Unis— et mentionnant le nombre des messages publicitaires concernant des vins qui avaient été diffusés au Canada. Ces affidavits déclaraient également que ces messages publicitaires étaient susceptibles d'atteindre 51 % de la population canadienne. Même si certaines d'entre elles étaient fondées sur du ouï-dire, ont été jugées admissibles les opinions d'experts que des personnes possédant une longue expérience dans le domaine de la publicité ont présentées concernant l'importance de l'écoute canadienne des stations américaines situées près de la frontière. Sur le fondement de l'ensemble des éléments qui précèdent, le juge a tiré les conclusions suivantes à la page 14 C.F.:

Dans l'ensemble, donc, je suis d'avis qu'il a été établi que la marque SPANADA était connue au Canada à l'époque pertinente comme étant la marque de commerce de l'appelante, connue d'un grand nombre, sinon très bien connue au sens de l'article 5, et que cette conclusion s'impose à la lumière de la preuve, ce qui n'enlève rien à la très grande pertinence de l'observation du savant juge de première instance sur l'absence du moindre affidavit d'un téléspectateur au Canada qui déclarerait avoir vu cette publicité sur une des stations américaines.

Comme j'ai déjà traité de certains éléments des témoignages par affidavit de l'appelante qui concernaient les autres questions en cause, je tenterai, en les réexaminant, de me limiter à un résumé des questions ayant trait au caractère distinctif.

Le premier affidavit de Robert G. Tritsch mentionne l'enregistrement et la radiation au Canada des marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» de l'appelante, en ajoutant que l'appelante est également titulaire des enregistrements américains de ces marques de commerce ainsi que des marques «Fruit Doodles», «Yankee Doodles», «Nutty Doodles» et «Sunny Doodles». Cet affidavit déclare également que l'appelante a acquis les enregistrements relatifs aux noms «Sunny Doodles» et «Yankee Doodles» par l'intermédiaire de Drake Bakeries, une division d'exploitation de l'appelante qui est le concurrent principal de l'intimée aux États-Unis, et que l'intimée [TRADUCTION] «est donc parfaitement au courant de l'usage prolongé et étendu que l'appelante avait

with snack food products". The second affidavit of Mr. Tritsch deals primarily with the appellant's involvement in opposition proceedings with respect to the respondent's applications for the trade marks "Hostess Cottage Fries" and "Hostess Home Fries". I consider this evidence to be irrelevant for purposes of the present appeal.

Mr. Boyer's affidavit makes reference to the widespread sales of the appellant's "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" snack food products throughout the whole area of the eastern seaboard of the United States as far south as Florida, and particularly in such vacation areas as Orlando and Miami as well as in the States of Texas and Louisiana. He gives figures for the yearly retail sales of "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" products in the United States for the years from 1975 to 1982, amounting to millions of dollars. The affidavit also sets out the total advertising expenditures for these products in the United States in the period from 1977 to 1982. Again, the amounts are substantial. Paragraphs 6, 7, 8 and 9 of the Boyer affidavit deal with the nature and extent of television commercials telecast by stations in the Albany, Buffalo and Rochester areas that would have been received in Canada and seen by Canadians living in the Toronto, Barrie, Peterborough, Kitchener, Sudbury, Kingston and Ottawa areas. This was all based on information received from an account executive with the appellant's advertising agency. It was not based on the firsthand knowledge of persons engaged in the operation of those television stations in proximity to the United States-Canada border, as was the case in *Andres Wines Ltd.* In my view, the evidence of overspill advertising contained in these paragraphs of the Boyer affidavit is inadmissible as hearsay evidence.

Finally, Mr. Boyer refers to three exhibits annexed to his affidavit. The first is a page from a December 1981 issue of *Mademoiselle* magazine containing an article "The best (and worst) of

fait de ses marques de commerce du groupe «Doodles» en liaison avec les grignotises». Le deuxième affidavit de M. Tritsch porte principalement sur les procédures d'opposition auxquelles l'appelante est partie en ce qui concerne les demandes de l'intimée visant les marques de commerce «Hostess Cottage Fries» et «Hostess Home Fries». Je considère que cette preuve n'est pas pertinente au présent appel.

L'affidavit de M. Boyer mentionne le fait que les grignotises «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» de l'appelante se vendent beaucoup à travers toute la région de la Côte Est des États-Unis, jusqu'à des régions situées aussi au sud que la Floride, particulièrement dans des endroits de vacances comme Orlando et Miami, et il a ajouté qu'elles sont également répandues dans les États du Texas et de la Louisiane. Il cite des chiffres concernant les ventes de détail annuelles des produits «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» aux États-Unis pour les années 1975 à 1982, qui s'élevaient à des millions et des millions de dollars. L'affidavit mentionne également les dépenses totales de publicité effectuées aux États-Unis à l'égard de ces produits au cours de la période allant de 1977 à 1982. Encore une fois, les montants en cause sont très importants. Les paragraphes 6, 7, 8 et 9 de l'affidavit de Boyer traitent de la nature et de la portée des messages publicitaires diffusés par des stations de télévision des régions d'Albany, de Buffalo et de Rochester qui auraient été captés au Canada et reçus par des personnes vivant dans les régions de Toronto, de Barrie, de Peterborough, de Kitchener, de Sudbury, de Kingston et d'Ottawa. Ces données étaient toutes fondées sur des renseignements obtenus d'un chargé de budget de l'agence de publicité de l'appelante. Elles ne s'appuyaient pas sur l'expérience directe des personnes œuvrant dans de ces stations de télévision situées près de la frontière canado-américaine, comme c'était le cas dans l'arrêt *Andres Wines Ltd.* À mon sens, la preuve d'une publicité débordant les frontières américaines qui est contenue dans ces paragraphes de l'affidavit de Boyer constitue du oui-dire et est inadmissible.

Finalement, M. Boyer renvoie à trois pièces annexées à son affidavit. La première est une page tirée du numéro de décembre 1981 de la revue *Mademoiselle* qui contient un article intitulé «The

times". Passing reference is made in one sentence to "Cheez Doodles" snack foods. The affiant deposes that the magazine "has a circulation in Canada, and is therefore read by Canadians". The second exhibit in the Boyer affidavit is a cartoon referring to "Cheez Doodles" which appeared in the magazine *Esquire* in January of 1961. Similarly, the affiant reiterates that the magazine has a circulation in Canada and is read by Canadians. The third exhibit is an article by a news commentator which appeared in the *Daily News* newspaper on May 17, 1982 in which the appellant's "Cheez Doodles" product featured prominently. The news commentary is irrelevant, in my view, as being after the date of filing of the opposition on December 23, 1981, which is the material date for purposes of resolving the issue of distinctiveness.

Next comes the affidavit of William A. Stimeling, Manager, Marketing Services, of a snack food division of the appellant since 1957, who was responsible for the marketing and advertising of snack food products sold in the United States under the trade marks "Cheez Doodles" and "Dipsy Doodles". As part of his responsibility, the affiant reviews and relies upon compilations of television advertising data prepared by outside agencies. Paragraph 3 of the Stimeling affidavit gives a number of television commercial spots shown in the Albany, Buffalo and Rochester market areas during the months from June 1981 to September 1981 and their cost in terms of Canadian dollars, as well as for the period from February 1982 to September 1982. The commercial spot advertising for the subsequent period is, in my view, irrelevant. The affiant further deposes that television advertisements for "Cheez Doodles" products were placed in the same markets prior to 1981, and particularly during the years 1979 and 1980, but there appears to be no record of such advertisements. The last paragraph of Mr. Stimeling's affidavit reads as follows:

5. Commercials shown by Albany market stations would be seen by Canadians in Eastern Ontario. Commercials shown by

best (and worst) of times». Une phrase mentionne en passant les grignotises «Cheez Doodles». Le déposant déclare que la revue en question [TRADUCTION] «est en circulation au Canada, et est donc lue par des Canadiens». La deuxième pièce visée dans l'affidavit de M. Boyer est un dessin mentionnant les «Cheez Doodles» qui figure dans le magazine *Esquire* en janvier 1961. Encore une fois, l'auteur de cet affidavit fait valoir que cette publication est en circulation au Canada et se trouve lue par des Canadiens. La troisième pièce est un article d'un commentateur de nouvelles paru dans le journal *Daily News* le 17 mai 1982, article dans lequel le produit «Cheez Doodles» de l'appelante se trouve bien en évidence. Je considère cet article non pertinent, puisqu'il a été publié après le 23 décembre 1981, le jour du dépôt de l'opposition, qui constitue la date pertinente lorsqu'il s'agit de trancher la question du caractère distinctif.

Vient ensuite l'affidavit de William A. Stimeling, qui agit comme directeur des services de commercialisation d'une division des grignotises depuis 1957 et qui a été responsable de la commercialisation et de la publicité des produits vendus comme grignotises aux États-Unis sous les marques de commerce «Cheez Doodles» et «Dipsy Doodles». Dans l'exercice de ses responsabilités, M. Stimeling étudie les compilations des données relatives aux messages publicitaires télévisés qui ont été préparées par des agences extérieures, et il se fonde sur ces compilations. Le paragraphe 3 de son affidavit mentionne un certain nombre de messages publicitaires diffusés à la télévision dans les régions des marchés d'Albany, de Buffalo et Rochester au cours des mois de juin à septembre 1981, en précisant leurs coûts en dollars canadiens; il fait de même en ce qui concerne les messages publicitaires de la période de février à septembre 1982. Les données relatives aux messages publicitaires de la période subséquente sont, à mon avis, non pertinentes. L'auteur de l'affidavit déclare également que les messages télévisés concernant les «Cheez Doodles» ont été diffusés pour ces mêmes marchés avant 1981, et particulièrement au cours des années 1979 et 1980, mais il ne semble y avoir aucun registre mentionnant de tels messages. Le dernier paragraphe de l'affidavit de M. Stimeling est ainsi libellé:

[TRADUCTION] 5. Les messages publicitaires diffusés par les stations d'Albany seraient vus par les Canadiens de l'Est de

Buffalo market stations would be seen by Canadians in South Western and South Central Ontario. Commercials shown by Rochester market stations would be seen by Canadians in South Central and Eastern Ontario. In having television commercials aired on Albany, Buffalo and Rochester market television stations, Borden, Inc. was aware that those commercials would be seen by Canadians.

The purpose of all this evidence is to establish that the appellant's trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" were, at the material time, "known in Canada" within the meaning ascribed to that phrase in *E. & J. Gallo Winery v. Andres Wines Ltd.*, *supra*. As previously mentioned, there were in the *Andres Wines* case forty-six affidavits of border television station officials giving details of television broadcasts that were received in Canada. There was also affidavit evidence that the television commercials had the potentiality of reaching fifty-one per cent of the population of Canada. Thurlow J. was thus able to conclude at page 13 F.C.:

... the telecasts, as a whole, of commercial messages referring to the appellant's SPANADA wine by United States border television stations in the period between January 1970 and November 2, 1970 were received in Canada not only by a few but by a very large number of television viewers in Canada and further that the trade mark "SPANADA" had become known to many people in Canada. [Emphasis added.]

I am unable to draw any such conclusion from the evidence in the present case. As I see it, the evidence relating to spill-over television advertising is largely hearsay. Mr. Boyer admitted on cross-examination that he was not personally aware that any of the television commercials were actually shown in Canada. Likewise, Mr. Stimeling had no personal knowledge that the appellant's television commercials were actually broadcast into Canada. The statement in his affidavit to the effect that the appellant's commercials would be seen by Canadians in Ontario appears to have been founded on his personal recollection of listening to United States television shows while camping in Canada as well as on Federal Communications Commission maps showing the reach of broadcast signals. It was brought out in cross-examination that these maps give no indication of the actual extent of viewer participation, and the extent to which the affiant actually consulted these maps is left very much in

l'Ontario. Les messages diffusés par les stations du marché de Buffalo seraient captés par les Canadiens du Sud-Ouest et du Centre-Sud de l'Ontario. Les messages diffusés par les stations du marché de Rochester seraient reçus par les Canadiens du Centre-Sud et de l'Est de l'Ontario. En faisant passer ses messages publicitaires sur les ondes des stations de télévision des marchés d'Albany, de Buffalo et de Rochester, Borden Inc. était consciente que ces messages seraient vus par des Canadiens.

L'objet de tous ces éléments de preuve est d'établir que les marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» de l'appelante étaient, à l'époque pertinente, «connues au Canada» au sens conféré à ce membre de phrase dans l'arrêt *E. & J. Gallo Winery c. Andres Wines Ltd.* susmentionné. Comme il a déjà été dit, dans l'affaire *Andres Wines*, quarante-six affidavits signés par des dirigeants de stations de télévision situées à la frontière fournissaient des précisions sur les messages télévisés qui avaient été reçus au Canada. Il existait également des témoignages par affidavit voulant que les messages publicitaires télévisés soient susceptibles de rejoindre cinquante et un pour cent de la population du Canada. Le juge Thurlow a donc pu conclure à la page 13 C.F.:

... dans l'ensemble, ... les messages publicitaires relatifs au vin SPANADA de l'appelante diffusés par des stations américaines de télévision situées près de la frontière, du mois de janvier 1970 jusqu'au 2 novembre 1970, ont été captés au Canada par un très grand nombre de téléspectateurs et, en outre, que la marque de commerce «SPANADA» est maintenant bien connue au Canada. [Les soulignements sont ajoutés.]

Je suis incapable de tirer une telle conclusion à partir de la preuve présentée dans la présente espèce. Je considère que la preuve relative aux messages télévisés débordant les frontières est en grande partie constituée de oui-dire. M. Boyer a admis lors d'un contre-interrogatoire qu'il n'avait pas contesté personnellement que l'un ou l'autre des messages télévisés avait véritablement été montré au Canada. De la même façon, M. Stimeling n'avait pas constaté personnellement que les messages télévisés de l'appelante avaient véritablement été diffusés au Canada. La déclaration dans son affidavit voulant que les messages publicitaires de l'appelante soient vus par des Canadiens en Ontario semble avoir été fondée sur son souvenir de certaines émissions de télévision en provenance des États-Unis qu'il avait regardées en pratiquant le camping au Canada ainsi que sur des cartes de la Commission fédérale des communications illustrant la portée des signaux de radiodiffusion. Il est

doubt. To Mr. Stimeling's knowledge, the appellant had never inquired of border television stations as to whether the television commercials reached Canadian markets by way of direct signals or cable broadcasts. Mr. Abernathy confirmed on cross-examination that the appellant had never studied or investigated the extent of spill-over advertising into the Canadian market. When questioned specifically as to the basis for his statement that the appellant had promoted "Cheez Doodles" products by spill-over advertising as early as 1981, he replied:

I think anyone who is familiar with the Toronto, Montreal, Ontario markets, is aware that measured media broadcast from one country very readily crosses into the other. It's common for U.S. stations to be seen in Toronto. I saw a number of them on television in my hotel room last night.

In my opinion, the evidence of the spill-over effect from television commercials in the United States falls far short of proving that the appellant's trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" were known in Canada at the material time.

Moreover, no evidence was adduced as to the extent of circulation in Canada of the magazines *Mademoiselle* and *Esquire* and Mr. Boyer could only say under cross-examination, "I guess I was advise[d] that they have circulation in Canada". Presumably, I can take judicial notice of the fact that these publications enjoy some circulation in Canada. However, it would be improper to speculate as to the extent thereof. The reference to "Cheez Doodles" in the *Mademoiselle* magazine is very brief and essentially innocuous. As for the *Esquire* cartoon, I find that it would have little weight or significance from the standpoint of a Canadian reader.

It remains to consider the evidence supporting the submission that many Canadians are exposed to the appellant's trade marks in their travels to the United States, particularly in the eastern sea-

ressorti lors d'un contre-interrogatoire que ces cartes ne fournissent aucune indication sur le nombre réel des spectateurs de ces émissions, et il est très douteux que le déposant ait réellement consulté ces cartes. À la connaissance de M. Stimeling, l'appelante n'avait jamais demandé aux stations de télévision situées près de la frontière si les messages publicitaires qu'elles diffusaient atteignaient des marchés canadiens par des signaux directs ou par câblodiffusion. M. Abernathy a confirmé en contre-interrogatoire que l'appelante n'avait jamais étudié la mesure dans laquelle les messages publicitaires outre-frontière atteignaient le marché canadien. Lorsqu'on lui a demandé précisément sur quoi il fondait sa déclaration que l'appelante avait promu ses produits «Cheez Doodles» au moyen de la publicité outre-frontière depuis aussi tôt que 1981, il a répondu:

[TRADUCTION] Je considère que quiconque est familier avec les marchés de Toronto, de Montréal, de l'Ontario sait que la diffusion d'une publicité dirigée dans un pays traverse très facilement dans l'autre. Les stations américaines sont couramment captées à Toronto. J'en ai captées plusieurs sur le téléviseur de ma chambre d'hôtel hier soir.

À mon sens, la preuve de l'effet de débordement des messages publicitaires diffusés aux États-Unis ne parvient pas à établir que les marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» de l'appelante étaient connues au Canada à l'époque pertinente.

De plus, aucune preuve n'a été présentée en ce qui concerne l'importance de la circulation des magazines *Mademoiselle* et *Esquire* au Canada, et M. Boyer, au cours du contre-interrogatoire, a seulement pu dire: [TRADUCTION] «Je suppose que l'on m'a dit qu'ils étaient en circulation au Canada». Présument, je peux connaître d'office que ces publications jouissent d'une certaine circulation au Canada. Toutefois, il ne serait pas approprié pour moi de conjecturer au sujet de l'étendue de cette circulation. La mention des «Cheez Doodles» dans le magazine *Mademoiselle* est très brève et fondamentalement anodine. En ce qui concerne le dessin de la revue *Esquire*, je conclus qu'il aurait peu de poids ou d'importance pour le lecteur canadien.

Il reste à examiner la preuve appuyant la prétention que de nombreux Canadiens sont mis en contact avec les marques de commerce de l'appelante en voyageant aux États-Unis, en particulier

board and Florida areas. The Boyer affidavit deposed that many Canadians travelling in United States vacation areas are aware of the "Cheez Doodles" products of the appellant. When questioned on cross-examination as to the basis for this statement, Mr. Boyer replied: "I suspect it would be the assumption of mobility of people within the United States and Canada as well". The evidence of Mr. Abernathy with respect to Canadian travel patterns in the United States was limited to reports from a fellow sales and marketing employee, and to his own observations of Canadian licence plates on U.S. highways. No direct evidence was adduced to establish the actual number of Canadians travelling in the states in which the appellant's snack food products are advertised, or the extent of their exposure to these advertisements.

In the result, I find that the appellant's trade marks have not become known sufficiently in Canada to justify reaching a conclusion that the respondent's trade mark "Doodles" was not adapted to distinguish its wares in the marketplace from those of others. I do not propose to elaborate on the case of *Orkin Exterminating Co. Inc. v. Pestco Co. of Canada Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 726; 19 D.L.R. (4th) 90; 30 B.L.R. 152; 34 CCLT 1; 5 C.P.R. (3d) 433; 10 O.A.C. 14 (C.A.), cited by appellant's counsel, inasmuch as the case is distinguishable as one involving a passing-off action and an injunction. Moreover, the case is further distinguishable by the fact that there was direct evidence of Canadian customers that the plaintiff's trade mark in relation to pest control meant to them services of the plaintiff.

Deception or Misleading the Public

The crux of the appellant's case on this point is that respondent's knowledge of the appellant's registration and use of the "Doodles" family of trade marks in the United States, and more particularly the registrations for "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles", should preclude the respondent

dans les régions de la Côte-Est et de la Floride. L'affidavit de Boyer affirmait que de nombreux canadiens voyageant dans les régions des États-Unis destinées aux vacances connaissent l'existence des produits «Cheez Doodles» de l'appelante. Contre-interrogé sur le fondement de cette déclaration, M. Boyer a répondu: [TRADUCTION] «Je suppose que ce serait la présomption que les gens se déplacent tant aux États-Unis qu'au Canada». Le témoignage de M. Abernathy concernant les circuits suivis par les Canadiens voyageant aux États-Unis s'est limité à des rapports d'un collègue des ventes et de la commercialisation, ainsi qu'à ses propres observations concernant la présence de plaques d'immatriculation canadiennes sur les grandes routes américaines. Aucune preuve directe n'a été présentée pour établir le nombre véritable des Canadiens voyageant dans les États où sont annoncées les grignotises de l'appelante, ou la mesure dans laquelle les Canadiens sont mis en contact avec de telles annonces.

En conséquence, je considère que les marques de commerce de l'appelante ne sont pas devenues suffisamment connues au Canada pour justifier la Cour de conclure que la marque de commerce «Doodles» de l'intimée n'était pas adaptée à distinguer, sur le marché, ses marchandises de celles des autres propriétaires. Je n'ai pas l'intention de m'étendre sur l'arrêt *Orkin Exterminating Co. Inc. v. Pestco Co. of Canada Ltd. et al.* (1985), 50 O.R. (2d) 726; 19 D.L.R. (4th) 90; 30 B.L.R. 152; 34 CCLT 1; 5 C.P.R. (3d) 433; 10 O.A.C. 14 (C.A.) qui a été cité par l'avocat de l'appelante puisque cet arrêt peut être distingué de la présente espèce en ce qu'il met en jeu une action en *passing off* et une injonction. De plus, cette affaire est également distinguable par le fait qu'il existait une preuve directe des consommateurs canadiens selon laquelle la marque de commerce de la demanderesse utilisée en liaison avec le contrôle des insectes et des animaux nuisibles désignait dans leur esprit les services de la demanderesse.

Tromper le public ou l'induire en erreur

L'argumentation présentée par l'appelante sur ce point veut essentiellement que la connaissance par l'intimée de l'enregistrement et de l'usage des marques de commerce du groupe «Doodles» aux États-Unis, et plus particulièrement les enregistrements relatifs aux marques «Dipsy Doodles» et

ent's registration of its proposed trade mark in Canada. Counsel for the appellant argues that the respondent was fully aware of the appellant's sales activities in the United States with respect to its snack food products, but nevertheless blatantly copied the trade mark "Doodles". Appellant's counsel points to the difficulty encountered by the fact that Messrs. McKechnie and Douglas refused to submit themselves to further cross-examination, with the result that their affidavit evidence was struck from the register. In his submission, their refusal to reattend for cross-examination justifies the inference that they had knowledge of the appellant's registration and use of its trade marks in the United States, which they were fearful of disclosing.

Counsel for the respondent submits that there is no cogent evidence that the respondent knew about the U.S. registrations in respect of the appellant's trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles". Respondent's counsel also argues that *mala fides* is not relevant to the issue of distinctiveness, and submits that the respondent's applications for "Hostess Cottage Fries" and "Hostess Home Fries" are irrelevant to the present appeal.

In the *Andres Wines* case, Thurlow J. quoted extensively from the judgment of Maclean J. in *Williamson Candy Co. v. W.J. Crothers Co.*, [1924] Ex.C.R. 183, and came to the following conclusion at pages 17-18 F.C.:

The statute has been changed since this was written but the general comments of the learned Judge are as valid today as they were in 1924. The significant part of this for present purposes is that on facts which are strikingly similar in principle the learned Judge held that having regard to the plaintiff's advertising and the knowledge of its mark thereby generated in Canada the defendant's registration of the mark for use in Canada was "calculated to deceive or mislead the public" and for that reason should be expunged. This particular finding of the learned Judge later became the basis for the affirming of his judgment by the Supreme Court. [1925] S.C.R. 377; [[1925] 2 D.L.R. 844.]

At page 380 [S.C.R.], Anglin, C.J., speaking for the majority of the Court said:

The learned President has held that the defendant's trademark as registered "is calculated to deceive and mislead the public". That finding has not been successfully impeached. The evidence warrants it. It in turn fully supports the order

«Cheez Doodles», devraient empêcher l'enregistrement par l'intimée de sa marque projetée au Canada. L'avocat de l'appelante soutient que l'intimée était parfaitement au courant des activités de vente exercées par l'appelante aux États-Unis relativement à ses grignotises, mais qu'elle a néanmoins copié la marque de commerce «Doodles» d'une manière flagrante. L'avocat de l'appelante fait état des difficultés découlant du refus de MM. McKechnie et Douglas de se soumettre à un autre contre-interrogatoire, qui a entraîné la radiation de leurs témoignages par affidavit du dossier. Selon ses prétentions, leur refus de se présenter au contre-interrogatoire justifie l'inférence qu'ils savaient que l'appelante avait enregistré et utilisait ses marques de commerce aux États-Unis, et qu'ils avaient peur de devoir l'admettre.

L'avocat de l'intimée soumet qu'il n'existe aucune preuve forte de la connaissance par l'intimée des enregistrements américains relatifs aux marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» de l'appelante. L'avocat de l'intimée soutient également que la mauvaise foi n'est pas pertinente à la question du caractère distinctif, et il soumet que les demandes présentées par l'intimée à l'égard des termes «Hostess Cottage Fries» et «Hostess Home Fries» ne sont pas pertinentes au présent appel.

Dans l'arrêt *Andres Wines*, le juge Thurlow a cité abondamment le jugement prononcé par le juge Maclean dans l'affaire *Williamson Candy Co. v. W.J. Crothers Co.*, [1924] R.C.É. 183, pour en venir à la conclusion suivante aux pages 17 et 18 C.F.:

La Loi a été modifiée depuis, mais les observations du savant juge sont aussi valables aujourd'hui qu'en 1924. Ce qui nous intéresse dans tout cela, c'est qu'en partant de faits qui, pour l'essentiel, sont remarquablement semblables à ceux de la présente espèce, le savant juge a décidé qu'étant donné la publicité faite par la demanderesse et la connaissance de sa marque ainsi répandue au Canada, l'enregistrement de la marque au Canada fait par la défenderesse «visait à tromper le public ou à l'induire en erreur» et que, pour ce motif, il y avait lieu de le radier. C'est précisément sur cette conclusion du savant juge que la Cour suprême [1925] R.C.S. 377; [[1925] 2 D.L.R. 844] a fondé son jugement portant confirmation.

Le juge en chef Anglin, parlant au nom de la majorité de la Cour, a déclaré à la page 380 [R.C.S.]:

[TRADUCTION] Le savant président a décidé que cet enregistrement de la marque de commerce par la défenderesse «vise à tromper le public ou à l'induire en erreur». Cette conclusion tient toujours. La preuve présentée la justifie. Et

made by the Exchequer Court that the defendant's trade-mark should be expunged as a trade-mark which the Minister in the exercise of his discretion could properly have refused to register.

On the facts of the present case I am of the opinion that here too the registration of the mark "SPANADA" as the trade mark of the respondent and its use by the respondent in association with its wines would be calculated to deceive and mislead the public and that it follows from this that the mark is not adapted to distinguish the wares of the respondent. The opposition of the appellant under s. 37(2)(d) of the *Trade Marks Act* should therefore be sustained.

In my view, the present case is distinguishable from the *Andres Wines* case by the fact that there is no evidence that the appellant's foreign trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" were so widely known in Canada as to justify the conclusion that the respondent's application to register the "Doodles" trade mark was calculated to deceive and mislead the public. In any event, I find that there is no real evidence that the respondent was aware at the material time of the registrations and use of the appellant's trade marks "Dipsy Doodles" and "Cheez Doodles" in the United States. Moreover, section 5 of the *Trade Marks Act* was neither pleaded nor argued. Consequently, this ground of appeal based on deception must also fail.

For the foregoing reasons, the appellant's appeal is dismissed, with costs.

elle justifie pleinement l'ordonnance rendue par la Cour de l'Échiquier de radier l'inscription de la marque de commerce de la défenderesse, celle-ci étant une marque de commerce que le Ministre, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, aurait pu refuser d'enregistrer.

Étant donné les faits de l'espèce, je suis d'avis qu'ici aussi l'enregistrement de la marque «SPANADA» par l'intimée et son emploi par celle-ci en liaison avec ses vins viserait à tromper le public ou à l'induire en erreur et qu'il s'ensuit que la marque n'est pas adaptée à distinguer les marchandises de l'intimée. L'opposition de l'appelante en vertu de l'article 37(2)d) de la *Loi sur les marques de commerce* doit donc être accueillie.

À mon sens, la présente espèce est distinguable de l'affaire *Andres Wines* en ce qu'elle ne comporte aucune preuve que les marques de commerce étrangères «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» de l'appelante étaient connues au Canada au point de justifier la conclusion que la demande d'enregistrement de la marque de commerce «Doodles» de l'intimée a été conçue pour tromper le public et l'induire en erreur. Quoi qu'il en soit, je conclus qu'il n'existe aucune preuve réelle que l'intimée, à l'époque pertinente, avait connaissance des enregistrements et de l'utilisation des marques de commerce «Dipsy Doodles» et «Cheez Doodles» de l'appelante aux États-Unis. De plus, l'article 5 de la *Loi sur les marques de commerce* n'a été ni plaidé ni invoqué. En conséquence, ce motif d'appel fondé sur la tromperie doit également échouer.

Pour les motifs qui précèdent, l'appel de l'appelante est rejeté avec dépens.

T-2102-89

T-2102-89

Canadian Wildlife Federation Inc., Gordon Geske and Joseph Dolecki (Applicants)

v.

Minister of the Environment and Saskatchewan Water Corporation (Respondents)

INDEXED AS: CANADIAN WILDLIFE FEDERATION INC. v. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T.D.)

Trial Division, Muldoon J.—Winnipeg, November 29 and 30, 1989.

Federal Court jurisdiction — S. 18 Federal Court Act application — Court questioning jurisdiction over respondent, Saskatchewan Water Corporation — Relief could not be accorded against Corporation — Although 2 of 3 essential requirements for jurisdiction as set out by Supreme Court of Canada in ITO — International Terminal Operators v. Miida Electronics Inc. met, requirement of statutory grant of jurisdiction by Parliament not met — Saskatchewan Water Corporation established by provincial law — Falling within exception carved out of definition “federal board, commission or other tribunal” in s. 2 Federal Court Act — S.C.C. decisions construing s. 101 Constitution Act, 1867, dwelling on meaning of “laws of Canada” but ignoring meaning of “better” administration thereof and non obstante provision.

Practice — Parties — Standing — Court ex mero motu questioning jurisdiction over Saskatchewan Water Corporation and latter's right to be heard if could not lawfully be impleaded — Corporation could not be impleaded as respondent as within s. 2 Federal Court Act exception — Order nunc pro tunc, on consent, designating Corporation as intervenor permitting it to defend federal licence granted to it.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1) ss. 92(14), 101.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18.

International River Improvements Act, R.S.C., 1985, c. I-20.

Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

Fédération canadienne de la faune Inc., Gordon Geske et Joseph Dolecki (requérants)

a c.

Ministre de l'Environnement et Saskatchewan Water Corporation (intimés)

b RÉPERTORIÉ: FÉDÉRATION CANADIENNE DE LA FAUNE INC. c. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Muldoon—Winnipeg, 29 et 30 novembre 1989.

c *Compétence de la Cour fédérale — Demande fondée sur l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale — La Cour met en question sa compétence à l'égard de la Saskatchewan Water Corporation — On ne pouvait obtenir réparation de la part de la Saskatchewan Water Corporation en qualité d'intimée — Bien qu'il y ait respect de deux des trois conditions essentielles à la compétence de notre Cour exposées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt ITO — International Terminal Operators c. Miida Electronics Inc., il n'y a pas respect de la condition exigeant l'attribution de compétence par le Parlement — La Saskatchewan Water Corporation a été constituée par une loi provinciale — Elle est visée par l'exception que le Parlement s'est trouvé à faire dans la définition d'«office fédéral» à l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale — Les arrêts de la C.S.C. qui interprètent l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867 accordent une grande et minutieuse attention au sens de l'expression «lois du Canada» mais ils sont silencieux sur le sens de la «meilleure» administration et ils ne font aucun cas de la disposition «nonobstant».*

f *Pratique — Parties — Qualité pour agir — La Cour a mis d'elle-même en question sa compétence à l'égard de la Saskatchewan Water Corporation et le droit de cette société de se faire entendre si elle ne pouvait être légalement associée à la procédure — La société ne pouvait être associée à la procédure en qualité d'intimée car elle est visée par l'exception à l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale — Sur consentement des parties, la Cour a rendu une ordonnance nunc pro tunc désignant la société comme intervenante pour lui permettre de défendre le permis fédéral qui lui a été accordé.*

h LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

i *Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1) art. 92(14), 101.*

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 18.

j *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux, L.R.C. (1985), chap. I-20.*

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al., [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.

CONSIDERED:

McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471.

REFERRED TO:

Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment), [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 26 F.T.R. 245 (F.C.T.D.); *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)* (1989), 99 N.R. 72 (F.C.A.).

COUNSEL:

Brian A. Crane and *Martin W. Mason* for applicants.

Brian J. Saunders and *Craig J. Henderson* for respondent Minister of the Environment.

D. E. Gauley and *Clifford B. Wheatley* for respondent Saskatchewan Water Corporation.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of the Environment.

Gauley & Co., Saskatoon and *Clifford B. Wheatley*, Moose Jaw, Saskatchewan, for respondent Saskatchewan Water Corporation.

The following are the reasons for order rendered in English by

MULDOON J.: This proceeding pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 was instituted by the applicants against the Minister of the Environment and the Saskatchewan Water Corporation as respondents. An earlier case under section 18 between the same parties (T-80-89) [[1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 26 F.T.R. 245] resulted in the setting aside of a licence under the *International River Improvements Act*, R.S.C., 1985, c. I-20 to build dams and to carry out other works on the Souris River system in Saskatchewan. That licence was issued by the respondent Minister to the Saskatch-

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

McNamara Construction (Western) Ltd. et autre c. La Reine, [1977] 2 R.C.S. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976), 9 N.R. 471.

DÉCISIONS CITÉES:

Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement), [1989] 3 C.F. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 26 F.T.R. 245 (C.F. 1^{re} inst.); *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1989), 99 N.R. 72 (C.A.F.).

AVOCATS:

Brian A. Crane et *Martin W. Mason* pour les requérants.

Brian J. Saunders et *Craig J. Henderson* pour l'intimé le ministre de l'Environnement.

D. E. Gauley et *Clifford B. Wheatley* pour l'intimée Saskatchewan Water Corporation.

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour les requérants.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé le ministre de l'Environnement.

Gauley & Co., Saskatoon, et *Clifford B. Wheatley*, Moose Jaw (Saskatchewan), pour l'intimée Saskatchewan Water Corporation.

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

LE JUGE MULDOON: Cette procédure fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, a été engagée par les requérants contre le ministre de l'Environnement et la Saskatchewan Water Corporation en qualité d'intimés. Une affaire antérieure entre les mêmes parties, fondée sur l'article 18 (T-80-89) [[1989] 3 C.F. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 26 F.T.R. 245] avait eu pour issue l'annulation d'un permis délivré en vertu de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*, L.R.C. (1985), chap. I-20, visant la construction de barrages et l'exécution d'autres travaux

ewan Water Corporation, and its setting aside was subsequently upheld by a unanimous decision of this Court's Appeal Division (A-228-89) [(1989), 99 N.R. 72].

In the present case at bar, the Court *ex mero motu*, called into question the Court's jurisdiction over the Saskatchewan Water Corporation and hence that Corporation's right to be heard if it could not be lawfully impleaded.

This Court's jurisdiction was defined generally by the majority judgment of the Supreme Court of Canada in the case of *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241. There at page 766, Mr. Justice McIntyre is reported as distilling from two previous decisions of the Supreme Court, the essential requirements to support the jurisdiction of this Court in a lawsuit in which damages are claimed. The two previous decisions which he cited are *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 81; and *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471. In both cases the Supreme Court of Canada undertook to construe section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1*)]. It runs as follows:

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

In the two earlier Supreme Court cases cited, the Court's judgments give scrupulous and exacting attention to the meaning of the expression "the laws of Canada" but are notoriously silent on the meaning of the "better" administration thereof and they completely ignore the expression "notwithstanding anything in this Act". It will be recalled that the power of the latter expression was

sur le réseau fluvial de la rivière Souris en Saskatchewan. Le permis avait été délivré par le ministre intimé à la Saskatchewan Water Corporation, et son annulation avait été subséquemment confirmée par une décision unanime de la Section d'appel de cette Cour (A-228-89) [(1989), 99 N.R. 72].

En l'espèce, la Cour a d'elle-même mis en question sa compétence à l'égard de la Saskatchewan Water Corporation et partant, le droit de cette société de se faire entendre si elle ne pouvait être légalement associée à la procédure.

La compétence de cette Cour a été définie de façon générale dans un arrêt majoritaire de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241. À la page 766, le juge McIntyre tire de deux arrêts antérieurs de la Cour suprême les conditions essentielles pour pouvoir conclure à la compétence de notre Cour dans une action en justice concluant au versement de dommages-intérêts. Les deux arrêts antérieurs cités par le juge McIntyre sont *McNamara Construction (Western) Ltd. et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; et *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadian Pacific Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976), 9 N.R. 471. Dans ces deux affaires, la Cour suprême du Canada a interprété l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*)], dont voici le libellé:

101. Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

Dans les deux arrêts antérieurs de la Cour suprême qui sont cités, les jugements de la Cour accordent une grande et minutieuse attention au sens de l'expression «lois du Canada», mais ils sont notoirement silencieux sur le sens de la «meilleure» administration de ces lois, et ils ne font aucun cas de l'expression «nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte». On se souvien-

ample to work Canada's autonomy from the jurisdiction of the Judicial Committee of the Privy Council to adjudicate appeals from Canada. It was held that such *non obstante* provision accorded Parliament the authority to override the constitutional division of powers particularly in regard to head 14 of section 92.

However the distilled essential requirements of this Court's jurisdiction recited by McIntyre J. in the *ITO* case, taken in inverse order for present purposes are as follows [at page 766 S.C.R.]:

—The law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

—There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.

The above two criteria are easily met here, for this case turns on the provisions of the *International River Improvements Act* and the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467 (EARP Guideliens Order), both of which are evidently “laws of Canada” for whose better (not merely “due”, and certainly not “crippled”) administration this Court is established.

It might certainly be argued that the better administration of those laws could well countenance the impleading of the Saskatchewan Water Corporation whose licence was purportedly issued thereunder and which, by the terms of such licence, has agreed to respect and abide by all relevant laws of Canada pertaining to its Souris River basin dams and works.

The remaining requirement runs thus:

—There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.

However, Parliament, although apparently able to grant such jurisdiction on the strength of the “notwithstanding” provision in section 101, has stopped short of doing so. The relief sought here can be accorded under section 18 of the *Federal*

dra que le pouvoir qui réside dans cette dernière expression a suffi à mettre fin à la compétence qu'avait le Comité judiciaire du Conseil Privé d'entendre les appels des décisions rendues par des tribunaux canadiens. On a conclu que cette expression «nonobstant» donnait au Parlement l'autorité de passer outre au partage constitutionnel des pouvoirs, particulièrement à l'égard de la rubrique 14 de l'article 92.

Cependant, les conditions essentielles à la compétence de notre Cour exposées par le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO*, prises en sens inverse pour les besoins de l'espèce, sont les suivantes [à la page 766 R.C.S.]:

—La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

—Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.

Les deux conditions susmentionnées sont aisément remplies ici, car la présente affaire porte sur les dispositions de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux* et du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, deux mesures législatives qui sont évidemment des «lois du Canada» pour la meilleure administration (et non simplement pour l'administration «régulière» et certainement pas pour l'administration «boiteuse») desquelles cette Cour a été établie.

On pourrait certainement soutenir que la meilleure administration de ces lois pourrait fort bien s'accommoder de l'association à la procédure de la Saskatchewan Water Corporation dont le permis aurait été délivré en vertu desdites lois et qui, conformément à son permis, a convenu de respecter toutes les lois pertinentes du Canada ayant trait à ses barrages et travaux du bassin de la rivière Souris.

La dernière condition est la suivante:

—Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.

Cependant, le Parlement, bien qu'il puisse apparemment accorder une telle compétence en raison de la clause «nonobstant» de l'article 101, ne s'est pas rendu jusque-là. La réparation recherchée en l'espèce peut être obtenue en vertu de l'article 18

Court Act “against any federal board, commission or other tribunal.” This expression is defined, in section 2 of the *Federal Court Act* to mean:

2. ...

... any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or ... (Emphasis not in original text.)

The Saskatchewan Water Corporation is a body constituted and established by a law of the Province of Saskatchewan and, therefore, relief cannot be accorded against it pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*. It ought not to be here impleaded in the capacity of a respondent, because of the exception for such bodies which Parliament carved out of the definition of a “federal board, commission or other tribunal” in section 2 of the *Federal Court Act*.

In light of the above determination, all the other parties by their respective counsel agreed to treat the Saskatchewan Water Corporation as an intervener to permit it to appear by counsel in the present case so that it may make its submissions in defence of the federal licence which it has been granted. On that basis, the Court made an order *nunc pro tunc* in order to accommodate the parties and to amend the style of cause to designate the corporation as an intervener. All without costs.

de la *Loi sur la Cour fédérale* «de la part d'un office fédéral.» Voici la définition donnée à cette expression à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*:

a 2. ...

... Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou ... (Non souligné dans le texte original.)

La Saskatchewan Water Corporation est un organisme créé et établi par une loi de la province de la Saskatchewan et, par conséquent, il ne peut être obtenu réparation de sa part en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Elle ne doit pas être associée en l'espèce à la procédure en qualité d'intimée en raison de l'exception que le Parlement s'est trouvé à faire à l'égard de ces organismes dans la définition d'«office fédéral» à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Étant donné la conclusion susmentionnée, toutes les autres parties ont convenu par l'entremise de leurs avocats respectifs de considérer la Saskatchewan Water Corporation comme intervenante pour lui permettre de comparaître par avocat dans la présente affaire afin de faire des observations pour défendre le permis fédéral qui lui a été accordé. Sur ce fondement, la Cour a rendu une ordonnance *nunc pro tunc* afin d'obliger les parties et de modifier l'intitulé de la cause pour désigner la Saskatchewan Water Corporation en qualité d'intervenante. Le tout sans dépens.

A-734-88

A-734-88

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

v.

Stanley John McKimmon (*Respondent*)INDEXED AS: *McKIMMON v. M.N.R. (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Urie and Hugessen J.J.A.—Vancouver, December 4; Ottawa, December 21, 1989.

Income tax — Income calculation — Deductions — Pursuant to decree nisi of divorce taxpayer paying \$115,000 in consecutive annual instalments of \$25,000 (last payment being \$15,000) to former wife together with interest on unpaid balance — Prior to divorce, taxpayer paying \$600 per month interim alimony — Income Tax Act, s. 60(b) allowing deduction of allowance payable on periodic basis for maintenance pursuant to court order or written agreement — Necessary to look at all circumstances — Considerations including: length of periods between payments; amount of payments in relation to income and living standards of payer and recipient; whether payments bearing interest prior to due date; whether prepayment or acceleration provisions; whether payments allowing significant capital accumulation; whether payable for indefinite period or fixed term; assignability; whether releasing payer from future obligations to pay maintenance — Applying foregoing criteria payments not allowance for maintenance, but instalments of lump sum settlement.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 56(1)(b), 60(b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Minister of National Revenue v. Trottier, Dorila, [1967] 2 Ex.C.R. 268; [1967] C.T.C. 28; 67 DTC 5029; *Larivière v. Canada*, [1989] 2 F.C. 104; [1989] 1 C.T.C. 297 (C.A.); *Minister of National Revenue v. Armstrong*, [1956] S.C.R. 446; [1956] C.T.C. 93; (1956), 56 DTC 1044; *Trottier v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 728; [1968] C.T.C. 324; (1968), 68 DTC 5216.

REVERSED:

McKimmon v. M.N.R., [1988] 2 C.T.C. 71; (1988), 88 DTC 6296; 15 R.F.L. (3d) 113.

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

c.

Stanley John McKimmon (*intimé*)RÉPERTORIÉ: *McKIMMON c. M.R.N. (C.A.)*

Cour d'appel, juges Pratte, Urie et Hugessen, J.C.A.—Vancouver, 4 décembre; Ottawa, 21 décembre 1989.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Conformément à un jugement conditionnel de divorce, le contribuable a payé à son ex-épouse 115 000 \$ par versements annuels consécutifs de 25 000 \$ (le dernier versement étant de 15 000 \$) ainsi qu'un intérêt sur le solde impayé — Avant le divorce, le contribuable payait une pension alimentaire provisoire de 600 \$ par mois — L'art. 60b) de la Loi de l'impôt sur le revenu permet de déduire toute allocation d'entretien payable périodiquement en vertu d'une ordonnance judiciaire ou d'un accord écrit — Il faut examiner toutes les circonstances — Parmi les éléments à considérer, il y a l'intervalle entre les paiements, le montant des paiements par rapport au revenu et au niveau de vie du débiteur et du bénéficiaire; la question de savoir si les paiements portent intérêt avant leur date d'échéance; les dispositions en matière de paiements anticipés et d'exigibilité immédiate; la question de savoir si les paiements permettent d'accumuler un capital important; la question de savoir si les paiements sont dus pendant une période indéfinie ou une durée fixe; la cessibilité; la question de savoir si les paiements libèrent le débiteur de toute obligation future de verser une pension alimentaire — Compte tenu des critères susmentionnés, les paiements en question ne constituent pas une allocation d'entretien mais des versements faits dans le cadre d'un règlement global.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 56(1)(b), 60b).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Minister of National Revenue v. Trottier, Dorila, [1967] 2 R.C.É. 268; [1967] C.T.C. 28; 67 DTC 5029; *Larivière c. Canada*, [1989] 2 C.F. 104; [1989] 1 C.T.C. 297 (C.A.); *Minister of National Revenue v. Armstrong*, [1956] R.C.S. 446; [1956] C.T.C. 93; (1956), 56 DTC 1044; *Trottier v. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 728; [1968] C.T.C. 324; (1968), 68 DTC 5216.

DÉCISION INFIRMÉE:

McKimmon c. M.R.N., [1988] 2 C.T.C. 71; (1988), 88 DTC 6296; 15 R.F.L. (3d) 113.

REFERRED TO:

Minister of National Revenue v. Hansen, William Albert, [1968] 1 Ex.C.R. 380; [1967] C.T.C. 440; 67 DTC 5293; *Gagnon v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 264; (1986), 25 D.L.R. (4th) 481; [1986] 1 C.T.C. 410; 86 DTC 6179; 65 N.R. 321; 1 R.F.L. (3d) 113; *The Queen v. Dorion (L)*, [1981] CTC 136; (1980), 81 DTC 5111 (F.C.T.D.).

COUNSEL:

Max J. Weder for appellant.
Gerald S. Levey for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Glasner & Schwartz, Vancouver, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HUGESSEN J.A.: This is an appeal from a decision of Collier J. [[1988] 2 C.T.C. 71; (1988), 88 DTC 6296; 15 R.F.L. (3d) 113], of the Trial Division, allowing the taxpayer's appeal from a decision of Sarchuk J., [[1986] 2 C.T.C. 2359; (1986), 86 DTC 1752; 5 R.F.L. (3d) 113] of the Tax Court of Canada, which had confirmed the Minister's assessment.

The sole issue for determination is the deductibility, for tax purposes, of certain payments made by the taxpayer to his former wife in the years 1982 and 1983. Those payments were made pursuant to the provisions of a *decree nisi* of divorce pronounced by a local judge of the Supreme Court of British Columbia February 5, 1982. The relevant passages of the decree, given on consent, read as follows:

AND THIS COURT FURTHER ORDERS, by consent, that the maintenance Respondent pay to the Petitioner the lump sum/ of ONE HUNDRED THIRTY THOUSAND (\$130,000.00) DOLLARS and periodic maintenance in the sum of ONE HUNDRED FIFTEEN THOUSAND (\$115,000.00) DOLLARS in satisfaction of all financial relief under the Divorce Act and Family Relations Act, payable in the manner following, that is to say:

(a) Transfer to her of all that certain parcel or tract of land and premises situate at 33118 Whidden Avenue, Mission, British Columbia, more particularly known and described as:

Lot 53, S.W.¼, Section 28,
Township 17, Plan 28357, New
Westminster District

DÉCISIONS CITÉES:

Minister of National Revenue v. Hansen, William Albert, [1968] 1 R.C.É. 380; [1967] C.T.C. 440; 67 DTC 5293; *Gagnon c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 264; (1986), 25 D.L.R. (4th) 481; [1986] 1 C.T.C. 410; 86 DTC 6179; 65 N.R. 321; 1 R.F.L. (3d) 113; *La Reine c. Dorion (L)*, [1981] CTC 136; (1980), 81 DTC 5111 (C.F. 1^{re} inst.).

AVOCATS:

Max J. Weder pour l'appelante.
Gerald S. Levey pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Glasner & Schwartz, Vancouver, pour l'intimé.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel d'une décision du juge Collier [[1988] 2 C.T.C. 71; (1988), 88 DTC 6296; 15 R.F.L. (3d) 113] de la Section de première instance, ayant accueilli l'appel du contribuable d'une décision du juge Sarchuk [[1986] 2 C.T.C. 2359; (1986), 86 DTC 1752; 5 R.F.L. (3d) 113] de la Cour canadienne de l'impôt, qui avait confirmé la cotisation du ministre.

La seule question à trancher est la déductibilité, pour fins d'impôt, de certains paiements faits par le contribuable à son ex-épouse en 1982 et 1983, conformément aux dispositions d'un jugement conditionnel de divorce prononcé par un juge local de la Cour suprême de la Colombie-Britannique le 5 février 1982. Voici les extraits pertinents de ce jugement rendu par consentement:

[TRADUCTION] ET LA PRÉSENTE COUR ORDONNE, avec le consentement des parties, que l'intimé paie à la requérante la pension alimentaire forfaitaire de CENT TRENTE MILLE DOLLARS (130 000 \$) et des paiements périodiques de pension de CENT QUINZE MILLE DOLLARS (115 000 \$) en satisfaction de tous les redressements financiers prévus par la Loi sur le divorce et la Family Relations Act, payables de la façon suivante:

a) la cession du bien-fonds situé au 33118 Whidden Avenue, Mission (Colombie-Britannique), connu et désigné comme étant:

le lot 53, ¼ S.O., section 28, canton 17,
plan 28357, district de New Westminster

free and clear of all encumbrances, subject to existing tenancies, at a deemed value for the purposes of this Action of ONE HUNDRED THIRTY THOUSAND (\$130,000.00) DOLLARS; such transfer to be completed by the 1st day of April, 1982 with an adjustment date being the date of transfer;

(b) Payment of the sum of ONE HUNDRED FIFTEEN THOUSAND (\$115,000.00) DOLLARS in consecutive annual installments as follows:

\$25,000.00 on the first day of April, 1982
 \$25,000.00 on the first day of January, 1983
 \$25,000.00 on the first day of January, 1984
 \$25,000.00 on the first day of January, 1985
 \$15,000.00 on the first day of January, 1986

together with and in addition to interest at the rate of TEN (10%) PERCENTUM per annum, on the balance of the said ONE HUNDRED FIFTEEN THOUSAND (\$115,000.00) DOLLARS from time to time owing, such interest to commence accruing from and inclusive of the 1st day of April, 1982, and be computed half-yearly, not in advance, and become due and payable annually with the annual installments of principal as they become due and payable.

AND THIS COURT FURTHER ORDERS, by consent, that the Respondent cause Kapps Enterprises Ltd. to execute and deliver to the Petitioner a collateral mortgage of all its equity as Purchaser in and to all that certain parcel or tract of land and premises situate at 34054 Parr Avenue, Mission, British Columbia, more particularly known and described as:

Lot 1, S.E. ¼, Section 27,
 Township 17, Plan 34254,
 New Westminster District

free and clear of all financial encumbrances (save and except the title interest of the unpaid Vendor) by the 1st day of April, 1982, such mortgage to be deemed collateral security for the payment of the said sum of ONE HUNDRED FIFTEEN THOUSAND (\$115,000.00) DOLLARS and interest to the Petitioner as hereinbefore provided.

AND THIS COURT FURTHER ORDERS, by consent, that the Respondent shall have the privilege of prepaying the balance or any portion thereof owing under the aforesaid terms of payment, and collateral mortgage, without notice or bonus, subject nevertheless to the proviso that in the event of default of payment by the Respondent of the principal or interest herein or any portion thereof, at the times and in the amounts provided, then and in every such case the principal sum and every portion thereof at the option of the Mortgagee shall forthwith become due and payable without notice; and further subject to the proviso that there shall be no acceleration of payment in the event of sale. (Appeal Book, at pages 78 and 79).

The payments in issue were said to have been made pursuant to paragraph (b) above.

Prior to the pronouncement of the decree of divorce, the parties had lived separate and apart for approximately four years, during which time the taxpayer had paid to his wife the sum of \$600 per month as interim alimony.

libre et quitte de toute charge sous réserve des tenances actuelles, à la valeur présumée, pour les fins de la présente action, de CENT TRENTE MILLE DOLLARS (130 000 \$); cette cession doit être exécutée le 1^{er} avril 1982; la date de répartition des charges est celle de la cession;

b) le paiement de la somme de CENT QUINZE MILLE DOLLARS (115 000 \$) en versements annuels consécutifs, de la façon suivante:

25 000 \$ le premier avril 1982
 25 000 \$ le premier janvier 1983
 25 000 \$ le premier janvier 1984
 25 000 \$ le premier janvier 1985
 15 000 \$ le premier janvier 1986

ainsi qu'un intérêt annuel de DIX POUR CENT (10 %) sur le solde des CENT QUINZE MILLE DOLLARS (115 000 \$); cet intérêt commence à courir à compter du 1^{er} avril 1982 et est calculé tous les six mois, non d'avance et est exigible tous les ans en même temps que les versements annuels du principal.

ET LA PRÉSENTE COUR ORDONNE, avec le consentement des parties, que l'intimé prenne des mesures pour que la compagnie Kapps Enterprises Ltd. accorde à la requérante une hypothèque sur tout son avoir en tant qu'acheteur du bien-fonds situé au 34054 Parr Avenue, Mission (Colombie-Britannique), connu et désigné comme étant:

le lot 1, ¼ S.E., section 27, canton 17,
 plan 34254, district de New Westminster

libre et quitte de toute charge financière (sauf pour ce qui est du solde du prix de vente) le 1^{er} avril 1982; l'hypothèque est présumée être une garantie accessoire du paiement à la requérante de la somme de CENT QUINZE MILLE DOLLARS (115 000 \$) et des intérêts, tel qu'il a déjà été stipulé.

ET LA PRÉSENTE COUR ORDONNE, avec le consentement des parties, que l'intimé ait le privilège de payer d'avance tout ou partie du solde dû en vertu des modalités du paiement, et de l'hypothèque accessoire, sans préavis ni prime, sous réserve néanmoins qu'en cas de défaut de paiement par l'intimé de tout ou partie du principal ou de l'intérêt, au moment et aux montants prévus, le principal et toute partie de celui-ci au gré du créancier hypothécaire deviendront alors exigibles immédiatement sans préavis; sous réserve également qu'il n'y aura pas d'exigibilité anticipée des paiements en cas de vente. (Dossier d'appel, aux pages 78 et 79).

Les paiements en question sont censés avoir été fait en vertu du paragraphe b) susmentionné.

Avant le prononcé du jugement de divorce, les parties vivaient séparées depuis environ quatre ans, période au cours de laquelle le contribuable a versé à son épouse la somme de 600 \$ par mois à titre de pension alimentaire provisoire.

The relevant statutory provision is paragraph 60(b) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63]. This allows a taxpayer to deduct from income:

60. ...

(b) an amount paid by the taxpayer in the year, pursuant to a decree, order or judgment of a competent tribunal or pursuant to a written agreement, as alimony or other allowance payable on a periodic basis for the maintenance of the recipient thereof, children of the marriage, or both the recipient and children of the marriage, if he was living apart from, and was separated pursuant to a divorce, judicial separation or written separation agreement from, his spouse or former spouse to whom he was required make the payment at the time the payment was made and throughout the remainder of the year;

The correlative provision is paragraph 56(1)(b), which requires a taxpayer to include in income:

56. (1) ...

(b) any amount received by the taxpayer in the year, pursuant to a decree, order or judgment of a competent tribunal or pursuant to a written agreement, as alimony or other allowance payable on a periodic basis for the maintenance of the recipient thereof, children of the marriage, or both the recipient and children of the marriage, if the recipient was living apart from, and was separated pursuant to a divorce, judicial separation or written separation agreement from, the spouse or former spouse required to make the payment at the time the payment was received and throughout the remainder of the year;

It will be observed that the two texts deal with both alimony and other allowances payable on a periodic basis for maintenance. Although the French text is somewhat unclear on this point, it is now settled that the reference to alimony ("*pension alimentaire*") is limited to sums payable during the currency of the marriage.¹

Since the payments with which we are here concerned were made after the pronouncement of the divorce between the parties, the issue is to know whether they were paid as an "allowance payable on a periodic basis for the maintenance" of the taxpayer's former wife.

¹ See *Larivière v. Canada*, [1989] 2 F.C. 104; [1989] 1 C.T.C. 297 (C.A.), at p. 106 F.C.:

As the amount of \$10,000 at issue here was paid by the appellant to his ex-wife after their marriage was dissolved, that is not the payment of "*pension alimentaire*" in the limited sense in which that phrase is used in paragraph 60(b).

La disposition législative pertinente est l'alinéa 60b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63] qui permet à un contribuable de déduire de son revenu:

a 60. ...

b) toute somme payée dans l'année par le contribuable, en vertu d'un arrêt, d'une ordonnance ou d'un jugement rendu par un tribunal compétent ou en vertu d'un accord écrit, à titre de pension alimentaire ou autre allocation payable périodiquement pour subvenir aux besoins du bénéficiaire, des enfants issus du mariage ou à la fois du bénéficiaire et des enfants issus du mariage, si le contribuable vivait séparé, en vertu d'un divorce, d'une séparation judiciaire ou d'un accord écrit de séparation, du conjoint ou de l'ex-conjoint à qui il était tenu de faire le paiement, le jour où le paiement a été effectué et durant le reste de l'année;

La disposition corrélatrice est l'alinéa 56(1)b), qui oblige un contribuable à inclure dans son revenu:

d 56. (1) ...

b) toute somme reçue dans l'année par le contribuable, en vertu d'un arrêt, d'une ordonnance ou d'un jugement rendu par un tribunal compétent ou en vertu d'un accord écrit, à titre de pension alimentaire ou autre allocation payable périodiquement pour subvenir aux besoins du bénéficiaire, des enfants issus du mariage ou à la fois du bénéficiaire et des enfants issus du mariage, si le bénéficiaire vivait séparé en vertu d'un divorce, d'une séparation judiciaire ou d'un accord écrit de séparation du conjoint ou de l'ex-conjoint tenu de faire le paiement, à la date où le paiement a été reçu et durant le reste de l'année.

Il faut remarquer que les deux textes portent tant sur la pension alimentaire que sur les autres allocations d'entretien payables périodiquement. Même si la version française est quelque peu ambiguë sur ce point, il est maintenant établi que le terme *alimony* («pension alimentaire») désigne uniquement les sommes payables au cours du mariage¹.

h Puisque les paiements en l'espèce ont été faits après le prononcé du divorce entre les parties, il s'agit de savoir s'ils l'ont été à titre «d'allocation payable périodiquement pour subvenir aux besoins» de l'ex-épouse du contribuable.

¹ Voir l'arrêt *Larivière c. Canada*, [1989] 2 C.F. 104; [1989] 1 C.T.C. 297 (C.A.), à la p. 106 C.F.:

Comme la somme de 10 000 \$ qui nous intéresse a été payée par l'appellant à son ancienne épouse après la dissolution de leur mariage, ce n'était pas là le paiement d'une pension alimentaire au sens restreint où cette expression est utilisée dans l'alinéa 60b).

The problem of distinguishing between periodic payments made as an allowance for maintenance, which are deductible for income tax purposes, and periodic payments made as instalments of a lump or capital sum, which are not so deductible, is one which has given rise to considerable discussion and jurisprudence. It is not dissimilar, and is indeed related to the problem, common in income tax law, of determining if sums of money expended or received are of an income or of a capital nature. As with that problem there can be very few hard and fast rules. On the contrary, the Court is required to look at all the circumstances surrounding the payment and to determine what, in the light of those circumstances, is its proper characterization. Because of the correlation between paragraphs 60(b) and 56(1)(b), a finding that a payment is deductible by the payer will normally result in its being taxable in the hands of the recipient. Conversely, a determination that a payment is not so deductible will result in the recipient having it free of tax.

The following are, as it seems to me, some of the considerations which may properly be taken into account in making such a determination. The list is not, of course, intended to be exhaustive.

1. The length of the periods at which the payments are made. Amounts which are paid weekly or monthly are fairly easily characterized as allowances for maintenance.² Where the payments are at longer intervals, the matter becomes less clear. While it is not impossible, it would appear to me to be difficult to envisage payments made at intervals of greater than one year as being allowances for maintenance.

2. The amount of the payments in relation to the income and living standards of both payer and recipient. Where a payment represents a very substantial portion of a taxpayer's income or even exceeds it, it is difficult to view it as being an allowance for maintenance. On the other hand, where the payment is no greater than might be expected to be required to maintain the recipient's

² See, for example, *Minister of National Revenue v. Hansen, William Albert*, [1968] 1 Ex.C.R. 380; [1967] C.T.C. 440; 67 DTC 5293.

La distinction entre les versements périodiques faits à titre d'allocation d'entretien, qui sont déductibles pour fins d'impôt sur le revenu, et les versements périodiques faits sous forme de paiement forfaitaire ou de capital, qui, eux, ne le sont pas, a fait l'objet de longues discussions et de nombreux arrêts de jurisprudence. Il y a une question similaire, reliée en fait à ce problème, qui se pose fréquemment en droit fiscal et qui consiste à déterminer si des sommes d'argent sont dépensées ou reçues à titre de revenu ou de capital. Ce genre de problème peut difficilement être résolu par des règles rigides. La Cour doit au contraire examiner toutes les circonstances entourant le paiement et déterminer, à la lumière de ces circonstances, la façon appropriée de qualifier ce paiement. Vu la corrélation qui existe entre les alinéas 60b) et 56(1)b), le fait de conclure qu'un paiement est déductible par un débiteur fera habituellement en sorte que le bénéficiaire sera imposable à l'égard dudit paiement. À l'inverse, conclure qu'un paiement n'est pas déductible fera en sorte que le bénéficiaire sera exempt d'impôt.

Voici certaines considérations dont on peut légitimement tenir compte, me semble-t-il, pour en arriver à une telle décision. Il ne s'agit évidemment pas d'une liste exhaustive.

1. L'intervalle auquel les paiements sont effectués. Les sommes qui sont versées une fois par semaine ou une fois par mois peuvent facilement être qualifiées d'allocations d'entretien². Lorsque les paiements sont effectués à des intervalles plus longs, la question devient moins claire. Même si ce n'est pas impossible, il me paraîtrait difficile de considérer comme des allocations d'entretien des paiements faits à des intervalles plus longs qu'une année.

2. Le montant des paiements par rapport au revenu et au niveau de vie du débiteur et du bénéficiaire. Lorsqu'un paiement représente une partie très importante du revenu d'un contribuable ou même l'exécède, il est difficile de considérer un tel paiement comme une allocation d'entretien. Par ailleurs, lorsqu'un paiement ne dépasse pas ce qui serait censé être nécessaire au maintien du niveau

² Voir par exemple l'affaire *Minister of National Revenue v. Hansen, William Albert*, [1968] 1 R.C.É. 380; [1967] C.T.C. 440; 67 DTC 5293.

standard of living, it is more likely to qualify as such an allowance.

3. Whether the payments are to bear interest prior to their due date. It is more common to associate an obligation to pay interest with a lump sum payable by instalments than it is with a true allowance for maintenance.³

4. Whether the amounts envisaged can be paid by anticipation at the option of the payer or can be accelerated as a penalty at the option of the recipient in the event of default. Prepayment and acceleration provisions are commonly associated with obligations to pay capital sums and would not normally be associated with an allowance for maintenance.

5. Whether the payments allow a significant degree of capital accumulation by the recipient. Clearly not every capital payment is excluded from an allowance for maintenance: common experience indicates that such things as life insurance premiums and blended monthly mortgage payments,⁴ while they allow an accumulation of capital over time, are a normal expense of living which are paid from income and can properly form part of an allowance for maintenance. On the other hand, an allowance for maintenance should not allow the accumulation, over a short period, of a significant pool of capital.⁵

6. Whether the payments are stipulated to continue for an indefinite period or whether they are for a fixed term. An allowance for maintenance will more commonly provide for its continu-

³ See *Minister of National Revenue v. Trottier, Dorila*, [1967] 2 Ex.C.R. 268; [1967] C.T.C. 28; 67 DTC 5029, at p. 278 Ex.C.R.:

Further maintenance is payable for the support of the wife and as such is not assignable by her and neither do such payments, from their very nature, bear interest.

⁴ See, for example, *Gagnon v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 264; (1986), 25 D.L.R. (4th) 481; [1986] 1 C.T.C. 410; 86 DTC 6179; 65 N.R. 321; 1 R.F.L. (3d) 113.

⁵ See *Larivière, supra*, at p. 108:

Having said this, the question for solution as I understand it is as to whether the decree under which the \$10,000 payment was made imposed an obligation to make periodic payments for the purpose of enabling the appellant's ex-wife to maintain herself during the period for which these payments were made, rather than enabling her to establish a capital sum.

de vie du bénéficiaire, il sera plus probablement admissible à titre d'allocation.

3. Les paiements portent-ils intérêt avant leur date d'échéance? On associe plus souvent l'obligation de payer des intérêts à une somme forfaitaire payable par versements qu'à une véritable allocation d'entretien.³

4. Les sommes en question peuvent-elles être payées par anticipation au gré du débiteur ou peuvent-elles être exigibles immédiatement à titre de pénalité au gré du bénéficiaire en cas de défaut de paiement? Les dispositions en matière de paiements anticipés et d'exigibilité immédiate sont d'habitude associés à l'obligation de payer des sommes à titre de capital et non à une allocation d'entretien.

5. Les paiements permettent-ils au bénéficiaire d'accumuler un capital important? Ce ne sont manifestement pas tous les paiements à titre de capital qui sont exclus d'une allocation d'entretien: l'expérience indique qu'à titre d'exemples des primes d'assurance-vie et des paiements hypothécaires mensuels réunis⁴, même s'ils permettent une accumulation de capital au cours des années, constituent des frais normaux de subsistance qui sont payés sur le revenu et peuvent faire partie d'une allocation d'entretien. D'autre part, une telle allocation ne devrait pas permettre l'accumulation, sur une brève période, d'un capital important.⁵

6. Les paiements sont-ils censés continuer pendant une période indéfinie ou être d'une durée fixe? Une allocation d'entretien fera habituellement en sorte que ces paiements seront effectués

³ Voir l'arrêt *Minister of National Revenue v. Trottier, Dorila*, [1967] 2 R.C.É 268; [1967] C.T.C. 28; 67 DTC 5029, à la p. 278 R.C.É.:

[TRADUCTION] D'autres paiements d'entretien peuvent être versés pour subvenir aux besoins de l'épouse et, à ce titre, celle-ci ne peut pas les céder; de plus aucun de ces paiements, du fait de leur nature propre, ne porte intérêt.

⁴ Voir par exemple *Gagnon c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 264; (1986), 25 D.L.R. (4th) 481; [1986] 1 C.T.C. 410; 86 DTC 6179; 65 N.R. 321; 1 R.F.L. (3d) 113.

⁵ Voir l'arrêt *Larivière*, précité, à la p. 108:

Ceci dit, la question à résoudre, telle que je la comprends, est celle de savoir si le jugement en vertu duquel le paiement de 10 000 \$ a été fait a imposé l'obligation d'effectuer des paiements périodiques ayant pour objet de permettre à l'ancienne épouse de l'appelant de subvenir à ses besoins pendant le temps où ces paiements étaient effectués plutôt que de lui permettre de se constituer un capital.

ance either for an indefinite period or to some event (such as the coming of age of a child) which will cause a material change in the needs of the recipient. Sums payable over a fixed term, on the other hand, may be more readily seen as being of a capital nature.

7. Whether the agreed payments can be assigned and whether the obligation to pay survives the lifetime of either the payer or the recipient. An allowance for maintenance is normally personal to the recipient and is therefore unassignable and terminates at death. A lump or capital sum, on the other hand, will normally form part of the estate of the recipient, is assignable and will survive him.⁶

8. Whether the payments purport to release the payer from any future obligations to pay maintenance. Where there is such a release, it is easier to view the payments as being the commutation or purchase of the capital price of an allowance for maintenance.⁷

Viewing the facts of the present case in the light of the foregoing criteria, it becomes quickly appar-

pendant une période indéfinie ou jusqu'à l'arrivée d'un événement (par exemple la majorité d'un enfant) qui modifiera de façon importante les besoins du bénéficiaire. Les sommes payables pendant une durée fixe peuvent au contraire être plus facilement considérées comme un capital.

7. Les paiements convenus peuvent-ils être cédés et l'obligation de payer subsiste-t-elle pendant toute la vie du débiteur ou du bénéficiaire? Une allocation d'entretien est habituellement versée à la personne même du bénéficiaire; elle est par conséquent incessible et prend fin à son décès. Une somme forfaitaire ou un capital, au contraire, fera normalement partie de la succession du bénéficiaire, elle peut donc être cédée et subsistera après son décès⁶.

8. Les paiements sont-ils censés libérer le débiteur de toute obligation future de verser une pension alimentaire? Dans l'affirmative, il est plus facile de considérer les paiements comme l'échange ou l'achat du coût en capital d'une allocation d'entretien⁷.

Considérant les faits en l'espèce à la lumière des critères susmentionnés, il ressort manifestement de

⁶ See *Trottier, supra*; also *The Queen v. Dorion (L)*, [1981] CTC 136; (1980); 81 DTC 5111 (F.C.T.D.).

⁷ See *Minister of National Revenue v. Armstrong*, [1956] S.C.R. 446; [1956] C.T.C. 93; (1956), 56 DTC 1044, at p. 448 S.C.R.:

If, for example, the respondent had agreed with his wife that he should purchase for her a house in return for a release of all further liability under the decree, the purchase price could not, by any stretch of language, be brought within the section. The same principle must equally apply to a lump sum paid directly to the wife to purchase the release. Such an outlay made in commutation of the periodic sums payable under the decree is in the nature of a capital payment to which the statute does not extend.

See also *Trottier v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 728; [1968] C.T.C. 324; (1968), 68 DTC 5216, at p. 733 S.C.R.:

... it appears that the agreement between the parties was not that the husband should pay his wife a periodic allowance for maintenance and that his agreement to do so should be collaterally secured by a second mortgage; it was rather a release by her of all her claims for an allowance and the giving by her (in para. 4 of the agreement) of an irrevocable power of attorney to bar her dower in her husband's lands in exchange for a single consideration, the giving of the mortgage for \$45,000.

⁶ Voir l'arrêt *Trottier*, précité; également *La Reine c. Dorion (L)*, [1981] CTC 136; (1980), 81 DTC 5111 (C.F. 1^{re} inst.).

⁷ Voir l'arrêt *Minister of National Revenue v. Armstrong*, [1956] R.C.S. 446; [1956] C.T.C. 93; (1956), 56 DTC 1044, à la p. 448 R.C.S.:

[TRADUCTION] Si, par exemple, l'intimé avait convenu avec son épouse qu'il lui achèterait une maison et qu'en contrepartie, il serait libéré de toute responsabilité eu égard au jugement, le prix d'achat ne pourrait, d'aucune façon, tomber sous le coût de l'article. Le même principe doit s'appliquer également à une somme forfaitaire payée directement à l'épouse pour acheter la libération de son ex-conjoint. Une telle dépense faite en échange des sommes périodiques payables en vertu du jugement constitue un paiement de capital auquel la loi ne s'applique pas.

Voir également l'arrêt *Trottier v. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 728; [1968] C.T.C. 324; (1968), 68 DTC 5216, à la p. 733 R.C.S.:

[TRADUCTION] ... il appert que l'accord conclu par les parties ne stipulait pas que le mari devait verser à sa femme une allocation périodique pour son entretien et que son engagement à le faire devait être garanti subsidiairement par une deuxième hypothèque. Cet accord précisait plutôt que l'épouse renonçait à toutes ses demandes d'allocation et donnait (au paragraphe 4 de l'accord), un mandat irrévocable de radier son droit aux terrains de son mari, en échange d'une seule contrepartie: le don de l'hypothèque pour 45 000 \$.

ent that most of the indicators point strongly to the payments in issue being instalments of a lump sum settlement and that virtually none point the other way.

The payments are to be made only once a year. The amounts paid are not only greatly in excess of the prior alimony of \$600 per month but also constitute a very large proportion of the taxpayer's declared income in the two years in question.⁸ Interest is, by the terms of the decree, payable on the balance of the total sum of \$115,000 from time to time remaining due. The taxpayer is given a prepayment privilege at his option while, in the event of default, his former wife may require the accelerated payment of the whole of the balance. The total sum of \$115,000 represents a significant capital amount when compared not only with the taxpayer's declared income but also with the deemed value of the real estate which was also transferred as part of the same consent decree. The payments are to be made over a fixed term and are not stated to be dependent upon the survival of either the payer or the recipient. Finally, the payments are stated to be "in satisfaction of all financial relief under the *Divorce Act* and *Family Relations Act*".⁹

I conclude that the sums here in issue were not paid by the taxpayer as an allowance for the maintenance of his former wife. Accordingly they were not deductible from the taxpayer's income under paragraph 60(b) and are taxable in his hands rather than those of the recipient as would be required by paragraph 56(1)(b).

For these reasons, I would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Trial Division and dismiss the taxpayer's appeal to the Trial Division with costs.

⁸ The actual deductions claimed, which presumably included interest, were \$27,000 in 1982 and \$31,757 in 1983. The taxpayer's total declared income in those years was \$33,551 and \$36,244 respectively. (Appeal Book, at p. 29 and 35).

⁹ Counsel for the respondent placed a good deal of emphasis on the fact that, notwithstanding this phrase in the decree, the Supreme Court of British Columbia, in fact, retained the power to reopen the matter and to vary the payments. That may be so, but we have to deal with the decree as it is and not as it might be or might have been.

la plupart des indicateurs que les paiements en question ont été faits dans le cadre d'un règlement global et que virtuellement aucun de ces indicateurs ne laisse croire le contraire.

^a Les paiements doivent être effectués une seule fois par année. Non seulement les sommes versées dépassent de beaucoup la pension alimentaire antérieure de 600 \$ par mois mais elles constituent également une partie très importante du revenu déclaré du contribuable au cours des deux années en question⁸. Aux termes du jugement, l'intérêt est payable sur tout solde impayé du montant total de 115 000 \$. Le contribuable a le privilège d'effectuer à son gré des paiements anticipés tandis que, en cas de défaut de paiement, son ex-épouse peut exiger le paiement immédiat du solde tout entier. La somme totale de 115 000 \$ représente un capital important par comparaison non seulement au revenu déclaré du contribuable mais également à la valeur présumée du bien-fonds qui a également été transféré dans le cadre du même jugement rendu par consentement. Les paiements doivent être effectués pendant une période déterminée et ne sont pas censés dépendre de la survie du débiteur alimentaire ou du bénéficiaire. Enfin, ils sont censés être faits «en satisfaction de tous les redressements financiers prévus par la *Loi sur le divorce* et la *Family relations Act*»⁹.

^f Je conclus que le contribuable n'a pas payé les sommes en question à titre d'allocation pour subvenir aux besoins de son ex-épouse. Ces sommes n'étaient donc pas déductibles de son revenu en vertu de l'alinéa 60b) et c'est lui qui doit payer l'impôt sur ces sommes et non pas, comme l'exigerait l'alinéa 56(1)b), le bénéficiaire.

^h Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens, j'annulerais le jugement de la Section de première instance et je rejetterais l'appel du contribuable devant la Section de première instance avec dépens.

⁸ Les déductions réclamées, qui incluaient vraisemblablement l'intérêt, étaient de 27 000 \$ en 1982 et 31 757 \$ en 1983. Le revenu déclaré du contribuable pour ces années était de 33 551 \$ et de 36 244 \$ respectivement. (Dossier d'appel, aux p. 29 et 35).

⁹ L'avocat de l'intimé a fortement insisté sur le fait que, nonobstant cette expression utilisée dans le jugement, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conservé le pouvoir de rouvrir l'affaire et de modifier les paiements. C'est peut-être vrai mais nous devons examiner le jugement tel qu'il est et non tel qu'il pourrait ou aurait pu être.

PRATTE J.A.: I agree.

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

URIE J.A.: I agree.

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

T-2080-88

T-2080-88

David Paul, Chief of the Tsartlip Indian Band, Louis Claxton, Chief of the Tsawout Indian Band, Tom Harry, Chief of the Malahat Indian Band, Ed Mitchell, Chief of the Pauquachin Band, David Bill, Chief of the Tseycum Indian Band, each on their own behalf and on behalf of each of the members of their respective bands (*Plaintiffs*)

v.

Pacific Salmon Foundation, Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Minister of Fisheries and Oceans (*Defendants*)

INDEXED AS: TSARTLIP INDIAN BAND v. PACIFIC SALMON FOUNDATION (T.D.)

Trial Division, Muldoon J.—Vancouver, June 5 and 21, 1989.

Practice — Parties — Intervention — Motion by unincorporated association to be added as party or intervener — Members of association engaged in commercial fishing — Indian Bands seeking declaration of rights to harvest fishery — Intervener status granted following trend where public interest and constitutional issues raised — Intervention authorized by analogy to RR. 1310 and 1717(2)(b) and by Court's inherent jurisdiction to control own procedure — Standing as party defendant refused as association could not be sued.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Motion by unincorporated association to be added as party or intervener in action for declaration as to Indian Bands' right to harvest fishery — Intervener standing granted — Court having inherent jurisdiction under s. 101 Constitution Act, 1867 to control own procedure — Standing as party defendant refused — Court without jurisdiction to entertain claim between plaintiffs and applicant even if lis between them.

This is a motion by Pacific Fishermen's Alliance (PFA) for an order adding it as a party or intervener in an action for declaratory and injunctive relief. PFA is an unincorporated association whose members are engaged in commercial fishing off the west coast. The plaintiffs claim that the issuance of a licence to the Pacific Salmon Foundation to harvest the salmon fishery would adversely affect their right to harvest that fishery for their own needs and for commercial purposes and would be inconsistent with their Treaty fishing rights.

Held, the applicant should be granted intervener status.

David Paul, chef de la bande indienne Tsartlip, Louis Claxton, chef de la bande indienne Tsawout, Tom Harry, chef de la bande indienne Malahat, Ed Mitchell, chef de la bande Pauquachin, David Bill, chef de la bande indienne Tseycum, en leur propre nom et au nom de chacun des membres de leur bande respective (*demandeurs*)

b c.

La fondation du saumon du Pacifique, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre des Pêches et des Océans (*défendeurs*)

c RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE TSARTLIP c. FONDATION DU SAUMON DU PACIFIQUE (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Muldoon—Vancouver, 5 et 21 juin 1989.

d *Pratique — Parties — Intervention — La requête présentée demande qu'une association non constituée en société soit jointe à l'action en qualité de partie ou d'intervenante — Les membres de cette association pratiquent la pêche commerciale — Les bandes indiennes en l'espèce recherchent un jugement déclaratoire reconnaissant leur droit d'exploiter une pêcherie — La qualité d'intervenante est accordée conformément à la tendance manifestée lorsque des questions d'intérêt public ou des questions constitutionnelles sont soulevées — L'intervention est autorisée par analogie avec les Règles 1310 et 1717(2)(b) et en vertu de la compétence inhérente de la Cour de régir sa propre procédure — La qualité de défenderesse est refusée parce que l'association visée ne peut être poursuivie.*

e *Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Il s'agit d'une requête présentée par une association non constituée en société pour être ajoutée comme partie ou comme intervenante dans une action sollicitant un jugement déclaratoire qui reconnaîtrait le droit de bandes indiennes d'exploiter une pêcherie — La qualité d'intervenante est accordée — En vertu de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867, la Cour possède la compétence inhérente de régir sa propre procédure — La qualité de partie défenderesse est refusée — La Cour ne serait pas compétente à entendre une demande entre les demandeurs et la requérante même dans l'hypothèse où il existerait entre eux un litige.*

h *Il s'agit d'une requête présentée par la Pacific Fishermen's Alliance (PFA) pour obtenir une ordonnance la joignant en qualité de partie ou d'intervenante à une action sollicitant un redressement déclaratoire et un redressement par voie d'injonction. PFA est une association non constituée en société dont les membres pratiquent la pêche commerciale à partir de la côte ouest. Les demandeurs soutiennent que la délivrance d'un permis d'exploitation de la pêcherie de saumon nuirait à leur droit d'exploiter cette pêcherie pour la satisfaction de leurs propres besoins et à des fins commerciales, et ils prétendent que cette mesure serait incompatible avec les droits de pêche que leur accordent les traités.*

Jugement: la qualité d'intervenante devrait être accordée à la requérante.

The Pacific Fishermen's Alliance cannot be added as a party defendant. Whether it consents or not, PFA cannot be sued in this Court. The Court has no jurisdiction to entertain such a claim even if there were a genuine *lis* between the plaintiffs and the applicant.

PFA should, however, be afforded standing as a party intervenant, subject to specific conditions. It has a strong and compelling interest in the outcome of the action: a declaration of extensive, if not exclusive, rights to take salmon would, if exercised, affect the livelihoods of its members. There is an increasing judicial trend to afford interested parties standing to intervene in litigation involving high public interest and constitutional matters.

Federal Court Rule 5 is the basis upon which the issue of the Court's authority to permit intervention is to be determined. Rule 5(a) provides that the practice and procedure of the Court can be determined by analogy to other Rules. An apt analogy could be found in Rules 1310 and 1716(2)(b). A further ground was the Court's inherent jurisdiction, derived from section 101 of the *Constitution Act, 1867*, to control its own practice and procedure. Section 101 was sufficient to give the Court jurisdiction to permit an intervention for the "better administration of the laws of Canada".

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(12), (24) 92, 96, 101.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 1010, 1310, 1716(2)(b).
Rules of Court, B.C. Reg. 310/76, R. 15(5)(a).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Alda Enterprises Ltd. v. R., [1978] 2 F.C. 106; (1977), 80 D.L.R. (3d) 551 (T.D.); *Dene Nation v. The Queen*, [1983] 1 F.C. 146 (T.D.); *Attorney General of Canada, The v. The Canadian Pacific Railway Company and Canadian National Railways*, [1958] S.C.R. 285; (1958), 12 D.L.R. (2d) 625; 76 C.R.T.C. 241; *Can. Lab. Congress v. Bhindi* (1985), 61 B.C.L.R. 85 (C.A.); *Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. v. A.G. Can.* (1985), 1 C.P.C. (2d) 312; 57 N.R. 376 (F.C.A.); *Canadian Red Cross Society v. Simpsons Limited*, [1983] 2 F.C. 372; (1983), 70 C.P.R. (2d) 19 (T.D.).

CONSIDERED:

Tsartlip Indian Band et al. v. Pacific Salmon Foundation et al. (1988), 24 F.T.R. 304 (F.C.T.D.); *R. v. Sparrow* (1986), 36 D.L.R. (4th) 246; [1987] 2 W.W.R. 577; 9 B.C.L.R. (2d) 300; 32 C.C.C. (3d) 65 (C.A.); *British*

La Pacific Fishermen's Alliance ne peut être ajoutée au groupe des défendeurs. Avec ou sans son consentement, PFA ne peut être poursuivie devant cette Cour. La Cour ne serait pas compétente à entendre une telle demande même dans l'hypothèse où il existerait un véritable litige entre les demandeurs et la requérante.

PFA devrait toutefois, à certaines conditions précises, se voir accorder la qualité pour agir comme partie intervenante. Son intérêt dans le résultat de l'action est important et irrésistible: un jugement déclaratoire qui reconnaîtrait des droits étendus, sinon exclusifs, de pêche au saumon toucherait les moyens de subsistance de ses membres si ces droits étaient exercés. Les tribunaux ont de plus en plus tendance à accorder aux intéressés la qualité voulue pour intervenir dans les litiges concernant à un haut point l'intérêt public de même que dans les litiges à caractère constitutionnel.

La Règle 5 de la Cour fédérale est le fondement sur lequel doit s'apprécier le pouvoir de la Cour d'autoriser l'intervention. La Règle 5(a) prévoit que la Cour déterminera la pratique et la procédure à suivre par analogie avec les autres dispositions des Règles de la Cour. Les Règles 1310 et 1716(2)(b) fournissent une analogie utile. La compétence inhérente de la Cour de régir sa propre pratique et sa propre procédure, qui découle de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, constitue un autre motif permettant d'accorder la qualité d'intervenante. L'article 101 suffit à habiliter la Cour à autoriser une intervention en vue de «la meilleure administration des lois du Canada».

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 5], art. 91(12), (24), 92, 96, 101.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 5, 1010, 1310, 1716(2)(b).
Rules of Court, B.C. Reg. 310/76, Règle 15(5)(a).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Alda Enterprises Ltd. c. R., [1978] 2 C.F. 106; (1977), 80 D.L.R. (3d) 551 (1^{re} inst.); *La Nation dénée c. La Reine*, [1983] 1 C.F. 146 (1^{re} inst.); *Attorney General of Canada, The v. The Canadian Pacific Railway Company and Canadian National Railways*, [1958] R.C.S. 285; (1958), 12 D.L.R. (2d) 625; 76 C.R.T.C. 241; *Can. Lab. Congress v. Bhindi* (1985), 61 B.C.L.R. 85 (C.A.); *Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. c. P.G. Can.* (1985), 1 C.P.C. (2d) 312; 57 N.R. 376 (C.A.F.); *Société canadienne de la Croix-Rouge c. Simpsons Limited*, [1983] 2 C.F. 372; (1983), 70 C.P.R. (2d) 19 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Bande indienne Tsartlip et autres c. Fondation du Saumon du Pacifique et autres (1988), 24 F.T.R. 304 (C.F. 1^{re} inst.); *R. v. Sparrow* (1986), 36 D.L.R. (4th) 246; [1987] 2 W.W.R. 577; 9 B.C.L.R. (2d) 300; 32

Columbia Packers Ltd. v. Canada Labour Relations Board, [1974] 2 F.C. 913; (1974), 50 D.L.R. (3d) 602 (T.D.); aff'd [1976] 1 F.C. 375; (1975), 64 D.L.R. (3d) 522; 75 CLLC 14,307 (C.A.).

REFERRED TO:

British Columbia Packers Limited v. Canada Labour Relations Board, [1973] F.C. 1194 (T.D.); *B.C. Fed. of Lab. v. B.C. (W.C.B.)* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 325 (S.C.).

AUTHORS CITED

Oxford English Dictionary, vol. I, compact ed. Oxford: Clarendon Press, 1971, "analogy".
Petit Larousse illustré. Montréal: Éditions françaises, 1984, "analogie".

COUNSEL:

C. Harvey for proposed intervenor.

Lewis F. Harvey for plaintiffs.

J. R. Haig for defendant Her Majesty the Queen in Right of Canada.

SOLICITORS:

Russell & DuMoulin, Vancouver, for proposed intervenor.

Davis & Company, Vancouver, for plaintiffs.

Deputy Attorney General of Canada for defendant Her Majesty the Queen in Right of Canada.

The following are the reasons for order rendered in English by

MULDOON J.: The applicant, not a party hereto, has brought this motion dated May 24, 1989, for an order that the Pacific Fishermen's Alliance, on behalf of the Pacific Gillnetters Association, the Gulf Trollers Association, the Pacific Trollers Association, the Prince Rupert Fishing Vessel Owners Association, the Fishing Vessel Owners Association of British Columbia, the Pacific Coast Fishing Vessel Owners Guild, Northern Trollers Association, the Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, the Co-op of Fishermen's Guild, the Underwater Harvesters' Association and the Deep Sea Trawlers Association of B.C. be added as a party or intervenor in the present

C.C.C. (3d) 65 (C.A.); *British Columbia Packers Ltd. c. Le Conseil canadien des relations du travail*, [1974] 2 C.F. 913; (1974), 50 D.L.R. (3d) 602 (1^{re} inst.); conf. par [1976] 1 C.F. 375; (1975), 64 D.L.R. (3d) 522; 75 CLLC 14,307 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

British Columbia Packers Limited c. Le Conseil canadien des relations du travail, [1973] C.F. 1194 (1^{re} inst.); *B.C. Fed. of Lab. v. B.C. (W.C.B.)* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 325 (C.S.).

DOCTRINE

Oxford English Dictionary, vol. I, Compact ed. Oxford: Clarendon Press, 1971, «analogy».
Petit Larousse illustré. Montréal: Éditions françaises, 1984, «analogie».

AVOCATS:

C. Harvey pour la requérante se proposant d'intervenir.

Lewis F. Harvey pour les demandeurs.

J. R. Haig pour Sa Majesté la Reine du chef du Canada, défenderesse.

PROCUREURS:

Russell & DuMoulin, Vancouver, pour la requérante se proposant d'intervenir.

Davis & Company, Vancouver, pour les demandeurs.

Le sous-procureur général du Canada pour Sa Majesté la Reine du chef du Canada, défenderesse.

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

LE JUGE MULDOON: La requérante, qui n'est pas partie à l'espèce, a déposé la présente requête datée du 24 mai 1989 pour obtenir une ordonnance portant que la Pacific Fishermen's Alliance soit jointe à la présente action en qualité de partie ou d'intervenante conformément aux Règles 5, 1010 et 1716(2b) [Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663], afin d'y agir pour le compte de la Pacific Gillnetters Association, de la Gulf Trollers Association, de la Pacific Trollers Association, de la Prince Rupert Fishing Vessel Owners Association, de la Fishing Vessel Owners Association of British Columbia, de la Pacific Coast Fishing Vessel Owners Guild, de la Northern Trollers

action, pursuant to Rules 5, 1010 and 1716(2)(b) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663].

The applicant, the Pacific Fishermen's Alliance (hereinafter: PFA), is an unincorporated association composed of the organizations on whose behalf it brings this motion some, most or all of which are incorporated entities. They are all engaged in commercial fishing off the west coast. Some, but apparently few, of their members are registered Indians who have additional racial interests in common with the plaintiffs. The motion is supported by Lawrence Patrick Greene's affidavits, sworn respectively on November 5, 1988, and May 23, 1989.

In order to appreciate the flavour of the plaintiffs' action, one can do no better than to resort to their statement of claim which speaks for itself, after all. Here are certain selected passages:

21. The Plaintiffs say that their right to harvest the Goldstream Fishery in or around Satellite Channel and Saanich Inlet are rights which existed prior to the Treaties and were reserved at the time of the Treaties and acknowledged by the Treaties and are rights which have existed and continue to exist. These rights include the right of members of the Bands to harvest the Goldstream Fishery in or around Satellite Channel for such purposes as they see fit including for their own food needs and for commercial purposes.

22. The Minister of Fisheries and Oceans has unlawfully interfered with and thereby denied the Plaintiffs' right to harvest the Goldstream Fishery in and around Satellite Channel during the years 1984, 1985, 1986, 1987 and 1988. In addition, the Minister of Fisheries and Oceans has failed to adequately protect the rights of the Plaintiffs to their fisheries including, *inter alia*, the Goldstream Fishery. As a result thereof, the economic and cultural life of the Bands has and continues to suffer damage and injury. Such damage and injury include, *inter alia*, the loss of income and business opportunity which have resulted in an unemployment rate among the Plaintiff Bands of 85%. This has had a dramatic and adverse effect on the social and cultural fabric of the Plaintiff Bands.

23. By the actions of the Minister of Fisheries and Oceans as set out in paragraph 22 herein, Her Majesty and the Minister are in breach of the fiduciary duty they owe to the Bands to protect the Plaintiffs' rights to the Goldstream Fishery and their duty not to prejudice or diminish the rights of the Plaintiffs as acknowledged and affirmed by the Treaties. As a result thereof, the Bands have suffered the injuries and damages as set out in paragraph 22 herein.

Association, de la Prince Rupert Fishermen's Cooperative Association, de la Co-op of Fishermen's Guild, de la Underwater Harvesters' Association et de la Deep Sea Trawlers Association of B.C.

^a La requérante, la Pacific Fishermen's Alliance (ci-après appelée la PFA), est une association non constituée en société qui est formée des organisations pour le compte desquelles elle présente la requête en l'espèce, organisations qui, pour la plupart, sinon toutes, sont des entités constituées en sociétés. Elles pratiquent toutes la pêche commerciale à partir de la côte ouest. Une partie, apparemment restreinte, de leurs membres est formée d'Indiens inscrits au registre qui partagent également certains intérêts raciaux supplémentaires avec les demandeurs. La requête est appuyée par les affidavits de Lawrence Patrick Greene, qui ont été signés respectivement le 5 novembre 1988 et le 23 mai 1989.

Le meilleur moyen de prendre connaissance de la nature de la présente action est la consultation de la déclaration, qui, après tout, parle par elle-même. En voici certains passages:

^e [TRADUCTION] 21. Les demandeurs disent que leur droit d'exploiter la pêcherie de Goldstream dans le canal Satellite et l'inlet Saanich ou autour de ces endroits a préexisté aux traités et se trouvait réservé lors de leur conclusion; les traités ont reconnu ces droits, qui continuent d'exister. Ces droits comprennent celui des membres des bandes d'exploiter la pêcherie de Goldstream dans le canal Satellite ou autour de celui-ci pour les fins qu'ils considèrent appropriées, dont la satisfaction de leurs propres besoins alimentaires et le commerce.

^f 22. Au cours des années 1984, 1985, 1986, 1987 et 1988, le ministre des Pêches et des Océans a illégalement porté atteinte au droit des demandeurs d'exploiter la pêcherie de Goldstream dans le canal Satellite et autour de ce canal, les privant de la sorte de leurs privilèges. De plus, le ministre des Pêches et des Océans a omis de protéger adéquatement les droits détenus par les demandeurs dans leurs pêcheries, notamment dans celle de Goldstream. De ce fait, la vie économique et culturelle des bandes a subi, et continue de subir, un préjudice. Les dommages causés aux bandes demandereses comprennent une diminution de leurs revenus et une réduction de leurs possibilités commerciales qui ont entraîné un taux de chômage de 85 % chez leurs membres. Cette situation a eu un effet désastreux sur la trame sociale et culturelle des bandes demandereses.

^h 23. En raison des actions du ministre des Pêches et des Océans mentionnées au paragraphe 22 de la présente déclaration, Sa Majesté et le ministre ont manqué à leur obligation fiduciaire de protéger les droits des bandes des demandeurs dans la pêcherie de Goldstream ainsi qu'à leur devoir de ne pas porter atteinte aux droits des demandeurs qui sont reconnus et confirmés par les traités, et de ne pas les diminuer. Ces actions ont causé aux bandes le préjudice et les dommages mentionnés au paragraphe 22 de la présente déclaration.

24. The Minister of Fisheries and Oceans has, or is proposing to issue a licence to the Pacific Salmon Foundation pursuant to the *Fisheries Act*, allowing the Pacific Salmon Foundation to harvest the Goldstream Fishery in or around the area of Satellite Channel for the year 1988. This licence is purported to be issued by the Minister to the exclusion of the members of the Plaintiff Bands in violation of the rights of the Bands acknowledged by the Treaties and in breach of the fiduciary duty owed to the members of the Bands by the Minister.

25. As a result of the actions of the Minister as set out in paragraphs 22 and 24 herein, the Plaintiffs have suffered and will continue to suffer damages, including the loss of income and business opportunity. In addition, the harvest of the Goldstream Fishery by the Pacific Salmon Foundation in the Satellite Channel area will cause irreparable harm to the Plaintiffs inasmuch as the Plaintiffs will be prevented from carrying on their fishery.

26. The Plaintiffs' rights as aforesaid are protected by sections 25, 35 and 52 of the *Constitutional Act*, 1982 and the Plaintiff pleads and relies upon the provisions of the *Constitution Act*.

WHEREFORE THE PLAINTIFFS CLAIM AGAINST THE DEFENDANTS,

(a) A declaration that the Plaintiffs have the right to harvest the Goldstream Fishery in and around the Satellite Channel area.

(b) A declaration that the licence issued by the Minister of Fisheries and Oceans to the Pacific Salmon Foundation is null and void and of no force and effect to the extent that it is inconsistent with the rights of the Plaintiffs to carry on their fisheries.

(c) A declaration that the Minister of Fisheries and Oceans does not have the lawful authority under the *Fisheries Act* to act in any way which is inconsistent with the rights of the Plaintiffs to carry on their fisheries as set out herein.

(d) An interlocutory injunction against Pacific Salmon Foundation, its servants, employees and agents, from harvesting the Goldstream Fishery for the year 1988.

(e) An interlocutory injunction against the Minister of Fisheries, his officials, officers, agents or servants from interfering with the exercise of the Plaintiffs' right to harvest the Goldstream Fishery for the year 1988.

(f) A permanent injunction restraining the Minister of Fisheries and Oceans and his officials, officers, agents or servants from interfering with the exercise of the Plaintiff's right to harvest the Goldstream Fishery.

(g) Damages.

(h) Interest.

(i) Costs.

(j) Such further and other relief as this Honourable Court may deem necessary.

As counsel for the plaintiffs acknowledged at the hearing of the motion the statement of claim is a trifle ambiguous, in that the plaintiffs claim to

24. Le ministre des Pêches et des Océans a délivré ou projette de délivrer un permis à la Fondation du saumon du Pacifique conformément à la *Loi sur les pêcheries* pour lui permettre d'exploiter la pêcherie de Goldstream dans la région du canal Satellite ou autour de cette région pour l'année 1988. Ce permis serait délivré par le ministre en excluant les membres des bandes demandereses contrairement aux droits que leur reconnaissent les traités et contrairement au devoir fiduciaire liant le ministre envers les membres des bandes.

25. Les actions du ministre mentionnées aux paragraphes 22 et 24 de la présente déclaration ont causé et continuent de causer un préjudice aux demandeurs, notamment par la perte de revenus et de possibilités commerciales. De plus, l'exploitation de la pêcherie de Goldstream par la Fondation du saumon du Pacifique dans la région du canal Satellite causera un préjudice irréparable aux demandeurs dans la mesure où ces derniers se verront empêchés d'y pratiquer de la pêche.

26. Les droits susmentionnés des demandeurs sont protégés par les articles 25, 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et les demandeurs s'appuient sur les dispositions de la *Loi constitutionnelle*.

C'EST POURQUOI LES DEMANDEURS RÉCLAMENT CONTRE LES DÉFENDEURS

(a) une déclaration portant que les demandeurs ont le droit d'exploiter la pêcherie de Goldstream dans la région du canal Satellite et autour de cette région;

(b) une déclaration portant que le permis délivré par le ministre des Pêches et des Océans à la Fondation du saumon du Pacifique est nul et inopérant dans la mesure où il est incompatible avec les droits des demandeurs d'exercer leurs activités de pêche;

(c) une déclaration portant que le ministre des Pêches et des Océans n'est pas légalement autorisé en vertu de la *Loi sur les pêcheries* à agir d'une façon qui soit incompatible de quelque manière avec les droits des demandeurs de pratiquer la pêche de la manière décrite aux présentes;

(d) une injonction interlocutoire interdisant à la Fondation du saumon du Pacifique, à ses préposés, à ses employés et à ses mandataires d'exploiter la pêcherie de Goldstream pour l'année 1988;

(e) une injonction interlocutoire interdisant au ministre des pêches, à ses cadres, à ses fonctionnaires, à ses mandataires ou à ses préposés d'entraver l'exercice par les demandeurs de leur droit d'exploiter la pêcherie de Goldstream pour l'année 1988;

(f) une injonction permanente interdisant au ministre des Pêches et des Océans ainsi qu'à ses cadres, à ses fonctionnaires, à ses mandataires ou à ses préposés d'entraver l'exercice du droit des demandeurs d'exploiter la pêcherie de Goldstream;

(g) des dommages-intérêts;

(h) des intérêts;

(i) des dépens;

(j) les autres redressements que cette Cour pourra considérer nécessaires.

Comme l'avocat des demandeurs l'a reconnu à l'audition de la requête, la déclaration est quelque peu ambiguë, puisque les demandeurs réclament

have their rights declared in full, but without specifying what precisely is the extent of their rights in full. That is because they hope to achieve an extensive definition which would encompass not only fishing for food, but also unlimited if not also exclusive commercial fishing without needing the Minister's permission or licence, if such be attainable. The plaintiffs' counsel was utterly candid about that in his oral submissions.

If the Minister did issue a licence to the Pacific Salmon Foundation (hereinafter: the Foundation) for 1988, as alleged in paragraph 24 of the statement of claim, it was agreed by counsel that the Foundation did not exercise such licence in any manner. Nor has the Foundation filed a statement of defence, quite likely because the non-utilization of any licence and because the time-limited allegations against the Foundation, along with any demonstrable need for an injunction, are now spent. Appropriate actions ought to be instituted in order to rationalize the Foundation's place, if substantively any, in these proceedings. In any event the Foundation will not, by its inaction, be permitted to obstruct or delay these proceedings.

The applicant's motion is resisted by the plaintiffs, but not by the defendants. The applicant has already been accorded the status of intervener, in earlier proceedings in this action, when the plaintiffs sought an interlocutory injunction against the defendants. Mr. Justice Joyal, who adjudicated that injunction application, accorded this applicant that status and is alleged to have observed that such intervention had been helpful to him. Joyal J. dismissed that application without costs, in reasons dated December 5, 1988 [*Tsartlip Indian Band et al. v. Pacific Salmon Foundation et al.* (1988), 24 F.T.R. 304 (F.C.T.D.)]. No formal order to that effect appears in the Court's file.

un jugement déclaratoire faisant pleinement état de leurs droits sans toutefois préciser l'étendue exacte de l'ensemble de ceux-ci. Ainsi espèrent-ils obtenir une définition exhaustive de leurs droits qui non seulement engloberait la pêche pratiquée pour leur propre subsistance, mais encore prévoirait, si possible, un droit illimité, et peut-être exclusif, de pratiquer la pêche commerciale indépendamment de toute autorisation ou de tout permis du ministre. L'avocat des demandeurs s'est montré totalement candide à cet égard dans sa plaidoirie orale.

Les avocats des parties ont reconnu que, dans l'hypothèse où le ministre aurait effectivement délivré un permis à la Fondation du saumon du Pacifique (ci-après désignée comme la Fondation) pour l'année 1988 ainsi que l'allègue le paragraphe 24 de la déclaration, la Fondation n'a utilisé ce permis d'aucune manière que ce soit. La Fondation n'a pas non plus déposé de défense, fort probablement en raison de la non-utilisation de tout permis, et du fait que les allégations de la déclaration qui concernent la Fondation et qui sont limitées dans le temps, sont à présent caduques, comme est caduque toute possibilité de démontrer la nécessité d'une injonction. Des mesures devraient être prises pour rationaliser le rôle tenu par la Fondation, si tant est qu'elle en joue un en ce qui concerne le fond de la présente affaire. Quoi qu'il en soit, la Fondation ne sera pas autorisée à entraver ou à retarder le déroulement de la présente instance par son inaction.

La requête de la requérante est contestée par les demandeurs mais ne l'est pas par les défendeurs. La requérante s'est déjà vu accorder la qualité d'intervenante dans le cadre de procédures antérieures s'inscrivant dans la présente action, lorsque les demandeurs ont sollicité une injonction interlocutoire contre les défendeurs. M. le juge Joyal, qui a jugé cette demande d'injonction, a accordé cette qualité à la requérante; il aurait observé que cette intervention lui avait été utile. Le juge Joyal a rejeté cette demande sans adjuger de dépens, dans des motifs portant la date du 5 décembre 1988 [*Bande indienne Tsartlip et autres c. Fondation du saumon du Pacifique et autres* (1988), 24 F.T.R. 304 (C.F. 1^{re} inst.)]. Le dossier de la Cour ne comporte aucune ordonnance formelle à cet égard.

Mr. Justice Joyal's reasons for dismissing the injunction application include two pertinent and obviously correct passages [at pages 305-306]:

The issue to be debated at trial is whether or not, upon a proper construction of the terms of the treaties, and I would add, of the aboriginal rights entrenched therein, the plaintiffs enjoy an unfettered, and perhaps even an exclusive, right to harvest Chum salmon runs at Gold Stream River for their own needs as well as for trading and commercial purposes.

From a reading of the plaintiffs' statement of claim, as well as from a study of their affidavits in support of the motion before me, their rights, they allege, raise constitutional issues of some magnitude and which, I am sure, will provoke at trial lengthy inquiry and very profound debate.

The Court, here, ratifies and adopts those observations.

The plaintiffs' counsel most emphatically opposes the adding of the PFA or any of its member organizations in the role of defendant, citing *Alda Enterprises Ltd. v. R.*, [1978] 2 F.C. 106; (1977), 80 D.L.R. (3d) 551; (T.D.), at pages 110-111 (F.C.) and *Dene Nation v. The Queen*, [1983] 1 F.C. 146 (T.D.), at page 148, both decisions of the Trial Division of this Court. He cited other jurisprudence to the same effect. Clearly, whether it consents or not, the PFA cannot be sued by the plaintiffs herein in this Court, for the Court would have no jurisdiction to entertain such a claim even if there were a genuine *lis* between them. Accordingly, the PFA's application to be added as a defendant must be and is rejected.

Now, it is apparent that the declaration of extensive fishing rights of the plaintiffs to harvest the Goldstream fishery, even if only in or around Satellite Channel, for such purposes as they see fit, and whether or not such alleged rights be exclusive, would, if exercised, affect the legitimate expectations and livelihoods of the PFA members, and such licensed fishing rights as they currently enjoy. The PFA members have a clear and direct interest in the outcome of this litigation. It is noteworthy that the Supreme Court of Canada permitted their intervention on appeal from the judgment of the British Columbia Court of Appeal

Les motifs pour lesquels M. le juge Joyal a rejeté la demande d'injonction comprennent deux passages pertinents, qui sont manifestement exacts [aux pages 305 et 306]:

^a La question à trancher à l'instruction est la suivante: selon l'interprétation correcte des dispositions des traités et, j'ajouterais, des droits ancestraux qui y sont reconnus, les demandeurs jouissent-ils du droit de pêcher sans entrave, et peut-être même du droit exclusif de pêcher, les saumons kéta qui remontent la rivière Gold Stream pour assurer leur subsistance et pour en faire le commerce?

^c Les demandeurs allèguent, dans leur déclaration ainsi que dans les affidavits qu'ils ont présentés à l'appui de la requête dont je suis saisi, que leurs droits soulèvent des questions constitutionnelles d'une certaine ampleur qui, j'en suis persuadé, entraîneront à l'instruction un long et très profond débat.

La Cour, en l'espèce, ratifie et adopte ces observations.

^d L'avocat des demandeurs s'oppose catégoriquement à ce que la PFA ou quelqu'une des organisations qui en sont membres soit ajoutée au groupe des défendeurs; il cite à cet égard les décisions *Alda Enterprises Ltd. c. R.*, [1978] 2 C.F. 106; (1977), 80 D.L.R. (3d) 551 (1^{re} inst.), aux pages 110 et 111 (C.F.), et *La Nation dénée c. La Reine*, [1983] 1 C.F. 146 (1^{re} inst.), à la page 148, deux décisions de la Division de première instance de cette Cour. Il a cité d'autres jugements statuant dans le même sens. Il est clair que la PFA, avec ou sans son consentement, ne peut être poursuivie par les demandeurs en l'espèce devant cette Cour; en effet, la Cour ne serait pas compétente à entendre une telle demande même dans l'hypothèse où il existerait entre eux un véritable litige. En conséquence, la demande de la PFA d'être ajoutée à la liste des défendeurs doit être et est rejetée.

^h Si un jugement déclaratoire devait porter que les demandeurs possèdent, comme ils l'allèguent, des droits de pêche étendus leur permettant d'exploiter la pêcherie de Goldstream, ne serait-ce que dans le canal Satellite ou autour de celui-ci, pour les fins qui leur apparaissent appropriées, il est évident que l'exercice de tels droits, exclusifs ou non, toucherait les attentes légitimes et les moyens de subsistance des membres de la PFA, et influencerait sur les droits de pêche qu'ils détiennent présentement en vertu de permis. Les membres de la PFA possèdent un intérêt évident et direct dans l'issue du présent litige. Il vaut de noter que la Cour

in the case of *R. v. Sparrow* (1986), 36 D.L.R. (4th) 246; [1987] 2 W.W.R. 577; 9 B.C.L.R. (2d) 300; 32 C.C.C. (3d) 65 (C.A.), with similar issues there involved as here. The Supreme Court's decision has not yet been released.

The foregoing narrative relates to one of the plaintiffs' arguments expressed in their counsel's written submissions presented at the hearing of this matter. He argues, alternatively, that if this Court has jurisdiction to permit the PFA's intervention, its exercise is discretionary. The Court considers that the PFA's undoubted interest is so strong and compelling that if its intervention be permissible, such discretion will be exercised in its favour.

It is not only the PFA's crucial interest in the outcome which is factor legitimate as it is, but also the defendants' somewhat awkward posture in this very kind of dispute. Counsel for the Crown and Minister concedes that the applicant has "a substantial and direct interest in these proceedings" and adds that the Crown is, in effect, "in the middle" between the Indians and the commercial fishermen. He also suggests that the PFA's view of the facts and law may not be just an echo of the Crown's assertions. Further, he urged that the PFA be accorded status to present evidence, for the Crown may or may not be in a position to gather and present it all. Indeed, in so far as the Minister's view of the place and activities of the Foundation is concerned, the PFA shares no common ground, but argues in concert with the plaintiffs. In any event, the Crown, being "in the middle" as it were, has an apparent, and quite possibly real, dilemma in approaching the federal powers expressed in heads 12 (Fisheries) and 24 (Indians) of section 91 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982, Item 1*) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]].

suprême du Canada a permis leur intervention dans le pourvoi interjeté du jugement rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R. v. Sparrow* (1986), 36 D.L.R. (4th) 246; [1987] 2 W.W.R. 577; 9 B.C.L.R. (2d) 300; 32 C.C.C. (3d) 65 (C.A.), où les questions soulevées étaient similaires à celles en l'espèce. La décision de la Cour suprême n'a pas encore été rendue publique.

Les propos qui précèdent concernent un des arguments des demandeurs qui ont été énoncés dans les plaidoiries écrites soumises par leur avocat lors de l'audition de la présente affaire. Cet avocat soutient subsidiairement que, dans l'hypothèse où cette Cour serait compétente à autoriser l'intervention de la PFA, l'exercice de cette compétence est discrétionnaire. La Cour considère que l'intérêt de la PFA est incontestable et est à tel point important et irrésistible que, à supposer que son intervention puisse être permise, cette discrétion serait exercée en sa faveur.

Si légitime qu'il soit, l'intérêt crucial de la PFA dans l'issue de la présente affaire n'est pas le seul facteur en jeu: la position quelque peu incommode des défendeurs dans ce type précis de litige entre également en ligne de compte. L'avocat de la Couronne et du ministre concède que la requérante possède [TRADUCTION] «un intérêt réel et direct dans la présente instance», et il ajoute que la Couronne se trouve en fait [TRADUCTION] «coincée» entre les Indiens et les pêcheurs commerciaux. Il laisse également entendre que le point de vue de la PFA sur les faits et le droit peut différer de celui de la Couronne. De plus, il a fait valoir que la PFA devait se voir conférer la qualité voulue pour présenter des éléments de preuve au motif que la Couronne n'était peut-être pas en mesure de recueillir et de présenter tous ces éléments. En effet, la PFA ne partage aucunement le point de vue du ministre sur la situation et les activités de la Fondation; en ce qui concerne cette question, ses arguments vont dans le sens de ceux des demandeurs. En tout état de cause, la Couronne, parce qu'elle est, pour ainsi dire, «coincée» entre les parties, apparaît se trouver, et risque fort de se trouver réellement, confrontée à un dilemme dans sa façon d'aborder les pouvoirs fédéraux énoncés aux rubriques 12 (les pêcheries) et 24 (les Indiens) de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Much jurisprudence was cited on each side. The increasing trend in favour of according interested parties or groups standing to intervene in litigation of high public interest and constitutional cases of all kinds, including, of course, interpretations 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.)], is revealed in the later jurisprudence. But, as the applicant's counsel pointed out, as early at least as 1958, the Supreme Court of Canada showed a stated diffidence about making declarations of *vires* based on the division of legislative powers, where the resolution of such public issues could injuriously "affect private rights in the absence of those claiming them". So wrote Mr. Justice Rand for the majority of the Court, which was unanimous in the result, in the constitutional reference case of *Attorney General of Canada, The v. The Canadian Pacific Railway Company and Canadian National Railways*, [1958] S.C.R. 285; (1958), 12 D.L.R. (2d) 625; 76 C.R.T.C. 241 at page 294 (S.C.R.). Apparently there were not enough interveners in that proceeding for, despite the intervention of Imperial Oil Limited therein, the majority were still reluctant to pronounce upon the matter of federal legislation affecting conveyances of title to real property in Manitoba without hearing from those private persons whose rights would be affected. Rand J. cited, at pages 294-295 (S.C.R.), even earlier decisions of the Judicial Committee of the Privy Council and the Supreme Court of Canada to support the diffidence which he expressed for himself and his five concurring colleagues.

What Courts do may be just as instructive as what Courts pronounce. The case of *British Columbia Packers Ltd. v. Canada Labour Relations Board*, [1974] 2 F.C. 913; (1974), 50 D.L.R.

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

^a Chaque partie a cité une abondance de jurisprudence. La jurisprudence la plus récente révèle l'existence d'une tendance croissante à accorder aux parties ou aux groupes intéressés la qualité voulue pour intervenir dans les litiges concernant à un haut point l'intérêt public de même que dans tous les types de litiges à caractère constitutionnel, y compris, évidemment, les affaires mettant en jeu l'interprétation 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, chap. 11 (R.-U.)]. Cependant, comme l'a souligné l'avocat de la requérante, dès 1958, la Cour suprême du Canada disait ne pas se sentir apte à faire des déclarations relatives aux pouvoirs en se fondant sur le partage des compétences législatives lorsque la résolution de telles questions d'intérêt public risquait de [TRANSDUCTION] «porter atteinte à des droits dont des personnes prétendent être titulaires, en l'absence de celles-ci». Tels furent les propos tenus par le juge Rand au nom de la majorité de la Cour, qui s'est montrée unanime quant à l'issue de l'instance, dans le renvoi constitutionnel *Attorney General of Canada, The v. The Canadian Pacific Railway Company and Canadian National Railways*, [1958] R.C.S. 285; (1958), 12 D.L.R. (2d) 625; 76 C.R.T.C. 241, à la page 294 (R.C.S.). Il semble qu'il n'y ait pas eu suffisamment d'intervenants dans cette instance puisque, malgré l'intervention de Imperial Oil Limited, la majorité est demeurée réticente à se prononcer sur l'action de la législation fédérale sur les cessions de titres immobiliers manitobains sans avoir entendu les particuliers dont les droits seraient modifiés. Aux pages 294 et 295 (R.C.S.), le juge Rand a cité des décisions encore plus anciennes du Comité judiciaire du Conseil privé et de la Cour suprême du Canada pour justifier l'inaptitude à se prononcer qu'il avait exprimée en son propre nom et en celui des cinq juges qui avaient souscrit à son opinion.

^j Les actes posés par les tribunaux peuvent être tout aussi révélateurs que leurs déclarations. Dans l'affaire *British Columbia Packers Ltd. c. Le Conseil canadien des relations du travail*, [1974] 2

(3d) 602 (T.D.), adjudicated by Mr. Justice Addy of this Court, revealed a failed attempt by the C.L.R.B. to exert its jurisdiction over the crews of fishing vessels, based on head 12 of section 91 of the *Constitution Act, 1867*. The style of cause in that case reveals the presence of the Native Brotherhood of British Columbia, Fishing Vessel Owners Association of British Columbia, Pacific Trollers Association (the latter two being members of the PFA, the applicant herein) and the Attorneys General of British Columbia, Newfoundland and Nova Scotia. Indeed, Addy J. is reported, at pages 916-918 (F.C.), as expressing the following:

The first three interveners named in the style of cause were authorized to take part in the proceedings as such by order of my brother Walsh J., dated the 9th of September, 1974. The last three-named interveners, namely, the Attorneys General for British Columbia, Newfoundland and Nova Scotia were, by the aforesaid order, authorized to intervene if they so desired. . . . As it turned out, they did not in fact take any active part in the proceedings before me but merely maintained their role as observers.

The intervener, Native Brotherhood of British Columbia (hereinafter referred to as "the Native Brotherhood") is an association representing approximately one thousand native Indians who form a good proportion of the crews of fishing vessels involved in the application for certification of the respondent Union. Some members of the Native Brotherhood are reserve Indians, others are not and others are also enfranchised Indians. There was no indication in the evidence of the relative proportion of these three groups constituting the Native Brotherhood or actually engaged in the fishing industry. It appears that in the case of Indians, they sometimes form part of the crew of a fishing vessel operated as a family enterprise and at other times are merely members of the crews of other fishing vessels with mixed crews. The Native Brotherhood, at the hearing, opposed the application, adopted the arguments advanced on behalf of the respondents and also advanced other arguments based on the special status and rights of its members as native Indians.

The other two interveners, namely, the Fishing Vessel Owners Association of British Columbia and the Pacific Trollers Association are associations representing independent boat owners or members of crews having an ownership interest in fishing vessels who, generally speaking, simply sell each catch to the various fish processors without any special arrangement with them as to an accounting or the sharing of profits or losses of each catch. They are not involved in the applications for certification made by the respondent Union before the respondent Board but are interested in the outcome of the proceedings, having regard to the possibility of future action or legislation in this area. They supported the application for prohibition and adopted entirely the position taken and the grounds advanced by the processors.

C.F. 913; (1974), 50 D.L.R. (3d) 602 (1^{re} inst.), qui a été jugée par le juge Addy, qui siège à cette Cour, le C.C.R.T. a tenté sans succès d'exercer une compétence sur les équipages de navires de pêche en se fondant sur la rubrique 12 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'intitulé de cette cause révèle la présence de la Native Brotherhood of British Columbia, de la Fishing Vessel Owners Association of British Columbia, de la Pacific Trollers Association (ces deux dernières organisations sont membres de la PFA, la requérante en l'espèce) et des procureurs généraux de la Colombie-Britannique, de Terre-Neuve et de la Nouvelle-Écosse. En effet, le juge Addy, aux pages 916 à 918 (C.F.), tient les propos suivants:

Par une ordonnance rendue le 9 septembre 1974, mon collègue le juge Walsh a autorisé les trois premiers intervenants mentionnés dans l'intitulé de la cause à prendre part aux procédures à ce titre. Cette ordonnance autorisait en outre les trois derniers intervenants, savoir, les procureurs généraux de la Colombie-Britannique, de Terre-Neuve et de la Nouvelle-Écosse, à intervenir s'ils le souhaitaient. . . . De toute façon, ils n'ont pas estimé nécessaire par la suite de prendre une part active aux présentes procédures et s'en sont simplement tenus à leur rôle d'observateurs.

L'un des intervenants, Native Brotherhood of British Columbia (ci-après appelé «l'association d'autochtones») représente environ un millier d'Indiens autochtones qui forment une large proportion des équipages des navires de pêche visés par la demande d'accréditation du syndicat intimé. Cette association comprend des Indiens vivant dans des réserves, d'autres vivant hors des réserves et enfin des Indiens émancipés. Rien dans la preuve ne permet de déterminer les proportions relatives de chacun de ces trois groupes dans l'association, ni le nombre de membres réellement engagés dans l'industrie de la pêche. Il semble que ces Indiens fassent tantôt partie de l'équipage d'un navire de pêche exploité par une entreprise familiale ou tantôt d'équipages mixtes d'autres navires de pêche. A l'audience, l'association s'opposa à la demande, adopta les arguments avancés au nom des intimés et fit aussi valoir d'autres arguments fondés sur le statut et les droits spéciaux de ses membres en tant qu'Indiens autochtones.

Les deux autres intervenants, savoir Fishing Vessel Owners Association of British Columbia et Pacific Trollers Association, représentent des propriétaires de navires indépendants ou des membres d'équipage ayant un droit de propriété sur ces navires de pêche, qui, en règle générale, vendent chaque prise à différents fabricants de produits à base de poisson, sans aucune entente spéciale avec ces derniers quant au décompte ou au partage des profits et pertes de chaque prise. Ces deux associations ne sont pas directement concernées par les demandes d'accréditation présentées par le syndicat intimé devant le conseil intimé, mais l'issue des procédures pourrait les toucher, vu la probabilité d'une action future ou d'une nouvelle législation dans ce domaine. Elles soutiennent la demande de bref de prohibition et ont entièrement adopté la théorie et les arguments avancés par les fabricants.

Although the report does not indicate it, it seems very likely that the interventions were permitted pursuant to Rule 1310, given the earlier abortive origin of the proceedings under section 28, as reported in [1973] F.C. 1194 (T.D.) [*British Columbia Packers Limited v. Canada Labour Relations Board*], or at least by analogy to that Rule. The proceeding was not a trial *per se*, but rather an application for prohibition, which was granted. An appeal was dismissed by the Appeal Division as reported in [1976] 1 F.C. 375; (1975), 64 D.L.R. (3d) 522; 75 CLLC 14,307 (C.A.).

The quest for authority to permit intervention is often said to begin with consideration of Rule 5 which runs thus:

Rule 5. In any proceeding in the Court where any matter arises not otherwise provided for by any provision in any Act of the Parliament of Canada or by any general rule or order of the Court (except this Rule), the practice and procedure shall be determined by the Court (either on a preliminary motion for directions, or after the event if no such motion has been made) for the particular matter by analogy

- (a) to the other provisions of these Rules, or
- (b) to the practice and procedure in force for similar proceedings in the courts of that province to which the subject matter of the proceedings most particularly relates,

whichever is, in the opinion of the Court, most appropriate in the circumstances.

“Analogy” is a key word in the Rule and it, according to the so-called Compact Edition of the Oxford English Dictionary, carries these pertinent meanings:

Analogy . . .

2. . . . Due proportion; correspondence or adaptation of one thing to another.

3. Equivalency or likeness of relations; ‘resemblance of things with regard to some circumstances or effects’ (J.)

4. *more vaguely*, Agreement between things, similarity.

In the *Petit Larousse illustré* of 1984, “analogie” is defined pertinently thus:

Bien que les motifs rapportés ne l’indiquent pas, il semble très probable que les interventions en question aient été autorisées en vertu de la Règle 1310, compte tenu de l’échec de la procédure originale fondée sur l’article 28, qui a été prononcé dans une décision rapportée à [1973] C.F. 1194 (1^{re} inst.) [*British Columbia Packers Limited c. Le Conseil canadien des relations du travail*], ou à tout le moins par analogie avec cette Règle. L’instance ne constituait pas en soi un procès mais une demande de bref de prohibition, qui a été accueillie. L’appel interjeté de cette décision a été rejeté par la Division d’appel ainsi qu’il ressort du jugement rapporté à [1976] 1 C.F. 375; (1975), 64 D.L.R. (3d) 522; 75 CLLC 14,307 (C.A.).

Il est souvent dit que la recherche de dispositions autorisant une intervention doit commencer par l’examen de la Règle 5; cette Règle est ainsi libellée:

Règle 5. Dans toute procédure devant la Cour, lorsque se pose une question non autrement visée par une disposition d’une loi du Parlement du Canada ni par une règle ou ordonnance générale de la Cour (hormis la présente Règle), la Cour déterminera (soit sur requête préliminaire sollicitant des instructions, soit après la survenance de l’événement si aucune requête de ce genre n’a été formulée) la pratique et la procédure à suivre pour cette question par analogie

- (a) avec les autres dispositions des présentes Règles, ou
- (b) avec la pratique et la procédure en vigueur pour des procédures semblables devant les tribunaux de la province à laquelle se rapporte plus particulièrement l’objet des procédures,

selon ce qui, de l’avis de la Cour, convient le mieux en l’espèce.

Le terme «analogie» constitue un mot clef de cette Règle; voici les sens pertinents attribués à cette expression par le *Oxford English Dictionary, Compact Edition*:

[TRADUCTION] analogie . . . 2. Proportionnalité; correspondance ou adaptation d’une chose à une autre.

3. Équivalence ou similitude des rapports entretenus; ‘resemblance de choses en ce qui concerne certaines circonstances ou certains effets’ (J.).

4. *De façon moins précise*, Accord entre certaines choses, similitude.

Dans le *Petit Larousse illustré* de 1984, la définition pertinente du terme «analogie» est ainsi libellée:

[TRANSLATION] Relationship of similarity between two or more things or persons: *analogy of form, of taste*. By analogy, in accordance with the relationship of similarity existing between things.

It is important to understand that what "by analogy" does not mean is choosing an identical rule, for it necessarily implies some difference or merely a similarity.

This action arises in British Columbia and, if one were to apply Rule 5(b), one would have to seek a rule of the Supreme Court of this province relating to or permitting interventions. If reliance can be placed, as no doubt it can, on a recent decision of this province's Court of Appeal, that is, *Can. Lab. Congress v. Bhindi* (1985), 61 B.C.L.R. 85 (C.A.), Supreme Court Rule 15(5)(a) [*Rules of Court*, B.C. Reg. 310/76] is not apt for the purpose of according standing to interveners. However, as Anderson J.A. speaking for the majority (at page 94) noted, the Supreme Court is not limited by its rules in matters of practice and procedure and when the rules are silent the Court may invoke its inherent jurisdiction. Such was still the correct proposition when on July 6, 1988, Mr. Justice Legg of that Court, promulgated his reasons in *B.C. Fed. of Lab. v. B.C. (W.C.B.)* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 325 (S.C.).

There can be no doubt that the superior court of record administering law, equity and admiralty jurisdiction, created under the powerful aegis of section 101 of the *Constitution Act, 1867*, which is this Court, enjoys no less inherent jurisdiction to the govern, control or regulate its proper practice and procedure than the Supreme Court of British Columbia which, *au fond*, is also a statutory superior court. What the provincial superior courts are held to have in terms of the plenitude of inherent and common law jurisdiction as may be conferred under head 14 of section 92 of the *Constitution Act, 1867*, this Court has, in so far as Parliament wills it, for this Court wields its jurisdiction, in the words of section 101 "notwithstanding anything in this Act" which of course means notwithstanding anything in section 91, 92, 96 or whatever. If that

Rapport de ressemblance établi entre deux ou plusieurs choses ou personnes: *analogie de forme, de goûts*. Par analogie, d'après les rapports de ressemblance qui existent entre les choses.

^a Il est important de comprendre que l'expression «par analogie» n'implique pas le choix d'une règle identique; en effet, ce terme pose nécessairement l'existence d'une certaine différence ou l'existence d'une simple similitude.

^b

La présente action a pris naissance en Colombie-Britannique, et, si l'on devait appliquer la Règle 5b), il faudrait tenter de trouver une règle de la Cour suprême de cette province qui se rapporterait aux interventions ou les autoriserait. S'il ne fait aucun doute que l'on puisse prendre appui sur la décision rendue récemment par la Cour d'appel de cette province dans l'affaire *Can. Lab. Congress v. Bhindi* (1985), 61 B.C.L.R. 85 (C.A.), la Règle 15(5)a) de la Cour suprême [*Rules of Court*, B.C. Reg. 310/76] n'est pas adéquate lorsqu'il s'agit d'accorder la qualité d'intervenant. Toutefois, comme l'a noté le juge Anderson, de la Cour d'appel, dans les motifs qu'il a prononcés au nom de la majorité (à la page 94), la Cour suprême n'est pas limitée par ses règles de pratique et de procédure, et elle peut invoquer sa compétence inhérente lorsque ces règles sont silencieuses. Cette proposition énonçait encore correctement le droit le 6 juillet 1988 lorsque M. le juge Legg, de cette même Cour, a prononcé ses motifs dans l'affaire *B.C. Fed. of Lab. v. B.C. (W.C.B.)* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 325 (C.S.).

^c

Il ne fait aucun doute que, à titre de cour supérieure d'archives établie sous la puissante égide de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, chargée d'appliquer le droit et l'équité, et compétente en matière d'amirauté, cette Cour jouit d'une compétence inhérente de régir, de contrôler ou de réglementer sa pratique et sa procédure qui n'est pas moindre que celle de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, une cour supérieure qui, fondamentalement, est également établie par une loi. Dans la mesure où le Parlement en manifeste la volonté, les pouvoirs détenus par notre Cour ont la même plénitude que ceux qui sont considérés comme conférés aux cours supérieures provinciales en vertu de leur compétence inhérente et de leur compétence de *common law* aux termes de la rubrique 14 de l'article 92 de la

^d

^e

^f

^g

^h

ⁱ

non obstante phrase was sufficient to terminate appeals to the Judicial Committee of the Privy Council against all objections, it is certainly sufficient to have secured this Court's jurisdiction to control its own practice and procedure in order to admit an intervener for the purpose, here, of the "better administration of the laws of Canada".

When explored in the foregoing manner the path from Rule 5(b) leads by direct analogy to inherent jurisdiction to accord the applicant standing as an intervener. Such indeed was the path followed by Addy J., then adjudicating as an *ex officio* judge of the Appeal Division, in *Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. v. A.G. Can.* (1985), 1 C.P.C. (2d) 312; 57 N.R. 376 (F.C.A.).

Another basis upon which intervener's standing may be accorded, resides in Rule 5(a). Much analogizing has been made to Rule 1716(2)(b) and it is probably a valid analogy even though it provides for adding some person as a party. After all, an intervener is a party intervenant, who does not need to bear all the weight of the designations "plaintiff" or "defendant". Of course the similarity is not precise or exact, but an analogy necessarily implies some difference. Rule 1010 would provide a good vehicle in its analogous permission to intervene, but that analogy was once rejected by Mr. Justice Mahoney in *Canadian Red Cross Society v. Simpsons Limited*, [1983] 2 F.C. 372; (1983), 70 C.P.R. (2d) 19 (T.D.), apparently because Rule 1010 is an admiralty rule predicated on an action *in rem*.

In seeking a means for allowing intervention in the Trial Division, one can surely find an apt

Loi constitutionnelle de 1867; en effet, la Cour fédérale détient sa compétence «nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi», selon les termes de l'article 101, ce qui signifie évidemment qu'elle la détient nonobstant toute disposition de l'article 91, 92, 96 ou de tout autre article. Si le membre de phrase portant cette exclusion a suffi à mettre fin à des appels interjetés devant le Comité judiciaire du Conseil privé malgré toutes les objections soulevées, il a certainement suffi à assurer à cette Cour la compétence voulue pour contrôler sa propre pratique et sa propre procédure de façon à admettre un intervenant, en vue, en l'espèce, de «la meilleure administration des lois du Canada».

Selon le cheminement qui précède, la Règle 5b) mène par une analogie directe à la conclusion que la Cour possède la compétence inhérente pour accorder la qualité d'intervenante à la requérante. Ce raisonnement a effectivement été suivi par le juge Addy, agissant en qualité de juge *ex officio* pour la Division d'appel, dans l'arrêt *Fishing Vessel Owners' Assn. of B.C. c. P.G. Can.* (1985), 1 C.P.C. (2d) 312; 57 N.R. 376 (C.A.F.).

La Règle 5a) prévoit aussi un fondement pour l'octroi de la qualité d'intervenant. Il a été beaucoup insisté sur les analogies présentées entre la situation en l'espèce et celle visée à la Règle 1716(2)(b), et ces analogies sont probablement valables même si cette disposition prévoit l'addition d'une personne en qualité de partie. Un intervenant est après tout une partie intervenante à qui est épargné le poids attaché aux désignations de «demandeur» et de «défendeur». La similitude en cause n'est évidemment pas précise ou exacte, mais l'idée même d'analogie implique nécessairement l'existence de certaines différences. La Règle 1010 semblerait idoine, prévoyant, comme elle le fait, une autorisation à intervenir qui présente une analogie avec la situation en l'espèce, mais cette analogie a déjà été rejetée par M. le juge Mahoney dans la décision *Société canadienne de la Croix-Rouge c. Simpsons Limited*, [1983] 2 C.F. 372; (1983), 70 C.P.R. (2d) 19 (1^{re} inst.), apparemment au motif que la Règle 1010 est une règle d'amirauté qui ne peut s'appliquer que si une action *in rem* a été intentée.

Celui qui cherche un moyen de permettre une intervention en Section de première instance peut

analogy in some rule for the Appeal Division, to remain in accord with Rule 5(a). Part V of the Rules, entitled "Rules of Federal Court of Appeal" begin with Rule 1100. In Part V there is Division C—Appeals from Tribunals or Authorities other than the Trial Division. Under *Parties* in Division C is Rule 1310. It runs thus:

Rule 1310. (1) The Court may in its discretion, upon an application before the hearing or during the course of a hearing, decide what persons shall be heard in the argument of an appeal.

(2) No person who has filed a notice under Rule 1303 shall be refused leave to be heard under paragraph (1) without being given an opportunity to be heard on the question whether he should be heard.

Now, here is an apt, analogous rule among "the other provisions of these Rules" upon which the Court, regulating its practice and procedure may, if it seems proper, admit the applicants to intervenor status.

Accordingly,

– by analogy to the provisions of Rule 1310;

– by analogy to the provisions of Rule 1716(2)(b);
and

– by invoking the Court's inherent jurisdiction to govern its own practice and procedure,

or any or all of the foregoing, the Court accords to the applicant, subject to conditions which shall hereinafter be recited, standing to be a party intervenant, an intervenor, or intervenor's status.

Finally, the plaintiffs' counsel argues that this is the plaintiffs' case and that they wish to pursue it alone against the Crown; and, therefore, the determination of their aboriginal rights, stemming from their ancestors, ought not to have to bear the applicant's extraneous intervention in the determination proceedings. The argument carries an attractive simplicity. However, the obvious response is that neither the plaintiffs nor the Court can ever return, and ought not blindly to pretend

certainement trouver une analogie utile dans une des règles de la Section d'appel; il respectera ainsi la Règle 5a). La Partie V des Règles, qui s'intitule «Règles de la Cour d'appel fédérale», commence par la Règle 1100. Le Chapitre C de la Partie V est intitulé «Appels des décisions de tribunaux, administrations ou autorités autres que la Division de première instance». Sous le titre *Parties* du chapitre C figure la Règle 1310. Cette Règle est ainsi libellée:

Règle 1310. (1) La Cour peut, à sa discrétion, sur demande faite avant l'audition ou au cours d'une audition, décider quelles sont les personnes qui seront entendues lors du débat sur un appel.

(2) La permission de se faire entendre ne doit être refusée en vertu de l'alinéa (1) à aucune personne qui a déposé un avis en vertu de la Règle 1303 sans qu'on lui ait donné la possibilité de se faire entendre sur la question de savoir si elle doit être entendue.

La Règle qui précède est une règle appropriée et analogue qui fait partie des «autres dispositions des présentes Règles» et qui permet à la Cour d'accorder la qualité d'intervenants aux requérants dans la réglementation de sa pratique et de sa procédure si elle considère une telle mesure justifiée.

En conséquence,

– par analogie avec les dispositions de la Règle 1310,

– par analogie avec les dispositions de la Règle 1716(2)(b), et

– en s'appuyant sur la compétence inhérente de la Cour de régir sa propre pratique et sa propre procédure,

ou pour l'un quelconque ou chacun des motifs qui précèdent, la Cour accorde à la requérante, sous réserve des conditions ci-après énoncées, la qualité voulue pour être une partie intervenante ou une intervenante, ou le statut d'intervenante.

Finalement, l'avocat des demandeurs soutient que la cause plaidée dans le cadre de la présente instance est celle des demandeurs et que ceux-ci veulent la faire valoir seuls contre la Couronne; en conséquence, soutiennent-ils, l'appréciation des droits aborigènes qu'ils détiennent de leurs ancêtres ne devrait pas avoir à tenir compte de l'intervention de la requérante, qui est étrangère à l'instance relative à cette appréciation. L'argumentation des demandeurs est attrayante

to return to the era of the plaintiffs' ancestors, or for that matter to the era of the applicant's members' ancestors. Then there was a relatively small number of fisherfolk and a seemingly superabundant, if not forever unlimited, stock of fish. Since that time the world, this country and the conditions of the fishery have all changed dramatically. So far as anyone knows, and in the absence of some presently unforeseen cataclysm, return to the conditions of the womb of anyone's ancestors' world is simply a fond, but impossible, delusion.

The plaintiffs live side by side with, and share the fishery resource with, the applicant's members. Just as they cannot ignore those members in the physical world, so they cannot ignore the applicant's vital interest in the judicial determining of their own rights with regard to the public interest in the constitutional issues which they raise in these proceedings. This idea was expressed by the British Columbia Court of Appeal in its judgment in *R. v. Sparrow* above cited. At page 272 (D.L.R.) the Court wrote:

The constitutional recognition of the right to fish cannot entail restoring the relationship between Indians and salmon as it existed 150 years ago. The world has changed. The right must now exist in the context of a parliamentary system of government and a federal division of powers. It cannot be defined as if the Musqueam Band had continued to be a self-governing entity, or as if its members were not citizens of Canada and residents of British Columbia. Any definition of the existing right must take into account that it exists in the context of an industrial society with all of its complexities and competing interests.

That thought, at least, appears to be utterly realistic: the outcome of the case, however, is to be revealed by the Supreme Court of Canada.

Counsel for the PFA says that it hopes to present certain anthropological and historical evidence at the trial of this action, such as that expressed in and with the affidavit of Barbara Lane sworn on October 26, 1988 and filed herein. While it seems to be just and convenient to have the PFA's participation at trial, that participation

par sa simplicité. Cependant, elle se heurte à l'impossibilité évidente pour les demandeurs comme pour la Cour de revenir, ou de prétendre aveuglément revenir, à l'époque des ancêtres des demandeurs, ou, de fait, à l'époque des ancêtres des membres de la requérante. La population des pêcheurs était alors relativement petite, et les stocks de poisson semblaient surabondants, sinon illimités en permanence. Depuis lors, le monde, notre pays et les conditions des pêcheries ont tous énormément changé. Pour autant que l'on sache, et en l'absence de quelque cataclysme imprévu, celui qui croit à la possibilité d'un retour au sein ancestral et aux conditions qui y régnaient caresse une douce illusion.

Les demandeurs vivent aux côtés des membres de la requérante et partagent avec eux les ressources des pêcheries. De la même manière qu'ils ne peuvent nier l'existence de ces personnes dans le monde matériel, les demandeurs ne peuvent écarter l'intérêt vital que possède la requérante dans la détermination judiciaire de leurs propres droits, en regard de l'intérêt public dans les questions constitutionnelles qu'ils soulèvent dans le cadre de la présente instance. Cette idée a été exprimée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Sparrow* précité. À la page 272 (D.L.R.), la Cour a écrit:

[TRADUCTION] La reconnaissance constitutionnelle du droit de pêche ne peut impliquer le rétablissement des rapports qui existaient entre les Indiens et le saumon il y a 150 ans. Le monde a changé. Ce droit doit maintenant exister dans le contexte d'un régime de gouvernement parlementaire et d'un partage des pouvoirs de type fédératif. Il ne peut être défini de la même façon qu'il l'aurait été si la bande de Musqueam avait continué d'être une entité autonome ou si les membres de cette bande n'étaient point des citoyens du Canada et des résidents de la Colombie-Britannique. Toute définition du droit existant doit tenir compte du fait qu'il s'inscrit dans le contexte d'une société industrielle, avec toute la complexité et tous les intérêts concurrents qui caractérisent une telle réalité.

Cette proposition, à tout le moins, semble entièrement réaliste; la Cour suprême du Canada a toutefois encore à statuer sur ce litige.

L'avocat de la PFA dit que, lors de l'instruction de la présente action, il espère faire valoir certains éléments de preuve d'ordre anthropologique et historique du type de ceux qui ont été présentés dans l'affidavit de Barbara Lane signé le 26 octobre 1988 et versé au présent dossier, ou de ceux qui ont accompagné cet affidavit. Si la participation

will be, after all, an intervention in the parties' litigation. It ought to be reasonably constrained and not unlimited. The conditions which will be specified in the Court's order are sketched below. The order's terms govern in any event.

In the first place, since the applicant is an unincorporated association, it ought to allay one of the apprehensions expressed by the plaintiffs' counsel about its intervention driving up the costs of the litigation. One of two possibilities must be undertaken, therefore, by the applicant. Either (1) it must post a bond for security for the plaintiffs' and defendants' costs, to be maintained throughout the course of the litigation, in the clear exigible amount of \$8,500; or (2) each duly incorporated member of the PFA must join in the intervention in its own name, designating according to the Rules of this Court its solicitors of record, presumably in every instance, the applicant's solicitors. Once such corporate entities are firmly of record, they may move to shorten the style of cause by designating each and every corporate member, altogether, as the Pacific Fishermen's Alliance, without losing the corporate identity of each of the corporate interveners. Their respective interests in this litigation are, presumably, identical. Perhaps no costs will be awarded against the PFA, but this will leave it to the trial judge.

The PFA under whichever rubric shall be entitled to file its pleadings not later than July 31, 1989, which shall be styled a "statement of PFA's intervention". The applicant has leave to bring a motion to shorten the style of cause any time before or after filing its statement of intervention, if it choose the second alternative, but the bond for security for the parties' costs must be lodged prior to the filing of its pleadings.

The intervener will not be entitled to make oral or documentary discovery of the plaintiffs or the defendants, but its solicitors shall be entitled to notice of the parties' discoveries and shall have the

de la PFA au procès semble juste et appropriée, cette participation constituera, après tout, une intervention au litige opposant les parties. Cette intervention devrait être raisonnablement mesurée et non sans limites. Les conditions esquissées dans les paragraphes suivants devraient figurer dans l'ordonnance de la Cour. Quoi qu'il advienne, les stipulations de l'ordonnance doivent prévaloir.

En premier lieu, la requérante étant une association non constituée en société, elle devrait apaiser la crainte de l'avocat des demandeurs selon laquelle son intervention ferait grimper les frais du litige. La requérante fait donc face à l'alternative suivante: soit (1) que la requérante dépose un cautionnement au montant net exigible de 8 500 \$ qui garantirait les dépens des demandeurs et des défendeurs et qui serait maintenu tout au long du litige; soit (2) que chaque membre dûment constitué en société de la PFA participe à l'intervention en son propre nom, en désignant conformément aux Règles de cette Cour ses procureurs au dossier, qui, présument, seraient dans chaque cas les procureurs de la requérante. Une fois ces entités constituées en sociétés dûment inscrites au dossier, elles pourraient demander que l'intitulé de la cause soit abrégé par la désignation de chacune des sociétés membres, globalement, comme la Pacific Fishermen's Alliance, sans qu'aucune d'entre elles ne perde pour autant son identité comme société. Leurs intérêts respectifs dans le présent litige sont présument identiques. Il n'est pas certain que des dépens soient adjugés contre la PFA, mais cette décision sera celle du juge chargé du procès.

La PFA, sous le nom qui conviendra alors, aura le droit de déposer son acte de procédure écrit au plus tard le 31 juillet 1989. Celui-ci sera intitulé «déclaration de l'intervention de la PFA». Si elle choisit la seconde des possibilités qui lui sont offertes, la requérante est autorisée à présenter une requête visant à abrégé l'intitulé de la cause en tout temps avant ou après le dépôt de sa déclaration d'intervention; le cautionnement garantissant les dépens des parties doit cependant être versé avant le dépôt de son acte de procédure écrit.

L'intervenante n'aura pas le droit d'exiger un interrogatoire préalable ou une communication de documents des demandeurs ou des défendeurs, mais ses procureurs auront le droit d'être avisés de

right to attend and to examine and to copy all documents and transcripts.

The intervener shall be exigible to oral and documentary discovery at the instance of the plaintiffs and the defendants as if it were a party. Accordingly the PFA shall make available an officer of the organization or, at its option, a person whom it expects to testify as an expert witness on its behalf at trial. Needless to emphasize such person must fully inform himself or herself on all the relevant issues to be litigated in so far as the PFA can be informed. That person's answers on discovery shall, just like counsel's undertakings, bind the PFA in the action. The intervener shall be subject to all obligations to which a party is subject, at the ultimate pain of having its pleading struck out with costs.

The intervener shall be entitled, at trial and on all interlocutory motions, to be heard, if on such motions the presiding judge so directs. At trial, also, the intervener will be entitled to adduce evidence, including expert evidence, just as the parties may in all respects do so, and to present oral or written arguments to the Court. Beyond the above expressed conditions, the intervener shall be subject to direction, control and paying costs, at the trial judge's discretion and behest, as one might expect. Prior to the opening of the trial the intervener may seek the Court's directions in the usual way by notice of motion, including participation in the joint request to fix a place and date for the trial itself. It would seem that the intervener would not be entitled to launch any appeal, itself, from the trial judgment but would be entitled to participate in any appeal which may be commenced. At such a stage of proceedings the PFA would have to look to the Appeal Division for further guidance and directions.

tels interrogatoires ou de telles communications des parties, et ils pourront y assister, de même qu'examiner et copier tous les documents et toutes les transcriptions.

^a L'intervenante pourra être soumise à un interrogatoire préalable et à une communication de documents à la demande des demandeurs ou des défendeurs de la même manière que si elle était une partie. En conséquence, la PFA verra à ce que soit disponible à cet égard, à son choix, soit un de ses cadres, soit une personne dont elle prévoit qu'elle témoignera pour son compte à titre d'expert lors du procès. Il va sans dire que cette personne doit, dans la mesure des possibilités de la PFA, prendre entièrement connaissance de toutes les questions pertinentes qui doivent être débattues. Les réponses données par cette personne lors de l'interrogatoire préalable et de la communication de documents lieront la PFA dans cette action de la même manière que les engagements pris par ses avocats. L'intervenante sera assujettie à toutes les obligations auxquelles sont soumises les parties, et elle risquera ultimement de voir son acte de procédure radié avec dépens.

L'intervenante aura le droit d'être entendue lors du procès et dans le cadre de toute requête interlocutoire si elle en fait la demande et que le juge président l'ordonne. De plus, lors du procès, l'intervenante aura le droit de présenter des éléments de preuve, y compris des témoignages d'experts, ainsi que peut le faire à tous égards chacune des parties, et elle pourra présenter oralement ou par écrit des arguments à la Cour. Il va de soi qu'en plus d'être assujettie à toutes les conditions susmentionnées, l'intervenante sera soumise aux directives que le juge pourra prononcer ainsi qu'aux contrôles et au paiement des dépens qu'il pourra ordonner dans l'exercice de sa compétence discrétionnaire. Avant le début du procès, l'intervenante peut, suivant le mode habituel, solliciter par avis de requête des directives de la Cour; ainsi peut-elle notamment demander de participer à la requête conjointe de fixation d'un lieu et d'une date pour le procès lui-même. Il semblerait que l'intervenante n'aurait pas elle-même le droit d'interjeter appel du jugement prononcé au procès; cependant, elle aurait le droit de participer à tout appel pouvant être entamé. À ce stade des procédures, la PFA devrait demander à la Section d'appel des indications et des directives additionnelles.

The costs of these proceedings shall be costs in the cause.

Les dépens relatifs à la présente procédure suivront l'issue du litige.

T-1957-89

T-1957-89

Canadian National Railway Company (Applicant)**Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (requérante)**

v.

a c.

Stephen Cole, Paula Tippett and Edward H. Fox as members of the Human Rights Tribunal constituted under the *Canadian Human Rights Act* and Canadian Human Rights Commission and Michael Doyle (Respondents)

Stephen Cole, Paula Tippett et Edward H. Fox en leur qualité de membres du Tribunal des droits de la personne constitué sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et la Commission canadienne des droits de la personne et Michael Doyle (intimés)

INDEXED AS: *CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. CANADA (HUMAN RIGHTS TRIBUNAL) (T.D.)*

RÉPERTORIÉ: *COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA c. CANADA (TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Muldoon J.—Ottawa, November 20 and 23, 1989.

Section de première instance, juge Muldoon—Ottawa, 20 et 23 novembre 1989.

Human rights — Job restrictions imposed on insulin-dependent diabetic railroad brakeman/yardman bona fide occupational requirement — Commission exceeded jurisdiction in appointing Tribunal to inquire into settled issue — Inquiry prohibited.

Droits de la personne — Les restrictions professionnelles imposées à un serre-frein/agent de manœuvre diabétique insulino-dépendant constituent des exigences professionnelles normales — La Commission a commis un abus de compétence en constituant un tribunal pour enquêter sur une question déjà décidée — L'enquête est prohibée.

Judicial review — Prerogative writs — Prohibition — Human rights — Bona fide occupational requirement — Job restrictions imposed on insulin-dependent diabetic railroad brakeman/yardman — Human Rights Tribunal prohibited from inquiring into complaint where issue settled by case law — Commission abusing powers and exceeding jurisdiction.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Prohibition — Droits de la personne — Exigence professionnelle normale — Restrictions professionnelles imposées à un serre-frein/agent de manœuvre diabétique insulino-dépendant — Interdiction au tribunal des droits de la personne d'enquêter sur la plainte lorsque la jurisprudence a déjà décidé la question — La Commission a abusé de ses pouvoirs et de sa compétence.

The respondent, Doyle, had been employed by the applicant, CNR, as a brakeman/yardman since May, 1979. In December, 1983, he was diagnosed as an insulin-dependent diabetic. In March, 1984, after an examination by CNR's medical officer, Doyle was restricted from performing certain of the tasks of his job, such as flagging and mounting and dismounting moving vehicles. In May, 1984, the employee filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission. For various reasons, a Tribunal to inquire into the complaint was not appointed until April, 1989. In the meantime, new techniques for monitoring insulin-dependent diabetics were found and in September, 1988, Doyle was restored to his former position. He is currently in training to become a locomotive driver. Counsel were, however, agreed that December 3, 1983 to May 17, 1984 was the material time and that the appointment of the Tribunal will be legally justified or not upon the parties' knowledge of the control of diabetes and the events and case law arising out of the material time.

L'intimé, Doyle, était au service de la requérante, CNR, depuis mai 1979 en qualité de serre-frein/agent de manœuvre. En décembre 1983 il a été diagnostiqué comme étant un diabétique insulino-dépendant. En mars 1984, à la suite de l'examen médical que lui a fait subir le médecin de la requérante, Doyle s'est vu interdire d'exercer certaines tâches afférentes à son poste, comme faire des signaux au moyen de drapeaux à des véhicules en marche, et monter à bord de tels véhicules et en descendre. En mai 1984, l'employé a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne. Pour diverses raisons, le tribunal chargé d'enquêter sur la plainte n'a pas été constitué avant avril 1989. Entre temps, de nouvelles techniques de surveillance des diabétiques insulino-dépendants ont été élaborées, et en septembre 1988 Doyle a été rétabli dans ses anciennes fonctions. Il suit actuellement la formation de conducteur de locomotive. Les avocats ont cependant convenu que la période importante allait du 3 décembre 1983 au 17 mai 1984, et que la constitution du tribunal se trouvera justifiée légalement ou non selon la connaissance des parties du contrôle du diabète, et les événements et la jurisprudence qui ont vu le jour pendant la période importante.

This was an application to prohibit the Tribunal from inquiring into the complaint and for an order that the Commission acted beyond its authority in appointing the Tribunal.

Il s'agit d'une demande visant à interdire au tribunal d'enquêter sur la plainte déposée, et visant à obtenir une ordonnance portant que la Commission a excédé sa compétence en constituant le tribunal.

Held, the Tribunal should be prohibited from inquiring into the complaint.

Prior to the appointment of the Tribunal herein, the Federal Court of Appeal in *Canadian Pacific Ltd. v. Canada* (*Canadian Human Rights Commission*) and a Review Tribunal in *Gaetz v. Canadian Armed Forces*, both applying the parameters for determining what constitutes a “*bona fide* occupational requirement” set by the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke* and *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, found that freedom from insulin-dependent diabetes and its risks was clearly a *bona fide* occupational requirement for jobs requiring the employee to be physically active and/or mentally alert at critical but unscheduled times.

The Court should be slow to pre-empt the Commission and a Tribunal, but where the Tribunal’s decision, to be correct in law and evidence, is a foregone conclusion, the Commission, in appointing the Tribunal, should be considered to have acted beyond its jurisdictional authority and the inquiry should be prohibited as useless, expensive, disruptive, inconvenient and abusive. The Commission trivializes the cause of human rights when it persists in creating inquiries into matters already decided.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 15(a), 49(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canadian Pacific Ltd. v. Canada (*Canadian Human Rights Commission*), [1988] 1 F.C. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (C.A.); *Gaetz v. Canadian Armed Forces* (1988), 89 CLLC 17,014 (C.H.R.T.); *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185.

REFERRED TO:

Attorney General of Canada v. Cumming, [1980] 2 F.C. 122; (1979), 103 D.L.R. (3d) 151; 79 DTC 5303 (T.D.); *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Williams*, [1982] 1 F.C. 214 (C.A.).

COUNSEL:

John M. Barker, Q.C. and *Myer Rabin* for applicant.
René Duval and *Nancy Holmes* for respondents.

Jugement: il devrait être interdit au tribunal de faire enquête sur la plainte.

Avant la constitution du tribunal en l’espèce, la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Canada* (*Commission canadienne des droits de la personne*) et un tribunal d’appel dans la décision *Gaetz c. Forces armées canadiennes*, suivant l’un et l’autre les critères applicables aux «exigences professionnelles normales» établis par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d’Etobicoke* et *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* et autres, avaient statué que les fonctions exigeant qu’un employé se dépense physiquement et/ou soit mentalement présent à des moments critiques et imprévus comportent l’exigence normale que le titulaire ne soit pas un diabétique insulino-dépendant.

La Cour devrait hésiter à se substituer à la Commission et à un tribunal, mais lorsque la décision du tribunal, pour être correcte en droit et en matière de preuve, est toute tracée à l’avance, il devrait être considéré que la Commission a excédé sa compétence en constituant un tribunal et l’enquête devrait être interdite parce qu’elle sera inutile, coûteuse, contraignante, gênante et abusive. La Commission affaiblit la cause des droits de la personne en persistant à faire enquête sur des questions déjà décidées.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 15(a), 49(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canadien Pacifique Ltée c. Canada (*Commission canadienne des droits de la personne*), [1988] 1 C.F. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (C.A.); *Gaetz c. Forces armées canadiennes* (1988), 89 CLLC 17,014 (T.C.D.P.); *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d’Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* et autres, [1985] 2 R.C.S. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185.

DÉCISIONS CITÉES:

Procureur général du Canada c. Cumming, [1980] 2 C.F. 122; (1979), 103 D.L.R. (3d) 151; 79 DTC 5303 (1^{re} inst.); *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. c. Williams*, [1982] 1 C.F. 214 (C.A.).

AVOCATS:

John M. Barker, c.r. et *Myer Rabin* pour la requérante.
René Duval et *Nancy Holmes* pour les intimés.

SOLICITORS:

Cox, Downie & Goodfellow, Halifax, for applicant.

Canadian Human Rights Commission,
Ottawa, for respondents. ^a

The following are the reasons for order rendered in English by

MULDOON J.: In this case Canadian National Railway Company (hereinafter: the applicant) filed a notice of motion on September 22, 1989, according to which it seeks the following orders:

a) an order by way of prohibition to prevent the respondents Stephen Cole, Paula Tippett and Edward H. Fox, acting in their capacity as a Human Rights Tribunal, under the *Canadian Human Rights Act*, from inquiring into a complaint made to the Canadian Human Rights Commission by the respondent Michael Doyle;

b) an order by way of prohibition preventing these respondents from entering into the said inquiry until final determination of the within matter by this Court;

c) an order that the respondent Commission acted beyond its authority in appointing the Tribunal; and

d) such other relief as this Court may deem just.

The issues are joined by and on behalf of the Tribunal and the Canadian Human Rights Commission (hereinafter: the respondents) but not by the respondent Michael Doyle (hereinafter: the employee or the complainant). His interests, then, have been, and are, represented only indirectly by counsel for the respondents. The case came on for hearing in Ottawa on November 20, 1989. The principal body of documented facts before the Court and underpinning these proceedings, is defined and expressed in the affidavit and exhibits thereto of Marvin Blackwell, vice-president, Atlantic Region, of the applicant, in Moncton, New Brunswick. ^f

The employee Doyle had been employed by the applicant in the role of brakeman/yardman since May 29, 1979, prior to December, 1983, when he was diagnosed to be an insulin-dependent diabetic. On March 29, 1984, following an examination by the applicant's medical officer, the employee was restricted by the applicant from performing certain of the tasks of his job, such as flagging and mounting and dismounting moving vehicles. These restrictions ought to be viewed in comparison with ⁱ

PROCUREURS:

Cox, Downie & Goodfellow, Halifax, pour la requérante.

Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour les intimés.

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

^b LE JUGE MULDOON: En l'espèce, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (ci-après appelée la requérante) a déposé un avis de requête le 22 septembre 1989 concluant aux ordonnances suivantes:

^c a) un bref de prohibition visant à interdire aux intimés Stephen Cole, Paula Tippett et Edward H. Fox, agissant en leur qualité de tribunal des droits de la personne, constitué sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, de faire enquête sur une plainte déposée auprès de la Commission canadienne des droits de la personne par l'intimé Michael Doyle;

^d b) un bref de prohibition interdisant à ces intimés d'entreprendre ladite enquête tant que cette Cour n'aura pas statué sur la question en l'espèce;

^e c) une ordonnance portant que la Commission intimée a excédé sa compétence en constituant le tribunal concerné; et

d) toute autre réparation que cette Cour peut estimer juste.

Il y a contestation liée par et pour le tribunal et la Commission canadienne des droits de la personne (ci-après appelés les intimés) mais non par l'intimé Michael Doyle (ci-après appelé l'employé ou le plaignant). Ses intérêts ont donc été représentés et continuent d'être représentés seulement indirectement par les avocats des intimés. L'affaire a été entendue à Ottawa le 20 novembre 1989. Le principal ensemble de faits documentés soumis à l'appréciation de la Cour et à la base de ces procédures se trouve dans l'affidavit et les pièces y afférentes de Marvin Blackwell, vice-président de la requérante pour la région de l'Atlantique, à Moncton (Nouveau-Brunswick). ^h

L'employé Doyle était au service de la requérante en qualité de serre-frein/agent de manœuvre depuis le 29 mai 1979 avant le mois de décembre 1983, lorsqu'il a été diagnostiqué comme étant un diabétique insulino-dépendant. Le 29 mars 1984, à la suite de l'examen médical que le médecin de la requérante a fait subir à l'employé, ce dernier s'est vu interdire par la requérante d'exercer certaines tâches afférentes à son poste, comme faire des signaux au moyen de drapeaux à des véhicules en ^j

the full range of the duties, responsibilities and working conditions of those who hold the position of brakeman/yardman, which are set out in exhibit "N" to Blackwell's affidavit, as follow:

What does a Brakeman/Yardman do?

The Brakeman (male or female) is a member of a train crew involved in train movements to various locations and is required to travel to distant terminals with the train. The Yardman (male or female) is a member of a yard crew involved in switching cars at specific locations, making up trains and servicing industries.

Duties and Responsibilities

The Brakeman/Yardman:

- handles the coupling and switching of cars;
- gives and interprets signals specific to the train or yard movements;
- inspects the condition of equipment and passing trains; checks general yard conditions; takes appropriate safety measures as required.
- operates equipment such as radios, switches and uncoupling devices to facilitate train movement, train operations and car switching;
- displays flags and signals to protect the train in an emergency situation, as stipulated in the operating rules. This may require walking a prescribed distance ahead of or behind the train and remaining there for an extended period of time;
- works with others at train derailments;
- assists passengers on and off train, and ensures that baggage is safely stored;
- patrols passenger cars while in motion, to ensure that order is maintained;
- gives out information regarding train timetable, and announces stations.

Working Conditions

The Brakeman/Yardman:

- works in accordance with established CN safety practices and regulations.; must wear prescribed clothing, footwear and protective devices;
- is required to be groomed and dressed as prescribed when working on passenger trains;
- works under hazardous conditions;
- works outdoors in all weather conditions;
- works occasionally in isolation;

marche, et monter à bord de tels véhicules et en descendre. Ces restrictions doivent être considérées compte tenu de tout l'éventail des tâches, des responsabilités et des conditions de travail de ceux
a qui occupent le poste de serre-frein/agent de manœuvre, que l'on trouve exposés comme suit à la pièce «N» de l'affidavit de M. Blackwell:

Que fait un Serre-frein/Agent de manœuvre?

- b* Le Serre-frein (homme ou femme) est membre d'une équipe de train qui s'occupe des manœuvres de mouvements de train se rendant vers divers endroits. Il doit voyager vers différentes destinations selon l'itinéraire du train auquel il est affecté. Un Agent de manœuvre (homme ou femme) est membre d'une équipe de triage qui effectue des manœuvres de wagons à des endroits spécifiques. Il s'occupe aussi de la formulation des trains et assure le service aux industries.

Tâches et responsabilités

Le Serre-frein/Agent de manœuvre:

- d* - attelle les wagons et s'occupe de la manœuvre des aiguilles de voie;
- donne et interprète les signaux particuliers aux mouvements du train auquel il est affecté ou particuliers aux mouvements des trains dans la gare de triage;
- e* - vérifie l'état du matériel et des trains qui passent; vérifie l'écart général de la gare de triage; prend les mesures de sécurité appropriées telles qu'exigées par le CN;
- manie le matériel tel que: les appareils radio, les aiguilles de voie et les dispositifs de dételage, afin de faciliter les divers mouvements de trains et la manœuvre des wagons;
- f* - en cas d'urgence, assure la protection du train à l'aide de drapeaux ou de signaux lumineux tel qu'énoncé dans les règlements d'exploitation. Il peut aussi avoir à marcher en avant ou en arrière du train sur une distance réglementaire et demeurer sur place pour une période prolongée;
- g* - travaille avec d'autres personnes lors d'un déraillement;
- aide les passagers à monter et descendre du train; s'assure que les bagages sont placés de façon sécuritaire;
- pendant le trajet, fait le tour des wagons de passagers pour s'assurer que le bon ordre règne;
- h* - fournit l'information concernant les horaires et annonce les arrêts du train.

Conditions de travail

- i* - travaille en se conformant aux pratiques et règlements de sécurité du CN; doit porter les vêtements, les chaussures et les accessoires protecteurs réglementaires;
- doit avoir une mise soignée et porter l'uniforme réglementaire lorsqu'affecté à un train de passagers;
- travaille dans des conditions présentant certains risques;
- j* - travaille à l'extérieur dans des conditions atmosphériques variables;
- à l'occasion, travaille seul dans un état d'isolement;

- works at different locations, depending on the work assignment;
- is often absent from home terminal for variable periods of time, when assigned to a train;
- works shifts (day, evening or night) on weekdays, weekends and statutory holidays for many years;
- works irregular assignments and hours for several years; is subject to working long hours;
- remains available for duty on an on-call basis 24 hours a day, throughout the year;
- undergoes training and periodic assessment;
- is subject to a probation period;
- is subject to layoff.

Who is Eligible?

Any individual 18 years of age or over may be considered for the positions of Brakeman/Yardman.

Once you have made the decision to apply for the positions of Brakeman/Yardman, you will be required to:

- take and pass both a medical examination and a physical performance test.

On March 27, 1984, the same day as that on which the employee was subjected to the medical recommendation imposing the work restrictions, his family physician composed and signed a brief note about the employee, exhibit "B", stating:

Under my care for insulin dependant diabetes—no complication—should be employed as fit for any duty.

The following day, the employee, his local union chairman and an assistant superintendent of the applicant railway company had a meeting to determine work opportunities for the employee. As earlier above noted, it was on the following day thereafter, March 29, 1984, that the employee was advised by letter of the specifics of the working restrictions.

On May 7, 1984, the employee signed, and on May 17, 1984, the Commission received the employee's complaint form, exhibit "C", in which the employee complained:

that my employer is differentiating adversely against me by depriving me of my employment opportunities on the ground of my diabetes, contrary to Sections 7 and 10 of the Canadian Human Rights Act.

- travaille à différents endroits, selon l'affectation donnée;
- s'absente souvent de sa gare d'attache pour des périodes de temps variables lorsqu'affecté à un train;
- travaille pendant plusieurs années par affectations (de jour, de soir ou de nuit), la semaine, les fins de semaine, et lors de congés statutaires;
- travaille des heures irrégulières et par affectations irrégulières pendant un certain nombre d'années; est sujet à faire de longues journées de travail;
- est convoqué au travail sur appel et doit être disponible 24 heures par jour à l'année longue;
- participe à des sessions de formation et est soumis périodiquement à des évaluations;
- est assujéti à une période de probation;
- est sujet à des mises à pied.

Qui est éligible?

Toute personne âgée d'au moins 18 ans peut poser sa candidature.

Si vous décidez de postuler à titre de Serre-frein/Agent de manœuvre, vous devrez:

- passer et réussir:
 - un examen médical et un test d'aptitudes physiques.

Le 27 mars 1984, le même jour où l'employé a fait l'objet d'un avis médical lui imposant des restrictions au travail, son médecin de famille a rédigé et signé une brève note à son égard, soit la pièce «B», qui disait:

[TRADUCTION] Sous mes soins pour diabète insulino-dépendant—sans complication—devrait être employé comme étant apte à accomplir toute tâche.

Le jour suivant l'employé, son président de section locale et un surintendant adjoint de la compagnie ferroviaire requérante se sont réunis pour déterminer les chances d'emploi de l'employé. Comme on l'a dit plus haut, c'est le jour suivant, soit le 29 mars 1984, que l'employé a été avisé par lettre des détails des restrictions qui lui étaient imposées au travail.

L'employé a signé le 7 mai 1984, et la Commission a reçu le 17 mai 1984 la formule de plainte de l'employé, qui est la pièce «C», dans laquelle il formulait la plainte suivante:

[TRADUCTION] mon employeur établit à mon endroit une distinction défavorable en me privant de mes chances d'emploi en raison de mon diabète, à l'encontre des articles 7 et 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne.

Now, the material times for this litigation, as counsel on both sides agreed is the period between about December 3, 1983 when the employee's diagnosis was made, to May 17, 1984, when his complaint was received by the Commission. It thereafter took what seems to be a prodigiously long time, almost five years, for the Commission to get around to appointing the three named respondents as a Tribunal under the Act, that is, until April 12, 1989, as revealed by exhibit "K". Much has happened in that five-year span. It appears that there may be new techniques for monitoring the condition of insulin-dependent diabetics and, it also appears that in September, 1988, the employee was restored to his former position and is now in training to become a locomotive driver.

These developments redound to the employee's benefit, but, since the material time is the span between December 3, 1983 and May 17, 1984, it is apparent, as counsel on both sides agreed, that the appointment of the Tribunal will be legally justified or not upon the parties' knowledge of the control of diabetes and the events and jurisprudence arising out of the material times. That is not to say that litigation such as this, and the appointments of Tribunals which sometimes generate such litigation, are to become fossilized relics in ancient stone in regard to what constitutes *bona fide* occupational requirements. The jurisprudence must clearly keep up with the advances of medical and other technological knowledge. With the genuine progress of such knowledge and techniques, it becomes obvious that some of the restrictive occupational criteria of today may be obviated by tomorrow's advances in knowledge and technique.

The material times herein, however, remain fixed for purposes of this litigation. So the Commission, in order to avoid exceeding its jurisdiction to appoint the inquiry tribunal must do so for proper reasons on legal grounds. Although it would be difficult for anyone to establish a literal excess, or loss, of jurisdiction in face of the power accorded under subsection 49(1) of the Act [*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6] ("The Commission may, at any stage after the filing of a complaint, appoint a . . . Tribu-

La période importante en l'espèce, comme les avocats des diverses parties ont convenu, est la période qui s'étend entre environ le 3 décembre 1983, date du diagnostic de l'employé, et le 17 mai 1984, date à laquelle la Commission a reçu sa plainte. La Commission a mis ensuite ce qui paraît être un temps prodigieusement long, presque cinq années, à nommer les trois intimés désignés nommément pour constituer un tribunal conformément à la Loi, c'est-à-dire jusqu'au 12 avril 1989, comme le révèle la pièce «K». Bien des choses se sont produites au cours de ce laps de cinq ans. Il semble qu'il puisse exister de nouvelles méthodes pour surveiller l'état des diabétiques insulino-dépendants, et il semble également qu'en septembre 1988, l'employé a été rétabli dans ses fonctions antérieures et qu'il suive actuellement une formation pour devenir conducteur de locomotive.

Ces faits sont à l'avantage de l'employé, mais puisque l'époque importante est celle qui va du 3 décembre 1983 au 17 mai 1984 il semble, comme l'ont reconnu les avocats de toutes les parties, que la constitution du tribunal se trouvera justifiée légalement ou non selon la connaissance des parties du contrôle du diabète, et les événements et la jurisprudence qui ont vu le jour pendant la période importante. Ce qui ne signifie pas que les instances comme celle-ci, et la constitution des tribunaux qui provoquent parfois ces litiges, doivent devenir des reliques surannées figées dans la pierre antique quand il s'agit d'établir ce qui constitue des exigences professionnelles normales. La jurisprudence doit évidemment tenir compte des progrès de la médecine et des autres perfectionnements technologiques. Il est évident que quelques-unes des limites imposées aujourd'hui à l'exercice d'un emploi pourront disparaître demain grâce aux progrès de la science et de la technique.

La période importante en l'espèce reste cependant fixe aux fins de l'instance. Ainsi donc la Commission, si elle veut éviter d'excéder la compétence qu'elle a pour constituer un tribunal d'enquête, doit agir pour des raisons suffisantes et des motifs prévus par la loi. Bien qu'il serait difficile à quiconque d'établir un excès ou une absence véritables de compétence étant donné le pouvoir conféré par le paragraphe 49(1) de la Loi [*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), chap. H-6] («La Commission peut, à toute

nal . . .”) yet, if the Commission seeks to have an inquiry into matters already clearly established and determined by law, or to harass an employer, or for some oblique reason of its, or its officials' own devising then it will be held to be abusing its powers. Such abuse of powers, being of the essence of unfairness and illegality, may be quashed or prohibited by this Court, if so found. It ought to be noted that both sides conceded that no new techniques, other than those known to be practical by the Commission, the medical practitioners and the Courts during the material times are to be regarded here.

The employee had been referred in October, 1984, by his family physician to a medical specialist, Michael J. McGonigal, MB FRCP (C), of St. John. This specialist wrote to the Commission on May 8, 1985, exhibit “E”, in response to a request for information of April 25, 1985. The three-page letter is too long to recite in full, but certain basic facts can be gleaned therefrom.

At that time [October, 1984], I noted that Mr. Doyle had developed Diabetes around Christmas of 1983, and had been on Insulin since that time. I am not aware of his exact presenting symptoms or how high his initial blood sugars were.

My impression at that time was that he was a very well motivated and well controlled Diabetic and felt that he would do very well.

I have no reason to suppose that he will be particularly likely to develop weak spells or reactions during the course of his work but clearly that possibility exists in virtually anybody who is taking Insulin. [Emphasis not in original text.]

[Referring to a paper on medical restrictions on train service employees, sent to the specialist by the human rights official]

On page five of this paper, the second paragraph, refers to patients who are on Insulin treatment but who have acceptable blood sugar controls, then a number of restrictions are advisable. These include not driving heavy vehicles or assigning of jobs which require large expenditures of energy in unpredictable periods of time or the assigning of jobs around power driven machinery. From the description of Mr. Doyle's work, it seems that in fact he falls into these categories, in what his job entails. It may therefore be that he would be excluded from this

étape postérieure au dépôt de la plainte, constituer un tribunal . . .», il reste que si la Commission cherchait à enquêter sur des questions déjà clairement établies et déterminées par la loi, pour harceler un employeur, ou pour quelque autre motif détourné de son cru ou de celui de ses fonctionnaires, elle serait considérée comme excédant ses pouvoirs. Un tel excès de pouvoirs, tenant de l'injustice et de l'illégalité, peut être invalidé ou prohibé par cette Cour, si elle conclut à son existence. Il convient de souligner que les deux côtés ont concédé qu'il n'y a lieu de prendre en considération en l'espèce nulles autres nouvelles techniques que celles dont la Commission, les médecins et les tribunaux savent qu'elles étaient pratiquées pendant la période concernée.

En octobre 1984, le médecin de famille de l'employé avait envoyé ce dernier consulter un spécialiste médical, Michael J. McGonigal, MB FRCP (C), de St-Jean. Ce spécialiste a écrit à la Commission le 8 mai 1985, pièce «E», en réponse à une demande de renseignements du 25 avril 1985. La lettre de trois pages est trop longue pour être citée intégralement, mais on peut y glaner certains faits fondamentaux.

[TRADUCTION] À cette époque [octobre 1984], j'ai remarqué que M. Doyle avait contracté le diabète aux environs de Noël 1983, et qu'il prenait de l'insuline depuis. Je ne sais pas exactement quels symptômes il présentait ni quel était le taux de son glucose sanguin initial.

Mon impression à ce moment était qu'il était un diabétique très motivé et bien contrôlé, et j'avais l'impression qu'il irait très bien.

Je n'ai aucun motif de présumer qu'il sera particulièrement susceptible d'avoir des faiblesses ou des réactions au cours de son travail, mais il est clair que cette possibilité existe pour à peu près tous ceux qui prennent de l'insuline. [Non souligné dans le texte original.]

[Renvoi à un document sur les restrictions médicales des employés préposés aux trains, adressé au spécialiste par un fonctionnaire de la Commission des droits de la personne.]

À la page cinq de ce document, le second paragraphe traite des patients traités à l'insuline qui ont cependant un contrôle acceptable de leur glucose sanguin; certaines restrictions sont à conseiller. Parmi elles, mentionnons qu'il convient de ne pas leur faire conduire des véhicules lourds ni leur assigner des tâches demandant une grande dépense d'énergie à des périodes imprévisibles, ni leur donner des tâches à accomplir près de machines mues par des moteurs. Selon la description des fonctions de M. Doyle, il semble tomber dans ces catégories. Il se

form of occupation by virtue of his Diabetes. [Emphasis not in original text.]

The above passages from the material before the Court are cited for balance. In terms of objectivity, or lack of it, it is noted that those passages are conspicuously absent from the selection of quotations of Dr. McGonigal's letter cited in the Commission's investigation report, exhibit "G", dated February 26, 1987.

The respondents here presented evidence to the Court appended to the affidavit of Réal Fortin. The exhibits to Mr. Fortin's affidavit are voluminous. Among them are several papers on hypoglycemia in insulin-dependent diabetics, prepared by learned authors for publication in professional and academic journals. These exhibits were also exhibits and the transcript of proceedings at the tribunal hearing of Wayne Mahon's complaint which opened on June 3, 1985. Wayne Mahon's case was subsequently the subject of a section 28 [Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] application to the Appeal Division of this Court, somewhat deceptively indexed as *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586. It would more memorably be cited as *CP Ltd. v. Cdn HRC & Mahon*, or merely as the *Mahon* case.

From the tribunal's transcript of that case one notes the testimony of another medical specialist, Dr. Cornelius J. Toews. The transcript reveals an unfortunately not uncommon antagonism arising between the deponent and the cross-examiner, to be replaced by rather more calm objectivity on the deponent's part when questioned by the chairman (and sole member) of the Tribunal. These are the passages worth reciting here, starting at page 68 of the transcript, page 73 of the respondents' record:

MR. CHAIRMAN: Well, I guess I was also asking if he [Mahon] was entirely careful in terms of his personal habits, if he still lived a reasonable lifestyle, whether there would not be a problem that he could not control in say, driving a taxi. That is the kind of question I was trying to ask or could it still be beyond his control in the sense of hypoglycemia coming on.

peut donc qu'il soit exclu de ce genre de travail en raison de son diabète. [Non souligné dans le texte original.]

Les passages précités tirés de la documentation soumise à la Cour sont cités pour bonne mesure. Question d'objectivité, ou son absence, soulignons que ces passages sont notablement absents de la sélection des extraits de la lettre du docteur McGonigal cités dans le rapport d'enquête de la Commission, pièce «G», en date du 26 février 1987.

Les intimés en l'espèce ont présenté à la Cour des éléments de preuve, annexés à l'affidavit de Réal Fortin. Les pièces annexées à l'affidavit de M. Fortin sont volumineuses. Parmi elles, se trouvent de nombreux articles sur l'hypoglycémie chez les diabétiques insulino-dépendants, rédigés par de savants auteurs pour être publiés dans des revues professionnelles et savantes. Ces pièces sont aussi les pièces qui ont été présentées et la transcription des débats qui a été faite dans le cadre de l'audition devant le tribunal de la plainte de Wayne Mahon, laquelle audition a débuté le 3 juin 1985. La plainte de Wayne Mahon a par la suite fait l'objet d'une demande fondée sur l'article 28 [Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10] adressée à la section d'appel de cette Cour, et indexée de façon quelque peu trompeuse sous l'intitulé *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586. Elle serait d'un rappel plus facile si elle était désignée sous l'intitulé *CP Ltée c. CCDP & Mahon*, ou simplement comme l'affaire *Mahon*.

La transcription des débats de cette affaire fait aussi état de la déposition d'un autre spécialiste médical, le docteur Cornelius J. Toews. Cette transcription révèle un antagonisme qui n'a malheureusement rien d'inusité entre le déposant et le contre-interrogateur, et qui cède la place à une objectivité plus sereine chez le déposant lorsqu'il est interrogé par le président (et l'unique membre) du tribunal. Voici les passages qui valent d'être cités en l'espèce, à partir de la page 68 de la transcription, page 73 du dossier des intimés:

M. LE PRÉSIDENT: Bien, je crois que je cherchais aussi à savoir s'il (Mahon) était prudent dans ses habitudes personnelles, s'il avait encore un mode de vie raisonnable, s'il n'y aurait pas un problème qu'il serait incapable de contrôler, disons en conduisant un taxi. C'est le genre de question que j'essayais de poser, ou la situation pourrait-elle encore échapper à son contrôle, en ce qui concerne l'existence de crises d'hypoglycémie.

THE DEPONENT: You are asking me can I envisage a scenario where given his diabetes, length of diagnosis, so on and so forth could he get himself into a situation where he would not be able to take corrective action? Yes, it is possible.

MR. CHAIRMAN: Even though he was being attendant to his situation?

THE DEPONENT: Yes, it is possible. It is just reported. We know that. A person who sees a lot of diabetics knows this.

MR. CHAIRMAN: Even though he always took a chocolate bar?

THE DEPONENT: Yes.

THE CHAIRMAN: And even though he always regulated the balancing items?

THE DEPONENT: Yes.

THE CHAIRMAN: It just could be beyond his control in the given situation?

THE DEPONENT: Yes.

MR. CHAIRMAN: I suppose for that matter, obviously diabetics can drive cars but you are saying he could be driving a car down the street, and it is obviously very improbable, but he could have a problem suddenly come on that he could endanger the public?

THE DEPONENT: Yes.

RE-EXAMINATION BY MR. DUVAL

Q. From your examination of Mr. Mahon do you think that Mr. Mahon falls in that particular group of ten percent of diabetics prone to major reactions without prewarning?

A. No.

As noted, the transcript from which the above recited passages were drawn is the transcript of the *Mahon* case which was subject to judicial review in 1987 by the Appeal Division of this Court.

In the meanwhile, and indeed on April 27, 1989, a Review Tribunal to whom the Commission had appealed a decision of a one-member Tribunal concerning an insulin-dependent diabetic, rendered its decision. This was about two weeks after the appointment of the Tribunal in the present case at bar, but some 6½ months after the one-member Tribunal of first instance rendered its decision in the matter of *Gaetz v. Canadian Armed Forces* [(1988), 89 CLLC 17,014 (C.H.R.T.) holding:

In the circumstances of the present case I am satisfied that the medical restriction placed upon Mr. Gaetz [an insulin-dependent diabetic] qualified as a *bona fide* occupational requirement and that the "real risk factor" in this case is more

LE DÉPOSANT: Vous me demandez si je puis envisager la situation où étant donné son diabète, le temps écoulé depuis le diagnostic et ainsi de suite, il pourrait se trouver dans l'impossibilité de prendre des mesures correctives? Oui, c'est possible.

M. LE PRÉSIDENT: Bien qu'il surveille son état?

LE DÉPOSANT: Oui, c'est possible. Cela est rapporté. Nous le savons. Quiconque voit plusieurs diabétiques le sait.

M. LE PRÉSIDENT: Bien qu'il prenne toujours une tablette de chocolat?

LE DÉPOSANT: Oui.

LE PRÉSIDENT: Et bien qu'il tienne toujours compte des mesures utiles?

LE DÉPOSANT: Oui.

LE PRÉSIDENT: Les choses pourraient échapper à son contrôle dans une situation donnée?

LE DÉPOSANT: Oui.

LE PRÉSIDENT: Je suppose donc, puisqu'évidemment les diabétiques peuvent conduire une automobile, que vous dites qu'il pourrait être au volant, et cela est évidemment très improbable, mais il pourrait éprouver soudainement des ennuis et constituer un danger pour le public?

LE DÉPOSANT: Oui.

NOUVEL EXAMEN PAR M. DUVAL

Q. Selon l'examen que vous avez fait subir à M. Mahon, croyez-vous que ce dernier fait partie du groupe particulier de dix pour cent des diabétiques enclins à éprouver de fortes réactions sans symptômes précurseurs?

R. Non.

Comme on l'a noté, la transcription d'où sont tirés les extraits susmentionnés est la transcription de l'affaire *Mahon*, qui a fait l'objet d'un contrôle judiciaire par la section d'appel de cette Cour en 1987.

Dans l'intervalle, soit le 27 avril 1989, un tribunal d'appel auprès duquel la Commission en avait appelé d'une décision d'un tribunal d'un seul membre concernant un diabétique insulino-dépendant, a rendu sa décision. C'était environ deux semaines après la constitution du tribunal en l'espèce, mais quelque six mois et demi après que le tribunal à membre unique de première instance ait rendu sa décision dans l'affaire *Gaetz c. Forces armées canadiennes* [(1988), 89 CLLC 17,014 (T.C.D.P.)], en disant:

[TRADUCTION] Dans les circonstances de l'espèce, je suis convaincu que les restrictions d'ordre médical imposées à M. Gaetz [un diabétique insulino-dépendant] constituaient des exigences professionnelles normales et que le «facteur du risque

than a possibility and is certainly more than a hypothetical one. I am satisfied that the present case falls well within the parameters of the *Etobicoke* and *Bhinder* cases.

All this was known to the Commission half a year prior to the appointment of the subject Tribunal in this case of the employee Mr. Doyle. The cases referred to in the above recited passage are *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; and *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185.

About two weeks after the appointment of the presently impugned tribunal in regard to Mr. Doyle's complaint, as above noted, the Review Tribunal upheld the first-instance decision in the *Gaetz* case. Citing the reasons of Mr. Justice Pratte in the *Mahon* case, and those of Mr. Justice McIntyre in the *Bhinder* case the Review Tribunal rejected the Commission's submission to the effect that the employer had a duty to test Mr. Gaetz to determine his specific suitability for continued employment prior to his discharge in August, 1985, despite his condition. So it was that in late April, 1989, holding that in the circumstances of Mr. Gaetz's job requirements and qualifications freedom from insulin-dependent diabetes and its risks was clearly a *bona fide* occupational requirement, the Review Tribunal dismissed the Commission's appeal. That which in many instances evinces virtue can, when pressed to excess, become a fault. It seems that in the case at bar the Commission is becoming persistent to a fault.

Section 15 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (formerly section 14) provides:

15. It is not a discriminatory practice if

(a) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a *bona fide* occupational requirement.

The Commission knows this. The Commission knows the applicant's position through correspondence and through the failed conciliation proceeding which preceded the appointment of the

réel» en l'espèce est plus qu'une possibilité et est certainement plus qu'une possibilité hypothétique. Je suis persuadé que l'espèce s'inscrit dans les paramètres des affaires *Etobicoke* et *Bhinder*.

^a Tout ceci était connu de la Commission six mois avant la constitution du tribunal en cause dans la présente affaire de l'employé M. Doyle. Les arrêts dont il est question dans le passage précité sont *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; et *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185.

Environ deux semaines après que le tribunal attaqué en l'espèce ait été constitué pour enquêter sur la plainte de M. Doyle, comme il est dit plus haut, le tribunal d'appel a confirmé la décision rendue en première instance dans l'affaire *Gaetz*. Citant les motifs du juge Pratte dans l'affaire *Mahon*, et ceux du juge McIntyre dans l'affaire *Bhinder*, le tribunal d'appel a rejeté le moyen de la Commission voulant que l'employeur ait été tenu d'examiner M. Gaetz pour établir son aptitude particulière à continuer à travailler en dépit de son état avant son congédiement en août 1985. Et c'est ainsi qu'à la fin d'avril 1989, le tribunal d'appel a rejeté l'appel de la Commission, en statuant qu'en raison des exigences et des aptitudes liées à l'emploi de M. Gaetz, l'absence de diabète insulino-dépendant et des risques qu'il comporte constituait clairement une exigence professionnelle normale. Ce qui dans bien des circonstances peut être une vertu, poussé à l'excès, devient un défaut. Il semble qu'en l'espèce, la Commission s'obstine indûment.

^h L'article 15 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, chap. H-6 (anciennement l'article 14) prévoit ce qui suit:

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

^a les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontrent qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées.

La Commission est au courant de ceci. La Commission connaît la position de la requérante à la suite de la correspondance échangée et de la vaine procédure de conciliation qui a précédé la constitu-

impugned Tribunal. The Commission well knows that jobs requiring the employee to be physically active and/or mentally alert at critical but unscheduled times have, or had at the material time, a *bona fide* qualification for anyone employed therein, that he or she be free of insulin-dependent diabetes. That must be at least reasonably necessary to assure the efficient performance of the job's tasks without endangering anyone's personal safety. The Tribunal of first instance and the Review Tribunal in the *Gaetz* case have made that proposition plain to the Commission. So has the Appeal Division of this Court in the *Mahon* case, above cited. The Commission well knows the principles stated by both the greater and smaller majorities' opinions in the *Bhinder* case, above cited: "The test does not vary with the special characteristics and circumstances of the complainant" and "A working condition does not lose its character as a *bona fide* occupational requirement because, apart from paragraph 14(a) of the Act, it may be discriminatory," as well as "Applying the requirement to each individual with varying results would rob the requirement of its character as an occupational requirement and would ignore the plain language of the section, [which would become thereby] effectively read out of the Act". The Commission knows all this, yet it persists in abusing its powers by seeking to push on with a costly inquiry by a Tribunal, and quite possibly also, a Review Tribunal.

Now, it is plain and true that Parliament has provided for Human Rights Tribunals to make inquiries into matters of alleged occupational discrimination. Therefore the Court heeds the salutary words of caution expressed by the then Associate Chief Justice Thurlow in *Attorney General of Canada v. Cumming*, [1980] 2 F.C. 122; (1979), 103 D.L.R. (3d) 151; 79 DTC 5305 (T.D.), and by the same distinguished jurist in his later role of Chief Justice in *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Williams*, [1982] 1 F.C. 214 (C.A.). The Court should be slow to pre-empt the Commission and a Tribunal, in most circumstances, but rather, ought to permit the process to unfold as, in Parliament's enactment, it should. Even such a salutary rule may have an exception; and in this instance there is a salutary one. It resides in this: where the Tribunal's decision, in order to be cor-

tion du tribunal attaqué. La Commission sait fort bien que les fonctions exigeant qu'un employé se dépense physiquement et/ou soit mentalement présent à des moments critiques et imprévus comportent, ou comportaient à l'époque concernée, l'exigence normale que le titulaire ne soit pas un diabétique insulino-dépendant. Cela doit être au moins raisonnablement nécessaire pour garantir l'accomplissement efficace des tâches afférentes au poste sans compromettre la sécurité de qui que ce soit. Le tribunal de première instance et le tribunal d'appel dans l'affaire *Gaetz* ont exposé cela clairement à la Commission. Il en va de même pour la Section d'appel de cette Cour dans l'arrêt *Mahon*, précité. La Commission connaît bien les principes énoncés dans les opinions des majorités dans l'arrêt *Bhinder*, précité: «Le critère ne varie pas selon les caractéristiques propres au plaignant et les circonstances spéciales de son cas» et «Une condition d'emploi ne perd pas son caractère d'exigence professionnelle normale parce que, [abstraction faite de l'alinéa 14a)], elle peut être discriminatoire», et encore «Appliquer une telle exigence à chaque individu avec des résultats variables, ce serait la dépouiller de sa nature d'exigence professionnelle et ne pas tenir compte de ce que dit clairement la disposition [qui deviendrait donc] effectivement inutile dans la Loi.» La Commission sait tout cela, et elle persiste néanmoins à abuser de ses pouvoirs en tentant de se lancer dans une enquête coûteuse menée par un tribunal, et aussi très probablement, par un tribunal d'appel.

Il est clair et vrai que le Parlement a édicté des dispositions permettant aux tribunaux des droits de la personne d'enquêter sur des questions de discrimination professionnelle. Par conséquent, la Cour tient compte de la sage mise en garde faite par le juge Thurlow, alors juge en chef adjoint, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Cumming*, [1980] 2 C.F. 122; (1979), 103 D.L.R. (3d) 151; 79 DTC 5305 (1^{re} inst.), et de la mise en garde faite par le même distingué juriste, lorsqu'il était juge en chef, dans l'arrêt *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. c. Williams*, [1982] 1 C.F. 214 (C.A.). La Cour devrait hésiter à se substituer à la Commission et à un tribunal, dans la plupart des circonstances, mais elle devrait plutôt permettre le déroulement du processus comme il est dit dans le texte législatif du Parlement. Même une telle règle salutaire peut avoir une exception; et en l'espèce, il

rect in law and evidence, amounts to a foregone conclusion, the inquiry should be prohibited, as here, because it will be useless, expensive, disruptive, inconvenient and abusive. What is clear to the Court in this instance ought surely to be clear to the Commission and any Tribunal.

The *Mahon* decision of this Court's Appeal Division is as clear as can be, and in persisting in creating inquiries into matters already decided, at least for the material times, the Commission sadly trivializes the cause of human rights and thereby also abuses and exceeds its jurisdictional powers.

The three-judge Court in the *Mahon* case was unanimous in the result, and two of the judges, Messrs. Justices Pratte and Hugessen, were unanimous in expression. This is not a judgment to be ignored as wrongly decided, as the respondents' counsel urged. Mahon was a Canadian Pacific trackman whose duties and working conditions may have been somewhat more arduous than Mr. Doyle's, but in obvious effect the lifting, pulling, standing, mounting and dismounting moving vehicles, coupling and uncoupling railway cars and locomotives in close proximity with moving trains and equipment in all types of weather conditions were, like the disease suffered by both men, quite indistinguishable. The Commission knows all that.

In that *Mahon* case, [1988] 1 F.C. 209, Mr. Justice Pratte wrote the unanimous majority expression. At page 213, Pratte J. reviewed the medical evidence, some of which is actually recited earlier herein, having been exhibited here by the respondents. At page 215, he characterized the tribunal's conclusions in this way:

The Tribunal decided that the requirement that a trackman be not an insulin dependent diabetic was not a *bona fide* occupational requirement. After referring to the decision of the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, the Tribunal concluded that, even if the refusal to employ unstable diabetics might be justified, the risks involved in employing a stable diabetic like Mr. Mahon were not sufficiently great to

existe une exception salutaire. Elle consiste en ceci: lorsque la décision du tribunal, pour être correcte en droit et en matière de preuve, est toute tracée à l'avance, l'enquête devrait être interdite, comme en l'espèce, parce qu'elle sera inutile, coûteuse, contraignante, gênante et abusive. Ce qui est clair pour la Cour dans ce cas devrait sûrement être clair pour la Commission et tout tribunal.

La décision rendue par la Section d'appel de cette Cour dans l'affaire *Mahon* est aussi claire qu'il se peut, et en persistant à faire enquête sur des questions déjà décidées, tout au moins à l'égard des époques importantes, la Commission affaiblit malheureusement la cause des droits de la personne, et de ce fait elle commet un abus et un excès de son pouvoir juridictionnel.

La Cour composée de trois juges dans l'affaire *Mahon* s'est prononcée à l'unanimité, les juges Pratte et Hugessen rendant des motifs uniques. Il ne s'agit pas là d'un jugement qui doit être laissé de côté comme étant erroné, comme le voudraient les avocats des intimés. Mahon était un agent de la voie du Canadien Pacifique dont les fonctions et les conditions de travail pouvaient être un peu plus dures que celles de M. Doyle, mais il est évident que les efforts que devaient fournir les deux hommes pour soulever des objets, les tirer, rester debout, monter à bord de véhicules en marche et en descendre, atteler et découpler des wagons et des locomotives à proximité de trains et de matériel en marche par toutes sortes de conditions atmosphériques étaient, comme les maladies dont les deux hommes étaient victimes, tout à fait semblables. La Commission sait tout cela.

Dans l'affaire *Mahon*, [1988] 1 C.F. 209, le juge Pratte a rédigé les motifs de la majorité unanime. À la page 213, le juge Pratte a étudié les dépositions en matière médicale, dont certains extraits sont cités plus haut, les intimés les ayant déposés en preuve. À la page 215, il a dit ce qui suit sur les conclusions du tribunal:

Le tribunal a conclu que la disposition excluant les diabétiques insulino-dépendants du poste d'agent de la voie ne constituait pas une exigence professionnelle normale. Après avoir renvoyé à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, le tribunal a conclu que même si le refus d'employer des diabétiques non stables pouvait se justifier, les risques qu'il y a à

warrant the refusal of Canadian Pacific Limited to employ him.

The Tribunal's decision, therefore, assumes that it is possible for an employer to readily distinguish, among insulin dependent diabetics, those that are stable from those that are not. The applicant does not challenge that assumption. It attacks the Tribunal's decision on grounds that relate to the manner in which the Tribunal determined that the risks involved in employing stable diabetics as trackmen were not sufficiently great to warrant the refusal to employ them.

Then at pages 221 and 222 of the *Mahon* case, Pratte J. is reported in these significant passages:

The decision of the Supreme Court of Canada in *Etobicoke* [above cited] is authority for the proposition that a requirement imposed by an employer in the interest of safety must, in order to qualify as a *bona fide* occupational requirement, be reasonably necessary in order to eliminate a sufficient risk of damage. In *Bhinder*, on the other hand, the Supreme Court upheld as a *bona fide* occupational requirement one which, if not complied with, would expose the employee to a "greater likelihood of injury—though only slightly greater" (at page 584). The effect of those decisions, in my view, is that, *a fortiori*, a job-related requirement that, according to the evidence, is reasonably necessary to eliminate a real risk of a serious damage to the public at large must be said to be a *bona fide* occupational requirement.

The decision under attack, it seems to me, is based on the generous idea that the employers and the public have the duty to accept and assume some risks of damage in order to enable disabled persons to find work. In my view, the law does not impose any such duty on anyone

Once it had been found that the applicant's policy not to employ insulin dependent diabetics as trackmen was reasonably necessary to eliminate a real risk of serious damage for the applicant, its employees and the public, there was only one decision that the Tribunal could legally make, namely, that the applicant's refusal to engage the respondent Wayne Mahon was based on a *bona fide* occupational requirement and, as a consequence, was not a discriminatory practice.

I would, for these reasons, allow the application, set aside the decision under attack and refer the matter back to the Tribunal for decision on the basis that, in view of the findings it has already made as to the risks of hiring insulin dependent diabetics as trackmen, the only conclusion that can legally be drawn is that the applicant's refusal to hire the respondent Wayne Mahon was based on a *bona fide* occupational requirement and, as a consequence, was not a discriminatory practice.

HUGGESSEN J.: I agree [Emphasis not in original text.]

It is in light of the foregoing passages, in the background of the confirmed *Gaetz* inquiry and

employer un diabétique stable comme M. Mahon n'étaient pas suffisamment élevés pour justifier le refus du Canadien Pacifique Limitée de l'embaucher.

La décision du tribunal laisse donc présumer qu'un employeur peut facilement distinguer, parmi les diabétiques insulino-dépendants, ceux qui sont stables de ceux qui ne le sont pas. La requérante ne met pas en doute cette hypothèse. Elle s'en prend à la décision du tribunal pour des motifs qui portent sur la façon dont ce dernier a déterminé que les dangers qu'il y a à employer des diabétiques stables en qualité d'agents de la voie n'étaient pas suffisamment sérieux pour justifier le refus de les engager.

Puis aux pages 221 et 222 de l'arrêt *Mahon*, se trouvent ces passages importants des motifs du juge Pratte:

La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Etobicoke* [précitée] appuie la proposition selon laquelle une exigence imposée par l'employeur dans l'intérêt de la sécurité doit, pour être reconnue comme une exigence professionnelle normale, être raisonnablement nécessaire afin d'éliminer un risque suffisant de blessures. Dans l'arrêt *Bhinder*, d'autre part, la Cour suprême a reconnu comme étant une exigence professionnelle normale celle qui, si elle n'était pas respectée, exposerait l'employé à «un risque plus grand de subir des blessures—quoique seulement légèrement plus grand» (à la page 584). Il ressort donc de ces décisions, à mon sens, qu'à plus forte raison, l'exigence reliée au travail qui, selon la preuve, est raisonnablement nécessaire pour éliminer le danger réel de préjudice grave au grand public doit être considérée comme une exigence professionnelle normale.

La décision contestée se fonde, me semble-t-il, sur l'idée généreuse que les employeurs et le public ont le devoir d'accepter et de courir certains risques de subir des blessures afin de permettre aux personnes handicapées de trouver du travail. À mon avis, la loi n'impose un tel devoir à personne . . .

Dès lors que le tribunal avait conclu que la politique de la requérante de ne pas employer des diabétiques insulino-dépendants en qualité d'agents de la voie était raisonnablement nécessaire pour éliminer un risque réel de blessures graves pour la requérante, ses employés et le public, une seule décision s'imposait au regard de la loi, à savoir que le refus de la requérante d'employer Wayne Mahon était fondé sur une exigence professionnelle normale, et qu'en conséquence il ne constituait pas un acte discriminatoire.

Pour ces motifs, j'accueillerais la demande, j'annulerais la décision contestée et je renverrais l'affaire devant le tribunal pour qu'il rende une décision en tenant pour acquis ce vu ses conclusions sur les dangers qu'il y a à employer des diabétiques insulino-dépendants en qualité d'agents de la voie, la seule conclusion qui puisse être tirée en droit est que le refus de la requérante d'employer l'intimé Wayne Mahon est fondé sur une exigence professionnelle normale et, par conséquent, ne constitue pas un acte discriminatoire.

LE JUGE HUGGESSEN: Je souscris à ces motifs. [Non souligné dans le texte original.]

Compte tenu des extraits précités, de la confirmation de la décision dans l'enquête *Gaetz* et de

the interpretations of paragraph 15(a) of the Act pronounced by the Supreme Court of Canada in its *Etobicoke* and *Bhinder* decisions, that it is clear that yet another inquiry into the same issues arising at or around the material times ought surely to be prohibited. It is an abuse of the Commission's powers and an excess of jurisdiction. Enough is enough. The applicant, moreover, conducted itself with utmost propriety. Because, according to the applicant's counsel, the appointed Tribunal agreed to await the outcome of this litigation before embarking on the inquiry, the Court does not need to prohibit it in that regard. The applicant's counsel also indicated that the applicant seeks no costs of this proceeding. So, because the Commission has acted beyond its jurisdictional authority, here, in appointing this particular Tribunal, the respondents Cole, Tippet and Fox, and all others, acting in their capacity as a Human Rights Tribunal under the *Canadian Human Rights Act* are prohibited from inquiring into the complaint made to the Canadian Human Rights Commission on May 17, 1983 by Michael Doyle, or into any similarly grounded complaint arising from events prior to Michael Doyle's installation in the job in which he is presently employed by the applicant railway company, without prejudice, of course, to any differently grounded complaint, which has already actually been formally lodged with the Commission by the complainant, Michael Doyle.

l'interprétation de l'alinéa 15a) de la Loi qu'a faite la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Etobicoke* et *Bhinder*, il est clair qu'une autre enquête sur les mêmes questions survenant à l'époque ou près de l'époque pertinente devrait sûrement être prohibée. C'est un abus des pouvoirs de la Commission et un excès de compétence. En voilà assez. En outre, la requérante s'est comportée de façon des plus correctes. Parce que, selon l'avocat de la requérante, le tribunal constitué a convenu d'attendre l'issue de ce litige avant d'entreprendre une enquête, la Cour n'a rien à interdire à cet égard. L'avocat de la requérante a aussi laissé savoir que celle-ci ne réclamait aucun frais dans cette procédure. Donc, étant donné que la Commission a excédé sa compétence en l'espèce en constituant le tribunal en cause, il est interdit aux intimés Cole, Tippet et Fox et à toutes autres personnes agissant en qualité de tribunal des droits de la personne constitué sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, d'enquêter sur la plainte que Michael Doyle a déposée le 17 mai 1983 auprès de la Commission canadienne des droits de la personne, ou sur toute plainte ayant un fondement semblable soulevée par des événements antérieurs à l'installation de Michael Doyle dans les fonctions qu'il occupe actuellement au sein de la compagnie ferroviaire requérante, sans préjudice, naturellement, pour toute plainte fondée sur un motif différent qui pourrait déjà avoir été déposée officiellement auprès de la Commission par le plaignant, Michael Doyle.

T-48-89

T-48-89

Citrus Growers Association Ltd. and Jamaica Export Trading Company Limited (*Applicants*)

v.

William D. Branson Limited (*Respondent*)

INDEXED AS: CITRUS GROWERS ASSN. LTD. v. WILLIAM D. BRANSON LTD. (T.D.)

Trial Division, Rouleau J.—Toronto, October 23, 1989; Ottawa, January 9, 1990.

Trade marks — Expungement — No right in importer/agent to register, under own name and for own benefit, trade mark owned by foreign principal — Obligation on importer/agent to register mark on behalf of foreign principal — “Use” by agent “use” by foreign principal — Breach of fiduciary obligations of importer/agent to foreign principal legitimate basis of attack — Court without jurisdiction to substitute one registered owner for another — Act s. 17(2) 5-year limitation period not applicable as mark “used” by owner through agent.

The applicant, Citrus Growers Association Limited (CGA), was a Jamaican company whose members included Jamaican farmers and fruit growers. Jamaica Export Trading Company (Jetco) was a Jamaican exporter which acted as agent for CGA. The respondent, Branson, was a Canadian importing company. “Ortanique” is a fruit combining the orange and the tangerine, developed in Jamaica in the 1920’s. It is also a trade mark for the fruit, registered by CGA in several countries throughout the world. From 1978 to 1981, Branson imported Ortaniques through Jetco. From then on, Branson continued to import Ortaniques directly from various Jamaican producers. Branson, without the consent or knowledge of the applicants, obtained registration of “Ortanique” in Canada in March 1980.

This is an application by CGA and Jetco against Branson for an order striking the respondent’s registration of the trade mark “Ortanique” on the ground that Branson was under a legal obligation as agent and fiduciary to register the mark only on behalf of CGA, the proper owner of the mark and the only one entitled to registration. They also seek to have the register amended to substitute CGA as the registered owner of the mark.

Held, the application should be allowed in part.

The second prayer for relief could not be granted. It is a well-settled principle of trade mark law that this Court does not have jurisdiction to substitute one registered owner for another. Whatever the respective rights of the parties may be, a party seeking registration of a trade mark must satisfy the whole of the scheme of the Act, by applying through the proper channels for trade mark registration.

Citrus Growers Association Ltd. et Jamaica Export Trading Company Limited (*requérantes*)

a c.

William D. Branson Limited (*intimée*)

RÉPERTORIÉ: CITRUS GROWERS ASSN. LTD. c. WILLIAM D. BRANSON LTD. (1^{re} INST.)

b

Section de première instance, juge Rouleau—Toronto, 23 octobre 1989; Ottawa, 9 janvier, 1990.

c

Marques de commerce — Radiation — L’importateur-mandataire n’a pas le droit d’enregistrer une marque de commerce appartenant au mandant étranger sous son propre nom et à son propre avantage — Obligation de l’importateur-mandataire d’enregistrer la marque au nom du mandant étranger — «L’emploi» de la marque par le mandataire est un «emploi» par le mandant étranger — La violation des obligations fiduciaires de l’importateur-mandataire envers son mandant étranger constitue un moyen de contestation légitime — Absence de compétence de la Cour pour substituer un propriétaire inscrit à un autre — Le délai de prescription de 5 ans de l’art. 17(2) de la Loi ne s’applique pas parce que la marque a été «employée» par le propriétaire par l’intermédiaire du mandataire.

d

e

La requérante, Citrus Growers Association Limited (CGA), est une société jamaïcaine formée notamment de fermiers et d’arboriculteurs en Jamaïque. Jamaica Export Trading Company (Jetco) est une société d’exportation jamaïcaine qui agit comme mandataire de CGA. L’intimée, Branson, est une société d’importation canadienne. L’«Ortanique» est un fruit développé en Jamaïque dans les années 20 et provient de la combinaison de l’orange et de la tangerine. C’est également une marque de commerce dont CGA est la propriétaire inscrite dans plusieurs pays. De 1978 à 1981, Branson importait des Ortaniques par l’intermédiaire de Jetco. À partir de cette date, Branson a continué à importer des Ortaniques directement de divers producteurs Jamaïquains. Sans le consentement et à l’insu des requérantes, Branson a obtenu l’enregistrement de la marque «Ortanique» au Canada en mars 1980.

f

g

h

Il s’agit d’une demande présentée par CGA et Jetco contre Branson en vue d’obtenir une ordonnance biffant l’enregistrement de la marque de commerce «Ortanique» de l’intimée parce que Branson était tenue légalement, en tant que mandataire et fiduciaire, à n’enregistrer la marque qu’au nom de CGA, le véritable propriétaire de la marque et le seul à pouvoir l’enregistrer. Elles demandent en outre qu’une modification soit apportée au registre pour que CGA figure comme propriétaire inscrit de la marque de commerce.

i

Jugement: la demande devrait être accueillie en partie.

j

Le deuxième redressement demandé ne pouvait être accordé. Il existe un principe bien établi en droit des marques de commerce que cette Cour n’a pas compétence pour substituer un propriétaire inscrit à un autre. Quels que puissent être les droits respectifs des parties, une partie qui demande l’enregistrement d’une marque de commerce doit se conformer à l’ensemble de la Loi en respectant les procédures appropriées à l’enregistrement d’une marque de commerce.

The case law under section 57 is clear that an importer or agent has no right to register a trade mark owned by a foreign principal, under his own name and for his own benefit. Anything the importer does with respect to the mark must be for the benefit of the foreign supplier and owner of the mark. On the wording of section 57, breach of the fiduciary obligation of an importer/agent to his foreign principal is a legitimate basis of attack, and the applicant can succeed on this ground alone.

Use in Canada by a wholesaler or distributor of goods bearing the mark of the foreign trade mark owner is use by the foreign owner, not the Canadian importer. There has therefore been no use in Canada by the respondent and it was not entitled to registration.

The lack of a written exclusive distributorship agreement does not alter the fact that Branson was acting on behalf of CGA, through Jetco, in importing goods covered by the trade mark. Branson was therefore an importing agent who ultimately owed a fiduciary duty of care to its principal. That duty was breached by the registration of the trade mark.

Although CGA did not sell Ortaniques in Canada subsequent to 1981, the respondent could not argue that the mark had been abandoned because, at the date of the respondent's application for registration, the relevant date for the purpose of expungement proceedings under section 17 of the Act, the mark was actively in use in Canada.

Nor could Branson invoke the 5-year limitation period prescribed by subsection 17(2) of the Act because use by the respondent was use by the rightful owner, whose consent had not been obtained.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 4, 16, 17, 18(1), 57.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Friendly Ice Cream Corp. v. Friendly Ice Cream Shops Ltd., [1972] F.C. 712; (1972), 7 C.P.R. (2d) 35 (T.D.); *Royal Doulton Tableware Limited v. Cassidy's Ltd.*, [1986] 1 F.C. 357; (1984), 5 C.I.P.R. 10; 1 C.P.R. (3d) 214 (T.D.); *Labatt (John) Ltd. v. Carling Breweries Ltd.* (1974), 18 C.P.R. (2d) 15 (F.C.T.D.); *Lin Trading Co. v. CBM Kabushiki Kaisha*, [1989] 1 F.C. 620; (1988), 20 C.I.P.R. 1; 25 F.T.R. 80 (C.A.); *Wilhelm Layler GmbH v. Anthes Industries Inc.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 187; 1 F.T.R. 82 (F.C.T.D.); *Waxoyl AG v. Waxoyl Can. Ltd.* (1984), 4 C.I.P.R. 127; 3 C.P.R. (3d) 105 (F.C.T.D.); *Argenti Inc. v. Exode Importations Inc.* (1984), 8 C.P.R. (3d) 174 (F.C.T.D.); *Manhattan Industries Inc. v. Princeton Manufacturing Ltd.* (1971), 4 C.P.R. (2d) 6 (F.C.T.D.); *Philip Morris Inc. v. Imperial Tobacco Ltd. (No. 1)* (1987), 17 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.).

La jurisprudence sur l'article 57 indique clairement qu'un importateur ou mandataire n'a pas le droit d'enregistrer une marque de commerce appartenant au mandant étranger sous son propre nom et à son propre avantage. L'importateur doit toujours agir à l'égard de la marque à l'avantage du fournisseur et propriétaire étranger de la marque. Compte tenu de la formulation de l'article 57, la violation des obligations fiduciaires d'un importateur-mandataire envers son mandant étranger constitue un moyen de contestation légitime et le requérant peut avoir gain de cause en invoquant ce seul moyen.

L'emploi au Canada par un grossiste ou un distributeur de marchandises portant la marque du propriétaire de la marque de commerce étrangère constitue un emploi par le propriétaire étranger et non par l'importateur canadien. Par conséquent, il n'y a eu aucun emploi au Canada par l'intimée et elle n'a pas droit à l'enregistrement de la marque de commerce.

L'absence d'un contrat écrit de distribution exclusive ne modifie pas le fait que Branson agissait pour le compte de CGA par l'intermédiaire de Jetco en important les marchandises visées par la marque de commerce. Branson était donc un mandataire-importateur qui avait finalement une obligation de diligence de nature fiduciaire envers son mandant. Cette obligation a été violée par l'enregistrement de la marque de commerce.

Même si CGA n'a pas vendu d'Ortaniques au Canada après 1981, l'intimée ne pouvait prétendre que la marque avait été abandonnée parce qu'à la date de la demande d'enregistrement présentée par l'intimée, la date pertinente aux fins de la procédure en radiation en vertu de l'article 17 de la Loi, la marque était employée régulièrement au Canada.

Branson ne pouvait invoquer non plus le délai de prescription de 5 ans prévu par le paragraphe 17(2) de la Loi parce que l'intimée a employé la marque pour le compte du véritable propriétaire, sans avoir obtenu son consentement.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 4, 16, 17, 18(1), 57.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Friendly Ice Cream Corp. c. Friendly Ice Cream Shops Ltd., [1972] C.F. 712; (1972), 7 C.P.R. (2d) 35 (1^{re} inst.); *Royal Doulton Tableware Limited c. Cassidy's Ltée*, [1986] 1 C.F. 357; (1984), 5 C.I.P.R. 10; 1 C.P.R. (3d) 214 (1^{re} inst.); *Labatt (John) Ltd. c. Carling Breweries Ltd.* (1974), 18 C.P.R. (2d) 15 (C.F. 1^{re} inst.); *Lin Trading Co. v. CBM Kabushiki Kaisha*, [1989] 1 C.F. 620; (1988), 20 C.I.P.R. 1; 25 F.T.R. 80 (C.A.); *Wilhelm Layler GmbH c. Anthes Industries Inc.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 187; 1 F.T.R. 82 (C.F. 1^{re} inst.); *Waxoyl AG c. Waxoyl Can. Ltd.* (1984), 4 C.I.P.R. 127; 3 C.P.R. (3d) 105 (C.F. 1^{re} inst.); *Argenti Inc. c. Exode Importations Inc.* (1984), 8 C.P.R. (3d) 174 (C.F. 1^{re} inst.); *Manhattan Industries Inc. c. Princeton Manufacturing Ltd.* (1971), 4 C.P.R. (2d) 6 (C.F. 1^{re} inst.); *Philip Morris Inc. c. Imperial Tobacco Ltd. (No. 1)* (1987), 17 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.).

AUTHORS CITED

Fox, Harold G. *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed., Toronto: The Carswell Company Limited, 1972.

COUNSEL:

Robert A. Spence for applicants.
Kenneth E. Jull for respondent.

SOLICITORS:

Aird & Berlis, Toronto, for applicants.
Beard, Winter, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROULEAU J.: This is an application by Citrus Growers Association Ltd. ("CGA Ltd.") and Jamaica Export Trading Company Limited ("Jetco") against William D. Branson Limited ("Branson") for an order striking the respondent's registration of the trade-mark "Ortanique", on the grounds that the entry on the register does not accurately express or define the rights of Branson as at the date of application or on the date the registration for the trade-mark was granted (*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, section 57); they further seek an amendment to the register substituting CGA Ltd. as the registered owner of the trade-mark.

As to the second prayer for relief, it is a well settled principle of trade-mark law that this Court does not have the jurisdiction to substitute one registered owner for another. Whatever this Court may conclude as to the respective rights of the parties before it, a party seeking registration of a trade-mark must satisfy the whole of the scheme of the Act, by applying through the proper channels for trade-mark registration (*Friendly Ice Cream Corp. v. Friendly Ice Cream Shops Ltd.*, [1972] F.C. 712; (1972), 7 C.P.R. (2d) 35 (T.D.); *Royal Doulton Tableware Limited v. Cassidy's Ltd.*, [1986] 1 F.C. 357; (1984), 5 C.I.P.R. 10; 1 C.P.R. (3d) 214 (T.D.) Thus, whatever party I may determine to be entitled to the trade-mark in issue, I cannot substitute what I perceive to be the proper owner of the mark.

DOCTRINE

Fox, Harold G. *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3e éd., Toronto: The Carswell Company Limited, 1972.

a AVOCATS:

Robert A. Spence pour les requérantes.
Kenneth E. Jull pour l'intimée.

PROCUREURS:

b *Aird & Berlis*, Toronto, pour les requérantes.
Beard, Winter, Toronto, pour l'intimée.

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

c LE JUGE ROULEAU: Il s'agit d'une demande présentée par Citrus Growers Association Ltd. («CGA Ltd.») et Jamaica Export Trading Company Limited («Jetco») contre William D. Branson Limited («Branson») en vue d'obtenir une ordonnance biffant l'enregistrement de la marque de commerce «Ortanique» de l'intimée parce que l'inscription dans le registre n'exprime ou ne définit pas exactement les droits de Branson à la date de la demande ou à la date où l'enregistrement de la marque de commerce a été accordée (*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), chap. T-13, article 57); elles demandent en outre qu'une modification soit apportée au registre pour que CGA Ltd. figure comme propriétaire inscrit de la marque de commerce.

Quant au deuxième redressement demandé, il existe un principe bien établi en droit des marques de commerce que cette Cour n'a pas compétence pour substituer un propriétaire inscrit à un autre. Quelle que puisse être la conclusion de cette Cour quant aux droits respectifs des parties qui comparaissent devant elle, une partie qui demande l'enregistrement d'une marque de commerce doit se conformer à tout le régime de la Loi, en respectant les procédures appropriées à l'enregistrement d'une marque de commerce (*Friendly Ice Cream Corp. c. Friendly Ice Cream Shops Ltd.*, [1972] C.F. 712; (1972), 7 C.P.R. (2d) 35 (1^{re} inst.); *Royal Doulton Tableware Limited c. Cassidy's Liée*, [1986] 1 C.F. 357; (1984), 5 C.I.P.R. 10; 1 C.P.R. (3d) 214 (1^{re} inst.). Par conséquent, quelle que soit la partie qui, à mon avis, peut avoir droit à la marque de commerce en litige, je ne peux substituer celle que j'estime être la véritable propriétaire de la marque à celle qui est inscrite.

The facts may be briefly set out as follows: CGA Ltd. was a Jamaican company whose members included farmers and fruit growers in Jamaica. Jetco is a Jamaican exporter who acted as agent for CGA Ltd. The respondent Branson is a Canadian importing company. At the hearing of this application it was indicated that in fact CGA Ltd. no longer exists. However, their standing to pursue this application was not challenged.

The "Ortanique" is a fruit developed in Jamaica in the 1920's, combining the orange and the tangerine. CGA Ltd. is the registered owner of the trade-mark in several countries throughout the world.

In February, 1978, Jetco, as agent for CGA Ltd., entered into a verbal agreement with Branson to supply Ortaniques to Canada. A shipment was made in 1978 on fixed terms, and further shipments continued in 1979 and 1981 on consignment. Jetco has made no shipments of the product through Branson since 1981. The evidence indicates that this was as a result of "deregulation" in Jamaica of the sale of Ortaniques, whereby the respondent was able to buy them directly from producers rather than solely through CGA Ltd. or Jetco. Mr. Hernal Hamilton, Director/General Manager of Jetco, testified that they sold no Ortaniques in Canada between 1981 and 1985 because they could not obtain a viable price, although Branson continued to import on their own from various producers.

There was no written agreement between Jetco and Branson, although the applicant maintains that Branson was the importing agent for Jetco and, through it, for CGA Ltd. Promotional materials meant for consumers were supplied by Jetco to Branson, which apparently identified Ortaniques and their point of origin, Jamaica. The applicants submit that this effectively identified the fruit with CGA Ltd., who was at that time the only supplier. The fruit was sold in Canada in association with the mark "Ortanique", which they claim gave it a distinctive identity; further,

Les faits peuvent être brièvement résumés comme suit: CGA Ltd. est une société jamaïquaine formée notamment de fermiers et d'arboriculteurs en Jamaïque. Jetco est une société d'exportation jamaïquaine qui agit comme mandataire de CGA Ltd. L'intimée Branson est une société d'importation canadienne. À l'audition de cette demande, on a souligné que CGA Ltd. n'existe plus dans les faits. Cependant, on n'a pas contesté sa qualité pour agir en l'instance.

L'«Ortanique» est un fruit développé en Jamaïque dans les années 20 et provient de la combinaison de l'orange et de la tangerine. CGA Ltd. est la propriétaire inscrite de la marque de commerce dans plusieurs pays.

En février 1978, Jetco, comme mandataire de CGA Ltd., a conclu une entente verbale avec Branson pour fournir des Ortaniques au Canada. Une cargaison a été expédiée en 1978 selon des modalités prescrites et d'autres cargaisons ont été expédiées en 1979 et en 1981 en consignation. Jetco n'a expédié aucune cargaison du produit par l'intermédiaire de Branson depuis 1981. La preuve indique que cela résultait de la «déréglementation» de la vente des Ortaniques en Jamaïque, ce qui a permis à l'intimée de les acheter directement des producteurs plutôt que par le seul intermédiaire de CGA Ltd. ou de Jetco. M. Hernal Hamilton, directeur et principal gestionnaire de Jetco a témoigné que celle-ci n'a vendu aucune Ortanique au Canada entre 1981 et 1985 parce qu'elle ne pouvait obtenir un prix raisonnable bien que Branson ait continué d'en importer par ses propres moyens de divers producteurs.

Il n'existe aucun accord écrit entre Jetco et Branson bien que la requérante affirme que Branson ait agi comme mandataire à l'importation pour Jetco et, par celle-ci, pour CGA Ltd. Les produits de promotion destinés aux consommateurs étaient fournis par Jetco à Branson qui a apparemment identifié les Ortaniques et leur point d'origine à la Jamaïque. Les requérantes soutiennent que cela a effectivement eu pour effet d'identifier le fruit à CGA Ltd., qui à l'époque était le seul fournisseur. Le fruit était vendu au Canada en liaison avec la marque «Ortanique», qui, prétendent-elles, lui

they argue this mark is in no way distinctive of Branson.

Branson applied for the trade-mark "Ortanique" on March 1, 1978, under its own name. Registration was granted March 20, 1980, No. 242077.

CGA Ltd. and Jetco claim they did not consent to or authorize Branson's registration of the trade-mark, and that at all times Branson was acting as agent for Jetco and through them for CGA Ltd. They therefore claim that Branson was under a legal obligation as agent and as fiduciary to register the trade-mark only on behalf of CGA Ltd., who they claim is the proper owner of the mark, and the only one entitled to registration.

Mr. Hamilton states, and it is not disputed, that he did not become aware of Branson's registration until February, 1987, at which time they attempted to persuade Branson to transfer the mark to CGA Ltd. Branson refused unless it were reimbursed the registration expenses, guaranteed the exclusive selling agency in Canada, and recovered another \$25,000 towards marketing expenses.

It is the respondent's position that the applicants never intended to register the trade-mark in Canada, but simply needed a temporary market from 1978 to 1981 to dispose of surplus. Further, Branson has been importing the Ortaniques for a period of over 10 years (since 1978), obtaining their supply from various producers, and expending money and effort to promote the fruit in Canada. It denies that they were ever the agent or fiduciary of CGA Ltd. or Jetco, and asserts that it registered the trade-mark in an effort to protect it from unauthorized use and consequent injury to their goodwill. The respondent submits that it is the party entitled to registration of the trade-mark, and that the applicants have established no such right. It states that it was not aware of the applicant CGA Ltd.'s ownership of the trade-mark in other countries at the time of application.

accordait une identité distinctive; en outre, elles prétendent que cette marque ne confère aucun caractère distinctif à Branson.

Branson a déposé une demande pour la marque de commerce «Ortanique» le 1^{er} mars 1978 sous son propre nom. L'enregistrement a été accordé le 20 mars 1980, N^o 242077.

CGA Ltd. et Jetco soutiennent qu'elles n'ont pas autorisé l'enregistrement de la marque de commerce par Branson ni consenti à son enregistrement et que celui-ci agissait en tout temps comme mandataire de Jetco et, par celle-ci, de CGA Ltd. Elles prétendent donc que Branson avait l'obligation en droit, comme mandataire et fiduciaire, de n'enregistrer la marque de commerce qu'au nom de CGA Ltd., qui, prétendent-elles est la véritable propriétaire de la marque et la seule qui a droit à son enregistrement.

M. Hamilton affirme, et cela n'est pas contesté, qu'il n'a pris connaissance de l'enregistrement de Branson qu'en février 1987, date à laquelle il a tenté de persuader Branson de transférer la marque à CGA Ltd. Branson a refusé à moins d'être remboursé des frais d'enregistrement, d'agir comme agence exclusive de vente au Canada et de récupérer 25 000 \$ supplémentaires pour les frais de commercialisation.

L'intimée prétend que les requérantes n'ont jamais eu l'intention d'enregistrer la marque de commerce au Canada mais qu'elles avaient simplement besoin d'accéder temporairement au marché de 1978 à 1981 pour se départir des surplus. En outre, Branson importait des Ortaniques depuis plus de 10 ans (depuis 1978), se les procurant auprès de divers producteurs et déboursant des sommes et déployant des efforts pour faire la promotion du fruit au Canada. Elle nie avoir été à un moment quelconque le mandataire ou le fiduciaire de CGA Ltd. ou de Jetco et affirme qu'elle a enregistré la marque de commerce dans le but de la protéger d'un emploi non-autorisé et du préjudice porté au fonds de commerce par suite de cet usage. L'intimée soutient qu'elle a droit à l'enregistrement de la marque de commerce et que les requérantes n'ont établi aucun droit à cette marque. Elle affirme qu'elle ne savait pas que la requérante CGA Ltd. était propriétaire de la marque de commerce dans d'autres pays à l'époque de la demande.

The respondent further argues that the applicants are precluded from making the present application for expungement under subsection 17(2) of the *Trade-marks Act*, since they did not object within 5 years of the date of registration.

The applicant is claiming under subsection 57(1) of the *Trade-marks Act*, which reads as follows:

57. (1) The Federal Court has exclusive original jurisdiction, on the application of the Registrar or of any person interested, to order that any entry in the register be struck out or amended on the ground that at the date of the application the entry as it appears on the register does not accurately express or define the existing rights of the person appearing to be the registered owner of the mark.

(2) No person is entitled to institute under this section any proceeding calling into question any decision given by the Registrar of which that person had express notice and from which he had a right to appeal.

I am satisfied that the applicant CGA Ltd., as owner of the trade-mark in several other countries, is a "person interested" within the meaning of section 57. Further, I am prepared to accept that Jetco, as their selling agent, is also a "person interested", since they may be affected by the respondent's registration, having some entitlement to use of the mark (*Labatt (John) Ltd. v. Carling Breweries Ltd.* (1974), 18 C.P.R. (2d) 15 (F.C.T.D.)). It is not necessary that an applicant show that it is the person entitled to registration of the mark.

The jurisprudence under section 57 is clear that an importer or agent has no right to register a trade-mark owned by the foreign principal, under his own name and for his own benefit (*Lin Trading Co. v. CBM Kabushiki Kaisha*, [1989] 1 F.C. 620; (1988), 20 C.I.P.R. 1; 25 F.T.R. 80 (C.A.); *Wilhelm Layler GmbH v. Anthes Industries Inc.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 187; 1 F.T.R. 82 (F.C.T.D.); *Waxoyl AG v. Waxoyl Can. Ltd.* (1984), 4 C.I.P.R. 127; 3 C.P.R. (3d) 105 (F.C.T.D.); *Argenti Inc. v. Exode Importations Inc.* (1984), 8 C.P.R. (3d) 174 (F.C.T.D.); *Royal Doulton Tableware Limited v. Cassidy's Ltd.*, *supra*). Anything the importer does with respect to the mark must be for the benefit of the foreign supplier and owner of the mark. The cases have reached this conclusion in a variety of ways: prior

L'intimée soutient de plus que les requérantes sont empêchées de présenter cette demande de radiation en vertu du paragraphe 17(2) de la *Loi sur les marques de commerce* parce qu'elles ne se sont pas opposé dans les cinq ans de la date d'enregistrement.

La requérante présente sa demande en vertu du paragraphe 57(1) de la *Loi sur les marques de commerce*, qui se lit ainsi:

57. (1) La Cour fédérale a une compétence initiale exclusive, sur demande du registraire ou de toute personne intéressée, pour ordonner qu'une inscription dans le registre soit biffée ou modifiée, parce que, à la date de cette demande, l'inscription figurant au registre n'exprime ou ne définit pas exactement les droits existants de la personne paraissant être le propriétaire inscrit de la marque.

(2) Personne n'a le droit d'intenter, en vertu du présent article, des procédures mettant en question une décision rendue par le registraire, de laquelle cette personne avait reçu un avis formel et dont elle avait le droit d'interjeter appel.

Je suis convaincu que la requérante CGA Ltd., comme propriétaire de la marque de commerce dans plusieurs autres pays, est une «personne intéressée» au sens de l'article 57. En outre, je suis prêt à accepter que Jetco, comme son mandataire-ven-
deur, est également une «personne intéressée» puis-
qu'elle peut être touchée par l'enregistrement de
l'intimée, ayant un certain droit à l'emploi de la
marque (*Labatt (John) Ltd. c. Carling Breweries
Ltd.* (1974), 18 C.P.R. (2d) 15 (C.F. 1^{re} inst.)). Il
n'est pas nécessaire qu'un requérant fasse la
preuve qu'il est la personne qui a droit à l'enregis-
trement de la marque.

La jurisprudence rendue en vertu de l'article 57 indique clairement qu'un importateur ou manda-
taire n'a pas le droit d'enregistrer une marque de
commerce appartenant au mandant étranger sous
son propre nom et à son propre avantage (*Lin
Trading Co. c. CBM Kabushiki Kaisha*, [1989] 1
C.F. 620; (1988), 20 C.I.P.R. 1; 25 F.T.R. 80
(C.A.); *Wilhelm Layler GmbH c. Anthes Indus-
tries Inc.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 187; 1 F.T.R. 82
(C.F. 1^{re} inst.); *Waxoyl AG c. Waxoyl Can. Ltd.*
(1984), 4 C.I.P.R. 127; 3 C.P.R. (3d) 105 (C.F. 1^{re}
inst.); *Argenti Inc. c. Exode Importations Inc.*
(1984), 8 C.P.R. (3d) 174 (C.F. 1^{re} inst.); *Royal
Doulton Tableware Limited c. Cassidy's Ltée*, pré-
cité). L'importateur doit toujours agir à l'égard de
la marque à l'avantage du fournisseur et proprié-
taire étranger de la marque. Les tribunaux sont

use by the foreign supplier in Canada (paragraph 16(1)(a)); no "use" by the importer/agent in Canada within the meaning of sections 4 and 16, since its use was on behalf of the principal; the mark is not distinctive of the wares of the respondent (paragraph 18(1)(b)); and, generally, the respondent is not the person entitled to registration of the mark, on the grounds of the fiduciary obligation existing between an agent and his principal.

This last-noted ground has not stood alone as a basis to expunge, although it is a common thread running throughout the case law. In each of the cases noted above, the applicants relied specifically on sections 16 or 18 of the Act. This has not been done in the case at bar. However, I am prepared to accept that, on the wording of section 57, breach of the fiduciary obligations of an importer/agent to his foreign principal is a legitimate basis of attack, and the applicant can succeed on this ground alone. I am also satisfied that the present applicant can fit within other sections of the Act, in accordance with the preceding jurisprudence.

Subsection 18(1) sets out the grounds on which the registration of a trade-mark is invalid:

18. (1) The registration of a trade-mark is invalid if

(a) the trade-mark was not registrable at the date of registration,

(b) the trade-mark is not distinctive at the time proceedings bringing the validity of the registration into question are commenced, or

(c) the trade-mark has been abandoned,

and subject to section 17, it is invalid if the applicant for registration was not the person entitled to secure the registration.

Section 17 provides:

17. (1) No application for registration of a trade-mark that has been advertised in accordance with section 37 shall be refused and no registration of a trade-mark shall be expunged or amended or held invalid on the ground of any previous use or making known of a confusing trade-mark or trade-name by a person other than the applicant for that registration or his predecessor in title, except at the instance of that other person or his successor in title, and the burden lies on that other person or his successor to establish that he had not abandoned the confusing trade-mark or trade-name at the date of advertisement of the applicant's application.

parvenus à cette conclusion de diverses façons: l'emploi antérieur par le fournisseur étranger au Canada (alinéa 16(1)a)); aucun «emploi» par l'importateur-mandataire au Canada au sens des articles 4 et 16 parce que l'emploi était pour le compte du mandant; la marque ne distingue pas les marchandises de l'intimé (alinéa 18(1)b)); et, généralement, l'intimé n'est pas la personne qui a droit à l'enregistrement de la marque en raison des obligations de fiduciaire qui existent entre un mandataire et son mandant.

Jusqu'ici ce dernier moyen n'a pas justifié à lui seul la radiation, bien qu'on le retrouve partout dans la jurisprudence. Dans chacune des décisions mentionnées auparavant, les requérants ont expressément invoqué les articles 16 ou 18 de la Loi. Ce qui n'a pas été fait en l'espèce. Je suis cependant prêt à accepter, compte tenu de la formulation de l'article 57, que la violation des obligations fiduciaires d'un importateur-mandataire envers son mandant étranger constitue un moyen de contestation légitime et que le requérant peut avoir gain de cause en invoquant ce seul moyen. Je suis également convaincu que la requérante en l'espèce peut invoquer d'autres articles de la Loi, conformément à la jurisprudence déjà mentionnée.

Le paragraphe 18(1) établit les cas d'invalidité de l'enregistrement d'une marque de commerce:

18. (1) L'enregistrement d'une marque de commerce est invalide dans les cas suivants:

a) la marque de commerce n'était pas enregistrable à la date de l'enregistrement;

b) la marque de commerce n'est pas distinctive à l'époque où sont entamées les procédures contestant la validité de l'enregistrement;

c) la marque de commerce a été abandonnée.

Sous réserve de l'article 17, l'enregistrement est invalide si l'auteur de la demande n'était pas la personne ayant droit de l'obtenir.

L'article 17 prévoit:

17. (1) Aucune demande d'enregistrement d'une marque de commerce qui a été annoncée selon l'article 37 ne peut être refusée, et aucun enregistrement d'une marque de commerce ne peut être radié, modifié ou tenu pour invalide, du fait qu'une personne autre que l'auteur de la demande d'enregistrement ou son prédécesseur en titre a antérieurement employé ou révélé une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion, sauf à la demande de cette autre personne ou de son successeur en titre, et il incombe à cette autre personne ou à son successeur d'établir qu'il n'avait pas abandonné cette marque de commerce ou ce nom commercial créant de la confusion, à la date de l'annonce de la demande du requérant.

(2) In proceedings commenced after the expiration of five years from the date of registration of a trade-mark or from July 1, 1954, whichever is the later, no registration shall be expunged or amended or held invalid on the ground of the previous use or making known referred to in subsection (1), unless it is established that the person who adopted the registered trade-mark in Canada did so with knowledge of that previous use or making known.

Section 16 dictates who is entitled to the registration of a trade-mark:

16. (1) Any applicant who has filed an application in accordance with section 30 for registration of a trade-mark that is registrable and that he or his predecessor in title has used in Canada or made known in Canada in association with wares or services is entitled, subject to section 38, to secure its registration in respect of those wares or services, unless at the date on which he or his predecessor in title first so used it or made it known it was confusing with

(a) a trade-mark that had been previously used in Canada or made known in Canada by any other person;

(b) a trade-mark in respect of which an application for registration had been previously filed in Canada by any other person; or

(c) a trade-name that had been previously used in Canada by any other person.

(5) The right of an applicant to secure registration of a registrable trade-mark is not affected by the previous use or making known of a confusing trade-mark or trade-name by another person, if the confusing trade-mark or trade-name was abandoned at the date of advertisement of the applicant's application in accordance with section 37.

Section 4 defines "use":

4. (1) A trade-mark is deemed to be used in association with wares if, at the time of the transfer of the property in or possession of the wares, in the normal course of trade, it is marked on the wares themselves or on the packages in which they are distributed or it is in any other manner so associated with the wares that notice of the association is then given to the person to whom the property or possession is transferred.

(2) A trade-mark is deemed to be used in association with services if it is used or displayed in the performance or advertising of those services.

(3) A trade-mark that is marked in Canada on wares or on the packages in which they are contained is, when the wares are exported from Canada, deemed to be used in Canada in association with those wares.

The definition of use in section 4 is satisfied by the applicant, since the fruit was marketed under its trade-mark "Ortanique". This also appeared on the promotional materials sent by the applicants.

(2) Dans des procédures ouvertes après l'expiration de cinq ans à compter de la date d'enregistrement d'une marque de commerce ou à compter du 1^{er} juillet 1954, en prenant la date qui est postérieure à l'autre, aucun enregistrement ne peut être radié, modifié ou jugé invalide du fait de l'utilisation ou révélation antérieure mentionnée au paragraphe (1), à moins qu'il ne soit établi que la personne qui a adopté au Canada la marque de commerce déposée l'a fait alors qu'elle était au courant de cette utilisation ou révélation antérieure.

L'article 16 précise quelles sont les personnes qui peuvent enregistrer une marque de commerce:

16. (1) Tout requérant qui a produit une demande selon l'article 30 en vue de l'enregistrement d'une marque de commerce qui est enregistrable et que le requérant ou son prédécesseur en titre a employée ou fait connaître au Canada en liaison avec des marchandises ou services, a droit, sous réserve de l'article 38, d'en obtenir l'enregistrement à l'égard de ces marchandises ou services, à moins que, à la date où le requérant ou son prédécesseur en titre l'a en premier lieu ainsi employée ou révélée, elle n'ait créé de la confusion:

a) soit avec une marque de commerce antérieurement employée ou révélée au Canada par une autre personne;

b) soit avec une marque de commerce à l'égard de laquelle une demande d'enregistrement avait été antérieurement produite au Canada par une autre personne;

c) soit avec un nom commercial qui avait été antérieurement employé au Canada par une autre personne.

(5) Le droit, pour un requérant, d'obtenir l'enregistrement d'une marque de commerce enregistrable n'est pas atteint par l'emploi antérieur ou la révélation antérieure d'une marque de commerce ou d'un nom commercial créant de la confusion, par une autre personne, si cette marque de commerce ou ce nom commercial créant de la confusion a été abandonné à la date de l'annonce de la demande du requérant selon l'article 37.

L'article 4 définit le terme «emploi»:

4. (1) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des marchandises si, lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces marchandises, dans la pratique normale du commerce, elle est apposée sur les marchandises mêmes ou sur les colis dans lesquels ces marchandises sont distribuées, ou si elle est, de toute autre manière, liée aux marchandises à tel point qu'avis de liaison est alors donné à la personne à qui la propriété ou possession est transférée.

(2) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des services si elle est employée ou montrée dans l'exécution ou l'annonce de ces services.

(3) Une marque de commerce mise au Canada sur des marchandises ou sur les colis qui les contiennent est réputée, quand ces marchandises sont exportées du Canada, être employée dans ce pays en liaison avec ces marchandises.

La requérante répond à la définition d'emploi à l'article 4 puisque le fruit a été mis en vente avec sa marque de commerce «Ortanique». Cette marque figure également sur les produits de promotion envoyés par les requérantes.

Under section 16, an applicant is entitled to registration of the trade-mark if he has used or made it known in Canada in association with the wares, and it is not confusing with a trade-mark previously used in Canada. In the case of *Manhattan Industries Inc. v. Princeton Manufacturing Ltd.* (1971), 4 C.P.R. (2d) 6 (F.C.T.D.), it was held that use in Canada by a wholesaler or distributor of goods bearing the mark of the foreign trade-mark owner was "use" by the foreign owner, not the Canadian importer. This was applied in *Waxoyl AG v. Waxoyl Can. Ltd.*; *Royal Doulton Tableware v. Cassidy's Ltd.*; *Argenti Inc. v. Exode Importations Inc.*; and *Lin Trading Co. v. CBM Kabushiki Kaisha*, *supra*. Based on this reasoning, there has been no "use" in Canada by the respondents, and therefore they were not entitled to registration of the trade-mark.

The respondent also submitted that there was no prior use of the trade-mark in Canada by CGA Ltd. Section 16 entitles an applicant to registration of a trade-mark if, prior to the date of his use or his making known of it, no other person used or made known a confusing mark. It is clear from the evidence that the first use of the trade-mark by the respondent was when they received their first shipment of Ortaniques from the applicant, on or about March 7, 1978. On the basis of *Manhattan Industries*, *supra*, this constitutes "use" by the owner, not by Branson.

In this respect I quote the editorial note to *Manhattan Industries*, *supra*, as quoted by Reed J. in *Waxoyl*, *supra*, at page 122:

"Many internationally known marks are sold through distributors in Canada. The mark is still that of the original supplier, not the distributor.

"The question is not who is using the mark but whose mark is being used. As long as the wares originate from the owner it is suggested that his mark is being used even if no sales in Canada are directly made by that owner." [Emphasis added.]

En vertu de l'article 16, un requérant a droit à l'enregistrement de la marque de commerce s'il l'a employée ou révélée au Canada en liaison avec des marchandises et si elle ne crée pas de confusion avec une marque de commerce employée antérieurement au Canada. Dans la décision *Manhattan Industries Inc. c. Princeton Manufacturing Ltd.* (1971), 4 C.P.R. (2d) 6 (C.F. 1^{re} inst.), le tribunal a conclu que l'emploi au Canada par un grossiste ou un distributeur de marchandises portant la marque du propriétaire de la marque de commerce étrangère constituait un «emploi» par le propriétaire étranger et non par l'importateur canadien. Cette décision a été appliquée dans les affaires *Waxoyl AG c. Waxoyl Can. Ltd.*; *Royal Doulton Tableware c. Cassidy's Ltée*; *Argenti Inc. c. Exode Importations Inc.*; et *Lin Trading Co. c. CBM Kabushiki Kaisha*, précitées. Compte tenu de ce raisonnement, il n'y a eu aucun «emploi» au Canada par l'intimée et par conséquent elle n'a pas droit à l'enregistrement de la marque de commerce.

L'intimée a également soutenu que CGA Ltd. n'avait pas employé la marque de commerce au Canada antérieurement. L'article 16 accorde au requérant le droit à l'enregistrement d'une marque de commerce si, avant la date où il l'a employée ou révélée, personne n'avait employé ou révélé une marque créant de la confusion. La preuve indique clairement que l'intimée a employé la marque de commerce pour la première fois lorsqu'elle a reçu la première cargaison d'Ortaniques de la requérante le 7 mars 1978. Compte tenu de la décision *Manhattan Industries*, précitée, cela constitue un «emploi» par le propriétaire et non par Branson.

À cet égard, je reproduis un extrait du sommaire de la décision *Manhattan Industries*, précitée, comme le cite le juge Reed dans la décision *Waxoyl*, précitée, à la page 122:

Un grand nombre de marques de commerce internationalement connues sont vendues par l'entremise de distributeurs au Canada. La marque appartient toujours au fournisseur original et non au distributeur.

La question n'est pas de savoir qui emploie la marque mais plutôt de savoir quelle marque est employée. Tant que les marchandises proviennent du propriétaire, on dit que sa marque est employée même si ce propriétaire n'a pas directement effectué de ventes au Canada. [Je souligne.]

It was argued on behalf of the respondent that it was not acting as agent for Jetco or CGA Ltd., pointing out the lack of a written exclusive distributorship agreement. I am not persuaded by this argument. There is no doubt in my mind, Branson was acting on behalf of CGA Ltd., through Jetco, in importing goods covered by the trade-mark. The president of the respondent company, Mr. William Branson, admitted as much on cross-examination. The absence of a written agreement or of exclusivity does not alter its status as an importing agent, who ultimately owes a fiduciary duty of care to its principal. This duty is breached by the registration of the trade-mark rightfully belonging to CGA Ltd..

The respondent further argues that it had no knowledge of CGA Ltd.'s prior registrations of the trade-mark in other countries, and thus should not be held responsible for what was in effect an "innocent user", attempting to protect its own goodwill in the product. This submission is completely irrelevant.

The respondent also submitted that the applicants had abandoned their use of the trade-mark in Canada subsequent to 1981. Non-use alone does not constitute abandonment (*Philip Morris Inc. v. Imperial Tobacco Ltd. (No. 1)* (1987), 17 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.)). The evidence of Mr. Hamilton was that they did not sell in Canada between 1981 - 1985 because they could not obtain a viable price. But above all, section 17 of the Act requires merely that a prior user not have abandoned use of the mark as at the date of the applicant's (here respondent's) application; that is, in 1979, when the mark was actively in use. An applicant's rights to registration of a trade-mark under the Act are determined as at the date of application, not when expungement proceedings are commenced.

The final submission by the respondent is that the applicant's right to expungement is prescribed by subsection 17(2) of the Act; more than 5 years having elapsed since the registration date of

On a prétendu au nom de l'intimée qu'elle n'agissait pas comme mandataire de Jetco ou de CGA Ltd., soulignant l'absence d'un contrat écrit de distribution exclusive. Cet argument ne me convainc pas. Il n'y a aucun doute dans mon esprit que Branson agissait pour le compte de CGA Ltd., par l'intermédiaire de Jetco, en important les marchandises visées par la marque de commerce. Le président de la société intimée, M. William Branson, l'a reconnu en contre-interrogatoire. L'absence d'un contrat écrit ou d'un contrat d'exclusivité ne modifie pas son statut de mandataire-importateur qui a finalement une obligation de diligence de nature fiduciaire envers son mandant. Cette obligation est violée par l'enregistrement de la marque de commerce qui appartient en droit à CGA Ltd.

L'intimée soutient de plus qu'elle ne savait pas que CGA Ltd. avait enregistré la marque de commerce dans d'autres pays antérieurement et qu'elle ne peut donc être tenue responsable de ce qui constitue en réalité un [TRADUCTION] «emploi innocent», voulant protéger son propre fonds de commerce à l'égard du produit. Cet argument n'a aucune pertinence.

L'intimée soutient également que les requérantes ont abandonné leur emploi de la marque de commerce au Canada après 1981. Seul, le non-emploi ne constitue pas un abandon (*Philip Morris Inc. c. Imperial Tobacco Ltd. (No. 1)* (1987), 17 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.)). Dans son témoignage, M. Hamilton a affirmé ne pas avoir effectué de ventes au Canada entre 1981 et 1985 pour la seule raison qu'il ne pouvait obtenir un prix raisonnable. Mais surtout, l'article 17 de la Loi exige simplement que celui qui a employé la marque antérieurement n'ait pas abandonné l'emploi de la marque à la date de la demande d'enregistrement du requérant (en l'espèce l'intimée); c'est-à-dire en 1979, lorsque la marque était employée régulièrement. Les droits d'un requérant à l'enregistrement d'une marque de commerce en vertu de la Loi sont déterminés à la date de la demande et non lorsque des procédures en radiation sont intentées.

Le dernier argument de l'intimée est que le droit de la requérante à la radiation est prescrit par le paragraphe 17(2) de la Loi; plus de 5 ans se sont écoulés depuis la date d'enregistrement du 20 mars

March 20, 1980. The respondent, although it was the first user as well as the party "making known" the mark, did so in law on behalf of the rightful owner, whose consent it had not obtained. Branson therefore cannot invoke the limitation period in section 17.

It is hereby ordered, as sought in this application for relief, that the Registrar of Trade-marks strike William D. Branson Limited as registered owner of the trade-mark "Ortanique".

I wish to comment further that I have grave doubts as to the registrability of "Ortanique" as a trade-mark; it appears descriptive of a fruit whose existence was brought about by combining the orange and the tangerine, said to have a unique flavour. I presume from the evidence that "Ortanique" is the name by which this fruit is generally known, and is not exclusive to any one supplier or grower. However, no arguments were specifically directed at this issue.

In the circumstances that I have alluded to, the duty on the Court is set out in Fox, *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition* (3rd ed.), at page 309:

In matters concerning rectification of the register the court acts in the interests of the purity of the register, and in the public interest. In so acting, the court has inherent jurisdiction and a duty to expunge in a proper case *ex proprio motu* even though the point on which expungement is ordered has not been raised in the pleadings. But even though the court might so act, although no person appeared as a person interested to ask for expungement, it ought to do so only in a case where it clearly appears that the mark is wrongly on the register. The public interest is of paramount importance, and the equities in favour of or against the applicant for rectification are of little relevance, for the matter is one between the public and the owner of the mark. [Footnotes omitted; emphasis added.]

In the absence of specific argument, and insufficient evidence, I would not be justified in taking such action.

Costs to the applicants.

1980. Bien qu'elle ait été la première à employer la marque et à la révéler, l'intimée l'a fait pour le compte du véritable propriétaire en droit de qui elle n'avait pas obtenu le consentement. Par conséquent, Branson ne peut invoquer le délai de prescription de l'article 17.

J'ordonne donc, conformément à la demande de redressement, que le registraire des marques de commerce biffe le nom de William D. Branson Limited comme propriétaire inscrit de la marque de commerce «Ortanique».

Je veux souligner en outre que j'ai de sérieux doutes quant à la possibilité d'enregistrer «Ortanique» comme marque de commerce; elle semble décrire un fruit dont l'existence découle de la combinaison de l'orange et de la tangerine, dont on dit qu'elles ont une saveur unique. J'en déduis, d'après la preuve, que «Ortanique» est le nom en vertu duquel ce fruit est généralement connu et n'est pas exclusif à un fournisseur ou producteur. Cependant, aucun argument n'a porté directement sur cette question.

Compte tenu des circonstances que j'ai mentionnées, l'obligation de la Cour est établie dans l'ouvrage de Fox, *Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition* (3^e éd.), à la page 309:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la correction du registre, le tribunal agit dans l'intérêt d'un registre sans erreur et dans l'intérêt public. Ce faisant, le tribunal a la compétence inhérente et le devoir d'ordonner la radiation de son propre chef dans les instances appropriées même si le point en vertu duquel la radiation est ordonnée n'a pas été soulevé dans les procédures. Mais même si le tribunal peut ainsi agir, bien qu'aucune personne n'apparaisse avoir l'intérêt de demander la radiation, il doit agir seulement dans une instance où il paraît clairement que c'est à tort que la marque a été inscrite dans le registre. L'intérêt public est d'importance primordiale, et les droits en *equity* en faveur ou à l'encontre du requérant de la correction ont peu d'importance car il s'agit d'une affaire entre le public et le propriétaire de la marque. [Les notes sont omises; je souligne.]

En l'absence d'arguments précis et compte tenu de l'insuffisance de la preuve, je ne serais pas justifié d'ordonner cette mesure.

Les requérantes ont droit aux dépens.

T-634-89

T-634-89

Glaxo Canada Inc. (Applicant)

v.

Minister of National Health and Welfare (Respondent)INDEXED AS: *GLAXO CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T.D.)*

Trial Division, Muldoon J.—Toronto, January 12; Ottawa, January 15, 1990.

Access to information — Application for review of decision to disclose records requested in severed form — Glaxo objecting to disclosure of severed portions under s. 20(1)(a) and (b) — Preliminary objection no evidence condition precedent set out in Act, s. 4(1) requiring requester to be Canadian citizen or permanent resident, met — Pursuant to s. 4(2) Governor in Council enacting Order in Council giving right of access to all individuals present in Canada — Glaxo's challenge predating Order in Council — Determination of statutory prerequisites resting upon administrators of legislation — Glaxo having vested right under s. 4(1) to have information denied until government institution head proving requester Canadian citizen or permanent resident — Order in Council not overriding vested rights accorded by s. 4(1) and asserted by applicant — Applicant entitled to test qualifications by cross-examination — Application allowed.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 4(1),(2), 20(1)(a),(b), 44(1), 48, 75, 76.

Access to Information Act Extension Order, No. 1, SOR/89-207, ss. 1, 2.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED**CONSIDERED:**

Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce, [1984] 1 F.C. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (T.D.); *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246 (C.A.).

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

COUNSEL:

J. Martin Peters for applicant.
Barbara A. McIsaac for respondent.

Glaxo Canada Inc. (requérante)

c.

a Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social (intimé)RÉPERTORIÉ: *GLAXO CANADA INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (1^{re} INST.)*

b Section de première instance, juge Muldoon—Toronto, 12 janvier; Ottawa, 15 janvier 1990.

Accès à l'information — Demande de révision d'une décision de communiquer en partie les documents demandés — S'appuyant sur l'art. 20(1)a) et b), Glaxo s'oppose à cette communication partielle — Moyen préliminaire selon lequel on n'a pas prouvé que la condition préalable énoncée à l'art. 4(1) de la Loi, exigeant que l'auteur de la demande soit citoyen canadien ou résident permanent, a été remplie — Gouverneur en conseil prenant en vertu de l'art. 4(2) un décret conférant le droit d'accès à toute personne présente au Canada — Contestation de Glaxo engagée antérieurement au décret — C'est aux personnes chargées de l'administration de la Loi qu'il appartient de déterminer si les conditions préalables légales ont été remplies — Glaxo jouissant de par l'art. 4(1) d'un droit acquis à ce que la communication des renseignements soit refusée tant que le responsable de l'institution fédérale n'aura pas prouvé que l'auteur de la demande est un citoyen canadien ou un résident permanent — Décret ne l'emportant pas sur les droits acquis conférés par l'art. 4(1) et invoqués par la requérante — Requérante en droit de soumettre les qualités requises à l'épreuve d'un contre-interrogatoire — Demande accueillie.

f LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret d'extension n° 1 (Loi sur l'accès à l'information), DORS/89-207, art. 1, 2.

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), chap. A-1, art. 4(1),(2), 20(1)a),b), 44(1), 48, 75, 76.

JURISPRUDENCE**DÉCISIONS EXAMINÉES:**

Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce, [1984] 1 C.F. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (1^{re} inst.); *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246 (C.A.).

i DOCTRINE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto: Butterworths, 1983.

AVOCATS:

J. Martin Peters pour la requérante.
Barbara A. McIsaac pour l'intimé.

SOLICITORS:

Shibley, Righton & McCutcheon, Toronto, pour applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent. ^a

The following are the reasons for order rendered in English by

MULDOON J.: The applicant, Glaxo, applies to the Court pursuant to subsection 44(1) of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, for a review of the determination made on March 10, 1989, by the Access to Information Coordinator of the Health Protection Branch (HPB) of the Department of National Health and Welfare. According to that determination, a copy of which is exhibit A to the affidavit of Martin Brian Levy, filed, "We have decided that attached records for which access has been requested are not exempt in their entirety from disclosure under subsection 20(1) of the . . . Act. It is our intention to disclose the requested records as severed to the applicant." In that context, "the applicant" meant the person who requested the information. In order to avoid confusion that person is hereinafter designated the requester to distinguish that person from the applicant herein, Glaxo. The applicant Glaxo lodged its notice of this present application in Court on March 29, 1989. Glaxo objected that the information which the coordinator in the HPB was prepared to disclose, is information which the head of a government institution must refuse to disclose pursuant to section 20 of the Act. In particular, objection is asserted pursuant to paragraphs (1)(a): that which Glaxo asserts are its trade secrets; and (1)(b): that which Glaxo asserts is at least scientific or technical information which is confidential information submitted to the HPB in order to obtain a Notice of Compliance for the applicant's prescription product identified in the material.

The application, resisted by counsel for the respondent, came on for hearing in Toronto on

PROCUREURS:

Shibley, Righton & McCutcheon, Toronto, pour la requérante.

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

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

LE JUGE MULDOON: La requérante, Glaxo, saisit la Cour, conformément au paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), chap. A-1, d'une requête en révision de la décision prise le 10 mars 1989 par le coordonnateur de l'accès à l'information de la Direction générale de la protection de la santé (DGPS) du ministère de la Santé nationale et du Bien-être social. Cette décision, dont copie est jointe comme pièce A à l'affidavit de Martin Brian Levy produit en preuve en l'espèce, porte: [TRADUCTION] «Nous avons décidé que les documents ci-joints, dont la communication a été demandée, ne sont pas tous exempts de communication aux termes du paragraphe 20(1) de la . . . Loi. Nous avons donc l'intention de communiquer à l'auteur de la demande ceux desdits documents qui ne sont pas exempts de communication.» Dans ce contexte, l'expression «auteur de la demande» signifie la personne qui a demandé les renseignements. Pour éviter la confusion, c'est ainsi que cette expression sera employée dans les présents motifs afin de distinguer entre cette personne et la requérante en l'espèce, qui est Glaxo. La requérante Glaxo a déposé auprès de la Cour son avis de requête en l'espèce le 29 mars 1989. Glaxo fait valoir que les renseignements que ledit coordonnateur au sein de la DGPS était prêt à divulguer sont de ceux que le responsable d'une institution fédérale doit refuser de communiquer en vertu de l'article 20 de la Loi. En particulier, Glaxo fonde son opposition sur l'alinéa (1)a), en alléguant qu'il s'agit de ses secrets industriels, et sur l'alinéa (1)b), en alléguant qu'il s'agit à tout le moins de renseignements scientifiques ou techniques qui sont des renseignements confidentiels fournis à la DGPS afin d'obtenir un avis d'observation pour le produit de prescription de la requérante visé dans les documents en question.

La requête, à laquelle l'avocate de l'intimé s'est opposée, a été entendue à Toronto le 12 janvier

January 12, 1990, in a session which, with the parties' consent, was ordered to be *in camera*. The applicant's counsel raised a preliminary objection in part B, paragraph 4 of his memorandum of fact and law filed on December 28, 1989; and he raised the same objection promptly after the commencement of the *in camera* session on January 12, 1990. Based upon subsection 4(1) of the Act, the preliminary objection can aptly be recited from part B of the applicant's memorandum:

4. Pursuant to the *Access to Information Act*, a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985 [Chap.] 1-2 (the "*Immigration Act*") has a right to and shall on request be given access to any record under the control of a government institution. In the instant case, there is no evidence before the Court which indicates that this condition precedent has been met. Accordingly, on this basis alone the motion should be allowed.

The provisions of subsection 4(1) are noticeably "leaky", for, in clearly intending that information be accorded only to Canadian citizens and permanent residents, Parliament did not address the high probability of such citizens or residents circumventing the legislators' intent, by passing on such information to foreigners. However Parliament made a further provision concerning the right to access by enacting subsection 4(2), thus:

4. ...

(2) The Governor in Council may, by order, extend the right to be given access to records under subsection (1) to include persons not referred to in that subsection and may set such conditions as the Governor in Council deems appropriate.

The Governor in Council has, in fact, invoked the provisions of subsection 4(2) of the Act by enacting Order in Council P.C. 1989-619 [SOR/89-207] on April 13, 1989, as follows (in essential parts):

Short Title

1. This Order may be cited as the *Access to Information Act Extension Order, No. 1*.

Extension

2. The right to be given access under subsection 4(1) of the *Access to Information Act* to records under the control of a government institution is hereby extended to include all individuals who are present in Canada but who are not Canadian citizens or permanent residents within the meaning of the *Immigration Act* and all corporations that are present in Canada.

1990. Avec le consentement des parties, le huis clos a été ordonné. L'avocat de la requérante soulevait au paragraphe 4 de la partie B de son exposé des faits et du droit, produit le 28 décembre 1989, un moyen préliminaire, et a soulevé le même moyen tout au début de la séance à huis clos tenue le 12 janvier 1990. Le moyen préliminaire est fondé sur le paragraphe 4(1) de la Loi et il convient de le reproduire tel qu'il est formulé à la partie B de l'exposé de la requérante:

[TRADUCTION] 4. Aux termes de la *Loi sur l'accès à l'information*, les citoyens canadiens ou les résidents permanents au sens de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985) [chap.] 1-2 (la "*Loi sur l'immigration*"), ont droit à l'accès aux documents des institutions fédérales et peuvent se les faire communiquer sur demande. En l'espèce, on n'a présenté à la Cour aucun élément de preuve établissant que cette condition préalable a été remplie. Par conséquent, la requête devrait être accueillie sur ce seul fondement.

Or, les dispositions du paragraphe 4(1) présentent des «lacunes» évidentes, car si le Parlement a manifestement voulu que les renseignements ne soient communiqués qu'aux citoyens canadiens et aux résidents permanents, il n'a pas envisagé la grande probabilité que ces citoyens ou résidents contournent l'intention du législateur en transmettant lesdits renseignements à des étrangers. Au paragraphe 4(2), toutefois, le Parlement édicte en outre concernant le droit à l'accès:

4. ...

(2) Le gouverneur en conseil peut, par décret, étendre, conditionnellement ou non, le droit d'accès visé au paragraphe (1) à des personnes autres que celles qui y sont mentionnées.

Le gouverneur en conseil a en fait invoqué le paragraphe 4(2) de la Loi en prenant le décret C.P. 1989-619 [DORS/89-207] du 13 avril 1989, dont voici les dispositions essentielles:

Titre abrégé

1. *Décret d'extension n° 1 (Loi sur l'accès à l'information)*.

Extension du droit d'accès

2. Le droit d'accès aux documents des institutions fédérales que prévoit le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* est étendu à toute personne physique présente au Canada qui n'est pas un citoyen canadien ou un résident permanent au sens de la *Loi sur l'immigration* et à toute personne morale qui est présente au Canada.

Here, in expressing an intention to limit access to only those individuals and corporations "present in Canada", the Governor in Council has made, in this era of international telecommunications, as unenforceable a piece of legislation as Parliament made in the original subsection 4(1). Moreover, any discrete access limited by status or by presence at some time or other still establishes a condition precedent for the giving of access to any record under the control of a government institution.

The applicant's challenge to the decision to give access pre-dates the cited order, which came into effect upon registration as SOR/89-207 on April 13, 1989. Having been in force now for some nine months, does the order override the applicant's preliminary objection which was articulated in December, 1989, in writing, and orally on January 12, 1990?

The respondent's counsel points to two judgments of this Court: *Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (T.D.); and *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246 (C.A.). She asserts that both decisions hold that in proceedings such as these the burden of proof lies upon the party who resists revelation of the information. She notes that the legislation itself has no specific provision relating to burden of proof, but, in consonance with the jurisprudence which she cites, the respondent's counsel asserts that it was the applicant's obligation to raise this issue upon receiving the HPB's coordinator's letter of March 10, 1989, earlier mentioned, if not even before that letter was received. Counsel points out that one does not have to be a lawyer, or otherwise familiar with the Act to ask in effect: "Who is requesting this access to information?"

Can it be said that the burden of proof described in the jurisprudence would or does override the legislation, the logical interpretation of the legislation and the realities of the requesting of informa-

Là, en exprimant l'intention de n'accorder un droit d'accès qu'aux personnes, physiques ou morales, qui sont «présente[s] au Canada», le gouverneur en conseil a réalisé, à cette époque des télécommunications internationales, un texte tout aussi impossible à appliquer que l'est le paragraphe 4(1) adopté par le Parlement. De plus, toute possibilité d'accès limitée par le statut de la personne ou par sa présence au Canada à un certain moment n'en demeure pas moins assujettie à une condition préalable qui doit être remplie avant que ne soit communiqué un document d'une institution fédérale.

La contestation par la requérante de la décision portant communication des documents en cause date d'avant le décret précité, qui, ayant été enregistré comme DORS/89-207, a pris effet le 13 avril 1989. Ce décret, en vigueur depuis environ neuf mois maintenant, détruit-il le moyen préliminaire de la requérante qu'elle a formulé par écrit en décembre 1989 et verbalement le 12 janvier 1990?

L'avocate de l'intimé invoque deux décisions de cette Cour: *Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939; (1984), 10 D.L.R. (4th) 417; 8 Admin. L.R. 305; 27 B.L.R. 84 (1^{re} inst.); et *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47; (1988), 53 D.L.R. (4th) 246 (C.A.). Selon elle, ces deux décisions établissent que, dans des procédures comme celles dont il s'agit en l'espèce, la charge de la preuve incombe à la partie qui s'oppose à la communication des renseignements. Elle fait remarquer que la Loi elle-même ne contient pas de disposition expresse relative à la charge de la preuve, mais, en conformité avec la jurisprudence sur laquelle elle s'appuie, l'avocate de l'intimé affirme que la requérante était obligée de soulever cette question au plus tard sur réception de la lettre susmentionnée, en date du 10 mars 1989, du coordonnateur de la DGPS. L'avocate souligne qu'il n'est pas nécessaire d'être avocat ni de s'être familiarisé de quelque autre manière avec la Loi pour se demander en somme: «Qui est-ce qui demande la communication de ces renseignements?»

Peut-on prétendre que la charge de la preuve énoncée dans la jurisprudence l'emporterait ou l'emporte en fait sur le texte législatif, sur l'interprétation logique de celui-ci et sur les réalités

tion pursuant to the Act? That should not be the rule unless by unavoidable implication.

When the requester makes the request for access to the information, obviously the requester's identity, status and residence cannot be known to the applicant or any other applicant. How then in reason and fairness can the applicant in any other case, or Glaxo in this case, bear the burden of demonstrating that the requester is not properly qualified? First of all rather restrictive qualifications, and subsequently more extended qualifications, were solemnly established by Parliament and by the Governor in Council, respectively. One cannot—one must not—denigrate their legislative actions or the very legislation thereby enacted. Since the legislator wants qualifications to be met by requesters, those qualifications, however narrow or loose, are statutory pre-requisites whereby it is solemnly enacted that access to this and every other applicant's information will be denied from unqualified requesters. The determination of such qualifications clearly rests upon those who administer the provisions of the legislation, for a person who is a third-party like the applicant Glaxo, is by definition excluded from the relationship between the requester and the government officials who administer the Act. The applicant third party has no right, duty or responsibility to maintain or administer the access-to-information scheme of the legislation.

In the present case, counsel for the applicant avers that he did not know the name of the requester until minutes before the session of this Court commenced. Counsel says that his adversary handed him a piece of paper on which there is a statement to the effect that the requester is a Canadian citizen. Neither that piece of paper nor what is written on it is before the Court as evi-

inhérentes à une demande de renseignements faite en vertu de la Loi? Telle ne devrait pas être la règle, à moins qu'elle ne s'impose implicitement et d'une manière inévitable.

a

Quand une personne demande la communication de renseignements, il est évident que l'identité, le statut et le lieu de résidence de cette personne ne peuvent être connus du requérant, et cela vaut tant pour la requérante en l'espèce que pour tout autre requérant. Comment alors peut-on en toute logique et en toute justice imposer au requérant dans une autre affaire ou à Glaxo en l'espèce la charge de démontrer que l'auteur de la demande de communication ne satisfait pas aux critères établis? Au début des exigences plutôt restrictives et, plus tard, des exigences plus larges, ont été solennellement posées par le Parlement et par le gouverneur en conseil respectivement. On ne peut pas—on ne doit pas—dénigrer leurs actes ni les textes mêmes qui en ont résulté. Or, comme le législateur veut que les auteurs de demandes de communication de documents répondent à certaines exigences, ces exigences, si étroites ou si larges soient-elles, constituent des conditions préalables légales—édicant solennellement que l'accès aux renseignements de la requérante en l'espèce et de tout autre requérant sera refusé aux personnes qui font des demandes de communication sans avoir satisfait aux critères. C'est de toute évidence à ceux qui sont chargés de l'administration des dispositions législatives en question qu'il appartient de décider si ces critères ont été remplis, car une tierce personne comme la requérante Glaxo est par définition étrangère aux rapports entre l'auteur de la demande de communication et les fonctionnaires publics qui administrent la Loi. Le tiers requérant n'a aucun droit, aucune obligation ni aucune responsabilité en ce qui concerne le maintien ou l'administration du régime en matière d'accès à l'information créé par la Loi.

En l'espèce, l'avocat du requérant affirme n'avoir appris le nom de l'auteur de la demande de communication que quelques minutes avant le commencement de l'audience en cette Cour. Il dit en effet que l'avocate de la partie adverse lui a remis un morceau de papier portant la mention que l'auteur de la demande est un citoyen canadien. Ni ce morceau de papier ni le texte y figurant n'a été

dence upon which the applicant's counsel could cross-examine a deponent.

It would be manifestly inequitable to lumber this or any similar applicant with the burden of verifying the requester's credentials and statutory qualifications. But those qualifications cannot be ignored and swept under the rug as being inconsequential for the legislator has solemnly mandated them, first in subsection 4(1), and secondly in the *Access to Information Act Extension Order, No. 1* above cited. The responsibility for verification rests on the respondent here, and not upon the applicant.

Since the respondent is by statute forbidden from giving access to the applicant's information to anyone but a qualified requester, the applicant has a vested right, accorded by the legislator, to have the information denied by the government institution head unless and until that head, the respondent in the instant case, proves that the requester is qualified to be given access.

Chapter 10 of the 2nd edition of Driedger on *Construction of Statutes* is a veritable lodestone of jurisprudence on statutory interference with vested rights. Perusal of that chapter of that authoritative text yields the conclusion that Glaxo has the vested right to have its information kept from all persons except a Canadian citizen or a permanent resident, because SOR/89-207 came into force on April 13, 1989 and therefore does not override the vested rights accorded to and asserted by this applicant by subsection 4(1) of the Act.

The applicant does not have to establish the requester's pre-requisite qualifications which are the responsibility of the respondent to establish. The applicant is however entitled to test such qualifications by cross-examination, but is frustrated here in that regard because the respondent did nothing to establish that condition precedent of the requester's qualifications. It is unfortunate that, the legislators having clearly exacted the

présenté à la Cour comme élément de preuve relativement auquel l'avocat de la requérante pouvait contre-interroger un déposant.

Or, il serait manifestement inéquitable de charger la requérante en l'espèce ou n'importe quel autre requérant de l'obligation de vérifier si l'auteur d'une demande de communication possède les qualités requises et satisfait aux exigences légales. Mais on ne saurait faire abstraction de ces exigences ni les escamoter pour le motif qu'elles seraient sans conséquence, car le législateur les a solennellement édictées, d'abord au paragraphe 4(1) et ensuite dans le *Décret d'extension n° 1 (Loi sur l'accès à l'information)*, précité. C'est à l'intimé et non pas à la requérante qu'il incombe en l'espèce de procéder à une vérification.

Comme la Loi interdit à l'intimé de communiquer les renseignements de la requérante à une personne qui ne satisfait pas aux exigences, il s'ensuit que la requérante jouit d'un droit acquis, accordé par le législateur, à ce que l'institution fédérale refuse de communiquer ces renseignements tant que le responsable, en l'occurrence l'intimé, n'aura pas établi que l'auteur de la demande possède les qualités requises pour recevoir la communication des renseignements.

Le chapitre 10 de la 2^e édition de l'ouvrage de Driedger intitulé *Construction of Statutes* est une véritable mine de jurisprudence portant sur la question de l'atteinte par des lois aux droits acquis. Une lecture attentive dudit chapitre de cet ouvrage faisant autorité conduit à la conclusion que Glaxo jouit d'un droit acquis à ce que ses renseignements ne soient communiqués qu'à un citoyen canadien ou à un résident permanent parce que DORS/89-207 est entré en vigueur le 13 avril 1989 et ne l'emporte pas en conséquence sur les droits acquis conférés à la requérante par le paragraphe 4(1) de la Loi, droits dont elle se prévaut en l'espèce.

La requérante n'a pas à vérifier si l'auteur de la demande de communication possède les qualités requises, car cela est de la responsabilité de l'intimé. Elle a toutefois le droit de soumettre ces qualités à l'épreuve d'un contre-interrogatoire, ce qu'elle n'a pu faire en l'espèce parce que l'intimé n'a rien fait pour vérifier si l'auteur de la demande remplissait la condition préalable relative aux qualités requises. Il est malheureux qu'ayant claire-

establishment of requester's qualifications, they did not legislate a conventional means whereby the government institution head is enabled to put forward *prima facie* proof of the qualifications which the legislators exact in the legislation.

The applicant's preliminary objection to the respondent's posture in these proceedings is well founded. The objection is allowed. So, there being nothing of record to establish that this requester is qualified to be given access to the HPB's records of the applicant's information; and there being nothing of record to show that the respondent is permitted to, and not forbidden from, acceding to the requester's request: the applicant's application for review is allowed here and now, with costs payable on a party and party basis by the respondent to the applicant forthwith after taxation or agreement. These are matters which might well engage the attention of the permanent parliamentary committee or committees established pursuant to section 75 of the Act. Perhaps section 48 could be clarified in the light of these reasons, but that is a matter entirely for the legislative, not the judicial, branch of government in the generic sense.

In the result, the respondent is hereby enjoined from revealing any of the information or giving access to it in terms of this present litigation. Since, by section 76 of the Act, the Crown is bound by this statute's solemnly enacted provisions, so are the Crown's servants bound by these reasons interpreting the Act's provisions.

ment exigé la vérification des qualités de l'auteur d'une demande de communication, le législateur n'ait pas prévu de moyen ordinaire de permettre au responsable d'une institution fédérale de produire une preuve *prima facie* quant à l'existence des qualités requises par la loi.

Le moyen préliminaire opposée par la requérante à la position prise par l'intimé dans la présente instance est bien fondé et il est accueilli. Donc, comme il n'y a rien au dossier qui établisse que l'auteur de la demande de communication ici en cause possède les qualités requises pour recevoir la communication des documents de la DGPS contenant les renseignements de la requérante et que rien au dossier ne démontre qu'il est loisible, et non pas interdit, à l'intimé d'accéder à ladite demande, la demande de révision présentée par la requérante est accueillie sur-le-champ avec dépens entre parties, à payer par l'intimé à la requérante immédiatement après que le montant en aura été fixé par taxation ou par accord entre les parties. Les questions soulevées en l'espèce pourraient bien retenir l'attention du comité permanent ou des comités permanents du Parlement constitués en vertu de l'article 75 de la Loi. Il y aurait peut-être lieu d'élucider l'article 48 à la lumière des présents motifs, mais cela est du domaine exclusif du pouvoir législatif, et non pas judiciaire, du gouvernement au sens large.

Par conséquent, il est par les présentes enjoint à l'intimé de ne communiquer aucun des renseignements ici en cause et de ne pas y donner accès. Puisque, suivant l'article 76 de la Loi, la Couronne est liée par les dispositions solennellement adoptées de celle-ci, il s'ensuit que les employés de la Couronne sont également liés par ces motifs interprétant les dispositions de ladite Loi.

T-1175-89

T-1175-89

Pizza Pizza Limited (Plaintiff)

v.

Little Caesar International Inc., Little Caesar Enterprises Inc., Little Caesar of Canada Inc., Little Caesar's Pizza (c.o.b. at 1091 Lauzon Road, Windsor, Ontario), Little Caesar's Pizza (c.o.b. at 1304 Grand Marais West, Windsor, Ontario), Little Caesar's Pizza (c.o.b. at 1930 Tecumseh Boulevard West, Windsor, Ontario), Little Caesar's Pizza (c.o.b. at 3749 Tecumseh Road East, Windsor, Ontario), Little Caesar's Pizza (c.o.b. at 3123 Forest Glade Drive, Windsor, Ontario), Michael Ilitch, Denise Ilitch-Lites, Malina Ilitch, David H. Deal, Gerald M. Pasternak, Charles P. Jones, Robert Massey, Kim Pollack, and Alan R. Thompson (*Defendants*)

INDEXED AS: PIZZA PIZZA LTD. v. LITTLE CAESAR INTERNATIONAL INC. (T.D.)

Trial Division, Dubé J.—Toronto, October 19; Ottawa, October 31, 1989.

Trade marks — Infringement — Application for interlocutory injunction restraining defendants from using trade mark "Pizza Pizza" — Plaintiff operating or franchising 194 pizza take-out establishments in Ontario and Quebec, all of which using "Pizza Pizza" in association therewith — Expecting to open franchised operations in Windsor within year — Little Caesar operating 2600 pizza places in U.S.A. and Windsor — Using "Pizza! Pizza!" in signage and advertising to advertise two pizzas for price of one — Change in factual situation and evolution of case law on irreparable harm in trade marks field in five years since denial of similar application involving same parties — Once threshold test of serious issue met, mere infringement of proprietary right in trade mark sufficient to constitute irreparable harm — Unauthorized use by Little Caesar in Windsor area of plaintiff's registered mark causing irreparable harm as diminution of owner's statutory proprietary interest could be perceived but not measured.

Injunctions — Trade mark infringement action — Application for interlocutory injunction — Once threshold test of serious issue to be tried met, mere infringement of proprietary right in trade mark sufficient to constitute irreparable harm.

Pizza Pizza Limited (demanderesse)

a c.

Little Caesar International Inc., Little Caesar Enterprises Inc., Little Caesar of Canada Inc., Little Caesar's Pizza (faisant affaire au n° 1091, rue Lauzon, Windsor (Ontario)), Little Caesar's Pizza (faisant affaire au n° 1304, Grand Marais ouest, Windsor (Ontario)), Little Caesar's Pizza (faisant affaire au n° 1930, boulevard Tecumseh ouest, Windsor (Ontario)), Little Caesar's Pizza (faisant affaire au n° 3749, rue Tecumseh est, Windsor (Ontario)), Little Caesar's Pizza (faisant affaire au n° 3123, chemin Forest Glade, Windsor (Ontario)), Michael Ilitch, Denise Ilitch-Lites, Malina Ilitch, David H. Deal, Gerald M. Pasternak, Charles P. Jones, Robert Massey, Kim Pollack, et Alan R. Thompson (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: PIZZA PIZZA LTD. c. LITTLE CAESAR INTERNATIONAL INC. (1^{re} INST.)

e

Section de première instance, juge Dubé—Toronto, 19 octobre; Ottawa, 31 octobre 1989.

Marques de commerce — Contrefaçon — Demande visant à obtenir une injonction interlocutoire qui interdirait aux défendeurs d'utiliser la marque de commerce «Pizza Pizza» — La demanderesse exploite 194 restaurants-traiteurs de pizza en Ontario et au Québec ou accorde des franchises à ceux-ci, et tous ces restaurants utilisent l'expression «Pizza Pizza» en liaison avec ceux-ci — Elle s'attend à ouvrir, dans l'année, des restaurants franchisés à Windsor — Little Caesar exploite 2 600 points de vente de pizza aux É.-U. et à Windsor — Elle utilise l'expression «Pizza! Pizza!» dans la signalisation et dans la publicité pour annoncer la vente de deux pizzas pour le prix d'une — Dans les cinq années qui ont suivi le rejet d'une demande semblable mettant en cause les mêmes parties, la situation factuelle a changé, et la jurisprudence sur le préjudice irréparable dans le domaine des marques de commerce a évolué — Une fois rempli le critère préliminaire de la question importante, la simple violation du droit de propriété sur une marque de commerce suffit à constituer un préjudice irréparable — L'emploi non autorisé par Little Caesar dans la région de Windsor de la marque enregistrée de la demanderesse cause un préjudice irréparable, puisque la diminution du droit légal de propriété du titulaire pourrait être perçu et non mesuré.

Injunctions — Action en contrefaçon de marque de commerce — Demande d'injonction interlocutoire — Une fois rempli le critère préliminaire de la question importante à trancher, la simple violation du droit de propriété sur une marque de commerce suffit à constituer un préjudice irréparable.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Maple Leaf Mills Ltd. v. Quaker Oats Co. of Can. (1984), 2 C.I.P.R. 33; 82 C.P.R. (2d) 118 (F.C.T.D.); *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; 11 F.T.R. 139 (F.C.T.D.); *I.B.M. Corp. v. Ordinateurs Spirales Inc.* (1984), 2 C.I.P.R. 56; 80 C.P.R. (2d) 187 (F.C.T.D.); *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 481; 28 F.T.R. 124 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Pizza Pizza Ltd. v. Little Caesar Enterprises Inc. et al. (1984), 1 C.P.R. (3d) 154 (F.C.T.D.).

COUNSEL:

M. M. Field-Marsham and *J. C. Cotter* for plaintiff.

Peter Y. Atkinson and *John Longo* for defendants.

SOLICITORS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto for plaintiff.

Aird & Berlis, Toronto for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

DUBÉ J.: This application by the plaintiff ("Pizza Pizza") is for an interlocutory injunction restraining the defendants ("Little Caesar") from using or advertising the trade mark "Pizza Pizza" and any other designation similar to the trade marks or trade names of the plaintiff, and from directly or indirectly indicating a connection in the course of trade between Little Caesar and Pizza Pizza.

As of October 18, 1989, Pizza Pizza operates or franchises some 194 take-out restaurants in the Metropolitan areas of Toronto, Ottawa and Montréal, as well as other locations throughout the province of Ontario. It is the registered owner in Canada of several trade marks, the first having been registered on March 3, 1972. Both its corporate stores and its franchised outlets operate under the trade mark "Pizza Pizza", used in association therewith since December 1967. Within the year, Pizza Pizza expects to open franchised restaurants

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Maple Leaf Mills Ltd. c. Quaker Oats Co. of Can. (1984), 2 C.I.P.R. 33; 82 C.P.R. (2d) 118 (C.F. 1^{re} inst.); *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. c. Andres Wines Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; 11 F.T.R. 139 (C.F. 1^{re} inst.); *I.B.M. Corp. c. Ordinateurs Spirales Inc.* (1984), 2 C.I.P.R. 56; 80 C.P.R. (2d) 187 (C.F. 1^{re} inst.); *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 481; 28 F.T.R. 124 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Pizza Pizza Ltd. c. Little Caesar Enterprises Inc. et autres (1984), 1 C.P.R. (3d) 154 (C.F. 1^{re} inst.).

AVOCATS:

M. M. Field-Marsham et *J. C. Cotter* pour la demanderesse.

Peter Y. Atkinson et *John Longo* pour les défendeurs.

PROCUREURS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto, pour la demanderesse.

Aird & Berlis, Toronto, pour les défendeurs.

Ce qui suit est la version française de l'ordonnance rendue par

LE JUGE DUBÉ: Il s'agit d'une requête introduite par la demanderesse («Pizza Pizza») en vue d'obtenir une injonction interlocutoire qui interdirait aux défenderesses («Little Caesar») d'utiliser ou d'annoncer la marque de commerce «Pizza Pizza» ou toute autre désignation semblable aux marques de commerce ou aux noms commerciaux de la demanderesse, et d'indiquer, directement ou indirectement, un rapport entre Little Caesar et Pizza Pizza dans la pratique du commerce.

Au 18 octobre 1989, Pizza Pizza exploite, dans les régions urbaines de Toronto, d'Ottawa et de Montréal, ainsi que dans d'autres endroits de la province d'Ontario, 194 restaurants-traiteurs, ou accorde des franchises à ces restaurants. Elle est la propriétaire inscrite de plusieurs marques de commerce au Canada, la première ayant été enregistrée le 3 mars 1972. Tant dans ses magasins constitués que dans ses points de vente franchisés, la marque de commerce «Pizza Pizza» est utilisée depuis décembre 1967. Dans l'année, Pizza Pizza

in several other communities, including Windsor and London, Ontario. Its approximate annual net sales have grown from \$170,000 in 1968 to \$100.4 million in 1988. Its advertising budget for 1988 was \$6.3 million.

Little Caesar operates over 2,600 restaurants in a pizza chain based in the United States, through corporate restaurants and by way of franchised outlets. It has operated five fast food take-out restaurants in the Windsor, Ontario area for the past 1½ years. As part of its advertising and signage it uses the phrase "Pizza! Pizza!" in combination with its trade mark "Little Caesar". The purpose of that exclamatory phrase is to advertise the promotion of two pizzas for the price of one.

Pizza Pizza's method of doing business is substantially different from that of Little Caesar. Little Caesar does not deliver its products in the Windsor area. All sales are made at the individual stores with approximately 90% of Little Caesar's customers calling ahead to order pizzas for pick-up. Each store has its own telephone number.

By contrast, Pizza Pizza's business operations focus upon the delivery of its products. A computerized telephone system is used to handle all delivery orders for the plaintiff's products. The delivery telephone number is 967-1111 in the Toronto area. It has become well-known as a result of the plaintiff's extensive advertising efforts. Other telephone numbers are used outside Metropolitan Toronto.

In June 1983, the plaintiff commenced a similar action in this Court against Little Caesar and Viking Restaurants Incorporated, a Little Caesar franchise operating in London, Ontario. The plaintiff alleged infringement and moved for an interlocutory injunction based substantially on the same allegations and arguments advanced in the

s'attend à ouvrir des restaurants franchisés dans plusieurs autres collectivités, dont Windsor et London (Ontario). Son chiffre d'affaires net approximatif est passé de 170 000 \$ en 1968 à 100,4 millions de dollars en 1988. Son budget d'annonce pour 1988 était de 6,3 millions de dollars.

Little Caesar exploite plus de 2 600 restaurants de pizza qui appartiennent à une chaîne dont le centre d'opérations se trouve aux États-Unis, par l'entremise de restaurants constitués et de points de vente franchisés. Pour les dix-huit mois passés, elle a exploité cinq restaurants-minutes qui offrent des mets à emporter dans la région de Windsor (Ontario). Dans le cadre de son programme d'annonce et de signalisation, elle emploie l'expression «Pizza! Pizza!» combinée avec sa marque de commerce «Little Caesar». Cette expression exclamative vise à annoncer la vente de deux pizzas pour le prix d'une, prix de lancement.

En exerçant ses activités commerciales, Pizza Pizza utilise une méthode très différente de celle de Little Caesar. Celle-ci ne livre pas ses produits dans la région de Windsor. Toutes les ventes sont effectuées aux magasins isolés, et approximativement 90 % des clients de Little Caesar appellent à l'avance pour commander des pizzas qu'ils viendront chercher. Chaque magasin a son propre numéro de téléphone.

Par contre, les activités commerciales de Pizza Pizza consistent essentiellement dans la livraison de ses produits. On utilise un système téléphonique informatisé pour recevoir toutes les commandes de livraison des produits de la demanderesse. Le numéro de téléphone utilisé pour la livraison est la combinaison 967-1111 dans la région torontoise. Il est bien connu grâce aux efforts déployés par la demanderesse pour faire une annonce de grande envergure. D'autres numéros de téléphones sont utilisés en dehors de la Communauté urbaine de Toronto.

En juin 1983, la demanderesse a saisi cette Cour d'une action semblable contre Little Caesar et Viking Restaurants Incorporated, une franchise de Little Caesar qui exerce ses activités à London (Ontario). La demanderesse a prétendu qu'il y avait eu contrefaçon et elle a conclu à une injonction interlocutoire fondée essentiellement sur les

instant motion. On October 3, 1984, the Associate Chief Justice dismissed the application, mainly on the ground that the plaintiff had not shown irreparable harm. The last paragraph of his reasons reads as follows (at page 156):¹

There is considerable support for the position advanced by both the plaintiff and the defendants and I fully expect it to be a difficult decision for the trial judge. There is no reason to believe that in the period pending trial, damages suffered by the plaintiff cannot be fully compensated by a monetary award. Upon the special facts of this case where the plaintiff's operation is almost entirely in one market and the defendants' in another and where the obvious disclaimer of the descriptive word "pizza" will be a factor in the ultimate decision, it seems to me that the better exercise of discretion favours adjudication of all issues at trial.

This interlocutory application is therefore dismissed with costs.

Apparently, the matter was then resolved between the parties and that action was not pursued. However, in the ensuing five years the factual situation has changed considerably and the jurisprudence on irreparable harm in the field of trade marks has evolved substantially. Consequently, I now propose to grant the interlocutory injunction and for the following reasons.

In 1983, the plaintiff carried on business mostly in the Metropolitan area of Toronto and operated some 50 outlets, whereas the defendant Viking Restaurants Incorporated operated four pizza locations in London, Ontario. As mentioned earlier, the plaintiff now operates or is about to operate at some 200 locations in Montréal and throughout Ontario, including Southwestern Ontario. Because of its increased advertising budget and heavy volume of sales, it now covers virtually the entire province of Ontario, including Windsor. The finding of the Honourable Associate Chief Justice, that "the plaintiff's operation is almost entirely in one market and the defendants' in another", is no longer valid.

¹ *Pizza Pizza Ltd. v. Little Caesar Enterprises Inc. et al.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 154 (F.C.T.D.).

mêmes allégations et les mêmes arguments présentés dans la requête introduite en l'espèce. Le 3 octobre 1984, le juge en chef adjoint a rejeté la demande, surtout pour le motif que la demanderesse n'avait pas démontré l'existence d'un préjudice irréparable. Le dernier paragraphe de ses motifs est ainsi conçu (à la page 156)¹:

Aussi bien le point de vue de la demanderesse que celui des défenderesses jouissent d'un appui considérable et j'ai nettement l'impression que la décision du juge saisi de l'affaire sera difficile. Il n'y a aucune raison de croire que tout préjudice subi par la demanderesse en attendant l'instruction ne pourra pas être pleinement compensé en argent. Compte tenu des faits particuliers de l'espèce, savoir que la demanderesse limite ses activités presque exclusivement à un seul marché, que les défenderesses limitent les leurs presque exclusivement à un autre et que la renonciation manifeste au mot descriptif «pizza» influera sur la décision rendue, il me semble préférable que toutes les questions en litige soient tranchées à l'instruction.

Par conséquent, la demande interlocutoire est rejetée avec dépens.

Apparemment, l'affaire a été réglée entre les parties et on n'a pas donné suite à cette action. Toutefois, dans les cinq années suivantes, la situation factuelle a connu un changement important, et la jurisprudence sur le préjudice irréparable en matière de marques de commerce a évolué considérablement. En conséquence, je me propose maintenant d'accorder l'injonction interlocutoire pour les motifs suivants.

En 1983, la demanderesse exerçait ses activités commerciales surtout dans la Communauté urbaine de Toronto, et elle exploitait quelque 50 points de vente, alors que Viking Restaurants Incorporated exploitait quatre points de vente de pizza à London (Ontario). Ainsi qu'il a été mentionné ci-dessus, la demanderesse exploite ou est sur le point d'exploiter quelque 200 points de vente à Montréal et en Ontario, notamment dans le sud-ouest de l'Ontario. En raison de l'accroissement de son budget de publicité et du gros volume des ventes, ses activités actuelles couvrent pratiquement toute la province d'Ontario, notamment Windsor. La conclusion tirée par le juge en chef adjoint selon laquelle «la demanderesse limite ses activités presque exclusivement à un seul marché et les défenderesses limitent les leurs presque exclusivement à un autre» n'est plus valable.

¹ *Pizza Pizza Ltd. c. Little Caesar Enterprises Inc. et autres* (1984), 1 C.P.R. (3d) 154 (C.F. 1^{re} inst.).

It is common ground that the threshold test for an interlocutory injunction, a serious issue to be tried, has been met. The second requirement, irreparable harm, canvassed in the recent jurisprudence, points in the direction that the mere infringement of the proprietary right in a trade mark is of itself sufficient to constitute irreparable harm.

In *Maple Leaf Mills Ltd. v. Quaker Oats Co. of Can.*,² Cattanach J. granted an interlocutory injunction for the infringement of the trade mark "Pounce" for cat food. He said (at page 43 C.I.P.R.) that "The mere infringement of the proprietary right in a trade mark is of itself sufficient to constitute irreparable harm not compensable for in damages." He said that the trade mark is presumed to be valid and found that there was "a risk of unquantifiable damage, which need not be proven but need only be anticipated, to the plaintiff if the interlocutory injunction is refused and the plaintiff should be successful at trial." He concluded (at pages 43-44 C.I.P.R.) that the *status quo* should be maintained:

The maintenance of the *status quo* is accomplished by an interlocutory injunction. That is its object and effect.

In *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. v. Andres Wines Ltd.*,³ my colleague Cullen J. granted an interlocutory injunction to restrain the defendant from selling a vodka cooler under the trade name "Wildberry". He said (at page 145 C.I.P.R.):

It is quite apparent to me that we have an arguable case of infringement of a registered trade mark and therefore this injunction will be granted. The law is quite clear that this can be done without the necessity of having to consider balance of convenience and irreparable harm. (*Duomo Inc. v. Giftcraft Ltd.* (1984), 3 C.I.P.R. 70, 1 C.P.R. (3d) 165, at 169 (Fed. T.D.); *Maple Leaf Mills Ltd. v. Quaker Oats Co.*, *supra*; *Universal City Studios v. Zellers* (1983), 73 C.P.R. (2d) 1 (Fed. T.D.), at pp. 8, 9; *I.B.M. Corp. v. Ordinateurs Spirales Inc.* (1984), 2 C.I.P.R. 33, 80 C.P.R. (2d) 187, at 198 (Fed. T.D.)).

² (1984), 2 C.I.P.R. 33; 82 C.P.R. (2d) 118 (F.C.T.D.).

³ (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; 11 F.T.R. 139 (F.C.T.D.).

Il est constant que le critère préliminaire pour l'octroi d'une injonction interlocutoire, savoir l'existence d'une question importante à trancher, a été rempli. La deuxième condition, c'est-à-dire le préjudice irréparable, examinée dans la jurisprudence récente, laisse supposer que la simple violation du droit de propriété sur une marque de commerce suffit en soi à constituer un préjudice irréparable.

Dans l'affaire *Maple Leaf Mills Ltd. c. Quaker Oats Co. of Can.*,² le juge Cattanach a accordé une injonction interlocutoire pour la contrefaçon de la marque de commerce «Pounce» en liaison avec des aliments pour chats. Selon lui (à la page 43 C.I.P.R.) [TRADUCTION] «La simple violation du droit de propriété sur une marque de commerce suffit en soi à constituer un préjudice irréparable qui ne peut être compensé au moyen de dommages-intérêts». Il a dit que la marque de commerce était présumée valide, et il a conclu qu'il existait [TRADUCTION] «un risque de préjudice qu'on ne peut quantifier, qui n'a pas à être prouvé mais qu'il faut prévoir seulement, pour la demanderesse si l'injonction interlocutoire n'est pas accordée et que la demanderesse ait gain de cause au procès». Il a conclu (aux pages 43 et 44 C.I.P.R.) que le statu quo devrait être maintenu:

[TRADUCTION] Le maintien du statu quo s'effectue au moyen d'une injonction interlocutoire. Voilà son objet et son effet.

Dans l'affaire *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. c. Andres Wines Ltd.*,³ mon collègue le juge Cullen a accordé une injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse de vendre une vodka panachée sous la marque de commerce «Wildberry». Il s'est prononcé en ces termes (à la page 145 C.I.P.R.):

Il me semble tout à fait évident qu'il s'agit d'un cas où il existe des arguments défendables pour prouver la contrefaçon d'une marque de commerce déposée et qu'il y a donc lieu d'accorder l'injonction interlocutoire demandée. La loi indique clairement que cela peut être fait sans avoir à examiner la répartition des inconvénients ni à déterminer s'il existe un préjudice irréparable (*Duomo Inc. c. Giftcraft Ltd.* (1984), 3 C.I.P.R. 70, 1 C.P.R. (3d) 165, à la page 169 (C.F. 1^{re} inst.); *Maple Leaf Mills Ltd. c. Quaker Oats Co.*, précité; *Universal City Studios c. Zellers* (1983), 73 C.P.R. (2d) 1 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 8 et 9; *I.B.M. Corp. c. Ordinateurs Spirales Inc.* (1984), 2 C.I.P.R. 33, 80 C.P.R. (2d) 187, à la page 198 (C.F. 1^{re} inst.)).

² (1984), 2 C.I.P.R. 33; 82 C.P.R. (2d) 118 (C.F. 1^{re} inst.).

³ (1987), 16 C.I.P.R. 131; 16 C.P.R. (3d) 481; 11 F.T.R. 139 (C.F. 1^{re} inst.).

The learned judge quoted our colleague Madam Justice Reed in *I.B.M. Corp. v. Ordinateurs Spirales Inc.*,⁴ where she granted an interlocutory injunction, even though it was “hard to conclude that the plaintiff would suffer irreparable harm from the actions of the defendant alone”. However, she referred to the “floodgates effect” or “death by 1,000 cuts” which would result from a failure to grant the injunction, thus encouraging “many others to enter into the field of importing and selling the computers containing the programme in which the plaintiff holds a certificate of copyright”.

In a more recent decision, *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.*,⁵ MacKay J., of this Court, reviewed all the recent authorities on irreparable harm and concluded as follows (at page 502 C.P.R.):

In light of these authorities it seems clear to me that the unauthorized use of a registered trade mark results in irreparable harm to the owner whether that be perceived as a diminution of the owner's statutory proprietary interest in exclusive use, a loss of the distinctiveness of the trade mark, the implicit recognition of a compulsory licence if the owner's right not be protected or because of the inevitable loss of market share where a well established market, developed with wares that are the subject of a registered trade mark, is entered by one who uses the trade mark without authorization. All of these perceptions relate to harm in a non-monetary sense for which damages do not readily provide appropriate compensation.

Clearly, in the case at bar, the unauthorized use by Little Caesar in the Windsor, Ontario area of the plaintiff's registered mark would cause harm to the plaintiff which is irreparable, in the sense that the diminution of the owner's statutory proprietary interest could be perceived but not measured. Loss of the distinctiveness of the trade mark “Pizza Pizza”, which must be assumed to be valid at this stage of the proceedings, would also ensue, as would an inevitable loss of market share in the areas where the plaintiff already operates, as well as in those areas where the plaintiff intends to operate. These harms cannot be readily measured in monetary terms by an accountant, but can be foreseen and perceived by anyone. The two words of the trade mark “Pizza Pizza” appearing on the

⁴ (1984), 2 C.I.P.R. 56; 80 C.P.R. (2d) 187 (F.C.T.D.), at p. 70 C.I.P.R.

⁵ (1989), 26 C.P.R. (3d) 481; 28 F.T.R. 124 (F.C.T.D.).

Le juge a cité notre collègue Madame le juge Reed dans *I.B.M. Corp. c. Ordinateurs Spirales Inc.*,⁴ où elle a accordé une injonction interlocutoire, même s'il était «difficile de conclure que la demanderesse subirait un préjudice irréparable à cause des agissements de la seule défenderesse». Toutefois, elle a fait état d'«effet d'avalanche» ou «mort à coups d'épingle» qui découlerait du défaut d'accorder l'injonction, ce qui encourage «nombre d'autres sociétés [à] de se lancer dans l'importation et la vente d'ordinateurs comportant le programme pour lequel la demanderesse détient un certificat de droit d'auteur».

Dans une décision plus récente rendue dans l'affaire *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.*,⁵ le juge MacKay de cette Cour a examiné toute la jurisprudence récente sur le préjudice irréparable, et il a tiré la conclusion suivante (à la page 502 C.P.R.):

À la lumière de cette jurisprudence, il me semble évident que l'emploi non autorisé d'une marque de commerce déposée cause au propriétaire de celle-ci un préjudice irréparable, que ce préjudice soit perçu comme une atteinte au droit à l'emploi exclusif reconnu par la loi, une perte de caractère distinctif de la marque, la reconnaissance implicite d'une licence obligatoire ou encore la perte inévitable d'une part d'un marché bien établi, développé grâce à des marchandises faisant l'objet d'une marque de commerce déposée, au profit d'un tiers qui y entre en utilisant cette marque sans autorisation. Dans tous ces cas où le préjudice est défini en termes non pécuniaires, l'octroi de dommages-intérêts ne saurait représenter une indemnisation adéquate.

En l'espèce, il est clair que l'emploi non autorisé par Little Caesar dans la région de Windsor (Ontario) de la marque enregistrée de la demanderesse causerait à celle-ci un préjudice irréparable, en ce sens que la diminution du droit de propriété légal du titulaire pourrait être perçue mais ne pourrait être mesurée. Il s'ensuivrait également une perte du caractère distinctif de la marque de commerce «Pizza Pizza», qu'on doit présumer valide à ce stade des procédures, ainsi qu'une perte inévitable d'une partie du marché dans les régions où la demanderesse exerce déjà ses activités et dans les régions où elle a l'intention de le faire. Un comptable ne saurait mesurer facilement ces préjudices en termes pécuniaires, mais n'importe qui peut les prévoir et les percevoir. Les deux mots de

⁴ (1984), 2 C.I.P.R. 56; 80 C.P.R. (2d) 187 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 70 C.I.P.R.

⁵ (1989), 26 C.P.R. (3d) 481; 28 F.T.R. 124 (C.F. 1^{re} inst.).

signage and the wares of Little Caesar in the Windsor area obviously affect the plaintiff's trade mark, which at this stage stands registered throughout Canada.

On the other hand, the alleged harm to be suffered by Little Caesar if the injunction is granted appears to be minimal. The "Pizza! Pizza!" signage for the Windsor outlets would have to be replaced, at a cost of \$8,000. However, the signs can be returned if the injunction is lifted. Some of the advertising material may not be used during that period, but non-offending material can be obtained from Little Caesar's restaurants in the Detroit area. Confusion will not inevitably result, as the "Pizza! Pizza!" phrase may be replaced by Little Caesar's own slogan: "Two Great Pizzas for One Low Price".

For the foregoing reasons, there shall be an interlocutory injunction restraining the defendants by its officers, servants, workmen, agents and employees from infringing and depreciating the trade marks "Pizza Pizza" and "Pizza Pizza Design" until the trial of or other disposition of this matter, in the form requested by the plaintiff. Costs in the cause.

la marque de commerce «Pizza Pizza» qui figurent sur les signalisations et les marchandises de Little Caesar dans la région de Windsor portent, à l'évidence, atteinte à la marque de commerce de la demanderesse, dont l'enregistrement demeure valable dans tout le Canada.

D'autre part, le préjudice que subirait Little Caesar si l'injonction était accordée semblerait minimal. La signalisation «Pizza! Pizza!» pour les points de vente de Windsor devrait être remplacée, au coût de 8 000 \$. Toutefois, les enseignes peuvent être retournées si l'injonction est levée. Certains des objets de publicité ne peuvent être utilisés durant cette période, mais on peut obtenir les objets non contrefaits des restaurants de Little Caesar dans la région de Détroit. Il n'y aurait pas lieu à confusion inévitable, puisque l'expression «Pizza! Pizza!» peut être remplacée par le propre slogan de Little Caesar: «Two Great Pizzas for One Low Price» (deux délicieuses pizzas pour un prix modique).

Par ces motifs, il sera rendu une injonction interlocutoire interdisant aux défenderesses, par l'entremise de leurs dirigeants, préposés, travailleurs, mandataires et employés, de contrefaire et de dévaloriser les marques de commerce «Pizza Pizza» et «Pizza Pizza Design» et ce, jusqu'à ce que la présente affaire ait été instruite ou jusqu'à ce qu'il ait été autrement statué sur celle-ci, selon la formule demandée par la demanderesse. Les dépens suivront l'issue de la cause.

T-2985-84

T-2985-84

Pembina Resources Limited and Pembina Exploration Co. Ltd. (Plaintiffs)

v.

ULS International Inc., Canada Steamship Lines Inc., Halco Inc., Nipigon Transport Ltd., Cleveland Tankers Inc., Wilmington Trust Company, American Steamship Co. Inc., Boland and Cornelius, Her Majesty the Queen in Right of Canada and the ships *Canadian Hunter, Canadian Century, Canadian Transport, Canadian Progress, Manitoulin, Island Transport, Laketon* (formerly the *Lake Nipigon*), *Saturn* and *Sam Laud* and their owners and charterers (Defendants)

[By original action]

and

Pembina Resources Limited and Pembina Exploration Co. Ltd. (Plaintiffs)

v.

ULS International Inc. and the ship *Canadian Hunter* and its owners and charterers (Defendants)

[As amended by virtue of discontinuances of action filed in the cause]

INDEXED AS: PEMBINA RESOURCES LTD. v. ULS INTERNATIONAL INC. (T.D.)

Trial Division, McNair J.—Toronto, February 21, 22, 23, 24, 27 and 28, March 1, 2, 14 and 15; Ottawa, October 6, 1989.

Négligence — Submerged natural gas pipeline fractured by ship's dragging anchor — Negligence of captain — Contributory negligence argument rejected — Omission to mark pipeline's location with radar sensitive buoys not effective cause of damage — Estimated cost of permanent repairs awarded as damages for prospective loss — General damages awarded for business interruption — Application of U.S. decisions affirming principle of damage recovery for loss of production — Lost profits proper means of measuring damages — Latter assessed on basis of current value of lost production — Plaintiffs' intervening act (failure of divers to correctly reassemble faulty couplings) not absolving defendants from liability.

Maritime law — Torts — Submerged natural gas pipeline fractured by dragging anchor — Negligence of captain —

Pembina Resources Limited et Pembina Exploration Co. Ltd. (demandereses)

^a c.

ULS International Inc., Canada Steamship Lines Inc., Halco Inc., Nipigon Transport Ltd., Cleveland Tankers Inc., Wilmington Trust Company, American Steamship Co. Inc., Boland and Cornelius, Sa Majesté la Reine du chef du Canada et les navires *Canadian Hunter, Canadian Century, Canadian Transport, Canadian Progress, Manitoulin, Island Transport, Laketon* (autrefois le *Lake Nipigon*), *Saturn* et *Sam Laud* et leurs propriétaires et affrêteurs (défendeurs)

[Intitulé original]

et

^d

Pembina Resources Limited et Pembina Exploration Co. Ltd. (demandereses)

c.

ULS International Inc. et le navire *Canadian Hunter* et ses propriétaires et affrêteurs (défendeurs)

[Intitulé modifié par suite du dépôt de désistements]

RÉPERTORIÉ: PEMBINA RESOURCES LTD. c. ULS INTERNATIONAL INC. (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge McNair—Toronto, 21, 22, 23, 24, 27 et 28 février, 1^{er}, 2, 14 et 15 mars; Ottawa, 6 octobre 1989.

Négligence — Rupture d'un segment de gazoduc submergé causée par le dérapage de l'ancre d'un navire — Négligence du capitaine — Rejet de l'argument fondé sur la négligence des victimes — Le défaut de marquer l'emplacement du gazoduc au moyen de bouées qui auraient pu être décelées par radar n'est pas la cause efficiente du dommage — Le coût estimatif des réparations permanentes est accordé à titre de dommages-intérêts pour perte éventuelle — Dommages-intérêts généraux accordés pour perte de revenus d'entreprise — Application de décisions américaines accueillant le principe du dédommagement pour la perte d'exploitation — Les profits perdus sont la mesure adéquate des dommages — Les dommages sont évalués selon la valeur actualisée de la production perdue — L'intervention des demandereses (le défaut des plongeurs de bien assembler à nouveau les machons défectueux) n'exonère pas les défendeurs de leur responsabilité.

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Rupture d'un segment de gazoduc submergé causée par le dérapage de

Failure to mark location using radar sensitive buoys and to bury pipeline not contributing to damage as not effective cause thereof.

Maritime law — Practice — Submerged natural gas pipeline fractured by ship's anchor — Negligence of captain — General damages for business interruption — Admiralty practice of allowing pre-judgment interest from date of injury followed — Lack of case law and novelty of issues not special considerations justifying denial of interest.

The plaintiffs' action is for damages resulting from the fracture, on December 24, 1983, of a segment of their submerged natural gas pipeline (the "inner bay line") in Long Point Bay, Lake Erie. The fracture is alleged to have been caused by the dragging anchor of the defendant ship, the *Canadian Hunter*. Temporary repairs were not completed until April 3, 1984. Full production resumed on April 5, 1984. Rather than make permanent repairs, the plaintiffs chose to lay a new pipeline in a different location.

The plaintiffs seek to recover the costs of temporary repairs and the estimated costs of permanent repairs. The parties are agreed as to the quantum of those costs but not as to liability therefor. The plaintiffs also claim general damages for loss of business income. They submit that liability lies with those responsible with the management and operation of the defendant ship. The defendants plead voluntary assumption of risk on the part of the plaintiffs and, alternatively, contributory negligence.

Held, the action should be allowed.

The evidence showed that the *Canadian Hunter* was the only vessel which could, by its position, have snagged the plaintiffs' pipeline and that it did in fact do so. The evidence also established that the captain of the *Canadian Hunter* had been negligent (1) in choosing an anchorage area situated less than one mile from the pipeline and poorly protected from the adverse weather conditions prevailing at the time; (2) in permitting his vessel to drag its anchor for a mile and a half without taking any corrective measures; (3) in failing to have aboard the most up-to-date navigational charts available; and (4) in failing to check his ship's position regularly.

The defendants' argument based on contributory negligence was rejected. For contributory negligence to be found, there must be evidence that the negligence "was a proximate, in the sense of effective, cause of injury". The plaintiffs' failure to mark the location of the pipeline by appropriately spaced and radar sensitive spar buoys did not constitute a fault or omission that contributed to the damage complained of in the sense of being an effective cause thereof. Nor were the plaintiffs at fault by not burying the pipeline: such a measure was neither a reasonable nor a viable means of avoiding the foreseeable risk of injury by a ship's anchor.

Since the cost of temporary repairs was not in issue, the plaintiffs were entitled to recover the amount agreed upon as damages flowing from the injury. The plaintiffs were also

l'ancre d'un navire — Négligence du capitaine — Le défaut de marquer l'emplacement au moyen de bouées décelables par radar et d'enfouir le gazoduc n'a pas contribué au dommage à titre de cause efficiente.

Droit maritime — Pratique — Rupture d'un segment de gazoduc submergé causée par le dérapage de l'ancre d'un navire — Négligence du capitaine — Dommages-intérêts généraux pour perte de revenus d'entreprise — La pratique en matière d'amirauté d'accorder des intérêts courus avant jugement à compter de la date du dommage est suivie — L'absence de jurisprudence et la nouveauté des questions soulevées ne constituent pas des considérations spéciales justifiant le refus d'accorder l'intérêt.

L'action en dommages-intérêts des demanderesse fait suite à la rupture, le 24 décembre 1983, d'un segment de leur gazoduc submergé (la «conduite de la baie intérieure») à Long Point Bay, Lac Érié. La rupture aurait été causée par le dérapage de l'ancre du navire défendeur, le *Canadian Hunter*. Les réparations temporaires n'ont pas été complétées avant le 3 avril 1984. La reprise de l'exploitation maximale a eu lieu le 5 avril 1984. Plutôt que d'effectuer les réparations permanentes, les demanderesse ont décidé d'installer ailleurs une nouvelle conduite.

Les demanderesse cherchent à obtenir le coût des réparations temporaires de même que le coût estimatif des réparations permanentes. Les parties s'entendent sur le montant de ces coûts, mais non sur la question de la responsabilité. Les demanderesse cherchent également à obtenir des dommages-intérêts généraux pour perte de revenus d'entreprise. Elles font valoir que la responsabilité retombe sur les personnes responsables de la gestion et de l'exploitation du navire défendeur. Les défendeurs plaident l'acceptation volontaire des risques par les demanderesse et, subsidiairement, la négligence des victimes.

Jugement: l'action devrait être accueillie.

La preuve montre que le *Canadian Hunter* était le seul navire qui, de par sa position, pouvait accrocher le gazoduc des demanderesse, ce qui s'est effectivement produit. La preuve établit également que le capitaine du *Canadian Hunter* a fait preuve de négligence: (1) en choisissant un lieu de mouillage situé à moins d'un mille du gazoduc et mal protégé des conditions météorologiques défavorables du moment; (2) en permettant à son navire de chasser sur son ancre sur une distance d'un mille et demi sans prendre de mesures correctives; (3) en n'ayant pas à bord les cartes de navigation les plus à jour possible; et (4) en ne vérifiant pas régulièrement la position de son navire.

L'argument des défendeurs fondé sur la négligence des victimes est rejeté. Pour qu'il y ait négligence de la victime, on doit établir que la négligence «était une cause immédiate, c'est-à-dire efficiente, du préjudice». Le défaut des demanderesse de marquer l'emplacement du gazoduc au moyen de bouées à espar réparties de façon adéquate et décelables par radar ne constitue pas une faute ou une omission qui a contribué au dommage à titre de cause efficiente. Les demanderesse n'ont pas commis de faute en omettant d'enfouir le gazoduc: une telle mesure n'était pas un moyen raisonnable et viable d'éviter le risque prévisible de préjudice imputable à une ancre de navire.

Puisque le coût des réparations temporaires n'était pas contesté, les demanderesse ont obtenu le montant convenu à titre de dommages-intérêts découlant du préjudice. Les demanderes-

entitled to recover the estimated cost of permanent repairs. The fact that the permanent repairs were not carried out was of no consequence. As stated in *McGregor On Damages*, "Since damages may . . . be given for prospective loss, it is immaterial that the repairs are not yet executed." Permanent repairs were a prospective loss which the defendants should reasonably have foreseen as a consequence of their negligence.

There were few Canadian authorities dealing with business interruption claims of the nature discussed herein. Reference was made to American decisions, and the principle expounded therein, that damages are recoverable for loss of production, was applied. Such damages may be measured in terms of lost profits. In the case at bar, the damages were to be assessed on the basis of the current value of lost production. To adopt the defendants' theory that interruption effected a mere deferral of production and that the current value of the production that might ultimately be recovered should be deducted from the current value of the lost production would be inequitable in that it would fail to take into account the inconvenience and delay suffered by the plaintiffs during the shut-down period. The question whether the plaintiffs could have made up the lost production was irrelevant. Whatever occurs after the loss does not affect the right to recover damages for lost production.

Damages for loss of business income were to be calculated from the date of the fracture of the pipeline to the date full production resumed (a total of 104 days). The defendants' argument that failure of the plaintiffs' divers to correctly reassemble all the faulty couplings within 60 days constituted an intervening force which absolved them from liability, was rejected. Liability still lies with the original wrongdoer where the intervening act is one which ought reasonably have been foreseen by that wrongdoer. In the case at bar, the failure of plaintiffs' divers constituted an intervening force which the defendants should reasonably have anticipated as being a likely consequence of their original negligence.

A claim for damages for loss of use cannot be allowed unless the plaintiff proves actual loss. The plaintiffs had discharged that onus: there was ample evidence of loss of profits during the 104-day shut-down.

The practice in admiralty cases to allow pre-judgment interest as an integral part of the damages awarded was followed. The plaintiffs were granted pre-judgment interest from the date of the injury to the date of judgment at the agreed rate of 9.5%. Lack of case law and the novelty of the issues raised do not constitute special considerations which could support exercise of the Court's discretionary power to refuse interest for the period sought.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Navigable Waters Protection Act*, R.S.C. 1970, c. N-19, s. 5(1).
Negligence Act, R.S.O. 1980, c. 315.

ses avaient également droit au versement du coût estimatif des réparations permanentes. Le fait que les réparations permanentes n'ont pas été effectuées n'entraînait aucune conséquence. Comme l'a écrit McGregor dans son ouvrage *On Damages*, «Puisque l'on peut accorder des dommages-intérêts pour une perte éventuelle . . . il importe peu que les réparations n'aient pas encore été effectuées.» Les réparations permanentes constituaient une perte éventuelle que les défendeurs auraient raisonnablement pu prévoir comme conséquence de leur négligence.

Il y a peu de décisions canadiennes portant sur des demandes fondées sur des pertes d'exploitation de la nature visée en l'espèce. On a cité des décisions américaines et appliqué le principe retenu portant qu'il est possible d'obtenir des dommages-intérêts pour pertes d'exploitation. Ces dommages peuvent être mesurés en fonction des profits perdus. En l'espèce, les dommages devaient être évalués selon la valeur actualisée de la production perdue. Il serait inéquitable d'adopter la théorie des défendeurs portant que l'interruption ne constituait qu'un simple report de la production et que la valeur actualisée de la production qui pourrait finalement être récupérée devrait être déduite de la valeur actualisée de la production perdue, puisque ce serait ne pas tenir compte des inconvénients et du délai subis par les demanderesse au cours de la période d'interruption. La question de savoir si les demanderesse auraient pu récupérer la production perdue n'est pas pertinente. Les événements postérieurs à la perte n'affectent pas le droit d'obtenir des dommages-intérêts pour la production perdue.

Les dommages pour perte de revenus d'entreprise sont calculés à compter de la date de la rupture du gazoduc jusqu'à la date de la reprise de l'exploitation maximale (soit un total de 104 jours). L'argument des défendeurs selon lequel le défaut des plongeurs des demanderesse de bien assembler à nouveau les manchons défectueux dans un délai de 60 jours constituait une intervention qui les dégageait de leur responsabilité a été rejeté. La responsabilité de l'auteur original d'un méfait existe toujours lorsque l'intervention du tiers est un acte qui aurait raisonnablement pu être prévu par cet auteur. En l'espèce, le défaut des plongeurs des demanderesse constitue une intervention que les défendeurs auraient dû raisonnablement prévoir comme conséquence probable de leur négligence originale.

Dans une demande en dommages-intérêts pour perte d'utilisation, le demandeur doit prouver qu'il y a eu perte réelle. Les demanderesse se sont acquittées de ce fardeau: les ont largement établi la preuve d'une perte de profits au cours de la période de 104 jours d'interruption.

La pratique, en matière d'amirauté, d'accorder des intérêts courus avant jugement comme partie intégrante des dommages-intérêts a été suivie. Les demanderesse ont eu droit aux intérêts courus avant jugement à compter de la date du préjudice jusqu'à la date du jugement, au taux convenu de 9,5%. L'absence de jurisprudence et la nouveauté des questions soulevées ne constituent pas des considérations spéciales justifiant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser d'accorder l'intérêt pour la période visée.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la protection des eaux navigables*, S.R.C. 1970, chap. N-19, art. 5(1).
Loi sur le partage de la responsabilité, L.R.O. 1980,

O. Reg. 629/80, s. 2.
 O. Reg. 450/84.
Petroleum Resources Act, R.S.O. 1980, c. 377.
 R.R.O. 1980, Reg. 752, s. 27(13).
The Energy Act, 1971, S.O. 1971, c. 44.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Bell Telephone Co. v. The Mar-Tirenno, [1974] 1 F.C. 294; 52 D.L.R. (3d) 702 (T.D.); affd [1976] 1 F.C. 539; 71 D.L.R. (3d) 608 (C.A.); *Rose et al. v. Sargent*, [1949] 3 D.L.R. 688; [1949] 2 W.W.R. 66 (Alta. C.A.); *McLoughlin v. Long*, [1927] S.C.R. 303; [1927] 2 D.L.R. 186; *The London Corporation*, [1935] P. 70 (C.A.); *Fitzner v. MacNeil* (1966), 58 D.L.R. (2d) 651 (N.S.S.C.); *Martin v. McNamara Construction Company Limited and Walcheske*, [1955] O.R. 523; [1955] 3 D.L.R. 51 (C.A.); *Continental Oil Co. v. S S Electra*, 431 F.2d 391 (5th Cir. 1970); *National Steel Corp. v. Great Lakes Towing Co.*, 574 F.2d 339 (6th Cir. 1978); *U. S. Oil of Louisiana, Ltd. v. Louisiana Power & Light Co.*, 350 So. 2d 907 (La. Ct. App., 1st Cir. 1977); *Canadian General Electric Co. Ltd. v. Pickford & Black Ltd.*, [1972] S.C.R. 52; (1971), 20 D.L.R. (3d) 432; *Drew Brown Ltd. v. The "Orient Trader"*, [1974] S.C.R. 1286.

DISTINGUISHED:

Bolivar County Gravel Co., Inc. v. Thomas Marine Co., 585 F.2d 1306 (5th Cir. 1978).

CONSIDERED:

Assiniboine (School Division of) South No. 3 v. Hoffer et al. (1971), 21 D.L.R. (3d) 608; [1971] 4 W.W.R. 746 (Man. C.A.); *The Ship Peterborough v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1952] Ex.C.R. 462; [1952] 4 D.L.R. 699; *Pacific Elevators Ltd. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1974] S.C.R. 803; (1973), 41 D.L.R. (3d) 608.

REFERRED TO:

Exeter City v. Sea Serpent (1922), 12 Ll. L. Rep. 423 (Adm. Div.); *The Brabant* (1938), 60 Ll. L. Rep. 323 (Adm. Div.); *The Boltenhof* (1938), 62 Ll. L. Rep. 235 (Adm. Div.); *The Velox*, [1955] 1 Lloyd's Rep. 376 (Adm. Div.); *The Gerda Toft*, [1953] 2 Lloyd's Rep. 249 (Adm. Div.); *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] Ex.C.R. 441; *Submarine Telegraph Company v. Dickson* (1864), 15 C.B. (N.S.) 760; 143 E.R. 983 (C.P.D.); *Heeney v. Best et al.* (1979), 28 O.R. (2d) 71; 108 D.L.R. (3d) 366; 11 CCLT 66 (C.A.); *Northern Wood Preservers Ltd. v. Hall Corp. (Shipping) 1969 Ltd. et al.*, [1972] 3 O.R. 751; (1972), 29 D.L.R. (3d) 413 (H.C.); affd (1973), 2 O.R. (2d) 335; 42 D.L.R. (3d) 679 (C.A.); *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; 143 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45

chap. 315.
 Ont. Reg. 629/80, art. 2.
 Ont. Reg. 450/84.
Petroleum Resources Act, R.S.O. 1980, chap. 377.
 R.R.O. 1980, Reg. 752, art. 27(13).
The Energy Act, 1971, S.O. 1971, chap. 44.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

La cie de téléphone Bell c. Le Mar-Tirenno, [1974] 1 C.F. 294; 52 D.L.R. (3d) 702 (1^{re} inst.); conf. par [1976] 1 C.F. 539; 71 D.L.R. (3d) 608 (C.A.); *Rose et al. v. Sargent*, [1949] 3 D.L.R. 688; [1949] 2 W.W.R. 66 (C.A. Alb.); *McLoughlin v. Long*, [1927] R.C.S. 303; [1927] 2 D.L.R. 186; *The London Corporation*, [1935] P. 70 (C.A.); *Fitzner v. MacNeil* (1966), 58 D.L.R. (2d) 651 (C.S.N.-É.); *Martin v. McNamara Construction Company Limited and Walcheske*, [1955] O.R. 523; [1955] 3 D.L.R. 51 (C.A.); *Continental Oil Co. v. S S Electra*, 431 F.2d 391 (5th Cir. 1970); *National Steel Corp. v. Great Lakes Towing Co.*, 574 F.2d 339 (6th Cir. 1978); *U. S. Oil of Louisiana, Ltd. v. Louisiana Power & Light Co.*, 350 So. 2d 907 (La. Ct. App., 1st Cir. 1977); *Canadian General Electric Co. Ltd. c. Pickford & Black Ltd.*, [1972] R.C.S. 52; (1971), 20 D.L.R. (3d) 432; *Drew Brown Ltd. c. Le "Orient Trader"*, [1974] R.C.S. 1286.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Bolivar County Gravel Co., Inc. v. Thomas Marine Co., 585 F.2d 1306 (5th Cir. 1978).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Assiniboine (School Division of) South No. 3 v. Hoffer et al. (1971), 21 D.L.R. (3d) 608; [1971] 4 W.W.R. 746 (C.A. Man.); *The Ship Peterborough v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1952] R.C.É. 462; [1952] 4 D.L.R. 699; *Pacific Elevators Ltd. c. La Compagnie de chemin de fer canadien du Pacifique*, [1974] R.C.S. 803; (1973), 41 D.L.R. (3d) 608.

DÉCISIONS CITÉES:

Exeter City v. Sea Serpent (1922), 12 Ll. L. Rep. 423 (Adm. Div.); *The Brabant* (1938), 60 Ll. L. Rep. 323 (Adm. Div.); *The Boltenhof* (1938), 62 Ll. L. Rep. 235 (Adm. Div.); *The Velox*, [1955] 1 Lloyd's Rep. 376 (Adm. Div.); *The Gerda Toft*, [1953] 2 Lloyd's Rep. 249 (Adm. Div.); *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] R.C.É. 441; *Submarine Telegraph Company v. Dickson* (1864), 15 C.B. (N.S.) 760; 143 E.R. 983 (C.P.D.); *Heeney v. Best et al.* (1979), 28 O.R. (2d) 71; 108 D.L.R. (3d) 366; 11 CCLT 66 (C.A.); *Northern Wood Preservers Ltd. v. Hall Corp. (Shipping) 1969 Ltd. et al.*, [1972] 3 O.R. 751; (1972), 29 D.L.R. (3d) 413 (H.C.); conf. par (1973), 2 O.R. (2d) 335; 42 D.L.R. (3d) 679 (C.A.); *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; 143 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45

N.R. 425; *Walls v. MacRae and Metro Fuels Co. Ltd.* (1981), 36 N.B.R. (2d) 1; 94 A.P.R. 1 (Q.B.); *Total Petroleum (N.A.) Ltd. v. AMF Tuboscope Inc.* (1987), 81 A.R. 321; 54 Alta. L.R. (2d) 13 (Q.B.); *Norcen Energy Resources Limited and Murphy Oil Company Ltd. v. Flint Engineering and Construction Ltd.* (1984), 51 A.R. 42 (Q.B.); *Nissan Automobile Co. (Canada) Ltd. v. The Continental Shipper*, [1974] 1 F.C. 88 (T.D.); *John Maryon International Limited et al. v. New Brunswick Telephone Co., Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469; 141 D.L.R. (3d) 193; 113 A.P.R. 469; 24 CCLT 146 (C.A.); *Irvington Holdings Ltd. v. Black et al. and two other actions* (1987), 58 O.R. (2d) 449 (C.A.); *Davie Shipbuilding Limited v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461; 4 D.L.R. (4th) 546; 53 N.R. 50 (C.A.).

AUTHORS CITED

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.
 McGregor, H. *McGregor on Damages*, 14th ed. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1980.
 Sopinka, John and Lederman, Sidney N. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1983.
Wigmore on Evidence, vol. 2, rev. by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown and Co., 1979.

COUNSEL:

Nigel H. Frawley and Robert Shapiro for plaintiffs.
John T. Morin, Q.C. and Christopher J. Giaschi for defendants.

SOLICITORS:

McMaster Meighen, Toronto, for plaintiffs.
Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto, for defendants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MCNAIR J.:

I. *Questions Concerning Liability and Apportionment of Fault*

The plaintiffs' action is for damages resulting from the fracture of a segment of their submerged natural gas pipeline in Long Point Bay at the easternmost end of Lake Erie, alleged to have been caused by the dragging anchor of the defendant ship. The parties are agreed as to quantum for both the costs of temporary repairs and permanent

N.R. 425; *Walls v. MacRae and Metro Fuels Co. Ltd.* (1981), 36 N.B.R. (2d) 1; 94 A.P.R. 1 (B.R.); *Total Petroleum (N.A.) Ltd. v. AMF Tuboscope Inc.* (1987), 81 A.R. 321; 54 Alta. L.R. (2d) 13 (B.R.); *Norcen Energy Resources Limited and Murphy Oil Company Ltd. v. Flint Engineering and Construction Ltd.* (1984), 51 A.R. 42 (B.R.); *Nissan Automobile Co. (Canada) Ltd. c. Le Continental Shipper*, [1974] 1 C.F. 88 (1^{re} inst.); *John Maryon International Limited et al. v. New Brunswick Telephone Co., Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469; 141 D.L.R. (3d) 193; 113 A.P.R. 469; 24 CCLT 146 (C.A.); *Irvington Holdings Ltd. v. Black et al. and two other actions* (1987), 58 O.R. (2d) 449 (C.A.); *Davie Shipbuilding Limited c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461; 4 D.L.R. (4th) 546; 53 N.R. 50 (C.A.).

DOCTRINE

Linden, Allen M. *La Responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. Cowansville (Qc): Éditions Yvon Blais Inc., 1988.
 McGregor, H. *McGregor on Damages*, 14th ed. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1980.
 Sopinka, John and Lederman, Sidney N. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1983.
Wigmore on Evidence, vol. 2, rev. by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown and Co., 1979.

AVOCATS:

Nigel H. Frawley et Robert Shapiro pour les demandereses.
John T. Morin, c.r. et Christopher J. Giaschi pour les défendeurs.

PROCUREURS:

McMaster Meighen, Toronto, pour les demandereses.
Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto, pour les défendeurs.

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

LE JUGE MCNAIR:

I. *Questions relatives à la responsabilité et au partage de la faute*

L'action en dommages-intérêts intentée par les demandereses fait suite à la rupture d'un segment de leur gazoduc submergé à Long Point Bay, à l'extrémité est du Lac Érié, rupture qui aurait été causée par le dérapage de l'ancre du navire défendeur. Les parties se sont entendues sur le montant des coûts des réparations temporaires et des répa-

repairs to the damaged pipeline as well as the actual costs incurred by the plaintiffs in laying a new, relocated pipeline, but without any admission as to liability therefor. The general damages claim of the plaintiffs for business interruption and consequential loss of sales and profit is hotly contested. The defendants deny negligence on their part and raise the defence that the damage complained of was solely attributable to the plaintiffs' negligence in laying their pipelines in a known anchorage area at their own risk and in failing to properly protect them and to adequately mark their location. Alternatively, the defendants plead contributory negligence and the provisions of the *Negligence Act*, R.S.O. 1980, c. 315.

The parties filed an agreed statement of facts, the substantive portions of which read as follows:

1. The plaintiffs own and operate a natural gas field in Long Point Bay, Lake Erie, which feeds natural gas by submerged pipelines into the Consumers Gas land pipeline via the plaintiffs' compressor station at Port Maitland, Ontario and into the Union Gas land pipeline via their compressor station at Nanticoke, Ontario.

2. The plaintiffs' pipelines are laid on the bottom of Long Point Bay and were not buried when laid or otherwise protected. The plaintiffs' well heads extend approximately 5 feet above the lake bottom and are likewise not buried or protected except for wells within the designated trawling area where they are set below lake bottom and enclosed within caissons.

3. The defendant ULS International Inc. owns and operates the defendant ship "CANADIAN HUNTER", a bulk carrier of 18,192.33 gross tons and 730 feet in length overall, which lay at anchor in Long Point Bay from December 23 to December 25, 1983 loaded with a cargo of wheat. The anchors of the "CANADIAN HUNTER" weigh approximately 5½ tons each. Her Master was Captain Sidney Van Wyck.

4. During the period from December 22 to December 25, 1983, nine vessels including the defendant vessel "CANADIAN HUNTER" took shelter in Long Point Bay from severe wind and wave conditions in Lake Erie. The entry and departure times of each vessel are set out in Appendix "A" hereto.

5. Long Point Bay is a traditional and recognized anchorage area routinely used by ships of all sizes during poor weather conditions on Lake Erie. It is the only sheltered anchorage area in the eastern end of Lake Erie. Notwithstanding the existence of pipelines and wells on the bottom of Long Point Bay, it was

rations permanentes du gazoduc endommagé de même que sur les coûts effectivement engagés par les demanderessees dans la pose d'un nouveau gazoduc, à un nouvel endroit, sans toutefois admettre quelque responsabilité à l'égard du bris. La demande de dommages-intérêts généraux pour l'interruption de la production et les pertes d'exploitation qui en découlent est très contestée. Les défendeurs nient toute négligence de leur part et soulèvent en défense que les dommages sont entièrement attribuables à la négligence dont ont fait preuve les demanderessees en posant leurs gazoducs à leurs risques et périls dans une aire de mouillage connue et en omettant de les protéger convenablement et d'en indiquer adéquatement l'emplacement. Subsidiairement, les défendeurs plaident la négligence des victimes et invoquent les dispositions de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1980, chap. 315.

Les parties ont produit un exposé conjoint des faits dont les éléments essentiels se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 1. Les demanderessees possèdent et exploitent un champ de gaz naturel à Long Point Bay, Lac Érié, qui fournit du gaz naturel, au moyen de gazoducs submergés, au gazoduc terrestre de Consumers Gas par l'intermédiaire de la station de compression des demanderessees à Port Maitland (Ontario), et au gazoduc terrestre de Union Gas, par l'intermédiaire de leur station de compression à Nanticoke (Ontario).

2. Les gazoducs des demanderessees sont posés sur le lit de Long Point Bay et ils n'ont pas été enfouis au moment de la pose ni protégés d'une autre façon. Les têtes de puits des demanderessees s'élèvent à environ 5 pieds au-dessus du lit du lac et ne sont elles non plus ni enfouies ni protégées, à l'exception des puits situés dans la région de chalutage désignée, où elles se trouvent en-dessous du lit et enchâssées dans des caissons.

3. La défenderesse ULS International Inc. possède et exploite le navire défendeur «CANADIAN HUNTER», un transporteur de vrac de 18 192,33 tonnes brutes, d'une longueur totale de 730 pieds, qui a mouillé l'ancre à Long Point Bay du 23 décembre au 25 décembre 1983, avec un chargement de blé. Les ancres du «CANADIAN HUNTER» pèsent environ 5 tonnes et demie chacune. Sidney Van Wyck était le capitaine du navire.

4. Au cours de la période du 22 décembre au 25 décembre 1983, neuf navires, y compris le navire défendeur «CANADIAN HUNTER», se sont abrités à Long Point Bay pour échapper au grand vent et aux vagues élevées du Lac Érié. Les heures d'arrivée et de départ de chaque navire figurent à l'annexe «A» des présentes.

5. Long Point Bay est une aire de mouillage traditionnelle et reconnue qui est régulièrement utilisée par des navires de toutes dimensions lorsque les conditions climatiques sur le Lac Érié ne sont pas bonnes. C'est la seule aire de mouillage protégée dans la partie est du Lac Érié. En dépit de l'existence de gazoducs et

not in December 1983, declared as a designated prohibited anchorage area.

6. On December 24, 1983, at approximately 10:45 a.m., a section of the plaintiffs' pipeline was fractured. The likely cause of the fracture was a ship's anchor fouling the pipeline.

7. On December 24, 1983, both the "CANADIAN HUNTER" and the "LAKETON" (formerly the "LAKE NIPIGON") are known to have dragged their anchors along the bottom of Long Point Bay.

8. During the period from December 24, 1983 to January 1, 1984, a quantity of gas was lost to the atmosphere because of the fracture. By January 1, 1984, all of the affected wells had been shut in and the loss of gas was stopped.

9. The plaintiffs made temporary repairs to the pipeline at a cost of \$186,956.25. The temporary repairs were completed by April 3, 1984. All of the affected wells were brought back into full production by April 5, 1984.

10. Rather than make permanent repairs, the plaintiffs elected to lay a new pipeline elsewhere in Long Point Bay. The estimated cost of permanent repairs to the fractured pipeline is \$114,618.26. The new pipeline cost the plaintiffs \$636,523.81.

11. Apart from gas lost to the atmosphere between the time of fracture and January 1, 1984 when the main line valve at junction 14 was shut, the amount of recoverable gas from the affected wells would only be reduced by a negligible amount.

The plaintiffs' natural gas field in Long Point Bay, Lake Erie, consisted at the material time of a network of 151 active wells supplying natural gas through an interconnected system of submerged pipelines to the plaintiffs' two customers, Consumers Gas Company and Union Gas Limited, through the plaintiffs' compressor stations at Port Maitland and Nanticoke respectively. The Nanticoke facility did not come into operation until December 21, 1983. Prior to that, all gas produced by the network of wells was pumped through the compressor station at Port Maitland and sold to Consumers Gas Company. The plaintiffs have contracts with their customers for the sale and delivery of natural gas. The plaintiffs' rights to explore for and produce natural gas from their field and to lay pipelines over the bed of Long Point Bay are dependant on natural gas production leases from the Crown in right of Ontario of the various lake bed parcels encompassing the entire area under lease, for which they pay an annual rental plus yearly royalties on the quantity of natural gas marketed. The submerged pipeline that suffered the fracture from a ship's anchor is the plaintiffs' inner bay line, so called, running from east to west for a length of about seven miles from the connection with the main line to Port Maitland at Junc-

de puits sur le lit de Long Point Bay, cette baie n'était pas, en décembre 1983, déclarée aire désignée de mouillage interdit.

6. Le 24 décembre 1983, vers 10 h 45, une section du gazoduc des demanderesse s'est rompue. La rupture était probablement imputable à l'accrochage du gazoduc par l'ancre d'un navire.

7. Le 24 décembre 1983, il appert que le «CANADIAN HUNTER» et le «LAKETON» (auparavant le «LAKE NIPIGON») ont chassé sur leurs ancres le long du lit de Long Point Bay.

8. Dans la période du 24 décembre 1983 au 1^{er} janvier 1984, un certain volume de gaz s'est dissipé dans l'atmosphère en raison du bris. Au 1^{er} janvier 1984, tous les puits touchés avaient été fermés et la perte de gaz arrêtée.

9. Les demanderesse ont procédé à des réparations temporaires du gazoduc, au coût de 186 956,25 \$. Les réparations temporaires furent complétées le 3 avril 1984. Tous les puits touchés ont été remis en exploitation complète le 5 avril 1984.

10. Plutôt que de procéder aux réparations permanentes, les demanderesse ont choisi de poser un nouveau gazoduc ailleurs à Long Point Bay. Le coût estimatif des réparations permanentes à apporter au gazoduc fracturé est de 114 618,26 \$. Le nouveau gazoduc a coûté 636 523,81 \$ aux demanderesse.

11. Exception faite du gaz dissipé dans l'atmosphère entre le moment de la rupture et le 1^{er} janvier 1984, date à laquelle la vanne de la conduite principale à la jonction 14 a été fermée, le volume de gaz récupérable des puits touchés n'aurait été réduit que de façon négligeable.

Le champ de gaz naturel des demanderesse à Long Point Bay, au Lac Érié, consistait, à l'époque en cause en un réseau de 151 puits actifs fournissant du gaz naturel, au moyen d'un système interrelié de gazoducs submergés, aux deux clients des demanderesse, Consumers Gas Company et Union Gas Limited, par l'intermédiaire des stations de compression des demanderesse à Port Maitland et à Nanticoke respectivement. L'exploitation des installations de Nanticoke n'a débuté que le 21 décembre 1983. Auparavant, tout le gaz produit par le réseau de puits était pompé par l'intermédiaire de la station de compression de Port Maitland et vendu à Consumers Gas Company. Les demanderesse avaient conclu des contrats de vente et de livraison de gaz naturel avec leurs clients. Les droits conférés aux demanderesse en matière d'exploration et d'exploitation de leur champ de gaz naturel et de pose de gazoducs sur le lit de Long Point Bay dépendent des concessions de production de gaz naturel de la Couronne du chef de l'Ontario sur diverses parties du lit du lac couvrant toute la région concédée, en échange du versement d'un loyer annuel et de redevances annuelles établies selon la quantité de gaz naturel commercialisée. Le gazoduc submergé fracturé par l'ancre d'un navire est la conduite de la baie

tion 14 to the Nanticoke line at its westerly extremity. The inner bay line passes on its way through Junctions 16, 17, 18 and 19, and is located approximately 3.5 nautical miles to the north of the lighthouse at the entrance to Long Point Bay.

Pembina Exploration Co. Ltd., which is a wholly-owned subsidiary of Pembina Resources Limited, is the lessee under the production leases from the Crown and the active operator of the gas field facilities. Pembina, either directly or through its leasing agent, Elexco, provides up-to-date information showing the location of its wells and junctions and interconnecting pipelines to the Canadian Hydrographic Service as well as to the Canadian Coast Guard Division of the Department of Transport. As a result, marine navigational charts are continually updated and revised by these governmental agencies, which also publish and circulate to the shipping industry and other interested parties Notices to Mariners showing the location of the gas field facilities in the Long Point Bay area of Lake Erie and warning of the need for caution. Exhibit P-3, which is the navigational chart 2110 dated July 8, 1983 showing the respective locations of the nine ships anchoring in Long Point Bay over the period from December 22 to December 25, 1983, displays, *inter alia*, the following warning caution:

Gas pipelines and wells contain natural gas under pressure and damage to these installations would create an immediate fire hazard. Vessels anchoring in Lake Erie should do so with caution after noting the underwater positions of all gas wells, pipelines, submerged cables and other installations.

Gas well heads protrude to a height of up to 5 feet from the bottom and are marked by buoys.

Similar cautions were noted on the navigational charts used at the time of the mishap in question by Captain Gordon Stogdale, of the Canadian Coast Guard vessel *Griffin*, and Captain Sidney W. Van Wyck, master of the defendant ship *Canadian Hunter*, being Exhibits P-20 and P-24 respectively. Exhibit P-20 is an updated version of navigational chart 2110, corrected through

intérieure des demanderesses, comme on l'appelle, posée d'est en ouest sur une longueur d'environ 7 milles, à partir de la rencontre de celle-ci et de la conduite principale vers Port Maitland à la jonction 14, jusqu'à la conduite de Nanticoke à sa limite ouest. La conduite de la baie intérieure traverse les jonctions 16, 17, 18 et 19 et se trouve à environ 3,5 milles marins au nord du phare situé à l'entrée de Long Point Bay.

Pembina Exploration Co. Ltd., une filiale en propriété exclusive de Pembina Resources Limited, est le détenteur de concessions de production de la Couronne et l'exploitant actif des installations du champ de gaz naturel. Pembina fournit, directement ou par l'intermédiaire de son agent d'affaires, Elexco, des renseignements à jour montrant l'emplacement de ses puits, jonctions et gazoducs interreliés, au Service hydrographique du Canada de même qu'à la Division de la Garde côtière canadienne du ministère des Transports. Par conséquent, les cartes de navigation maritime sont continuellement mises à jour et révisées par ces organismes du gouvernement, qui publient et distribuent également à l'industrie du transport maritime et à d'autres intéressés des Avis aux navigateurs montrant l'emplacement des installations du champ de gaz naturel de la région de Long Point Bay du Lac Érié et portant des avertissements invitant à la prudence. La pièce P-3, qui est la carte de navigation 2110 datée du 8 juillet 1983 et qui illustre les emplacements respectifs des neuf navires ancrés à Long Point Bay au cours de la période du 22 au 25 décembre 1983, porte notamment l'avertissement suivant:

[TRADUCTION] Des gazoducs et des puits contiennent du gaz naturel sous pression et tout endommagement de ces installations entraînerait un risque immédiat d'incendie. Les navires mouillant l'ancre dans le Lac Érié devraient procéder avec prudence, après avoir pris note de l'emplacement sous-marin de tous les puits, gazoducs, câbles submergés et autres installations.

Les têtes de puits de gaz s'élèvent jusqu'à 5 pieds du fond et sont indiquées par des bouées.

Des avertissements semblables figuraient sur les cartes de navigation utilisées au moment de l'accident en cause, par le capitaine Gordon Stogdale, du navire *Griffin* de la Garde côtière canadienne et par le capitaine Sidney W. Van Wyck, capitaine du navire défendeur *Canadian Hunter*, soit les pièces P-20 et P-24 respectivement. La pièce P-20 est une version de la carte de navigation 2110 mise

Notices to Mariners to the date of October 14, 1983, whereas Exhibit P-24 is the *Canadian Hunter's* version of the same chart similarly corrected, but only to the date of December 4, 1981. The chart used by the master of the *Griffin*, unlike its earlier counterpart of December 4, 1981, gave a more graphic warning of the existence of gas well heads and pipelines by depicting their general location in grey-coloured, screened areas so as to serve as a better visual aid to the wary mariner.

There were further warnings of the marine hazards occasioned by the exploitation of natural gas from the bottom of Lake Érie. A standard publication entitled *Sailing Directions for Lake Erie*, in a chapter devoted to the area of Lake Erie between Long Point and Point Pelee, warned mariners to be cautious about anchoring in this area because of submerged gas well heads and pipelines. In addition, the Notices to Mariners put out by the Canadian Coast Guard contained the following warning regarding the dearth of anchorage areas in Lake Erie:

Mariners are warned that no anchorage areas have been established because of the existence of natural gas exploitation facilities on the bottom. The locations of these areas have been described in the weekly Notices to Mariners published by the Canadian Coast Guard.

Damage to facilities can be extremely hazardous because the pressurized natural gas contains toxic chemicals and is flammable.

Included among the nine ships seeking refuge in Long Point Bay from the storm on Lake Érie were the Canadian Coast Guard vessel *Griffin*, the *Laketon* (formerly the *Lake Nipigon*) and the defendant's bulk carrier *Canadian Hunter*, which was fully loaded with a cargo of wheat. The *Canadian Hunter* anchored at 11:56 hours on December 23 and weighed anchor and departed at 12:38 hours on December 25. This ship anchored at the spot indicated by a circle on its own navigational chart (Exhibit P-24) and marked with an "X" on Exhibit P-3. The water depth here was 141 feet and the anchorage position was relatively exposed to the elements. The *Canadian Hunter* was the only ship anchored to the south of the inner bay line. The *Griffin* arrived later at 18:40 hours on December 23 and anchored a consider-

à jour et corrigée au moyen des Avis aux navigateurs publiés jusqu'au 14 octobre 1983, tandis que la pièce P-24 est la version du *Canadian Hunter* de la même carte corrigée de façon semblable, mais uniquement jusqu'au 4 décembre 1981. Contrairement à la version antérieure du 4 décembre 1981, la carte utilisée par le capitaine du *Griffin* donnait un avertissement plus graphique de l'existence de têtes de puits de gaz et de gazoducs en décrivant leur emplacement général par des zones voilées de couleur grise, de façon à constituer une meilleure aide visuelle pour le marin prudent.

Il existait d'autres avertissements des risques que représentait l'exploitation du gaz naturel sous le Lac Érié pour la navigation maritime. Une publication courante intitulée *Instructions nautiques—Grands Lacs*, dans un chapitre consacré à la région du Lac Érié comprise entre la pointe Long et la pointe Pelee, recommandait aux marins d'être prudents s'ils mouillaient l'ancre dans cette région en raison des têtes de puits de gaz et des gazoducs submergés. De plus, les Avis aux navigateurs publiés par la Garde côtière canadienne portaient l'avertissement suivant à l'égard de la pénurie d'aires de mouillage au Lac Érié:

[TRADUCTION] Les navigateurs sont avertis du fait qu'aucune aire de mouillage n'a été établie en raison de l'existence d'installations d'exploitation de gaz naturel sur le lit du lac. L'emplacement de ces aires a été décrit dans les Avis aux navigateurs publiés hebdomadairement par la Garde côtière canadienne.

L'endommagement des installations peut être extrêmement dangereux du fait que le gaz naturel sous pression contient des produits chimiques toxiques et qu'il est inflammable.

Parmi les neuf navires qui, à Long Point Bay, cherchaient refuge de l'orage sévissant sur le Lac Érié se trouvaient le navire *Griffin* de la Garde côtière canadienne, le *Laketon* (antérieurement le *Lake Nipigon*) et le transporteur de vrac *Canadian Hunter*, de la défenderesse, qui avait un plein chargement de blé. Le *Canadian Hunter* a mouillé l'ancre à 11 h 56, le 23 décembre, et levé l'ancre et quitté la région à 12 h 38, le 25 décembre. Ce navire a mouillé l'ancre à l'endroit indiqué par un cercle sur sa propre carte de navigation (pièce P-24) et marqué d'un «X» sur la pièce P-3. La profondeur de l'eau était de 141 pieds à cet endroit et le navire y était relativement exposé aux éléments. Le *Canadian Hunter* est le seul navire à avoir mouillé l'ancre au sud de la conduite de la baie intérieure. Le *Griffin* est arrivé plus tard, soit

able distance northeasterly of the *Canadian Hunter* at the point indicated by an "X" on its chart, and shown as well on Exhibit P-3. The *Griffin* left on an ice-breaking mission at 03:58 hours on December 24. The *Laketon* arrived at 06:05 hours on December 23 and departed at 01:05 hours on December 25. Its anchorage position was the most northerly of all the vessels. Both the *Laketon* and the *Canadian Hunter* dragged their anchors during the period they were in Long Point Bay. The evidence is that the *Laketon* dragged anchor in a northeasterly direction for approximately a quarter of a mile, following which the anchor was raised and the vessel was brought back under power and re-anchored in approximately the same position.

The weather over Lake Erie during the period from December 23 to December 25, 1983 was generally foul. The wind was blowing from a west southwesterly quarter toward the northeast at a gale force of thirty to forty knots, causing high waves and heavy seas. It was snowing intermittently and there were patches of "steam" or low-lying fog over the water. Visibility was relatively poor. By December 25, the wind force had abated somewhat and visibility conditions had improved.

It is agreed that the pipeline was fractured at approximately 10:45 a.m. on December 24, 1983 and that fouling by a ship's anchor was the likely cause. The first intimation of this was a sudden drop in pressure at the Nanticoke compressor station, which occurred in the forenoon of December 24, 1983. Mr. Robert Simpson, the superintendent of operations for Pembina Exploration Co. Ltd., was alerted to the problem by a phone call to the station operator at approximately 2:30 p.m. in response to a signal on his pager. Mr. Simpson kept an accurate chronology of subsequent events. The suspected causes were a freeze-up, colloquially termed a "hydrate", or a break in the pipeline. Methanol was pumped into the system to clear any possible hydrate, with negative results. A drop in pressure at Port Maitland confirmed the existence of a pipeline fracture. Diving boats were called in aid. A helicopter inspection on December 29 detected gas bubbles in the areas of Junctions 17, 18 and 19 on the inner bay line. Dive boats were

à 18 h 40, le 23 décembre, et a mouillé l'ancre à une distance considérable au nord-est du *Canadian Hunter*, au point indiqué par un «X» sur sa carte, et reproduit également sur la pièce P-3. Le brise glace *Griffin* a quitté pour une mission à 3 h 58, le 24 décembre. Le *Laketon* est arrivé à 6 h 05, le 23 décembre, et est reparti à 1 h 05, le 25 décembre. Il a mouillé l'ancre plus au nord que tous les autres navires. Le *Laketon* et le *Canadian Hunter* ont tous deux chassé sur leurs ancrs au cours de leur séjour à Long Point Bay. La preuve révèle que le *Laketon* a chassé sur son ancre dans une direction nord-est sur une distance d'environ un quart de mille, avant de lever l'ancre, de revenir à peu près au même endroit par sa force motrice et de mouiller l'ancre à nouveau.

Au cours de la période du 23 décembre au 25 décembre 1983, les conditions météorologiques au-dessus du Lac Érié étaient généralement difficiles. Le vent soufflait dans une direction ouest sud-ouest vers le nord-est à une vitesse de 30 à 40 nœuds, entraînant de hautes vagues et une grosse mer. Il neigeait de façon intermittente et il y avait des poches de «vapeur» ou de brouillard à fleur d'eau. La visibilité était relativement faible. Le 25 décembre, la vitesse du vent s'était quelque peu réduite et les conditions de visibilité s'étaient améliorées.

Il est reconnu que le gazoduc s'est rompu vers 10 h 45, le 24 décembre 1983 et que cette rupture était probablement imputable à l'accrochage par une ancre de navire. Le premier indice de l'accident fut une perte brusque de pression à la station de compression de Nanticoke, qui s'est produite dans la matinée du 24 décembre 1983. M. Robert Simpson, le chef d'exploitation pour Pembina Exploration Co. Ltd., a été avisé du problème lorsqu'il a appelé l'opérateur de la station vers 14 h 30, en réponse à un signal sur son téléavertisseur. M. Simpson a tenu un relevé chronologique des événements subséquents. Les causes envisagées étaient le gel, appelé communément «hydrate», ou une rupture du gazoduc. On a pompé du méthanol dans le système pour éliminer tout hydrate qui pourrait s'y trouver, sans résultat. Une perte de pression à Port Maitland a confirmé l'existence d'une rupture du gazoduc. On a fait appel à des navires-soutiens de plongée. Le 29 décembre, une inspection par hélicoptère a permis de détecter des

dispatched to the scene on the same day and a number of portions of the line were shut in, including the main line valve at Junction 19. The gas bubbles still persisted at Junction 17. On January 1, 1984 the divers were finally able to shut in the main line valve at Junction 14, thereby preventing any further escape of gas into the atmosphere, and bringing the Port Maitland line back into full production. The divers then set about the task of effecting makeshift repairs to the inner bay line by connecting the fractured segments of the line with temporary hoses. This repair work was made more difficult, and indeed completely thwarted on a number of occasions, by heavy sea and ice conditions.

There were three fractures to the inner bay line, one at the original point of snagging about 15,000 feet or so westerly of Junction 17, another at Junction 18 and the last at Junction 19. The evidence is relatively uncontested that the fluke of a dragging ship's anchor snagged the pipeline at the first mentioned point to the west of Junction 17 and, by a combination of horizontal and vertical movement, set up a chain of forces causing the line to break at three places. The first fracture occurred at Junction 18, followed by the one at Junction 19, with the final fracture occurring at the initial point of contact near Junction 17. The repairs to Junctions 19 and 18 were completed by February 21, 1984 resulting in a limited supply of gas being fed to the Nanticoke compressor station. Problems still continued to be encountered at Junction 17, one being a faulty coupling supplied by a manufacturer. Another was the freeze-up of the valve at Junction 17. Weather and ice conditions intervened to delay further diving operations at the site. As a result of this combination of factors, repairs to Junction 17 were not completed until on or about April 3, 1984, when the valves were turned on. According to Mr. Simpson's evidence, the Nanticoke line did not come back to full production until April 5, 1984. The defendants argue that the temporary repairs to the three fractured portions of the inner bay line were, or should have been, substantially completed within

bulles de gaz dans les régions des jonctions 17, 18 et 19 de la conduite de la baie intérieure. Des navire-soutiens de plongée furent appelés sur les lieux ce même jour et un certain nombre de parties du gazoduc furent fermées, y compris la vanne de la canalisation principale à la jonction 19. Des bulles de gaz continuaient toujours de se manifester à la jonction 17. Le 1^{er} janvier 1984, les plongeurs ont finalement réussi à fermer la vanne de la canalisation principale à la jonction 14, empêchant ainsi toute fuite additionnelle de gaz dans l'atmosphère et permettant la reprise de l'exploitation maximale du gazoduc de Port Maitland. Les plongeurs ont alors entrepris les réparations de fortune de la conduite de la baie intérieure en raccordant les segments brisés de la conduite avec des tuyaux flexibles temporaires. Ces travaux de réparation étaient rendus plus difficiles, voire complètement impossibles à maintes occasions, par la grosse mer et les conditions de glace.

La conduite de la baie intérieure a subi trois ruptures, l'une au point original du choc, situé à environ 15 000 pieds à l'ouest de la jonction 17, l'autre à la jonction 18, et la dernière à la jonction 19. La preuve révèle de façon relativement incontestée que la patte de l'ancre d'un navire qui chassait sur ses ancres a accroché le gazoduc au premier point susmentionné, à l'ouest de la jonction 17 et, par une combinaison de mouvements horizontaux et verticaux, a créé un ensemble de forces entraînant la rupture de la conduite à trois endroits. La première rupture a eu lieu à la jonction 18, la deuxième à la jonction 19 et la dernière au point de contact initial près de la jonction 17. Les réparations apportées aux jonctions 19 et 18 ont été complétées le 21 février 1984, ce qui a permis de fournir un approvisionnement limité de gaz à la station de compression de Nanticoke. La jonction 17 connaissait toujours des problèmes, notamment en raison d'un manchon défectueux fourni par un fabricant et du gel de la vanne. Les conditions atmosphériques et la glace se sont combinées pour retarder encore plus les opérations de plongée sur les lieux. En raison de tous ces facteurs combinés, les réparations apportées à la jonction 17 n'ont pas été complétées avant le 3 avril 1984 ou vers cette date, lorsque les vannes ont pu être ouvertes. Selon la déposition de M. Simpson, la reprise de l'exploitation maximale de la conduite de Nanticoke n'a pas eu lieu avant le 5 avril 1984.

the sixty-day period from December 24, 1983 to February 21, 1984.

The plaintiffs' case on the issue of legal liability for the damage complained of is simply that those responsible for the management and operation of the defendants' ship *Canadian Hunter* were at fault in anchoring their vessel where they did, having regard to existing conditions and the hazard posed by the nearby presence of a submerged gas pipeline, and in permitting the ship to drag its port anchor for a distance of approximately a mile and a half without making any effort to run up the engines and regain their original anchorage position.

The defendants meet this case by pleading voluntary assumption of risk on the part of the plaintiffs and, as noted, contributory negligence. The point is made that Long Point Bay has been recognized and used for many years as a traditional anchorage area for vessels seeking refuge from storms over Lake Erie and that the plaintiffs' gas wells and pipelines were developed and laid in such a way as to constitute obstacles and hazards to safe navigation. The argument is pressed that the methods chosen by the plaintiffs for the exploration and development of the gas field failed to take any cognizance of the probability of damage to the submerged pipelines. The defendants point to the fact that no studies were made by the plaintiffs regarding the feasibility of re-routing or burying the pipelines as reasonable safeguards against damage from ships' anchors. The alternative objection was raised that the plaintiffs failed to adequately mark the location of gas well heads and pipelines with spar buoys or other appropriate navigational aids. Defendants' counsel excoriates the *laissez-faire* attitude of Pembina *vis-à-vis* its pipelines. Indeed, the main thrust of the defendants' case on the liability issue is encapsulated in the following submission of their counsel:

Les défendeurs prétendent que les réparations temporaires apportées aux trois parties rompues de la conduite de la baie intérieure étaient ou auraient dû être substantiellement complétées au cours de la période de soixante jours comprise entre le 24 décembre 1983 et le 21 février 1984.

La position des demandereses en ce qui a trait à la question de la responsabilité pour les dommages déclarés est la suivante: les personnes responsables de la gestion et de l'exploitation du navire des défendeurs, le *Canadian Hunter*, ont commis une faute en mouillant l'ancre de leur navire à l'endroit où ils l'ont fait, compte tenu des conditions existantes et du risque posé par la proximité d'un gazoduc submergé, et en permettant au navire de chasser sur son ancre de bâbord sur une distance d'environ un mille et demi sans faire d'effort pour lancer les moteurs et le faire revenir à sa position de mouillage originale.

Les défendeurs répondent à cet argument en plaidant l'acceptation volontaire des risques par les demandereses et, comme je l'ai déjà dit, la négligence des victimes. Ils font valoir que Long Point Bay est reconnue et utilisée depuis bon nombre d'années comme une aire de mouillage traditionnelle pour les navires qui cherchent à se protéger des tempêtes sur le Lac Érié et que les puits de gaz et les gazoducs des demandereses ont été établis et posés de façon à constituer un obstacle et un risque pour la sécurité de la navigation. Ils prétendent que les méthodes choisies par les demandereses pour l'exploration et l'exploitation du champ de gaz naturel ne tenaient pas compte de la probabilité d'endommagement des gazoducs submergés. Les défendeurs soulignent le fait que les demandereses n'ont entrepris aucune étude de faisabilité quant au déplacement ou à l'enfouissement des gazoducs pour les protéger de façon raisonnable de tout dommage imputable aux ancres de navires. Ils ont également soulevé une objection subsidiaire portant que les demandereses ont omis de marquer adéquatement l'emplacement des têtes de puits de gaz et des gazoducs au moyen de bouées à espar ou d'autres aides à la navigation appropriées. L'avocat des défendeurs dénonce vigoureusement l'attitude de laisser faire de Pembina à l'égard de ses gazoducs. L'argument principal des défendeurs sur la question de la responsabilité est résumée dans la thèse suivante de leur avocat:

Surely . . . a company operating this sort of a system, with a highly flammable product running through it, under high pressure, with the potential hazards that the company is well aware of, has a higher responsibility to the world at large and certainly to other people using the bay, than the one that seems to have been adopted by the company.

It is not good enough to simply say, well, we put down the lines and we tell the Hydrographic Services and we hope you find out about it, and if you do damage, we are going to sue you.

I will now review some of the legal principles applicable to the facts of the present case.

Permitting a ship to drag anchor so as to come into collision or become entangled with someone else's property and cause damage thereto is *prima facie* evidence of negligence in the absence of a reasonable explanation or proof of exonerating circumstances: *Exeter City v. Sea Serpent* (1922), 12 Ll. L. Rep. 423 (Adm. Div.); *The Brabant* (1938), 60 Ll. L. Rep. 323 (Adm. Div.); *The Boltenhof* (1938), 62 Ll. L. Rep. 235 (Adm. Div.); *The Velox*, [1955] 1 Lloyd's Rep. 376 (Adm. Div.); *The Gerda Toft*, [1953] 2 Lloyd's Rep. 249 (Adm. Div.); and *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] Ex.C.R. 441. Moreover, culpable want of knowledge of an apparent danger arising from a failure to utilize the means of knowledge at one's command can amount to negligence: *The Mar-Tirenno*, *infra*; and *Submarine Telegraph Company v. Dickson* (1864), 15 C.B. (N.S.) 760; 143 E.R. 983 (C.P.D.).

In *The Boltenhof*, *supra*, Bucknill J. considered the steps which the dragging ship should have reasonably taken and concluded at page 240:

In my view the *Marklyn* negligently failed to keep a careful watch, negligently failed to put down a second anchor or to pay out more chain on the anchor in use, and negligently failed to use her engines to ease the strain in due and proper time.

In *The Velox*, *supra*, Willmer J. said at page 382:

Even if it could be said that the *Velox* was not to blame for dragging her anchors in the first instance, nevertheless the situation called for a look-out of the utmost vigilance. In pursuance of her duty in that respect, the *Velox* ought to have been quick to appreciate that she was dragging, and, having discovered that she was dragging, she ought to have been quick to take steps to arrest her dragging, particularly in view of the fact that, to the knowledge of those on board her, there were

[TRADUCTION] . . . une société exploitant cette sorte de système, transportant un produit très inflammable, à haute pression, avec les dangers potentiels qu'elle connaît bien, a certainement une responsabilité plus grande envers le monde en général et certainement envers les autres personnes qui utilisent la baie, que celle que semble avoir adoptée la société.

Il ne suffit pas de dire simplement: eh bien! nous posons les gazoducs, nous en parlons au Service hydrographique et nous espérons que vous l'apprendrez, et si vous causez des dommages, nous vous poursuivrons.

Je passerai maintenant en revue certains des principes juridiques applicables aux faits de l'espèce.

Le fait de permettre à un navire de chasser sur ses ancres, d'où une collision ou un enchevêtrement avec le bien d'autrui et l'endommagement de ce dernier, constitue une preuve *prima facie* de négligence, en l'absence d'une explication raisonnable ou d'une preuve de circonstances atténuantes: *Exeter City v. Sea Serpent* (1922), 12 Ll. L. Rep. 423 (Adm. Div.); *The Brabant* (1938), 60 Ll. L. Rep. 323 (Adm. Div.); *The Boltenhof* (1938), 62 Ll. L. Rep. 235 (Adm. Div.); *The Velox*, [1955] 1 Lloyd's Rep. 376 (Adm. Div.); *The Gerda Toft*, [1953] 2 Lloyd's Rep. 249 (Adm. Div.); et *Canadian Brine Ltd. v. The Ship Scott Misener and Her Owners*, [1962] R.C.É. 441. De plus, l'ignorance coupable d'un danger apparent imputable à l'omission de faire appel aux connaissances disponibles peut constituer de la négligence: *Le Mar-Tirenno*, *infra*; et *Submarine Telegraph Company v. Dickson* (1864), 15 C.B. (N.S.) 760; 143 E.R. 983 (C.P.D.).

Dans l'affaire *The Boltenhof*, précitée, le juge Bucknill a étudié les mesures que le navire qui chassait sur ses ancres aurait dû raisonnablement adopter, et a conclu comme suit, à la page 240:

[TRADUCTION] À mon avis, le *Marklyn* a omis par négligence de surveiller attentivement, omis par négligence de mouiller une deuxième ancre ou de donner plus de chaîne à l'ancre employée et omis par négligence d'utiliser ses moteurs pour réduire la tension au moment opportun.

Dans la décision *The Velox*, précitée, le juge Willmer a dit ce qui suit, à la page 382:

[TRADUCTION] Même s'il était possible d'exonérer le *Velox* pour avoir chassé sur ses ancres en premier lieu, il n'en demeure pas moins que la situation exigeait une surveillance extrêmement vigilante. Pour répondre à son obligation à cet égard, le *Velox* aurait dû se rendre compte rapidement qu'il chassait, et, après s'en être rendu compte, prendre rapidement les mesures nécessaires pour mettre fin à son dérapage, étant donné surtout que, à la connaissance des personnes qui étaient à son bord, il y

other vessels lying to leeward of her, vessels which, for all that was known, might very well be having their own difficulties in the weather conditions prevailing.

In those circumstances, it seems to me that, although the measures demanded by the situation may be regarded as exceptional, nevertheless they were no more than those required of a seaman of ordinary care and skill, having regard to the exceptional weather conditions prevailing.

Plaintiffs' counsel places much reliance on the case of *Bell Telephone Co. v. The Mar-Tirenno*, [1974] 1 F.C. 294; 52 D.L.R. (3d) 702 (T.D.); affd [1976] 1 F.C. 539; 71 D.L.R. (3d) 608 (C.A.), where a ship broke away from an exposed wharf from the combined forces of tide and ice to which the captain had been alerted. The captain was forced to drop anchor to avert colliding with a shoreside restaurant in a prohibited anchoring area of the St. Lawrence River occupied by the plaintiff's underwater telephone cable, thereby fouling and damaging the same. The Trial Judge rejected the pleas of inevitable accident and contributory negligence and found the defendant ship solely liable on the ground that the breaking away which caused the accident and the damage resulting therefrom were both clearly foreseeable. Addy J. stated the underlying rationale for the decision at page 300:

The case, in my view, therefore, turns on whether there was any negligence on the part of the captain or any member of his crew in tying up to that wharf in the first place, or in the manner in which the ship was secured or remained there, or in remaining there at all, and finally, whether he and his crew took all precautions, which normally should be taken to avoid the ship breaking away from its moorings as it did, including constant and proper observation of all conditions which might affect the security of the ship.

Where a person has actual dominion and control over an object or has a legal duty to control it and that object goes out of control and causes damage, then, it is obviously up to the person in control to explain by positive evidence the reason why the object went out of control or, at least, to establish by positive evidence that it was not due to any act or omission on his part or on the part of any other person whose actions were under his control.

The learned Judge drew the following conclusion at page 302:

The tying-up at the wharf in question, without informing himself fully, or, at least, taking all reasonable steps to inform himself fully of the nature and extent of the danger and, more specifically, of the very great force which the ice would exert on

avait d'autres navires sous le vent, navires qui, dans les circonstances, pouvaient fort bien connaître eux aussi des difficultés, compte tenu des conditions météorologiques d'alors.

Dans ces circonstances, il me semble que, même si les mesures exigées par la situation peuvent être considérées comme exceptionnelles, elles n'étaient cependant pas supérieures à celles dont doit faire preuve un marin consciencieux et habile, compte tenu des conditions météorologiques exceptionnelles d'alors.

L'avocat des demanderesse se fonde grandement sur la décision *La cie de téléphone Bell c. Le Mar-Tirenno*, [1974] 1 C.F. 294; 52 D.L.R. (3d) 702 (1^{re} inst.); conf. par [1976] 1 C.F. 539; 71 D.L.R. (3d) 608 (C.A.); dans cette affaire, un navire a rompu ses amarres d'un quai exposé aux forces combinées de la marée et de la glace, possibilité qui avait été portée à l'attention du capitaine. Pour éviter une collision avec un restaurant riverain, le capitaine a dû mouiller l'ancre dans une aire du fleuve St-Laurent où il était interdit de jeter l'ancre et où se trouvaient les câbles téléphoniques sous-marins de la demanderesse, qui ont ainsi été brisés et endommagés. Le juge de première instance a rejeté les moyens de défense fondés sur le caractère inévitable de l'accident et sur la négligence de la victime, et conclu que le navire défendeur était seul responsable puisque la rupture des amarres et le dommage qui en a résulté étaient tous deux manifestement prévisibles. Le juge Addy a ainsi énoncé le fondement de la décision, à la page 300:

A mon avis, l'affaire tourne donc autour du point de savoir s'il y a eu négligence du capitaine ou des membres de son équipage du simple fait d'avoir amarré le navire à ce quai, ou dans la manière d'amarrer le navire ou du simple fait d'y être resté amarré, et, enfin, il convient de déterminer si le capitaine et son équipage ont pris toutes précautions qu'il est normal de prendre pour empêcher le navire de rompre ses amarres comme il le fit, y compris s'ils ont surveillé de façon constante et appropriée tout ce qui pouvait influencer sur la sécurité du navire.

Il va de soi que si quelqu'un a le contrôle effectif d'un objet ou est tenu en droit d'exercer un tel contrôle, il doit s'il en perd la maîtrise et que l'objet cause un dommage, expliquer par une preuve positive la raison pour laquelle l'objet a échappé à son contrôle, ou, du moins, d'établir par une preuve positive que ce n'est pas dû à un acte ou à une omission de sa part ou de la part de toute autre personne agissant sous ses ordres.

Le juge a tiré la conclusion suivante, à la page 302:

En amarrant le navire au quai en question, sans s'informer complètement ou sans prendre au moins toutes les mesures raisonnables pour s'informer complètement de la nature et du degré de danger et, plus particulièrement, de la très grande

a ship on a rising tide at that particular wharf, constituted negligence on the part of the captain.

The Ship Peterborough v. Bell Telephone Co. of Canada, [1952] Ex.C.R. 462; [1952] 4 D.L.R. 699, is instructive on the matter of contributory negligence in a case where the appellant's ship dropped anchor in a no-anchorage area of the St. Lawrence River and fouled and damaged the respondent's submarine cable, for which the appellant was held solely liable in damages. The respondent was granted permission under the *Navigable Waters Protection Act* [R.S.C. 1952, c. 193] to lay the cable, subject to securing an easement from the National Harbours Board. The easement was obtained. The evidence did not support a finding that the cable constituted an obstruction to navigation. The Court dismissed the appeal and affirmed the judgment of the Trial Judge. On the issue of contributory negligence, Cameron J. said at page 473:

In my opinion, there was no duty cast upon the respondent company when laying the cable in a no-anchorage area (where damage by ships' anchors would not normally be anticipated) to lay it at such length and in such a manner as to be able to withstand all strains and stresses to which it might be subjected by a ship's anchor which had fouled it, or in such a way that it could not be fouled by a ship's anchor. Here the cable was subjected to very great strain for perhaps three quarters of an hour while the vessel made attempts to release its anchor, and the further strain of raising it to the surface. . . I agree with the opinion of the trial Judge that it is impossible to find that the cable was laid or maintained in such a way as to have contributed to the accident or the resulting damage.

In *Assiniboine (School Division of) South No. 3 v. Hoffer et al.* (1971), 21 D.L.R. (3d) 608; [1971] 4 W.W.R. 746 (Man. C.A.), a snowmobile owned by the adult defendant went out of control, while being operated by his infant son, and struck and fractured an unprotected gas-riser pipe providing a public school building with natural gas. The pipe had been installed by the corporate defendant, a public utility company. Gas under pressure escaped into the boiler room of the school and exploded, causing a fire and extensive damage to the school premises. Damages were apportioned at trial on the basis of 50% to the owner and operator of the snowmobile and 50% to the gas company. Both parties appealed the decision. Dickson J.A. (as he then was), delivering the judgment of the

pression que la glace exercerait à marée montante sur un navire amarré à ce quai, le capitaine a commis une négligence.

L'arrêt *The Ship Peterborough v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1952] R.C.É. 462; [1952] 4 D.L.R. 699 est utile en ce qui a trait à la négligence de la victime dans une affaire où le navire de l'appelante avait jeté l'ancre dans une aire du fleuve St-Laurent où le mouillage était interdit, et endommagé le câble submergé de l'intimée, ce dont l'appelante avait été tenue seule responsable en dommages-intérêts. L'intimée avait obtenu, en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables* [S.R.C. 1952, chap. 193], la permission de poser le câble, à la condition d'obtenir une servitude du Conseil des ports nationaux. Elle a obtenu la servitude. La preuve n'a pas permis de conclure que le câble constituait un obstacle à la navigation. La Cour a rejeté l'appel et confirmé le jugement de première instance. Sur la question de la négligence de la victime, le juge Cameron a dit ce qui suit, à la page 473:

[TRADUCTION] À mon avis, la société intimée n'avait aucune obligation, lors de la pose du câble dans une aire où il était interdit de jeter l'ancre (où l'on ne s'attendrait pas normalement à subir des dommages en raison du mouillage d'ancre par des navires), de le poser à une longueur et d'une façon telles qu'il puisse subir toutes les tensions et les contraintes auxquelles pourrait l'assujettir une ancre de navire l'ayant accroché, ou de sorte qu'il ne puisse être accroché par une ancre de navire. En l'espèce, le câble a été assujéti à une très grande tension pendant trois quarts d'heure peut-être, lorsque le navire tentait de dégager son ancre, et à une tension supplémentaire lorsqu'elle a été soulevée jusqu'à la surface. . . Je souscris à l'avis du juge de première instance selon lequel il est impossible de conclure que le câble a été posé ou maintenu d'une façon telle qu'il a contribué à l'accident ou au dommage qui en a résulté.

Dans l'affaire *Assiniboine (School Division of) South No. 3 v. Hoffer et al.* (1971), 21 D.L.R. (3d) 608; [1971] 4 W.W.R. 746 (C.A. Man.), une motoneige appartenant au défendeur adulte et conduite par l'enfant de celui-ci, qui en a perdu le contrôle, a heurté et endommagé une colonne montante de gaz qui alimentait un bâtiment scolaire en gaz naturel. La colonne avait été installée par la défenderesse, une société de services publics. Le gaz sous pression a pénétré dans la salle des chaudières de l'école et a explosé, causant un incendie et de graves dommages au bâtiment scolaire. Lors du procès, la responsabilité des dommages a été partagée également entre le propriétaire et le conducteur de la motoneige, d'une part, et la société de gaz, d'autre part. Les deux parties ont interjeté

Court, dealt with the issue of the liability of the gas company at pages 615-616 D.L.R., as follows:

I am also of the opinion that Greater Winnipeg Gas Co. Ltd. is liable to the plaintiff on the ground that the installation of the gas service was negligently constructed in the sense that it was constructed in such place and manner as to make likely the type of damage which ensued. The gas company was responsible for the construction of the service line leading from the street, the service riser, and attached equipment and meter. It is difficult to conceive of any person, conscious of the explosive properties of natural gas, designing and installing a service so patently dangerous. Gas escaping from any fracture of the pipe below the regulator would assuredly find its way into the boiler room. The gas company ought to have reasonably foreseen damage to the gas-riser pipe. It is true that persons are not bound to take extravagant precautions but they must weigh the probability of injury resulting and the probable seriousness of the injury. Although the probability of the gas-riser pipe being struck by an automobile, a motorcycle or an auto-toboggan was not great, the pipe being tucked into the corner of the building, the probable seriousness of any injury was very great. Against this must be weighed the cost and difficulty of the precautions which could have been taken. Protective pipes could have been installed at small cost and little difficulty. The duty to take protective measures increases in direct proportion to the risk. In these circumstances, the gas company failed to exercise reasonable care where there was a duty to exercise a high degree of care.

In *Heeney v. Best et al.* (1979), 28 O.R. (2d) 71; 108 D.L.R. (3d) 366; 11 CCLT 66 (C.A.), the defendants negligently drove their truck into an overhead hydro line, interrupting the flow of electrical power to the plaintiff's premises and extinguishing the supply of oxygen to his chicken barns, with the result that most of the chicks died from lack of ventilation. The plaintiff had a power failure alarm device, which could have alerted him to the power failure and enabled him to save the chickens, but it was not plugged in on the night in question. The Trial Judge found the plaintiff to be 50% at fault. The plaintiff appealed this finding to the Ontario Court of Appeal, which held that the appellant should recover 75% of his damages. MacKinnon A.C.J.O., writing the opinion of the Court, was clearly of the view that the greater fault was that of the respondent who had caused

appel de la décision. Le juge Dickson (alors juge de la Cour d'appel), qui a rendu le jugement de la Cour, a traité de la façon suivante la question de la responsabilité de la société de gaz, aux pages 615 et 616 D.L.R.:

[TRADUCTION] Je suis également d'avis que la Greater Winnipeg Gas Co. Ltd. est responsable envers la demanderesse parce que l'installation du branchement de gaz avait été construite de façon négligente puisqu'elle avait été construite à un endroit et d'une façon qui rendaient probable le type de dommages qui en a résulté. La société de gaz était responsable de la construction de la conduite de branchement à partir de la rue, de la colonne montante, de l'équipement et du compteur qui y était attaché. Il est difficile de supposer qu'une personne, consciente des propriétés explosives du gaz naturel, puisse concevoir et installer un branchement aussi manifestement dangereux. Le gaz qui s'échapperait de toute rupture de la conduite en-dessous du régulateur s'infiltrerait certainement dans la salle des chaudières. La société de gaz aurait dû prévoir raisonnablement les dommages qui pouvaient être causés à la colonne montante de gaz. S'il est vrai que personne n'est obligé de prendre des précautions extraordinaires, il n'en demeure pas moins qu'il faut tenir compte de la probabilité de préjudice et de la gravité probable de celui-ci. Même si la probabilité du bris de la colonne montante de gaz par une automobile, une motocyclette ou une motoneige n'était pas forte, la colonne ayant été fixée au coin de l'immeuble, la gravité probable de tout préjudice était très élevée. En contrepartie, il faut tenir compte du coût et de la difficulté des précautions qui auraient pu être prises. On aurait pu installer à faible coût et avec peu de difficulté des tuyaux protecteurs. L'obligation de prendre des mesures de protection augmente de façon directement proportionnelle au risque. Dans ces circonstances, la société de gaz n'a pas fait preuve de diligence raisonnable alors qu'elle avait l'obligation de faire preuve de grande diligence.

Dans l'affaire *Heeney v. Best et al.* (1979), 28 O.R. (2d) 71; 108 D.L.R. (3d) 366; 11 CCLT 66 (C.A.), les défendeurs avaient conduit de façon négligente leur camion qui est entré en collision avec une installation hydroélectrique aérienne, coupant ainsi le courant électrique qui alimentait l'entreprise du demandeur et, du même coup, l'alimentation en oxygène de ses poulaillers, ce qui a entraîné la mort de la plupart de ses poussins par manque de ventilation. Le demandeur possédait un dispositif d'alarme en cas de panne de courant, qui aurait pu l'alerter de cette panne et lui permettre de sauver ses poulets, mais ce dispositif n'était pas branché cette nuit-là. Le juge de première instance a conclu à la faute du demandeur dans une proportion de 50%. Le demandeur a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a statué que l'appellant devrait obtenir 75% de ses dommages. Le juge en chef adjoint MacKinnon, qui a rendu la décision de la Cour, était

the power interruption, leading him to conclude at page 76 O.R.:

The appellant's negligence only contributed to the damages he suffered, the respondent being wholly to blame for the negligent act which set in train the events that caused the ultimate injury or damage to the appellant. Under the circumstances, I assess the degree of fault or negligence of the appellant at 25% and of the respondent at 75%.

The evidence is conclusive that the *Canadian Hunter* was the only vessel anchored at the material time in a position southerly and to windward of the inner bay line and less than one nautical mile therefrom. In my view, prudent seamanship would seem to dictate a better choice of location.

The only firsthand explanation of why the captain of the *Canadian Hunter* came to choose this particular place of anchorage is contained in the excerpts of the examination for discovery of Captain Sidney W. Van Wyck, which were read into the record by plaintiffs' counsel. His discovery evidence relating to the actual anchorage position reads as follows:

300 MR. FRAWLEY: Q. Captain, any particular reason why you chose that location to anchor in?

A. It would be a safe spot and the number of ships that were in the Bay. I didn't see any more room.

301 Q. I see. Before you anchored, did you go in further to have a look or did you just go straight up to that—

A. Well I went straight up, as I said. This is where I ended up.

302 Q. Yes, right.

A. This was my position when she settled down.

303 Q. So you didn't go further in the Bay to have a look?

A. No.

This explanation belies the fact that the vessel closest to the *Canadian Hunter* at the time was the *Canadian Century*, which was lying at anchor in a relatively large and unobstructed area of the bay on the northerly side of the inner bay line and about four nautical miles to the northwest of the *Canadian Hunter's* position. The Canadian Coast Guard vessel *Griffin* came in later that evening and anchored in the same general area about a mile to the south of the *Canadian Century*. I find

manifestement d'avis que la faute la plus importante était celle de l'intimé qui avait causé la coupure du courant, ce qui l'a porté à conclure comme suit, à la page 76 O.R.:

[TRADUCTION] La négligence de l'appellant n'a fait que contribuer aux dommages qu'il a subis, puisque l'intimé était le seul responsable de l'acte négligent qui a déclenché les événements ayant causé le préjudice ou le dommage final à l'appellant. Dans les circonstances, j'évalue le degré de faute ou de négligence de l'appellant à 25 % et celui de l'intimé à 75 %.

Il ressort clairement de la preuve que le *Canadian Hunter* était le seul navire mouillant à l'époque en cause au sud et contre le vent par rapport à la conduite de la baie intérieure, à moins d'un mille marin de celle-ci. À mon avis, la prudence en matière de matelotage dicterait un meilleur choix d'emplacement.

La seule explication de première main du motif pour lequel le capitaine du *Canadian Hunter* a choisi cet emplacement particulier de mouillage se trouve dans les extraits de l'interrogatoire préalable du capitaine Sydney W. Van Wyck, qui ont été versés au dossier par l'avocat des demandereses. Voici la teneur de sa déposition sur la position réelle de mouillage:

[TRADUCTION]

300 M. FRAWLEY: Q. Capitaine, y a-t-il une raison particulière pour laquelle vous avez choisi cet emplacement pour mouiller l'ancre?

R. Ce serait un endroit sûr, et le nombre de navires qui étaient déjà dans la baie. Je ne voyais plus de place.

301 Q. Je vois. Avant de mouiller l'ancre, avez-vous avancé un peu plus loin pour voir ou vous êtes-vous rendu directement à cet —

R. Bien, j'y suis allé directement, comme je l'ai dit. C'est là que je me suis arrêté.

302 Q. Oui, bien.

R. C'était ma position lorsque le bateau s'est arrêté.

303 Q. Ainsi, vous ne vous êtes pas rendu plus loin dans la baie pour voir?

R. Non.

Cette explication contredit le fait que le navire le plus rapproché du *Canadian Hunter* à l'époque était le *Canadian Century*, qui mouillait dans une aire relativement étendue et dégagée de la baie, du côté nord de la conduite de la baie intérieure et à environ quatre milles marins au nord-ouest de la position du *Canadian Hunter*. Le navire *Griffin* de la Garde côtière canadienne est venu plus tard ce soir-là mouiller dans le même secteur, à environ un mille au sud du *Canadian Century*. Je tire la

as a fact that there was nothing which could have prevented the *Canadian Hunter* from anchoring where the *Griffin* did later that same evening. Indeed, the defendants' own expert witness in rebuttal, Captain John MacDonald, agreed on cross-examination that it was possible for two or more ships to anchor in the area where the *Canadian Century* and the *Griffin* were anchored. Nonetheless, Captain MacDonald clung to the view that there was nothing wrong with the anchorage position chosen by the captain of the *Canadian Hunter*. Suffice it to say, I do not accept that conclusion.

The expert witness retained by the plaintiffs to give opinion evidence on the circumstances surrounding the mishap, Captain William R. Barr, was clearly of the opinion that the captain of the *Canadian Hunter* "ought to have anchored further to the north and inside the bay where there would be less water underneath the ship and where it afforded greater protection". He also deplored the fact that the captain anchored in an exposed position and at a water depth for which he had insufficient anchor cable to safely hold the vessel, given the weather conditions prevailing at the time. Apart from the poor choice of anchor location, Captain Barr was also critical of the apparent disregard of the nearby gas pipeline on the part of those responsible for the operation of the *Canadian Hunter*, and their navigation and record keeping generally. The bottom line conclusion was that the master of the vessel and those for whom he was responsible acted imprudently in the circumstances. I accept the conclusions of Captain Barr in preference to those of Captain MacDonald, where they differ.

Counsel for the plaintiffs urges that an adverse inference should be drawn from the defendants' failure to call Captain Van Wyck or any of his officers or crew members to explain a number of crucial questions left unanswered. He cites the following examples: why was the vessel anchored to the south and less than a mile to windward of the inner bay line; did anyone pay any attention to the navigational charts and other update literature pointing to the presence of submerged gas well heads and pipelines; were there any ice pole buoys marking the presence of the inner bay line; why

conclusion de fait que rien n'aurait empêché le *Canadian Hunter* de mouiller à l'endroit adopté plus tard par le *Griffin* le même soir. En fait, le témoin expert cité par les défendeurs en contre-preuve, le capitaine John MacDonald, a reconnu lors du contre-interrogatoire qu'il était possible de mouiller deux navires ou plus à l'endroit où le *Canadian Century* et le *Griffin* avaient jeté l'ancre. Néanmoins, le capitaine MacDonald a maintenu que la position de mouillage choisie par le capitaine du *Canadian Hunter* était tout à fait valable. Qu'il me suffise de dire que je n'accepte pas cette conclusion.

Le témoin expert retenu par les demandereses pour donner son opinion sur les circonstances entourant l'accident, le capitaine William R. Barr, était clairement d'avis que le capitaine du *Canadian Hunter* [TRADUCTION] «aurait dû mouiller plus au nord et à l'intérieur de la baie, là où il y aurait moins d'eau sous le navire et où il y avait une plus grande protection». Il a également déploré le fait que le capitaine ait mouillé dans une position exposée et à une profondeur trop grande pour que le câble de l'ancre puisse maintenir le bateau en toute sécurité, compte tenu des conditions météorologiques du moment. En plus du mauvais choix de l'endroit de mouillage, le capitaine Barr critiquait également le manque d'attention des personnes responsables des manœuvres du *Canadian Hunter* à l'égard du gazoduc situé tout près de là, de même que leurs techniques de navigation et de tenue des registres en général. En conclusion, il affirmait que le capitaine du navire et ceux dont il avait la responsabilité avaient agi imprudemment dans les circonstances. J'accepte les conclusions du capitaine Barr plutôt que celles du capitaine MacDonald lorsqu'elles sont divergentes.

L'avocat des demandereses prétend qu'il y a lieu de tirer des conclusions défavorables du fait que les défendeurs n'ont pas appelé le capitaine Van Wyck, les officiers ou les membres de son équipage à expliquer un certain nombre de questions importantes laissées sans réponse. Il cite notamment les exemples suivants: pourquoi le navire a-t-il jeté l'ancre au sud et à moins d'un mille contre le vent par rapport à la conduite de la baie intérieure? Quelqu'un a-t-il porté attention aux cartes de navigation et aux documents de mise à jour faisant état de la présence de têtes de puits

did the captain of the *Canadian Hunter* not anchor in the area where the *Griffin* afterwards anchored; and, finally, why did the captain permit his vessel to drag its anchor for a mile and a half without taking any corrective measures? Defendants' counsel stated quite frankly that he made the decision not to call the master of the *Canadian Hunter* as a witness at the trial, based on his opinion that all the essential evidence was before the Court by way of the agreed statement of facts, the discovery evidence of Captain Van Wyck, the supporting charts and log books and the evidence given by the plaintiffs' expert, Captain Barr. For a useful commentary on the principles relating to the drawing of adverse inferences, see: Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Butterworths, 1974) pages 535-537; *Wigmore on Evidence*, vol. 2, paras. 285, 286, 289; and *Northern Wood Preservers Ltd. v. Hall Corp. (Shipping) 1969 Ltd. et al.*, [1972] 3 O.R. 751; (1972), 29 D.L.R. (3d) 413 (H.C.); affd (1973), 2 O.R. (2d) 335; 42 D.L.R. (3d) 679 (C.A.). In view of the explanation given by defendants' counsel, I am not prepared to draw an adverse inference based simply on the bare fact that Captain Van Wyck and others associated with the navigation of the *Canadian Hunter* were not produced as witnesses. However, I agree with counsel for the plaintiffs that the absence of any explanation of facts which tell against a party supports the drawing of an adverse inference against that party, once a *prima facie* case has been established by his opponent. I prefer to treat the matter on that basis.

As previously indicated, the navigational chart kept aboard the *Canadian Hunter* was updated only to December 4, 1981. Why was it that the *Canadian Hunter* did not have on board at the time the current edition of navigational chart 2110 dated October 14, 1983 (Exhibit P-20), which gave a much better visual warning of the hazards posed by the submerged well heads and pipelines than the earlier edition? I am in complete agree-

et de gazoducs submergés? Y avait-il des bouées «ice pole» indiquant la présence de la conduite de la baie intérieure? Pourquoi le capitaine du *Canadian Hunter* n'a-t-il pas mouillé l'ancre dans la région où le *Griffin* l'a fait par la suite? Et enfin, pourquoi le capitaine a-t-il permis à son navire de chasser sur son ancre sur une distance d'un mille et demi sans prendre de mesures correctives? L'avocat des défendeurs a déclaré assez franchement qu'il avait pris la décision de ne pas appeler le capitaine du *Canadian Hunter* comme témoin au procès puisque, à son avis, tous les éléments de preuve essentiels avaient été produits devant la Cour au moyen de l'exposé conjoint des faits, de la déposition du capitaine Van Wyck au cours de l'interrogatoire préalable, des cartes et des registres produits à l'appui et de la déposition du témoin expert des demanderesse, le capitaine Barr. Pour un exposé utile des principes relatifs aux conclusions défavorables, voir: Sopinka et Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Butterworths, 1974) aux pages 535 à 537; *Wigmore on Evidence*, vol. 2, par. 285, 286 et 289; et *Northern Wood Preservers Ltd. v. Hall Corp. (Shipping) 1969 Ltd. et al.*, [1972] 3 O.R. 751; (1972), 29 D.L.R. (3d) 413 (H.C.); conf. par (1973), 2 O.R. (2d) 335; 42 D.L.R. (3d) 679 (C.A.). Compte tenu de l'explication donnée par l'avocat des défendeurs, je ne suis pas disposé à tirer des conclusions défavorables en me fondant seulement sur le fait que le capitaine Van Wyck et d'autres personnes liées au pilotage du *Canadian Hunter* n'ont pas été appelés à témoigner. Je reconnais toutefois avec l'avocat des demanderesse que l'absence de toute explication de faits qui vont à l'encontre des intérêts d'une partie porte à tirer des conclusions défavorables à cette partie, dès que la partie adverse a établi une preuve *prima facie*. Je préfère traiter l'affaire en fonction de ce principe.

Comme je l'ai déjà indiqué, la carte de navigation dont disposait le *Canadian Hunter* n'avait été mise à jour que jusqu'au 4 décembre 1981. Pourquoi le *Canadian Hunter* n'avait-il pas à bord l'édition courante de la carte de navigation 2110, datée du 14 octobre 1983 (pièce P-20), qui, visuellement, donnait un meilleur avertissement des risques que posaient les têtes de puits et les gazoducs que l'édition antérieure? Je souscris entièrement à

ment with the opinion expressed by Addy J. in *The Mar-Tirenno*, *supra*, where he said at page 301:

In the same way that failure to consult a chart constitutes negligence, . . . failure to have up-to-date charts aboard would equally constitute negligence.

I accept the evidence of the plaintiffs' expert, Mr. Hluchan, that the damage to the plaintiffs' pipeline was attributable to an anchor snag by a vessel of a size comparable to that of the *Canadian Hunter* and his explanation of the sequence of fracturing caused by the anchor dragging in a north to northeasterly direction. I am inclined, however, to discount his speculative "slight possibility" that the damage at Junction 18 of the inner bay line could have been caused by a second vessel, which begs the consequent argument of defendants' counsel that the Coast Guard vessel *Griffin* was a likely candidate for this eventuality. The *Griffin* was anchored well to the north of the inner bay line and the weight of evidence is totally against any finding of involvement on its part.

I find on the evidence in its entirety that the *Canadian Hunter* was the only vessel poised, as it were, to snag the plaintiffs' pipeline with its dragging anchor at a point to the west of Junction 17 in the inner bay line and that it did in fact do so, thereby causing the three resulting fractures which occurred in the manner and sequence described by the plaintiffs' expert, Mr. Hluchan.

I also find that the master of the *Canadian Hunter*, Captain Van Wyck, was negligent in the following respects, namely: (1) in choosing the place of anchorage he did under the circumstances; (2) in permitting his vessel to drag its anchor for a mile and a half without taking any corrective measures; (3) in failing to have aboard the most up-to-date navigational charts available; and (4) in failing to check his ship's position regularly. In sum, Captain Van Wyck failed in his duty to exercise the requisite degree of careful and prudent seamanship that the occasion demanded. In my opinion, there can be little doubt that the captain of the *Canadian Hunter* was "certainly asking for trouble" in choosing to anchor where he

l'opinion exprimée par le juge Addy dans la décision *Le Mar-Tirenno*, précitée, où il a dit ce qui suit, à la page 301:

Tout comme omettre de consulter une carte constitue une négligence, . . . omettre d'avoir à bord des cartes à jour en constitue aussi une.

J'accepte l'avis de l'expert des demandereses, M. Hluchan, selon lequel le dommage causé au gazoduc des demandereses découlait de l'accrochage de celui-ci par l'ancre d'un navire de dimension comparable à celle du *Canadian Hunter*, de même que son explication de la séquence des ruptures causées par le dérapage de l'ancre dans une direction nord-nord-est. Je suis toutefois porté à rejeter «la faible possibilité» théorique, selon lui, que le dommage subi par la jonction 18 de la conduite de la baie intérieure ait été causé par un deuxième navire, possibilité qui porte l'avocat des défendeurs à faire valoir que le navire *Griffin* de la Garde côtière serait un candidat vraisemblable, le cas échéant. Le *Griffin* mouillait bien au nord de la conduite de la baie intérieure et les éléments de la preuve ne permettent absolument pas de conclure que celui-ci ait été impliqué.

Compte tenu de la preuve dans son ensemble, je conclus que le *Canadian Hunter* était le seul navire immobilisé, si l'on peut dire, de façon à accrocher le gazoduc des demandereses avec son ancre qui chassait à un endroit donné à l'ouest de la jonction 17 de la conduite de la baie intérieure, et que c'est ce qu'il a fait, entraînant ainsi les trois ruptures qui ont eu lieu de la façon et dans l'ordre décrits par l'expert des demandereses, M. Hluchan.

Je conclus également que le capitaine du *Canadian Hunter*, le capitaine Van Wyck, a fait preuve de négligence à l'égard des points suivants, soit: (1) en choisissant le lieu de mouillage dans les circonstances; (2) en permettant à son navire de chasser sur son ancre sur une distance d'un mille et demi sans prendre de mesures correctives; (3) en n'ayant pas à bord les cartes de navigation les plus à jour possible; et (4) en ne vérifiant pas régulièrement la position de son navire. Somme toute, le capitaine Van Wyck ne s'est pas acquitté de son obligation de diligence et de prudence dans l'exercice du matelotage nécessaire dans les circonstances. À mon avis, il ne fait aucun doute que le capitaine du *Canadian Hunter* «cherchait certaine-

did in the sense that he ought to have reasonably foreseen the probable likelihood of the ultimate injury which occurred.

The plaintiffs inherited the pipeline system, including the inner bay line, in its present form when they purchased the gas field from Anschutz (Canada) Exploration Limited on August 1, 1980. The evidence is that the plaintiffs and their predecessor had generally complied with the statutory and regulatory enactments pertaining to gas pipeline systems. For instance, Anschutz had obtained the approval of the Minister of Transport for its gas pipeline system and an exemption from the application of subsection 5(1) of the *Navigable Waters Protection Act* [R.S.C. 1970, c. N-19] and the regulations thereunder. The one exception to the regime of general statutory compliance seems to have been CSA Standard Z184-M1979, which was made applicable to the operation and maintenance of gas pipelines systems by section 2 of O. Reg. 629/80 enacted under *The Energy Act, 1971* [S.O. 1971, c. 44] and filed on August 1, 1980. Section 6.4.2 of the Standard deals with the topic of pipeline protection and suggests additional burial as one means of protecting offshore pipelines from accidental damage by vessel activities, including anchoring and fishing operations. Incidentally, the applicability of the CSA Standard to offshore pipelines was removed afterwards by O. Reg. 450/84 filed on July 13, 1984. Apart from its relative innocuousness, it seems to me that nothing significant turns on whether section 6.4.2 of the CSA Standard applies or not by reason that the civil consequences of a breach of statutory duty are subsumed in the law of negligence: *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; 143 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425.

The main point of the defendants' argument is that the risk of pipeline damage from ships' anchors was something that was reasonably foreseeable and that the burying of the six-inch pipelines or marking the same by spar buoys would have avoided or substantially minimized this risk.

ment des ennuis» en choisissant de mouiller l'ancre à l'endroit en cause puisqu'il aurait dû raisonnablement prévoir la probabilité du préjudice qui s'est effectivement produit.

^a Les demandereses ont hérité du réseau de gazoducs, y compris la conduite de la baie intérieure, sous sa forme actuelle lorsqu'elles ont acheté le champ de gaz naturel d'Anschutz (Canada) Exploration Limited, le 1^{er} août 1980. Selon la preuve, les demandereses et leur prédécesseur avaient généralement respecté les dispositions législatives et réglementaires portant sur les réseaux de gazoducs. Ainsi, Anschutz avait obtenu l'approbation du ministre des Transports pour son réseau de gazoducs de même qu'une exemption de l'application du paragraphe 5(1) de la *Loi sur la protection des eaux navigables* [S.R.C. 1970, chap. N-19] et de ses règlements. La seule exception au respect général des dispositions législatives semble avoir été la norme ACNOR CAN/CSA Z184-M1979, dont l'application à l'exploitation et à l'entretien de réseaux de gazoducs a été décrétée par l'article 2 du Règlement O. Reg. 629/80 adopté sous le régime de la *Energy Act, 1971* [S.O. 1971, chap. 44], et déposé le 1^{er} août 1980. L'article 6.4.2 de la norme porte sur la protection des réseaux de canalisations et suggère l'enfouissement supplémentaire comme moyen de protéger les gazoducs marins des dommages accidentels résultant d'activités de navigation, y compris les opérations de mouillage et de pêche. Incidemment, le Règlement O. Reg. 450/84, déposé le 13 juillet 1984, a mis fin à l'application de la norme ACNOR aux gazoducs marins. Mis à part son côté relativement inoffensif, il me semble qu'aucune conséquence importante ne découle du fait que l'article 6.4.2 de la norme ACNOR puisse ou non s'appliquer, puisque les conséquences civiles de la violation d'une loi sont subsumées sous le droit de la responsabilité pour négligence: *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; 143 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425.

L'argument principal des défendeurs est que le risque que le gazoduc soit endommagé par des ancres de navires était une éventualité raisonnablement prévisible et que l'enfouissement des gazoducs de six pouces ou le marquage de leur emplacement au moyen de bouées à espar aurait éliminé

Plaintiffs' counsel counters this by asking how could they be expected to know where a pipeline fracture was likely to occur, and by pointing out as well that the costs of burying the pipeline would be astronomical. Plaintiffs' counsel also makes the point that the trenching of the pipelines to the depth of two metres or six feet suggested by the defendants' expert on protective methods for sub-sea pipelines, Norman I. Hanson, would create insurmountable problems for the divers in making necessary repairs.

Mr. Hanson's report and his *viva voce* evidence in support generally favour trenching as a means of protecting submerged gas pipelines, although he frankly admitted that he had given no consideration to the economic factors involved in such an enterprise. He cited several reported instances where pipelines had been buried in other places in Canada. Much of his evidence focused on the CSA Standard, to which I have already alluded. Mr. Hanson was strongly of the opinion that the fluke of an anchor of the size and weight of the ones employed by the *Canadian Hunter* would dig into the clay bottom of Lake Erie to a depth of forty inches. This led him to conclude that the safety margin of trenching to avoid damage from an anchor of that size would be two metres or six feet. He was extensively cross-examined on the literature search abstracts contained in Appendix B of his report relating to the trenching of sub-sea pipelines in other jurisdictions and particularly the conclusion reached in the appended North Sea survey that trenching and burial of pipelines "do not offer any real protection against anchors from larger ships". The full, unexpurgated edition of the North Sea survey was entered as Exhibit D-18 during the course of Mr. Hanson's cross-examination. In my view, it is unnecessary to elucidate its conclusions any further than to repeat what appears to be the final conclusion of its author, John Strating, where he says:

Presently there appears to be no justification for trenching and/or burying a large diameter pipeline for reasons other than

ce risque ou l'aurait substantiellement réduit. L'avocat des demandesses répond à cet argument en demandant comment on peut savoir où aura lieu la rupture d'un gazoduc et en soulignant également que les coûts de l'enfouissement du gazoduc seraient astronomiques. L'avocat des demandesses fait également valoir que l'enfouissement des gazoducs à une profondeur de deux mètres ou de six pieds, comme le suggère l'expert des défendeurs en matière de méthodes de protection des gazoducs submergés, Norman I. Hanson, entraînerait des problèmes insurmontables pour les plongeurs appelés à procéder aux réparations nécessaires.

Le rapport de M. Hanson et sa déposition penchent généralement en faveur de l'enfouissement comme moyen de protéger des gazoducs submergés, même si celui-ci a admis franchement n'avoir pas tenu compte des facteurs économiques associés à une telle entreprise. Il a cité plusieurs cas connus où des gazoducs avaient été enfouis à d'autres endroits au Canada. Une grande partie de sa déposition portait sur la norme ACNOR, à laquelle j'ai déjà fait allusion. M. Hanson croyait fermement que la patte d'une ancre de la dimension et du poids de celles qui étaient employées par le *Canadian Hunter* creuserait le fond de glaise du Lac Érié jusqu'à une profondeur de quarante pouces. Ceci le portait à conclure que la marge de sécurité de l'enfouissement visant à éviter tout dommage que pourrait causer une ancre de cette taille serait de deux mètres ou six pieds. Il a été longuement contre-interrogé au sujet des sommaires de la recherche documentaire figurant à l'annexe B de son rapport, portant sur l'enfouissement de gazoducs submergés dans d'autres pays et en particulier sur la conclusion retenue par une étude de la Mer du Nord, jointe en annexe, selon laquelle l'enfouissement ou l'ensevelissement de gazoducs [TRADUCTION] «n'offre pas de protection réelle contre les ancres de plus grands navires». La version complète et intégrale de l'étude de la Mer du Nord a été produite comme pièce D-18 au cours du contre-interrogatoire de M. Hanson. À mon avis, il n'y a pas lieu d'en étudier les conclusions de façon détaillée et il suffit de reprendre ce qui semble être la conclusion finale de l'auteur, John Strating, lorsqu'il dit ce qui suit:

[TRADUCTION] À l'heure actuelle, il ne semble y avoir aucun motif justifiant l'enfouissement de pipelines de grand diamètre

on-bottom stability. In areas with significant fishing activities, the pipeline should be provided with a high quality concrete coating.

I accept Mr. Hanson's conclusion that the inner bay line would have had to have been buried to a depth of two metres to achieve a safe margin of protection from a ship's anchor of the size of the *Canadian Hunter's*. Obviously, this measure of protection could only have been accomplished at great cost. In my opinion, the burying of the inner bay line was not a reasonable and viable means of avoiding the foreseeable risk of injury by a ship's anchor.

The question that remains to be considered is whether the plaintiffs were at fault by failing to take the reasonable precaution of marking the inner bay line with metal spar buoys of a type that would be discernible by ships' radar. In other words, was this such an obvious omission on the part of the plaintiffs as to fall within their range of reasonable foreseeability as it existed prior to the date of the accident? In addressing this issue, I am precluded from taking into account any protective measures that may have been advocated or even introduced after the event in question. I am thinking here particularly of the proposal regarding pipeline incidents in Long Point Bay prepared by the gas producers and the Ministry of Natural Resources, the minutes of the meeting of the Coast Guard Advisory Council on May 2, 1984, and the letters written by Mr. Simpson, of Pembina, to P. A. Palonen, of the Ministry of Natural Resources, dated March 28 and June 22, 1984 respectively. Defendants' counsel seemed to set much store on this hindsight evidence but, in my view, it must be disregarded in determining whether liability should be fastened on the plaintiffs for having failed to mark the location of the inner bay line by appropriately spaced spar buoys. In short, I agree fully with the statement made by Dickson J.A. in the *Assiniboine School* case, *supra*, at page 618 D.L.R. where he said:

I agree that in general one must not take into account, in determining negligence, the fact that the defendant introduced

autrement que pour des raisons de stabilité au sol. Dans les zones soumises à une importante activité de pêche, le pipeline devrait être protégé par une couche de ciment de grande qualité.

a J'accepte la conclusion de M. Hanson selon laquelle il aurait fallu enfouir la conduite de la baie intérieure à une profondeur de deux mètres pour obtenir une marge suffisante de protection contre les ancres de la dimension de celle de *b Canadian Hunter*. Manifestement, cette mesure de protection n'aurait pu être obtenue qu'à grands frais. À mon avis, l'enfouissement de la conduite de la baie intérieure n'était pas un moyen raisonnable et viable d'éviter le risque prévisible de préjudice imputable à une ancre de navire.

Il reste à étudier la question de savoir si les demanderesse ont commis une faute en ne prenant pas les précautions raisonnables pour marquer l'emplacement de la conduite de la baie intérieure au moyen de bouées à espar métalliques qui auraient pu être décelées par le radar des navires. En d'autres termes, s'agit-il de la part des demanderesse d'une omission tellement évidente qu'elle entre dans le cadre des événements qu'elles pouvaient raisonnablement prévoir immédiatement avant la date de l'accident? Pour trancher cette question, je ne puis tenir compte des mesures de protection qui ont pu être suggérées, voire introduites, après l'événement en cause. Je pense en particulier ici à la proposition, visant les incidents relatifs au gazoduc à Long Point Bay, préparée par les producteurs de gaz et le ministère des Richesses naturelles, au procès-verbal de la réunion du comité consultatif de la Garde côtière du 2 mai 1984 et aux lettres écrites par M. Simpson, de Pembina, à P. A. Palonen, du ministère des Richesses naturelles, en date du 28 mars et du 22 juin 1984. L'avocat des défendeurs semblait donner beaucoup d'importance à ces éléments de preuve postérieurs à l'incident, mais, à mon avis, nous ne pouvons en tenir compte pour déterminer si les demanderesse devraient être tenus responsables de n'avoir pas indiqué l'emplacement de la conduite de la baie intérieure au moyen de bouées à espar disposées de façon adéquate. En bref, je souscris complètement à l'énoncé présenté par le juge Dickson dans l'arrêt *Assiniboine School*, précité, à la page 618 D.L.R., où il a dit:

[TRADUCTION] Je reconnais qu'en général, il n'y a pas lieu de tenir compte, lorsqu'il s'agit de déterminer la négligence, du

protective measures after the event. "People do not furnish evidence against themselves, simply by adopting a new plan in order to prevent the recurrence of an accident." But, with respect, I do not read the Judge's words as meaning what counsel alleges they mean. On the contrary, it seems to me that what the Judge is saying is that with the benefit of hindsight it is apparent that protective steps were taken after the event, but that it is his duty, as he sees it, to determine whether damage to the gas-riser pipe was reasonably foreseeable at the time of the accident in 1968, and prior thereto when the installation was made.

Mr. Simpson testified that they used wooden ice pole buoys to mark for their own convenience the location of existing gas well heads and pipeline junctions. I take it that these buoys were of the approved design required by subsection 27(13) of Regulation 752 [R.R.O. 1980] enacted under the *Petroleum Resources Act* [R.S.O. 1980, c. 377]. As for the inner bay line at the time of the accident, Mr. Simpson recalled that there were ice pole buoys marking Junctions 15, 18 and 19, but there was none at Junction 17 and he did not know about Junction 16. He explained that these ice pole buoys were not detectable by ships' radar and frankly acknowledged that they were not intended as navigational aids to the shipping industry. He also conceded that these buoys lacked flotation stability and had a tendency to tip over and lie flat from wave action so that they would not be clearly visible in heavy seas.

The evidence of the defendants' expert, Captain MacDonald, was to the effect that metal spar buoys with radar reflectors, spaced at regular intervals of 4,000 feet or so apart along the inner bay line, would have been of assistance to the master of a vessel in helping him to determine his position in relation to the pipeline. Captain Stogdale, of the *Griffin*, agreed during his testimony that metal spar buoys, regularly interspersed at well heads and pipeline junctions, could serve as an aid to navigation, but with the qualification that too many would be likely to cause confusion. Captain MacDonald had entertained the same reservations about a "mass of buoys".

fait que le défendeur a mis en œuvre des mesures protectrices après l'événement. «Nul ne se trouve à fournir une preuve contre lui-même du seul fait qu'il a adopté un nouveau programme pour empêcher qu'un accident ne se reproduise.» Toutefois, avec égard, je ne pense pas que les mots du juge signifient ce que l'avocat prétend leur faire dire. Au contraire, il me semble que le juge déclare qu'avec le recul, il est évident que des mesures protectrices ont été adoptées après l'événement, mais qu'il a pour rôle, selon lui, d'établir si le dommage causé à la colonne montante de gaz était raisonnablement prévisible au moment de l'accident en 1968, et avant cette date, lorsque l'installation a été faite.

M. Simpson a déclaré qu'ils utilisaient des bouées «ice pole» en bois pour indiquer, à leurs propres fins, l'emplacement des têtes de puits et des jonctions du gazoduc. Je suppose que ces bouées correspondaient au type approuvé exigé par le paragraphe 27(13) du Règlement 752 [R.R.O. 1980] adopté en application du *Petroleum Resources Act* [R.S.O. 1980, chap. 377]. Quant à la conduite de la baie intérieure, au moment de l'accident, M. Simpson se souvenait qu'il y avait des bouées «ice pole» qui marquaient les jonctions 15, 18 et 19, mais qu'il n'y en avait aucune à la jonction 17, et il ignorait s'il y en avait à la jonction 16. Il a expliqué que ces bouées «ice pole» ne pouvaient être décelées par le radar des navires et il a reconnu franchement qu'elles n'étaient pas destinées à servir d'aides à la navigation pour l'industrie du transport maritime. Il a également avoué que ces bouées n'étaient pas stables et qu'elles avaient tendance à se renverser et à demeurer à l'horizontale lorsqu'il y avait des vagues, et que, partant, elles ne seraient pas clairement visibles en grosse mer.

Selon la déposition de l'expert des défendeurs, le capitaine MacDonald, des bouées à espar de métal portant des réflecteurs radar, réparties à intervalles réguliers d'environ 4 000 pieds, le long de la conduite de la baie intérieure, auraient pu aider le capitaine d'un navire à déterminer sa position par rapport au gazoduc. Au cours de son témoignage, le capitaine Stogdale du navire *Griffin* a reconnu que des bouées à espar en métal, réparties régulièrement à proximité des têtes de puits et des jonctions du gazoduc, pourraient servir d'aides à la navigation; il a précisé toutefois qu'un trop grand nombre de ces bouées pouvait entraîner de la confusion. Le capitaine MacDonald avait exprimé la même réserve à propos d'une «masse de bouées».

The question, as it seems to me, comes down to this: was the plaintiffs' failure to mark the location of the inner bay line by appropriately spaced and radar sensitive spar buoys a fault or omission that contributed to the damage complained of in the sense of being an effective cause thereof? In my opinion, it was not. In reaching this conclusion, I am mindful of the words of Macdonald J.A. in *Rose et al. v. Sargent*, [1949] 3 D.L.R. 688; [1949] 2 W.W.R. 66 (Alta. C.A.), where he said at page 693 D.L.R.:

It is not enough that there should be some fault on the part of the plaintiff without which the damage complained of would not have been sustained. Such negligence may be merely *sine qua non*. To constitute contributory negligence in the legal sense it must be established that the negligence charged was an effective cause of the damage.

I am further influenced by the following statement of Anglin C.J.C. in *McLoughlin v. Long*, [1927] S.C.R. 303; [1927] 2 D.L.R. 186, at page 310 S.C.R.:

In order to constitute contributory negligence it does not suffice that there should be some fault on the part of the plaintiff without which the injury that he complains of would not have been suffered; a cause which is merely a *sine qua non* is not adequate. As in the case of primary negligence charged against the defendant, there must be proof, or at least evidence from which it can reasonably be inferred, that the negligence charged was a proximate, in the sense of an effective, cause of such injury.

II. *Assessment of Damages for Temporary and Permanent Repairs*

It is common ground that the cost of temporary repairs to the inner bay line in the agreed amount of \$186,956.25 is not in issue. Consequently, the plaintiffs are entitled to recover that amount as damages flowing from the injury.

What is very much in issue is whether the plaintiffs are also entitled to recover the cost of permanent repairs in the agreed quantum of \$114,618.26 which, according to counsel for the defendants, were never carried out nor required to be carried out. Defendants' counsel argues forcibly that the moneys expended for temporary repairs achieved the goal of bringing the plaintiffs' business undertaking back into full production, despite the plaintiffs' subsequent decision to abandon the original inner bay line and relocate it elsewhere at an agreed cost of \$636,523.81. In his submission,

Selon moi, la question se pose comme suit: le fait que les demanderessees n'ont pas marqué l'emplacement de la conduite de la baie intérieure au moyen de bouées à espar réparties de façon adéquate et décelables par radar constitue-t-il une faute ou une omission qui a contribué au dommage visé, en étant une cause efficiente de celui-ci? À mon avis, tel n'est pas le cas. En concluant ainsi, je tiens compte des motifs du juge Macdonald dans l'arrêt *Rose et al. v. Sargent*, [1949] 3 D.L.R. 688; [1949] 2 W.W.R. 66 (C.A. Alb.), lorsqu'il dit ce qui suit, à la page 693 D.L.R.:

[TRADUCTION] Il ne suffit pas que le demandeur ait commis une faute sans laquelle le dommage n'aurait pas eu lieu. Cette négligence peut n'être qu'une cause *sine qua non*. Pour qu'il y ait négligence de la victime, en droit, on doit établir que la négligence visée était une cause efficiente du préjudice.

Je m'inspire également de la déclaration suivante du juge en chef Anglin dans l'arrêt *McLoughlin v. Long*, [1927] R.C.S. 303; [1927] 2 D.L.R. 186; à la page 310 R.C.S.:

[TRADUCTION] Pour qu'il y ait négligence de la victime, il ne suffit pas que le demandeur ait commis une faute sans laquelle il n'aurait pas subi le dommage dont il se plaint; une simple cause *sine qua non* est insuffisante. Comme dans le cas de la négligence du défendeur, il faut être en mesure de prouver, ou du moins de présenter des éléments de preuve qui permettent de déduire, que la négligence reprochée était une cause immédiate, c'est-à-dire efficiente, de ces blessures.

II. *Évaluation des dommages-intérêts relatifs aux réparations temporaires et permanentes*

Les parties reconnaissent que le coût des réparations temporaires de la conduite de la baie intérieure, établi d'un commun accord à 186 956,25 \$, n'est pas en litige. Par conséquent, les demanderessees ont le droit de recevoir ce montant à titre de dommages-intérêts imputables au préjudice.

Il en va tout autrement de la question de savoir si les demanderessees ont également droit au coût, établi d'un commun accord à 114 618,26 \$, des réparations permanentes qui, selon l'avocat des défendeurs, n'ont jamais été effectuées et n'ont jamais été nécessaires. L'avocat des défendeurs prétend avec vigueur que les sommes dépensées pour les réparations temporaires ont permis de ramener l'entreprise des demanderessees à son exploitation maximale, malgré la décision subséquente des demanderessees d'abandonner la conduite originale de la baie intérieure et de l'installer

the plaintiffs should not be permitted to recover both the cost of temporary repairs and the estimated cost of permanent repairs because that would provide the plaintiffs with a compensatory windfall for repair costs which they never had to incur.

The argument of plaintiffs' counsel is simply that the estimated cost of permanent repairs represents damages which were clearly foreseeable as being likely to flow naturally from the fractured pipeline. He submits that the plaintiffs, for their own good reasons, decided to relocate the inner bay line elsewhere and spent a considerable sum of money in doing so, but this of itself should not permit the defendants to escape liability for damages based on the estimated cost of permanent repairs that were reasonably foreseeable in the circumstances. Plaintiffs' counsel further submits that the defendants should not be permitted to profit from the fact that the plaintiffs decided upon a different course of action following the accident.

In *The London Corporation*, [1935] P. 70 (C.A.), the plaintiffs' ship was not repaired but was sold to be broken up, after having been slightly damaged in a collision with the defendants' vessel. The defendants agreed to the estimated cost of repairs, but no repairs were done. Consequently, the defendants contended that the plaintiffs had suffered no loss. Greer L.J. said at page 78:

... in cases of this sort, the prima facie damage is the cost of repair, and circumstances which are peculiar to the plaintiffs—namely, that they have, before the damage has been determined, sold the vessel to be broken up, is an accidental circumstance which ought not to be taken into account in the way of diminution of damages

This principle was applied in *Fitzner v. MacNeil* (1966), 58 D.L.R. (2d) 651 (N.S.S.C.), where the plaintiff was awarded damages in the full amount of a repair estimate for the damage done to his automobile as a result of the negligent driving of

ailleurs, à un coût reconnu de 636 523,81 \$. Selon sa thèse, les demanderessees ne devraient pas pouvoir récupérer à la fois le coût des réparations temporaires et le coût estimatif des réparations permanentes puisque cela leur procurerait une indemnisation injustifiée pour des coûts de réparation qu'elles n'ont jamais engagés.

L'avocat des demanderessees fait valoir simplement que le coût estimatif des réparations permanentes représente les dommages-intérêts qui étaient la conséquence naturelle et clairement prévisible de la rupture du gazoduc. Il prétend que les demanderessees, pour des motifs valables qui leur sont propres, ont décidé d'installer ailleurs la conduite de la baie intérieure et ont dépensé une somme d'argent considérable à cette fin, mais qu'en soi, cela ne devrait pas permettre aux défendeurs de se libérer de leur responsabilité en dommages-intérêts fondée sur le coût estimatif des réparations permanentes qui auraient été raisonnablement prévisibles dans les circonstances. L'avocat des demanderessees fait en outre valoir qu'on ne devrait pas permettre aux défendeurs de profiter du fait que les demanderessees ont décidé d'agir différemment à la suite de l'accident.

Dans l'affaire *The London Corporation*, [1935] P. 70 (C.A.), le navire des demanderessees n'avait pas été réparé mais il avait été vendu aux fins de démembrement, après avoir été légèrement endommagé dans une collision avec le navire des défendeuses. Les défendeuses ont convenu du coût estimatif des réparations, mais les réparations n'ont pas été effectuées. Par conséquent, les défendeuses ont prétendu que les demanderessees n'avaient subi aucune perte. Le lord juge Greer a dit ce qui suit, à la page 78:

[TRADUCTION] ... dans des affaires de ce genre, les dommages-intérêts correspondent à première vue au coût des réparations, et les circonstances qui sont particulières aux demanderessees—soit qu'elles ont, avant que les dommages-intérêts n'aient été déterminés, vendu le navire aux fins de démembrement, constituent des circonstances accidentelles dont il n'y a pas lieu de tenir compte pour la réduction des dommages-intérêts

Ce principe a été appliqué dans la décision *Fitzner v. MacNeil* (1966), 58 D.L.R. (2d) 651 (C.S.N.-É.); le demandeur a obtenu des dommages-intérêts équivalant au plein montant du coût estimatif des réparations pour les dommages

the defendant, even though the authorization for such repairs had been revoked by the plaintiff.

The learned author of *McGregor On Damages*, 14th ed., makes the following statement in paragraph 1001 at page 686:

The fact that the repairs have not yet been executed before the hearing of the action, or will never be executed at all, does not prevent the normal recovery. Since damages may on general principles be given for prospective loss, it is immaterial that the repairs are not yet executed.

In the present case, the parties are in agreement as to the quantum for the estimated cost of permanent repairs. Thus, there can be no question about the reasonableness of the actual amount so agreed to. If I apprehend the matter correctly, the defendants' argument turns on the point of whether damages are properly recoverable for the cost of permanent repairs that have not been, and never will be, executed. In my opinion, these permanent repairs must be characterized as a prospective loss which the defendants might reasonably have foreseen as a consequence of their negligence in fracturing the plaintiffs' pipeline. I find therefore that the defendants are accountable to the plaintiffs for the cost of permanent repairs in the agreed amount of \$114,618.26.

III. *Assessment of General Damages for Loss of Business Income*

A. Time Frame for Assessment of General Damages

The next question concerns the appropriate time frame for the assessment of general damages for loss of business revenue pending the completion of temporary repairs to the inner bay line. Essentially, the issue is simply whether such damages should be calculated in terms of the 60-day period from the date of fracture until February 21, 1984, or the 104-day period terminating on or about April 5, 1984. The problem arose from four faulty *plidco* couplings for connective hoses which had been incorrectly assembled by the supplier. The divers noticed the defective assembly and correctly reassembled three of the couplings, but for some reason did not reassemble the fourth. Two of the couplings were installed at Junction 19 and func-

causés à son automobile par suite de la conduite négligente du défendeur, même s'il avait révoqué l'autorisation visant ces réparations.

Dans son ouvrage *On Damages*, 14^e éd., l'auteur ^a *McGregor* écrit ce qui suit, au paragraphe 1001, à la page 686:

[TRADUCTION] Le fait que les réparations n'aient pas été effectuées avant l'audition de l'action, ou qu'elles ne le seront jamais, n'empêche pas le recouvrement normal. Puisque l'on peut accorder des dommages-intérêts pour une perte éventuelle, selon les principes généraux, il importe peu que les réparations n'aient pas encore été effectuées.

En l'espèce, les parties s'entendent sur le montant du coût estimatif des réparations permanentes. Par conséquent, on ne peut remettre en question l'aspect raisonnable du montant ainsi convenu. Si je comprends bien, l'argument des défendeurs porte sur la question de savoir si des dommages-intérêts peuvent être obtenus de bon droit pour le coût de réparations permanentes qui n'ont pas été effectuées et qui ne le seront jamais. À mon avis, ces réparations permanentes doivent être qualifiées comme une perte éventuelle que les défendeurs auraient raisonnablement pu prévoir comme conséquence de leur négligence lorsqu'ils ont rompu le gazoduc des demandereses. Je conclus par conséquent que les défendeurs doivent rembourser aux demandereses le coût des réparations permanentes établi d'un commun accord au montant de 114 618,26 \$.

III. *Évaluation des dommages-intérêts généraux pour perte de revenus d'entreprise*

A. Période pertinente pour l'évaluation des dommages-intérêts généraux

La question suivante porte sur la période pertinente pour l'évaluation des dommages-intérêts généraux à la suite de la perte de revenus d'entreprise, jusqu'à l'achèvement des réparations temporaires de la conduite de la baie intérieure. Essentially, il s'agit simplement de déterminer si ces dommages devraient être calculés en fonction de la période de 60 jours écoulée entre la date de la rupture et le 21 février 1984, ou en fonction de la période de 104 jours qui s'est terminée vers le 5 avril 1984. Le problème provenait de quatre manchons de raccordement «*plidco*» défectueux qui avaient été assemblés de façon incorrecte par le fournisseur. Les plongeurs ont remarqué l'erreur d'assemblage et ont correctement assemblé à nou-

tioned perfectly. The remaining two, one of which proved defective, were installed at Junction 17. When a pressure test was conducted at this Junction on February 23, 1984, the hose connection separated from the faulty plidco coupling. On February 24, the faulty coupling and hose connection were repaired and reinstalled. The pressure test was successful and there were no further leaks at this Junction. But that was not the end of the problem. The valve at Junction 17 had become frozen. Weather and ice conditions conspired to prevent the completion of repairs at Junction 17 until April 3, 1984, when the valves were turned on. I find on the evidence that full productive flow of gas through the Nanticoke line was not attained until April 5, 1984.

Counsel for the plaintiffs concedes that Pembina's inability to resume full production on February 23, 1984, was due to the failure of its divers to reassemble correctly all four of the faulty couplings. He submits, however, that such failure either did not constitute negligence, being merely an understandable mistake made under adverse weather conditions, or represented negligence of such a low degree as not to be actionable. Plaintiffs' counsel further points out that the divers' omission resulted in only two days of lost production, there being no evidence that the faulty coupling had anything at all to do with the problems subsequently encountered at the Junction 17 valve.

Counsel for the defendants asserts that it was the intervening negligence of the plaintiffs which caused the delay in production beyond the date of February 21, 1984. He bases this submission on the evidence of the plaintiffs' diving supervisor, Mr. Petrochuk, arguing that the freeze-up of the valve at Junction 17 was attributable to the faulty plidco coupling. It follows, in his submission, that it was the plaintiffs' own negligence in installing this defective coupling which caused the postponement of production until April 5, 1984, and that

veau trois des manchons, mais sans assembler à nouveau le quatrième, pour une raison quelconque. Deux des manchons ont été installés à la jonction 19 et ont fonctionné parfaitement. Les deux autres, dont l'un s'est révélé défectueux, ont été installés à la jonction 17. Lorsqu'on a procédé à un essai sous pression de cette jonction le 23 février 1984, le raccord des conduites s'est séparé du manchon «*plidco*» défectueux. Le 24 février le manchon défectueux et le raccord de la conduite ont été réparés et installés à nouveau. L'essai sous pression a réussi et cette jonction ne présentait plus de fuite. Mais le problème ne s'arrêtait pas là. La vanne de la jonction 17 avait gelé. Les conditions météorologiques et la glace se sont combinées pour empêcher l'achèvement des travaux à la jonction 17 jusqu'au 3 avril 1984, date à laquelle les vannes ont été ouvertes. Je conclus à partir des éléments de preuve que le plein écoulement du gaz dans le gazoduc de Nanticoke n'a pas repris avant le 5 avril 1984.

L'avocat des demanderessees concède que l'impossibilité pour Pembina de reprendre la pleine exploitation du gazoduc le 23 février 1984 découlait du défaut de ses plongeurs de bien assembler à nouveau les quatre manchons défectueux. Il fait valoir par contre que ce défaut ne constituait pas de la négligence, puisqu'il s'agissait tout simplement d'une erreur compréhensible commise dans des conditions météorologiques extrêmes, ou qu'il représentait une négligence infime au point de ne donner lieu à aucune poursuite. L'avocat des demanderessees souligne de plus que l'omission des plongeurs n'a entraîné que deux jours de perte de production, puisqu'il n'y a aucune preuve établissant que le manchon défectueux ait eu quelque effet sur les problèmes qu'on a connus par la suite à la vanne de la jonction 17.

L'avocat des défendeurs prétend que c'est la négligence subséquente des demanderessees qui a prolongé le retard de la production au-delà de la date du 21 février 1984. Il fonde sa prétention sur la déposition du superviseur de plongée des demanderessees, M. Petrochuk, faisant valoir que le gel de la vanne à la jonction 17 était attribuable au manchon «*plidco*» défectueux. Selon sa prétention, ce serait donc la propre négligence des demanderessees dans l'installation de ce manchon défectueux qui a entraîné le report de la production jusqu'au 5

this intervening force absolves the defendants from liability.

Linden, *Canadian Tort Law*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 1988) had this to say of the modern version of the principle of intervening force at page 345:

There was once a time when a negligent actor could be insulated from liability for consequences brought about by an intervening force which came into operation after his act was complete. The true nature of the problem was clouded by phrases such as *actus novus interveniens*, the "last wrongdoer" and the everpresent discussion of causation. Today, however, it is clear that wrongdoers are not immune from responsibility in these circumstances.

No one could quarrel with that statement. Suffice it to say, however, that liability will still attach where the intervening act is one which ought reasonably to have been foreseen by the original wrongdoer. This principle was expounded by Schroeder J.A. in *Martin v. McNamara Construction Company Limited and Walcheske*, [1955] O.R. 523; [1955] 3 D.L.R. 51 (C.A.), at page 527 O.R.:

I hold it to be an established principle that damage is recoverable if, despite the intervening negligence of a third party, the person guilty of the original negligence ought reasonably to have anticipated such subsequent intervening negligence and to have foreseen that if it occurred the result would be that his negligence would lead to loss or damage.

The principle thus elucidated by Schroeder J.A. was also quoted in *Walls v. MacRae and Metro Fuels Co. Ltd.* (1981), 36 N.B.R. (2d) 1; 94 A.P.R. 1 (Q.B.), a case relied on by the defendants and, in my view, is sufficiently applicable to the facts of the present case to enable me to dispose of this particular issue. In my judgment, the failure of the divers to reassemble correctly all four of the faulty plidco couplings did not constitute actionable negligence in the circumstances. Irrespective of whether it was a mere mistake or a minor negligent act, I find on the whole of the evidence that it was an intervening force which the defendants ought reasonably to have anticipated as being a likely consequence of their original negligence. In the result, I am impelled to conclude that the defendants must be held accountable for any damage sustained up to the date of the resumption of full production on April 5, 1984. Moreover, I also find on the evidence in its entirety that the

avril 1984, et cette intervention exonère les défendeurs de toute responsabilité.

Dans son ouvrage *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. (Cowansville (Qc): Éditions Yvon Blais Inc., 1988), A. M. Linden déclare ce qui suit au sujet de la version moderne du principe de l'intervention de tiers, à la page 416:

Il fut un temps où une personne coupable de négligence pouvait être exonérée de toute responsabilité pour les conséquences d'actes survenant après la fin de sa propre intervention. On perdait de vue la véritable nature du problème à cause d'expressions comme *actus novus interveniens*, le «dernier auteur du fait dommageable», et également à cause du sempiternel débat sur le lien de causalité. De nos jours cependant, les auteurs d'un méfait peuvent fort bien être tenus responsables dans de telles circonstances.

Nul ne pourrait contredire cette déclaration. Qu'il suffise toutefois de dire que la responsabilité existe toujours lorsque l'intervention du tiers est un acte qui aurait raisonnablement dû être prévu par l'auteur original du méfait. Ce principe a été établi par le juge Schroeder dans l'arrêt *Martin v. McNamara Construction Company Limited and Walcheske*, [1955] O.R. 523; [1955] 3 D.L.R. 51 (C.A.), à la page 527 O.R.:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que c'est un principe établi que des dommages-intérêts sont recouvrables si, malgré la négligence subséquente d'un tiers, la personne coupable de la négligence originale aurait dû raisonnablement prévoir que si elle se produisait, il en résulterait que sa négligence entraînerait une perte ou un dommage.

Le principe ainsi explicité par le juge Schroeder a également été cité dans *Walls v. MacRae and Metro Fuels Co. Ltd.* (1981), 36 N.B.R. (2d) 1; 94 A.P.R. 1 (B.R.), décision invoquée par les défendeurs et qui, à mon avis, s'applique suffisamment aux faits de l'espèce pour me permettre de trancher cette question. À mon avis, le défaut des plongeurs de bien assembler à nouveau les quatre manchons «plidco» défectueux ne constituait pas une négligence passible de poursuite dans les circonstances. Nonobstant le fait qu'il s'agisse d'une simple erreur ou d'une négligence mineure, je conclus d'après l'ensemble de la preuve qu'il s'agissait d'une intervention que les défendeurs auraient dû raisonnablement prévoir comme conséquence probable de leur négligence originale. Je suis donc forcé de conclure que les défendeurs doivent être tenus responsables de tout dommage subi jusqu'à la date de la reprise de l'exploitation maximale, le 5 avril 1984. De plus, je conclus à la lumière de la

plaintiffs took all reasonable steps to achieve full production by that date and that the 104-day period of lost production was not inordinately long under the circumstances.

B. Competing Theories of Business Interruption Loss

Expert reports estimating the loss of business income were prepared for the plaintiffs by Michael A. Copeland, of Coopers & Lybrand, and for the defendants by Donald R. Holmes, of Peat, Marwick, Mitchell & Co. Both experts testified and were extensively cross-examined at trial, and they both impressed me as competent and reliable chartered accountants. The two competing theories propounded by the rival experts to measure the plaintiffs' loss of income were not entirely dissimilar, when reduced to their simplest form. Both experts arrived at an estimated value for the lost production over the 104-day period. Mr. Copeland adopted a cash flow approach to arrive at a net total loss claim of \$572,226. This was premised on the assumption that the gas production lost during the period of interruption would not be made up, if at all, until the end of the life expectancy of the gas reserves, and that the net present value of any production received at that point in time would be negligible. Consequently, it was his view that the plaintiffs should be awarded the net amount of the current value of lost production in order to afford adequate compensation.

Mr. Holmes proceeded on the assumption that the reserves of natural gas did not decrease in volume after the wells were shut in, but rather remained available to be recovered in their entirety, once production resumed. In other words, there was no permanent loss of natural gas. Mr. Holmes utilized overlay charts and graphs to support his theory that the shutting in of the wells for the period of 104 days, followed by the resumption of production, resulted in no reduction of the volume of gas, but simply effected a deferral of production for successive periods of 104 days over the twelve and a half year life of the gas field. In Mr. Holmes' view, all future revenues received by the plaintiffs from such deferred production, albeit

preuve dans son ensemble que les demandereses ont pris toutes les mesures raisonnables pour assurer l'exploitation maximale à cette date, et que la période de 104 jours de perte de production n'était pas démesurément longue dans les circonstances.

B. Théories adverses sur les pertes d'exploitation

Les rapports d'experts évaluant les pertes de revenus ont été préparés, pour les demandereses, par Michael A. Copeland, de Coopers & Lybrand, et pour les défendeurs, par Donald R. Holmes, de Peat, Marwick, Mitchell & Co. Les deux experts ont témoigné et ont été contre-interrogés abondamment lors du procès, et tous deux m'ont apparu comme des comptables agréés compétents et fiables. Les deux théories adverses proposées par les témoins experts pour évaluer les pertes de revenus ne sont pas en tous points différentes lorsqu'elles sont réduites à leur plus simple expression. Les deux experts arrivaient à une valeur estimative de la perte de production sur une période de 104 jours. M. Copeland a adopté une méthode fondée sur les mouvements de la trésorerie pour conclure à des pertes nettes de 572 226 \$. Ce calcul était fondé sur la prémisse selon laquelle la production de gaz perdue au cours de la période d'interruption ne pourrait, en supposant que cela soit possible, être récupérée avant la fin de l'espérance de vie utile des réserves de gaz, et que la valeur actualisée nette de toute production reçue à ce moment serait négligeable. Il estimait donc que les demandereses devraient recevoir le montant net de la valeur actuelle de la production perdue afin d'être indemnisées de façon adéquate.

M. Holmes a présumé que le volume des réserves de gaz naturel n'a pas diminué après la fermeture des puits, mais que celles-ci sont plutôt demeurées disponibles pour une récupération complète, après la reprise de la production. En d'autres termes, il n'y a pas eu perte permanente de gaz naturel. M. Holmes a utilisé des cartes et des graphiques superposés pour étayer sa théorie selon laquelle la fermeture des puits durant la période de 104 jours, suivie de la reprise de la production, n'a entraîné aucune réduction du volume du gaz, mais a tout simplement donné lieu à un report de la production sur des périodes successives de 104 jours réparties sur la vie utile de 12 ans et demi du champ de gaz naturel. Selon M. Holmes, toutes les

discounted to a present value, ought to be deducted from the plaintiffs' claim for the present value of lost production to avoid over-compensating them for their loss. The application of this methodology led Mr. Holmes to conclude that the estimated total loss of income to the plaintiffs would be in the range of \$226,139 to \$308,018.

C. Legal Arguments and the Applicable Law

There appear to be few Canadian authorities on business interruption claims of this nature. The plaintiffs rely heavily on *Continental Oil Co. v. S S Electra*, 431 F.2d 391 (5th Cir. 1970). This was a case where production from oil wells was suspended for 130 days as a result of the defendants' vessel colliding with the plaintiffs' offshore drilling platform. The parties reached an agreement as to the physical damage to the platform, but were unable to agree on damages for suspension of production from the wells. That issue was submitted to a commissioner, who concluded that the damages for loss of production were limited to interest on the \$60,000 net production figure for 130 days. The District Court approved the amount so determined. The plaintiffs appealed and the defendants cross-appealed. The Court of Appeals upheld the appeal on the ground of error by the commissioner and the District Court, and awarded the appellants damages at 90% of \$60,000 for the value of the net production. As the Court noted particularly at page 392:

The commissioner and the District Court erred. They focused on the fact that the oil companies had not shown that they had lost any oil as a result of the collision. As they viewed the matter, since the oil was still intact and available the plaintiffs ultimately could bring it to the surface and realize profit therefrom just as they would have during the 130 day period had they been operating—or at least they had not proved with reasonable certainty that this would not occur, so that their loss was purely theoretical. In this court the shipowner continues to focus on the fact that plaintiffs have not lost oil as a capital asset and strenuously insists that to allow \$60,000 as damages is to allow a double recovery.

recettes futures tirées par les demanderessees de cette production reportée, même si elles sont actualisées, devraient être déduites de la demande faite en fonction de la valeur actualisée de la perte de production des demanderessees afin d'éviter une indemnisation trop élevée pour leur perte. Cette méthode a porté M. Holmes à conclure que le montant estimatif des pertes de revenus des demanderessees se situerait entre 226 139 \$ et 308,018 \$.

C. Arguments juridiques et droit applicable

Il semble y avoir peu de décisions canadiennes portant sur des demandes fondées sur des pertes d'exploitation de cette nature. Les demanderessees se fondent principalement sur *Continental Oil Co. v. S S Electra*, 431 F.2d 391 (5th Cir. 1970). Dans cette affaire, la production de puits de pétrole avait été suspendue pendant 130 jours par suite de la collision du navire des défenderesses avec la plate-forme de forage marin des demanderessees. Les parties s'étaient entendues sur les dommages matériels causés à la plate-forme, mais ne parvenaient pas à s'entendre sur les dommages imputables à l'arrêt de production des puits. Cette question a été portée devant un commissaire, qui a conclu que les dommages-intérêts découlant de la perte de production se limitaient aux intérêts sur la valeur de la production nette qui se chiffrait à 60 000 \$ pour 130 jours. La District Court a approuvé le montant ainsi établi. Les demanderessees et les défenderesses ont respectivement interjeté appel et appel incident. La Court of Appeals a accueilli l'appel au motif que le commissaire et la District Court avaient commis une erreur, et accordé aux appelantes des dommages-intérêts équivalant à 90 % de la somme de 60 000 \$ pour la valeur de la production nette. La Cour a souligné particulièrement ce qui suit, à la page 392:

[TRADUCTION] Le commissaire et la District Court ont commis une erreur. Ils se sont concentrés sur le fait que les sociétés pétrolières n'avaient pas démontré qu'elles avaient perdu du pétrole par suite de la collision. Selon leur point de vue, puisque le pétrole était encore intact et disponible, les demanderessees pouvaient éventuellement l'attirer à la surface et en tirer du profit comme elles l'auraient fait au cours de la période de 130 jours s'il y avait eu exploitation—ou à tout le moins qu'elles n'avaient pas prouvé, avec une certitude raisonnable, que cela ne pourrait se produire, de sorte que leur perte était purement théorique. Devant cette Cour, le propriétaire du navire continue d'insister sur le fait que les demanderessees n'ont pas perdu de pétrole comme bien immobilisé et il fait valoir avec force que l'allocation de 60 000 \$ en dommages-intérêts constituerait un double recouvrement.

The Court dealt with these errors and concluded as follows [at page 392]:

All of this wholly misses the mark. The oil companies do not claim for lost oil or damage to oil as an asset. Their suit is for damages suffered as a consequence of the collision of the ship with the platform. Profit on oil production is simply one means of measuring the damage suffered. The plaintiffs have lost the use of their capital investment in lease, platform and producing wells for 130 days during which that investment was tied up without return. The fact that the same amount of profit can be made at a later time with the same investment of capital by removing from the ground a like quantity of oil at the same site does not alter the fact that the plaintiffs are out of pocket a return on 130 days use of their investment. Presumably the oil companies ultimately will produce from the reservoir all the oil that is economic to produce, but, as the District Court pointed out, it will require 130 days longer to do so. The plaintiffs must stay on the site 130 days longer, with investment in place, than necessary but for the ship's negligence.

This is no theoretical, shadowy concept of loss. It is squarely within the basic damage doctrine for marine collision of *restitutio in integrum*, as applied in many comparable situations. Thus, for the vessel laid up for repairs:

In order to make full compensation and indemnity for what has been lost by the collision, *restitutio in integrum*, the owners of the injured vessel are entitled to recover for loss of her use, while laid up for repairs. When there is a market price for such use, that price is the test of the sum to be recovered. When there is no market price, evidence of the profits that she would have earned if not disabled is competent; but from the gross freight must be deducted so much as would in ordinary cases be disbursed on account of her expenses in earning it; in no event can more than the net profits be recovered by way of damages; and the burden is upon the libellant to prove the extent of the damages actually sustained by him. [Emphasis added.]

The Court made the following observation at page 393:

The oil companies are like a single shipowner with his ship laid up. It would be no answer to his claim to assert that he has lost nothing because the same cargo is still on the dock when his ship comes out of repair and that he can move it then—if other cargoes are also then available.

The *Continental Oil* case has been followed in several United States decisions, namely, *National Steel Corp. v. Great Lakes Towing Co.*, 574 F.2d 339 (6th Cir. 1978); and *U. S. Oil of Louisiana*,

La Cour a étudié ces erreurs et conclu comme suit [à la page 392]:

[TRADUCTION] Toutes ces remarques passent à côté de la question. Les sociétés pétrolières n'ont pas présenté de demande visant le pétrole perdu ou des dommages-intérêts relatifs au pétrole en tant qu'élément d'actif. Elles ont intenté une action en dommages-intérêts découlant de la collision du navire avec la plate-forme. Le profit tiré de la production pétrolière n'est qu'une façon de mesurer le dommage subi. Les demandereses ont perdu l'utilisation de l'investissement que représentent la concession, la plate-forme et les puits de production pendant 130 jours, période au cours de laquelle cet investissement était engagé sans rendement. Le fait que le même montant de profit peut être réalisé à une date ultérieure, avec le même investissement en retirant du sol une quantité équivalente de pétrole au même endroit ne modifie en rien le fait que les demandereses sont privées d'un rendement de 130 jours d'utilisation de leur investissement. Il se peut que les sociétés pétrolières tirent finalement du réservoir tout le pétrole qu'elles peuvent produire de façon économique, mais, comme l'a précisé la District Court, il leur faudra 130 jours de plus pour le faire. Les demandereses doivent demeurer à cet endroit 130 jours de plus, avec l'investissement en place, qu'il n'aurait été nécessaire sans la négligence du navire.

Il ne s'agit pas d'un concept de perte théorique ou vague. Il correspond exactement à la doctrine fondamentale des dommages-intérêts dans le cas de collision de navires (*restitutio in integrum*), appliquée dans bon nombre de situations comparables. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un navire désarmé aux fins de réparation:

Pour accorder pleine réparation et indemnisation pour ce qui a été perdu en raison de la collision, *restitutio in integrum*, les propriétaires du navire abîmé ont le droit d'être remboursés de la perte de l'utilisation du navire désarmé aux fins de réparation. Lorsqu'il existe un prix du marché pour cette utilisation, ce prix sert à déterminer la somme qui doit être remboursée. Lorsqu'il n'existe pas de prix du marché, la preuve des profits que le bateau auraient pu produire s'il n'avait pas été endommagé est recevable; mais de la cargaison brute, il faut déduire tout ce qui aurait été, dans les cas ordinaires, déboursé au compte des dépenses nécessaires pour toucher les profits; il n'est jamais possible d'obtenir des dommages-intérêts supérieurs à la valeur nette des profits; et c'est au demandeur qu'incombe le fardeau de prouver l'étendue des dommages qu'il a réellement subis. [C'est moi qui souligne.]

La Cour a fait l'observation suivante, à la page 393:

[TRADUCTION] Les sociétés pétrolières sont comme le propriétaire dont le navire a été désarmé. On ne pourrait répondre à sa demande en prétendant qu'il n'a rien perdu puisque la même cargaison se trouve sur le quai une fois le navire réparé et qu'il peut la transporter—si d'autres cargaisons sont alors disponibles.

La décision *Continental Oil* a été suivie par plusieurs décisions américaines, notamment *National Steel Corp. v. Great Lakes Towing Co.*, 574 F.2d 339 (6th Cir. 1978); et *U.S. Oil of*

Ltd. v. Louisiana Power & Light Co., 350 So. 2d 907 (La. Ct. App., 1st Cir. 1977), and has been mentioned in other cases. It was also mentioned in Canada in *Total Petroleum (N.A.) Ltd. v. AMF Tuboscope Inc.* (1987), 81 A.R. 321; 54 Alta. L.R. (2d) 13 (Q.B.), but only in reference to distinguishing for loss of profit as a reasonably foreseeable result in the circumstances of that case from a claim for damages for loss or deferral of production revenue, which was held to be too remote.

It is a well established principle that wrongful interference with profit-making property causing the owner to be deprived of the use thereof is compensable as damages for lost profits: Waddams, *The Law of Damages* (Canada Law Book Limited, 1983), paragraphs 192 and 203; and *Pacific Elevators Ltd. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1974] S.C.R. 803; (1973), 41 D.L.R. (3d) 608.

In *Pacific Elevators Ltd.*, *supra*, unloading facilities at the plaintiff's grain elevators were damaged as a result of the derailment of railway cars on two separate occasions, both of which were attributable to the negligence of a railway employee. The plaintiff's actions for claims of \$33,658 and \$232,594 respectively were allowed in full at trial. The Court of Appeal reversed the trial decision and an appeal was taken to the Supreme Court of Canada. The Court allowed the appeal in part, but varied the judgment at trial by dismissing the first action and allowing the plaintiff a much lower damages recovery in the second action. Pigeon J., delivering the judgment of the Court, said at page 806:

Grain cars diverted are really the basis on which the claim is to be assessed because, as counsel for the railway pointed out, appellant's revenues and profits for 1966 were up from the previous year. Its inventory was up too, as well as the quantities of grain received, stored and shipped. No ship was diverted from its dock. This does not mean that it suffered no loss because if, without the disruption caused by the accidents, it would have been able to handle and store still more grain and consequently would have made higher profits, it is undoubtedly

Louisiana, Ltd. v. Louisiana Power & Light Co., 350 So. 2d 907 (La. Ct. App., 1st Cir. 1977), et a été mentionnée dans d'autres affaires. Elle a également fait l'objet d'une mention au Canada dans la décision *Total Petroleum (N.A.) Ltd. v. AMF Tuboscope Inc.* (1987), 81 A.R. 321; 54 Alta. L.R. (2d) 13 (B.R.), mais uniquement dans un contexte où il s'agissait de distinguer la perte de profit comme résultat raisonnablement prévisible dans les circonstances de l'espèce, d'une demande en dommages-intérêts pour perte ou report de revenu de production, jugée trop éloignée.

Est bien établi le principe selon lequel le préjudice délictuel porté à un bien productif de revenus, privant le propriétaire de l'usage de ce bien, peut être compensé par des dommages-intérêts pour perte de profit: Waddams, *The Law of Damages* (Canada Law Book Limited, 1983), par. 192 et 203; et *Pacific Elevators Ltd. c. La Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique*, [1974] R.C.S. 803; (1973), 41 D.L.R. (3d) 608.

Dans l'affaire *Pacific Elevators Ltd.*, précitée, des installations de déchargement situées à proximité d'élevateurs à grain de l'appelante ont été endommagées par suite du déraillement de wagons à deux occasions, attribuable chaque fois à la négligence d'un employé de la compagnie de chemin de fer. Les actions en dommages-intérêts de la demanderesse pour des montants respectifs de 33 658 \$ et 232 594 \$ ont été accueillies intégralement lors du procès. La Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance et un pourvoi a été interjeté devant la Cour suprême du Canada. La Cour a accueilli l'appel en partie, mais a modifié le jugement de première instance en rejetant la première action et en accordant à la demanderesse des dommages-intérêts moins élevés dans la deuxième action. Le juge Pigeon, qui a rendu le jugement de la Cour, a dit ce qui suit, à la page 806:

Les wagons de grain détournés forment vraiment la base sur laquelle la réclamation doit être appréciée parce que, comme l'avocat de la compagnie de chemin de fer l'a signalé, les revenus et les profits de l'appelante pour 1966 étaient supérieurs à ceux de l'année précédente. Ses stocks étaient plus élevés aussi de même que les quantités de grains reçues, entreposées et expédiées. Aucun navire n'a été détourné de son quai. Ceci ne signifie pas qu'elle n'a subi aucune perte parce que si, sans les inconvénients causés par les accidents, elle était en mesure de manutentionner et d'entreposer encore plus de grain et, par conséquent, de réaliser des profits plus élevés, elle

entitled to claim the loss suffered although in spite of that loss, its profit was higher than in the immediately preceding year.

In my view, the *Pacific Elevators* case lends further countenance to the principle that lost profits are a proper measure for determining compensable damages flowing from the loss of use of profit-making property.

Counsel for the defendants relies heavily on the case of *Bolivar County Gravel Co., Inc. v. Thomas Marine Co.*, 585 F.2d 1306 (5th Cir. 1978), to support his argument that the U.S. Fifth Circuit Court of Appeals in *Continental Oil* did not decide that lost profits are the appropriate measure of damages in cases involving a shut-down of oil or gas wells. Defendants' counsel further relies on *Norcen Energy Resources Limited and Murphy Oil Company Ltd. v. Flint Engineering and Construction Ltd.* (1984), 51 A.R. 42 (Q.B.), a case where the Alberta Court of Queen's Bench reduced the damages assessed for loss of production from oil wells shut down as a result of fire damage to the plaintiffs' oil battery by the amount of \$39,800 representing the present value to the plaintiffs of recovery of lost production over the life of the field. Medhurst J. offered no explanation for the quantification and deduction of this present value item.

In the present case, the damages claim for business interruption loss is based on the net sales value of the volume of production lost over the 104-day period. According to the defendants' theory, this is not the right approach because the oil was not lost irretrievably; rather, it is simply a case of the deferral of production. In my view, this argument is irrelevant because it belies the fact that even if the plaintiffs ultimately produce the full volume of untapped natural gas, they are still delayed for a period of 104 days in achieving that goal. Counsel for the plaintiffs stressed repeatedly that there is no certain likelihood that the shut-in gas will ever be produced and that its future recovery is only a possibility at best, and will have to await events. He summarizes his argument as follows:

a sans aucun doute le droit de réclamer la perte subie quoique, malgré cette perte, ses profits aient été supérieurs à ceux de l'année précédente.

À mon avis, l'arrêt *Pacific Elevators* confirme le principe selon lequel les profits perdus sont la mesure adéquate servant à déterminer les dommages-intérêts remboursables par suite de la perte d'utilisation d'un bien productif de revenus.

L'avocat des défendeurs se fonde grandement sur la décision *Bolivar County Gravel Co., Inc. v. Thomas Marine Co.*, 585 F.2d 1306 (5th Cir. 1978) pour étayer son argument selon lequel la U.S. Fifth Circuit Court of Appeals, dans l'affaire *Continental Oil*, n'a pas décidé que les profits perdus étaient la mesure adéquate des dommages dans des cas de fermeture de puits de pétrole ou de gaz. L'avocat des défendeurs invoque également la décision *Norcen Energy Resources Limited and Murphy Oil Company Ltd. v. Flint Engineering and Construction Ltd.* (1984), 51 A.R. 42 (B.R.), dans laquelle la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a réduit de 39 800 \$ le montant des dommages-intérêts établi pour la perte de production de puits de pétrole fermés par suite d'un incendie qui a endommagé l'installation pétrolière des demanderesse, réduction correspondant à la valeur actualisée du recouvrement par les demanderesse de la production perdue au cours de la vie utile du champ. Le juge Medhurst n'a offert aucune explication à l'égard de la quantification et de la déduction de ce poste de valeur actualisée.

En l'espèce, la demande en dommages-intérêts pour pertes d'exploitation est fondée sur la valeur commerciale nette du volume de production perdu au cours de la période de 104 jours. Selon la théorie des défendeurs, cette méthode n'est pas adéquate puisque le pétrole n'a pas été irrémédiablement perdu; il s'agit plutôt d'un simple cas de report de la production. À mon avis, cet argument n'est pas pertinent puisqu'il ne tient pas compte du fait que même si les demanderesse produisaient finalement le volume total de gaz naturel inexploité, elles seraient toujours en retard d'une période de 104 jours dans la réalisation de cet objectif. L'avocat des demanderesse a souligné à plusieurs reprises qu'il n'était pas certain que le gaz inexploité lors de la fermeture des puits puisse être produit et que, au mieux, sa récupération finale n'est qu'une possibilité et qu'il faudra attendre les événements. Il résume ainsi son argument:

... you have Mr. Copeland saying that the plaintiffs cannot use that 104 days worth of gas right now and it is a loss to them. There is no guaranty or no assurance that they are ever going to get that gas back again in the future. I would submit that there is some compelling logic to that because we have the evidence of Mr. Simpson that these wells have a life expectancy of 20 years. My clients have a 10-year lease. They have an option of renewing it for another 10 years. They may not wish to renew, the Crown may not wish to renew. The sale of gas may drop. My clients' fortunes may plummet. There are any number of variables between here and the end of the useful life of the reservoir.

I agree that it would appear to be inequitable to deduct from the net present value of the lost production an amount representing the present value of the deferred production. After all, the plaintiffs suffered the inconvenience and delay of 104 days lost production. In *Continental Oil*, the Court pointed out that even though the oil companies might ultimately produce from the reservoir all the oil that was economic to produce, they would nevertheless require 130 days longer to do so. In the final result, the Court assessed the plaintiffs' damages at the full value of the net production without any deduction for the present value of the oil that might ultimately be recovered.

I am strengthened in my conclusion that this is the appropriate method of assessment to be followed in the case at bar by the decision of the U.S. Court of Appeals, Sixth Circuit, in *National Steel Corp. v. Great Lakes Towing Co.*, *supra*. In that case, a steel company which owned a railroad bridge connecting its furnaces on an island in the river with its steel-making plant on the shore brought action against a towing company whose towed vessel collided with and damaged the bridge when a tow line snapped. The collision resulted in a loss to the steel company of fifty hours of production. The District Court entered judgment in favour of the plaintiff steel company for repair costs and expenses directly related to the interruption of production only. The claim for damages for lost production was denied on the ground that the plaintiff had failed to convince the Court that it had not made up the lost production. The Sixth Circuit Court of Appeals held that the plaintiff was entitled to recover for the lost production without regard to whether it had made up the lost

[TRADUCTION] ... M. Copeland affirme que les demanderes ne peuvent utiliser maintenant ce volume de gaz correspondant à 104 jours et que cela représente une perte pour elles. Il n'existe aucune garantie ni aucune assurance portant qu'ils réussiraient un jour à récupérer ce gaz. Je souligne qu'il y a une certaine logique irrésistible en ce sens puisque, selon la déposition de M. Simpson, ces puits ont une vie utile de 20 ans. Mes clients ont une concession de 10 ans. Ils ont l'option de la renouveler pour une autre période de 10 ans. Il se peut qu'ils ne souhaitent pas la renouveler, que la Couronne ne souhaite pas la renouveler. La vente de gaz peut chuter. L'entreprise de mes clients peut périr. Il existe un grand nombre de variables entre aujourd'hui et la fin de la vie utile du réservoir.

Je pense moi aussi qu'il serait inéquitable de déduire de la valeur actualisée nette de la production perdue un montant représentant la valeur actualisée de la production reportée. Après tout, les demanderes ont subi les inconvénients et le délai de 104 jours de production perdue. Dans le jugement *Continental Oil*, la Cour a souligné que même si les sociétés pétrolières pouvaient finalement extraire du réservoir tout le pétrole qu'il était économique de produire, il leur faudrait néanmoins 130 jours de plus pour le faire. Somme toute, la Cour a évalué les dommages-intérêts des demanderes à la pleine valeur de la production nette sans déduire quelque montant pour la valeur actualisée du pétrole qui pourrait finalement être récupéré.

Ma conclusion portant qu'il s'agit de la méthode d'évaluation appropriée en l'espèce est confirmée par la décision de la U.S. Court of Appeals, Sixth Circuit, dans *National Steel Corp. v. Great Lakes Towing Co.*, précitée. Dans cette affaire, une société sidérurgique qui possédait un pont ferroviaire reliant ses fourneaux, sur une île donnant sur la rivière, à son usine sidérurgique sur la rive, a intenté une action contre une société de remorquage dont le bateau remorqué a frappé et endommagé le pont, à la suite de la rupture du câble de remorque. La collision a entraîné une perte de 50 heures de production pour la société sidérurgique. La District Court n'a accordé à la société sidérurgique demanderesse que ses coûts et ses dépenses pour les réparations liées directement à l'interruption de la production. La demande de dommages-intérêts pour la perte de production a été rejetée au motif que la demanderesse n'avait pas réussi à convaincre la Cour qu'elle n'avait pas récupéré la production perdue. La Sixth Circuit Court of Appeals a conclu que la demanderesse avait le

production. Peck J., delivering the judgment of the Court, said at page 343:

A few basic principles of tort liability must be kept in mind in order to understand the flaws in defendant's argument. First of all, a plaintiff is entitled to recover all damages proximately caused by the defendant which can be proved with a reasonable degree of certainty. When a defendant's negligence results in an interference with the use of plaintiff's property, the plaintiff is entitled to recover the value of the use during the interference, or the value of the amount paid for a substitute. Restatement of Torts, §§ 928, 931(a). The tort is complete and liability attaches when the harm is suffered. The plaintiff has a duty to take reasonable steps to mitigate damages, but this is a concept of *avoidance*, not repair. Thus the plaintiff must take all reasonable steps to prevent the accumulation of damages, and to minimize the effect of defendant's negligence; but the duty to mitigate applies only to damages which one can prevent, not to damages already accrued. Finally, the principle which governs this lawsuit, a defendant cannot take advantage of events occurring *after* harm has occurred and liability has attached to reduce the damages for that harm.

The learned Judge continued in this vein at page 344:

Applying these principles to this case, the flaw in defendant's argument quickly becomes clear. The Towing Company's negligence directly and immediately resulted in the loss of fifty hours of production. At the end of three days of production interruption, National Steel had a cause of action against the Towing Company for all losses suffered. Whatever occurred later, whether due to fortuitous events or plaintiff's diligence, cannot affect that liability.

This is not to say that the question of whether or not lost production was made up would never be relevant to a case of this sort; but when the only damages sought are for loss of use resulting in lost production, that question cannot affect the result.

Peck J. had earlier expressed the unequivocal view that the question whether the plaintiff could have made up the lost production was irrelevant and made no difference to the plaintiff's right to recover damages for lost production. In the result, the Court reversed the decision of the District Court and remanded the cause for modification of its judgment in favour of the plaintiff to include the sum of \$69,741, being the reasonable value of the production lost due to defendant's negligence.

droit d'être remboursée pour la production perdue sans égard au fait qu'elle ait pu la récupérer. Le juge Peck, qui a rendu le jugement de la Cour, a dit ce qui suit, à la page 343:

a [TRADUCTION] Il y a lieu de tenir compte de certains principes fondamentaux en matière de responsabilité civile délictuelle pour comprendre les failles de la défenderesse. En premier lieu, le demandeur a le droit d'être remboursé de tous les dommages causés directement par le défendeur et qui peuvent être prouvés avec un degré de certitude raisonnable. Lorsque la négligence d'un défendeur porte atteinte à l'utilisation du bien du demandeur, le demandeur a le droit d'obtenir la valeur de l'utilisation au cours de cette atteinte, ou la valeur du montant payé pour un remplacement. *Restatement of Torts*, §§ 928 et 931(a). Le délit est complet et la responsabilité est engagée lorsque la victime subit le préjudice. Le demandeur a l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour limiter les dommages, mais il s'agit là d'un concept de *prévention*, et non de réparation. Par conséquent, le demandeur doit prendre toutes les mesures raisonnables pour empêcher l'accroissement des dommages et réduire l'effet de la négligence du défendeur; mais cette obligation ne s'applique qu'aux dommages évitables, et non aux dommages déjà causés. Enfin, le principe qui régit l'espèce, un défendeur ne peut profiter d'événements *subséquents* au préjudice et à l'engagement de sa responsabilité pour réduire les dommages-intérêts qui en découlent.

e Le juge a continué dans le même esprit, à la page 344:

f [TRADUCTION] Si l'on applique ces principes à l'espèce, les failles dans l'argument de la défenderesse apparaissent rapidement. La négligence de Towing Company a entraîné directement et immédiatement la perte de 50 heures de production. À la fin de trois jours d'interruption de production, National Steel avait une cause d'action contre Towing Company pour toutes les pertes subies. Ce qui s'est produit par la suite, que ce soit en raison d'événements fortuits ou de la diligence de la demanderesse, ne peut modifier cette responsabilité.

g Cela ne veut pas dire que la question de savoir si la production perdue a été récupérée ne pourrait jamais être pertinente dans un cas semblable à l'espèce; mais lorsque les seuls dommages-intérêts visés portent sur la perte de l'utilisation entraînant une perte de production, cette question ne peut modifier le résultat.

h Auparavant, le juge Peck avait affirmé sans équivoque que la question de savoir si la demanderesse aurait pu récupérer la production perdue n'était pas pertinente et qu'elle ne modifiait aucunement le droit de la demanderesse d'obtenir des dommages-intérêts pour pertes de production. En somme, la Cour a infirmé la décision de la District Court et lui a renvoyé l'affaire pour que le jugement soit modifié en faveur de la demanderesse par l'inclusion de la somme de 69 741 \$, soit la valeur raisonnable de la production perdue par suite de la négligence de la défenderesse.

Defendants' counsel endeavoured to distinguish the present case from the *National Steel* case by arguing that the profits in the latter were lost permanently, whereas in the former they were merely deferred. In my opinion, this argument is lacking in merit. Obviously, the Court in *National Steel* treated the question of whether the lost production was made up as being irrelevant to the plaintiff's claim for damages for loss of use based on the reasonable value of lost production.

The case of *U. S. Oil of Louisiana, Ltd. v. Louisiana Power & Light Co.*, *supra*, was an appeal from a judgment at trial in a suit to recover against an electric utility for damages resulting from power outages and fires at a sulphur plant, wherein the trial Court found the value of production lost to be \$52,570. The defendant appealed the decision and the plaintiffs appealed the inadequacy of the damages award. On the damages appeal, the Court amended the trial judgment to reflect a loss of production in the amount of \$121,943.50 attributable to one of the power outages. Edwards J. said at page 912:

Defendants contend that plaintiffs suffered no loss of income for the sulfur not mined during the period between the outage and restoration of normal production because the sulfur was not lost but its production merely delayed. A similar contention was rejected in *Continental Oil Company v. S.S. Electra*, 431 F.2d 391 (5th Cir. 1970). The court therein noted that the plaintiff oil company suffered loss of production equal to net profit for oil the recovery of which was delayed while production equipment was repaired. That reasoning is applicable herein. Stated simply, production for that period of time was forever lost.

In my view, the *Bolivar* case on which defendants' counsel so strongly relies is distinguishable by the fact that there was no evidence that the plaintiff lost any sales, revenues or potential customers as a result of the loss of use of its dredge for ten days or that its position had been worsened by the accident. If anything, it reaffirms the *Continental Oil* principle of damages recovery by emphasizing that proof of actual loss is necessary

L'avocat des défendeurs s'est efforcé de distinguer l'espèce de l'affaire *National Steel* en prétendant que les profits dans cette dernière affaire étaient perdus de façon permanente, tandis qu'en l'espèce, ils n'étaient que reportés. À mon avis, cet argument n'est pas fondé. Manifestement, dans l'affaire *National Steel*, la Cour a conclu que la question de la récupération de la production perdue n'était pas pertinente dans le cadre de la revendication en dommages-intérêts de la demanderesse pour perte d'utilisation, fondée sur la valeur raisonnable de la production perdue.

Dans l'affaire *U. S. Oil of Louisiana, Ltd. v. Louisiana Power & Light Co.*, précitée, il s'agissait d'un appel interjeté d'une décision de première instance dans une action en dommages-intérêts intentée contre une société d'électricité à l'égard de dommages résultant de coupures de courant et d'incendies dans une usine de soufre, décision dans laquelle le juge de première instance avait établi à 52 570 \$ la valeur de la production perdue. La défenderesse avait interjeté appel de la décision et les demandereses avaient interjeté appel à l'égard du montant des dommages-intérêts attribués. En ce qui a trait à l'appel visant le montant des dommages-intérêts, la Cour a modifié le jugement de première instance de façon à tenir compte d'une perte de production de l'ordre de 121 943,50 \$, imputable à l'une des coupures de courant. Le juge Edwards a dit ce qui suit, à la page 912:

[TRADUCTION] Les défenderesses prétendent que les demandereses n'ont subi aucune perte de revenu relativement au soufre non extrait durant la période entre la coupure de courant et la reprise de la production normale puisque le soufre n'a pas été perdu et que sa production a seulement été reportée. Une prétention semblable a été rejetée dans *Continental Oil Company v. S.S. Electra*, 431 F.2d 391 (5th Cir. 1970). Dans cette affaire, la cour a souligné que la société pétrolière demanderesse avait subi une perte de production égale au profit net tiré du pétrole et dont le recouvrement a été reporté pendant la réparation du matériel de production. Cette proposition s'applique à la présente espèce. En bref, la production de cette période était perdue à tout jamais.

À mon avis, la décision *Bolivar* sur laquelle s'appuie si fermement l'avocat des défendeurs peut se distinguer du fait qu'il n'y avait aucun élément de preuve portant que la demanderesse avait perdu des ventes, des recettes ou des clients éventuels par suite de la perte de l'usage de son dragueur pendant dix jours, ou que sa situation avait empiré à cause de l'accident. Elle confirme plutôt le principe de la réparation par des dommages-intérêts

to support a claim for damages for loss of use. Unlike *Bolivar*, there is ample evidence in the present case of loss of profits during the 104-day period of shut-down. As for the *Norcen* case, there is no explanation whatever of why the present value of lost production was deducted from the plaintiffs' damages award, nor of how that value was determined. I have been unable to find any reference to this aspect of the damages treatment in *Norcen* in any subsequent Canadian decisions. Plaintiffs' counsel urges that the present case is distinguishable from *Norcen* on the basis that there is no imminent likelihood of recovery of lost production. That may well be. In any event, I am not persuaded on the strength of the *Norcen* decision to subtract the present value of deferred production from the plaintiffs' claim for damages for loss of income attributable to lost production over the 104-day period, especially in face of the weight of more reasoned authority pointing the other way. In my opinion, the plaintiffs' losses accrued in a proximate sense when the liability attached for the harm done and the damages should be assessed accordingly, without having to inquire into subsequent events or happenings.

D. Quantification of Loss

I turn now to the actual calculation of the value of lost production according to the theory of loss presented by the plaintiffs' expert, Mr. Copeland, which I accept. I might point out that Mr. Copeland was retained originally by Pembina's insurance adjusters to quantify the loss of production during the indemnity period of 94 days, and his analysis of the loss sustained during the initial ten-day deductible period constitutes a separate calculation. Mr. Copeland estimated the lost production during the 94-day period from January 3, 1984 to April 5, 1984 to be 225,254 mcf of natural gas. From this he deducted the amount of 23,518 mcf for the actual production during that period to arrive at a net lost production of 201,736 mcf. He then multiplied this amount by the unit price

énoncé dans *Continental Oil* en soulignant que la preuve de la perte réelle est nécessaire pour fonder une réclamation en dommages-intérêts pour perte d'utilisation. Contrairement à l'affaire *Bolivar*, a preuve a été amplement faite en l'espèce de la perte de profit au cours de la période de fermeture de 104 jours. Quant à la décision *Norcen*, on n'a aucunement expliqué pourquoi la valeur actualisée de la production perdue a été déduite du montant des dommages-intérêts attribués aux demanderes- b ses, ni comment cette valeur a été établie. Je n'ai pu trouver quelque mention de cet aspect de la question des dommages-intérêts, telle que traitée dans *Norcen*, dans la jurisprudence canadienne c subséquente. L'avocat des demandereses prétend que l'espèce peut se distinguer de *Norcen* puisqu'il n'y a aucune probabilité imminente de récupération de la production perdue. Cela peut fort bien être le cas. De toute façon, la décision *Norcen* ne d m'a pas convaincu qu'il y a lieu de soustraire la valeur actualisée de la production reportée des dommages-intérêts demandés par les demanderes- ses pour perte de revenu attribuable à la produc- tion perdue au cours de la période de 104 jours, eu e égard tout spécialement au poids des décisions mieux documentées qui vont dans le sens contraire. À mon avis, les pertes des demandereses se sont matérialisées lorsque la responsabilité a été enga- gée à l'égard du préjudice causé, et les dommages- f intérêts devraient être évalués en conséquence, sans qu'il ne soit nécessaire d'étudier les événe- ments ou incidents subséquents.

D. Détermination du montant de la perte

J'aborde maintenant le calcul de la valeur de la production perdue selon la théorie de la perte présentée par le témoin expert des demandereses, M. Copeland, théorie que j'accepte. Je voudrais h souligner que les experts en sinistres de Pembina ont à l'origine retenu les services de M. Copeland pour qu'il quantifie la perte de production éprou- vée au cours de la période de dédommagement de i 94 jours, et que son analyse de la perte subie pendant la période initiale de franchise de 10 jours constitue un calcul distinct. M. Copeland a estimé la production perdue au cours de la période de 94 jours, du 3 janvier 1984 au 5 avril 1984, à 225 254 millions de pieds cubes de gaz naturel. Il en a j soustrait 23 518 millions de pieds cubes pour tenir compte de la production réelle au cours de cette

figure of \$3.54 to arrive at a sales value of lost production in the sum of \$714,145. From this he deducted the sum of \$240,166 for the expenses of petroleum gas revenue tax, royalties, overrides, and depletion at the rate of 8.05 per cent to arrive at a net claim figure of \$473,979 from which he deducted the sum of \$3,000 to account for several minor errors in his original calculations. This yielded a net sales value of lost production of \$470,979, which he rounded off to \$470,000.

The net value of lost production during the ten-day deductible period was calculated in like manner. However, Mr. Copeland did not make any deduction for depletion in his second calculation by reason that he treated depletion in the accounting context of something to be deducted from revenue received. As he explained it, the gas vented and lost to the atmosphere during the ten-day deductible period represented gas that was completely lost for which no revenue would ever be received, and so there should be no deduction for depletion. I consider this to be a reasonable explanation in the circumstances. The end result of Mr. Copeland's calculations was a net loss figure of \$102,226 for the ten-day deductible period, which I accept.

Counsel for the plaintiffs submits that this net loss figure should be increased by 25 per cent to reflect an additional quantity of gas lost to the atmosphere during the ten-day period. He bases this on the evidence of the plaintiffs' superintendent, Mr. Simpson, who testified that lowered back pressure caused by the venting to the atmosphere would have resulted in an increased flow of gas, which he estimated at this percentage. Under cross-examination, Mr. Simpson conceded that the figure was not firm and could lie anywhere between zero and 30 per cent, and that 25 per cent was merely his best estimate. I agree with counsel for the defendants that this number "was just picked out of the air" and had no basis in reality or experience, and ought not to be taken into account. Adding the figure of \$102,226 to the net sales

période, ce qui a donné une perte nette de production de 201 736 millions de pieds cubes. Puis il a multiplié ce chiffre par le prix unitaire de 3,54 \$, ce qui a donné une valeur d'exploitation de la production perdue de l'ordre de 714 145 \$. Il a déduit de ce montant la somme de 240 166 \$ pour les frais relatifs à l'impôt sur les revenus pétroliers, aux redevances, aux commissions indirectes et à l'épuisement au taux de 8,05 %, ce qui lui a donné une réclamation nette de 473 979 \$, de laquelle il a défalqué la somme de 3 000 \$ pour compenser plusieurs erreurs mineures dans ses premiers calculs. D'où la valeur d'exploitation nette de la production perdue de 470 979 \$, qu'il a arrondie à 470 000 \$.

La valeur nette de la production perdue au cours de la période de franchise de 10 jours a été calculée de la même façon. Toutefois, M. Copeland n'a pas effectué de déduction pour épuisement dans ce deuxième calcul puisque, en comptabilité, l'épuisement est un élément qu'il faut déduire des recettes. Comme il l'a expliqué, le gaz qui s'est échappé et s'est dissipé dans l'atmosphère au cours de la période de franchise de 10 jours est du gaz complètement perdu et pour lequel aucune recette ne pourra jamais être tirée, de sorte qu'il n'y a pas lieu de prévoir une déduction pour épuisement. J'estime qu'il s'agit là d'une explication raisonnable dans les circonstances. Par ses calculs, M. Copeland a conclu que la perte nette subie durant la période de franchise de 10 jours s'élevait à 102 226 \$, ce que j'accepte.

L'avocat des demandesses fait valoir que ce montant de la perte nette devrait être majoré de 25 % pour refléter la quantité supplémentaire de gaz dissipé dans l'atmosphère au cours de la période de 10 jours. Il se fonde à cet égard sur la déposition du surintendant des demandesses, M. Simpson, qui a déclaré que la contrepression inférieure causée par la fuite du gaz dans l'atmosphère aurait entraîné une augmentation de l'écoulement du gaz, qu'il estimait correspondre à ce pourcentage. Au cours du contre-interrogatoire, M. Simpson a admis que ce chiffre n'était pas certain et qu'il pouvait se situer entre zéro et 30 %, et que 25 % était simplement la meilleure estimation qu'il pouvait donner. Je reconnais avec l'avocat des défendeurs que ce chiffre [TRADUCTION] «avait été tout simplement choisi en l'air», qu'il n'est

value of \$470,000, gives a net total value of lost production for the period from December 24, 1983 to April 5, 1984 of \$572,226, which I assess as the plaintiffs' general damages for loss of business income.

To recapitulate for the sake of convenience, the plaintiffs' damages are assessed as follows (rounded version):

Cost of temporary repairs	\$186,956
Cost of permanent repairs	\$114,618
Loss of business income	<u>\$572,226</u>
TOTAL	<u>\$873,800</u>

In the result, the plaintiffs are entitled to recover from the defendants total damages in the sum of \$873,800.

IV. Interest

The final question is whether pre-judgment interest should be awarded as an integral part of the plaintiffs' damages and, if so, from what date it should run. Counsel are agreed that the applicable rate of interest would be 9.5 per cent.

Counsel for the defendants submits, firstly, that I should exercise my discretion against allowing any pre-judgment interest in the present case, given the novelty of the various issues raised therein and, particularly, the lack of jurisprudence bearing on these issues and the assessment of damages for business interruption loss. He cites *Nissan Automobile Co. (Canada) Ltd. v. The Continental Shipper*, [1974] 1 F.C. 88 (T.D.), wherein Urie J., on a Rule 324 [*Federal Court Rules*, SOR/71-68] application to reconsider judgment, confirmed that interest was disallowed purposely because of the reasonableness of the defence and the lack of prior jurisprudence. Secondly, defendants' counsel submits that the time for calculation of any pre-judgment interest should run only from December 20, 1984, the date when the plaintiffs first gave notice of the damaged pipeline and their estimated losses resulting therefrom. In his submission it would be unfair to award pre-judgment interest prior to that date, since the

étayé ni par la réalité ni par l'expérience, et qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte. L'addition de 102 226 \$ à la valeur d'exploitation nette de 470 000 \$ donne une valeur totale nette de la production perdue, pour la période du 24 décembre 1983 au 5 avril 1984, de 572 226 \$, montant qui, selon mon évaluation, correspond aux dommages-intérêts généraux des demandereses pour pertes de revenus.

Par souci de commodité, voici de façon sommaire comment les dommages-intérêts des demandereses sont évalués (chiffres arrondis):

Coût des réparations temporaires	186 956 \$
Coût des réparations permanentes	114 618 \$
Pertes de revenus	<u>572 226 \$</u>
TOTAL	<u>873 800 \$</u>

Par conséquent, les demandereses ont le droit de recouvrer des défenderesses la somme totale de 873 800 \$ en dommages-intérêts.

IV. Intérêts

Il reste à trancher la question finale, à savoir s'il y a lieu d'adjuger les intérêts courus avant jugement comme partie intégrante des dommages-intérêts des demandereses et, le cas échéant, à compter de quelle date. Les avocats ont convenu que le taux d'intérêt applicable serait 9,5 %.

L'avocat des défendeurs fait d'abord valoir que je devrais exercer mon pouvoir discrétionnaire en refusant d'adjuger des intérêts courus avant jugement dans cette affaire, étant donné la nouveauté des diverses questions soulevées en l'espèce et tout particulièrement l'absence de jurisprudence portant sur ces questions et sur l'évaluation des dommages-intérêts pour pertes d'exploitation. Il cite à cet égard la décision *Nissan Automobile Co. (Canada) Ltd. c. Le Continental Shipper*, [1974] 1 C.F. 88 (1^{re} inst.), dans laquelle le juge Urie, saisi d'une requête demandant un nouvel examen des termes du prononcé en vertu de la Règle 324 [*Règles de la Cour fédérale*, DORS/71-68], a confirmé le rejet des intérêts en raison du caractère raisonnable de la défense et de l'absence de jurisprudence antérieure. L'avocat des défendeurs fait valoir en deuxième lieu que la période de calcul des intérêts courus avant jugement ne devrait débiter que le 20 décembre 1984, date à laquelle les demandereses ont avisé les défendeurs

defendants knew nothing of the damaged pipeline nor the plaintiffs' claim in respect thereof. Thirdly, it is submitted that the estimated cost of permanent repairs in the sum of \$114,618 should be excluded from any award of pre-judgment interest because the repairs were never executed and the plaintiffs were not out-of-pocket for that amount.

Counsel for the plaintiffs points out that the prayer for relief in the statement of claim claims interest "from the date of the loss until the date of Judgment". He also points to the invariable practice in admiralty cases of allowing pre-judgment interest as an integral part of the damages awarded and submits that the exercise of judicial discretion with respect thereto must be related to the task of fully compensating the plaintiff or the money wrongfully withheld, citing *John Maryon International Limited et al. v. New Brunswick Telephone Co., Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469; 141 D.L.R. (3d) 193; 113 A.P.R. 469; 24 CCLT 146 (C.A.); and *Irvington Holdings Ltd. v. Black et al. and two other actions* (1987), 58 O.R. (2d) 449 (C.A.), at page 484. As for the point that pre-judgment interest should be calculated only from the date of notification of the claim, plaintiffs' counsel submits that the lengthy period for investigating the cause of damage to the pipeline and identifying the responsible culprit was not unreasonable in the circumstances.

In admiralty cases, interest is normally awarded as an integral part of the damages suffered by the plaintiff from the time of the injury or loss, and the discretion for awarding pre-judgment interest should be refused only in exceptional cases: see *Canadian General Electric Co. Ltd. v. Pickford & Black Ltd.*, [1972] S.C.R. 52; (1971), 20 D.L.R. (3d) 432; *Bell Telephone Co. v. The Mar-Tirenno*, [1974] 1 F.C. 294; 52 D.L.R. (3d) 702 (T.D.); affd [1976] 1 F.C. 539; 71 D.L.R. (3d) 608

pour la première fois des dommages causés au gazoduc et du montant estimatif de leurs pertes. Selon lui, il serait injuste d'accorder des intérêts courus avant jugement calculés à partir d'une date antérieure, puisque les défendeurs n'avaient aucune connaissance des dommages causés au gazoduc ni de la revendication des demanderesse à cet égard. L'avocat fait valoir en troisième lieu que le coût estimatif des réparations permanentes, soit la somme de 114 618 \$, devrait être exclu de toute adjudication d'intérêts courus avant jugement puisque les réparations n'ont jamais été exécutées et que les demanderesse n'ont jamais déboursé ce montant.

L'avocat des demanderesse souligne que la demande de réparation figurant dans la déclaration comprend des intérêts [TRADUCTION] «à compter de la date de la perte jusqu'à la date du jugement». Il souligne également qu'il est de pratique constante, en matière d'amirauté, d'accorder des intérêts courus avant jugement comme partie intégrante des dommages-intérêts, et fait valoir que l'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire à cet égard doit porter sur l'indemnisation complète de la demanderesse pour les sommes d'argent retenues à tort, citant les décisions *John Maryon International Limited et al. v. New Brunswick Telephone Co., Ltd.* (1982), 43 N.B.R. (2d) 469; 141 D.L.R. (3d) 193; 113 A.P.R. 469; 24 CCLT 146 (C.A.); et *Irvington Holdings Ltd. v. Black et al. and two other actions* (1987), 58 O.R. (2d) 449 (C.A.), à la page 484. En ce qui a trait à la prétention selon laquelle les intérêts courus avant jugement ne devraient être calculés qu'à compter de la date de signification de la demande, l'avocat des demanderesse prétend que la longue période consacrée à déterminer la cause du dommage subi par le gazoduc et à en identifier l'auteur n'était pas déraisonnable dans les circonstances.

Dans les affaires d'amirauté, on accorde normalement les intérêts comme partie intégrante des dommages subis par le demandeur à partir de la date du préjudice ou de la perte, et le pouvoir discrétionnaire d'accorder des intérêts courus avant jugement ne devrait être écarté que dans des cas exceptionnels: voir *Canadian General Electric Co. Ltd. c. Pickford & Black Ltd.*, [1972] R.C.S. 52; (1971), 20 D.L.R. (3d) 432; *La cie de téléphone Bell c. Le Mar-Tirenno*, [1974] 1 C.F. 294;

(C.A.); *Davie Shipbuilding Limited v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461; 4 D.L.R. (4th) 546; 53 N.R. 50 (C.A.); and *Drew Brown Ltd. v. The "Orient Trader"*, [1974] S.C.R. 1286.

In *Canadian General Electric Co. Ltd. v. Pickford & Black Ltd.*, *supra*, the Supreme Court held that the plaintiff was entitled to interest on its claim for cargo damage from the date when the goods should have been delivered. Ritchie J. alluded to the principles administered in admiralty courts with respect to the allowance of pre-judgment interest, and stated at page 57:

It is thus well settled that there is a clear distinction between the rule in force in the common law courts and that in force in admiralty with respect to allowing a claim for interest as an integral part of the damages awarded.

In *Bell Telephone Co. v. The Mar-Tirenno*, *supra*, Addy J., at trial, stated the following principle at pages 311-312:

It is clear that this Court, under its admiralty jurisdiction, has the right to award interest as an integral part of the damages suffered by the plaintiff regardless of whether the damages arose *ex contractu* or *ex delicto*.

... interest in these cases is not awarded to the plaintiff as punitive damages against the defendant but as part and parcel of that portion for which the defendant is responsible of the initial damage suffered by the harmed party and it constitutes a full application of the principle of *restitutio in integrum*.

This principle was expressly approved by Mr. Justice Urie in delivering the judgment of the Federal Court of Appeal in the *Davie Shipbuilding* case, *supra*.

In *Drew Brown Ltd. v. The "Orient Trader"*, *supra*, the owners of a cargo of tin brought action against the carrier for cargo damage and the latter counterclaimed for contribution in accordance with the general average terms of the contract. The Trial Judge dismissed the claim of the owners and allowed the counterclaim for general average adjustment, but disallowed interest to the date of judgment on the general average adjustment awarded against the owners, and this became the subject-matter of a cross-appeal by the carrier. A majority of the Supreme Court dismissed the

52 D.L.R. (3d) 702 (1^{re} inst.), conf. par [1976] 1 C.F. 539; 71 D.L.R. (3d) 608 (C.A.); *Davie Shipbuilding Limited c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461; 4 D.L.R. (4th) 546; 53 N.R. 50 (C.A.); et *Drew Brown Ltd. c. Le «Orient Trader»*, [1974] R.C.S. 1286.

Dans l'arrêt *Canadian General Electric Co. Ltd. c. Pickford & Black Ltd.*, précité, la Cour suprême a statué que la demanderesse avait droit aux intérêts courus dans sa demande fondée sur le dommage causé à sa cargaison et ce, à compter de la date où la cargaison aurait dû être livrée. Le juge Ritchie a fait allusion aux principes établis en cour d'amirauté à l'égard des intérêts courus avant jugement, et déclaré ce qui suit, à la page 57:

Il est donc bien établi qu'il y a une nette distinction entre la règle appliquée dans les cours de *common law* et celle qui l'est en amirauté quant à ce qui est d'accorder une demande d'intérêts comme partie intégrante des dommages adjugés.

Dans la décision *La cie de téléphone Bell c. Le Mar-Tirenno*, précitée, le juge Addy, au procès, a énoncé le principe suivant, aux pages 311 et 312:

Il est certain que cette cour, en sa juridiction d'amirauté, a compétence pour allouer des intérêts à titre de partie intégrante des dommages-intérêts auxquels la demanderesse peut par ailleurs avoir droit, que ce soit *ex contractu* ou *ex delicto*.

Dans les affaires de ce genre, on n'accorde pas les intérêts au demandeur à titre de pénalité contre le défendeur, mais simplement comme partie intégrante de l'indemnisation du dommage initial subi par la partie lésée et imputable au défendeur: ceci constitue une application totale du principe *restitutio in integrum*.

Ce principe a été expressément approuvé par le juge Urie dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Davie Shipbuilding*, précité.

Dans l'arrêt *Drew Brown Ltd. c. Le «Orient Trader»*, précité, les propriétaires d'une cargaison d'étain ont intenté une action contre le transporteur pour des dommages causés à la cargaison, et le transporteur a présenté une demande reconventionnelle pour contribution conformément aux modalités d'avarie commune du contrat. Le juge de première instance a rejeté la demande des propriétaires et accueilli la demande reconventionnelle visant la contribution d'avarie commune, mais refusé d'accorder les intérêts jusqu'à la date du jugement sur la contribution d'avarie commune accordée à l'encontre des propriétaires, ce qui a été porté en appel incident par le transporteur. Dans

appeal of the owners and allowed the carrier's cross-appeal, Hall and Spence JJ. dissenting.

Laskin J., dealing with the Trial Judge's reasons on the counterclaim award, said at page 1335:

I see nothing in the trial judge's reasons to support his refusal to allow interest to the date of judgment. The delay in asserting the counterclaim, in which interest was claimed on the general average contribution, is not a mitigating factor in favour of the appellant when it had from the outset resisted the demand for such contribution. Moreover, the complexity of the issues with which the trial judge had to deal affected both parties equally. In line with the principle considered by this Court in *Canadian General Electric Co. Ltd. v. Pickford and Black Ltd.*, the respondent should have interest from the date of the general average adjustment to the date of judgment. There are no special considerations to support a discretionary exercise of authority to deny interest for this period.

I find therefore that the plaintiffs are entitled to pre-judgment interest on the total damages award of \$873,800 from the date of injury on December 24, 1983 to the date of judgment at the agreed rate of 9.5 per cent per annum. Moreover, to paraphrase the words of Laskin J. in the *Orient Trader* case, I am clearly of the opinion that there are "no special considerations to support a discretionary exercise of authority to deny interest for this period".

V. Conclusion

For the foregoing reasons, I award judgment in favour of the plaintiffs for total damages of \$873,800, together with pre-judgment interest thereon at the rate of 9.5 per cent per annum from December 24, 1983 to the date of judgment and post-judgment interest thereafter at the same rate, until payment. The plaintiffs are entitled to their taxable costs of the action.

un jugement majoritaire, la Cour suprême a rejeté l'appel des propriétaires et accueilli l'appel incident du transporteur, les juges Hall et Spence étant dissidents.

^a Le juge Laskin, examinant les motifs du juge de première instance lorsqu'il a accueilli la demande reconventionnelle, a déclaré ce qui suit, à la page 1335:

^b Je ne vois rien dans les motifs du juge de première instance qui justifie son refus d'accorder l'intérêt jusqu'à la date du jugement. La présentation tardive de la demande reconventionnelle, dans laquelle était réclamé l'intérêt sur la contribution d'avarie commune, n'est pas un facteur atténuant en faveur de l'appelante qui s'est opposée depuis le début à la demande d'une telle contribution. De plus, la complexité des questions dont le juge de première instance a été saisi a eu le même effet sur les deux parties. Suivant le principe considéré par cette Cour dans *Canadian General Electric Co. Ltd. c. Pickford and Black Ltd.*, l'intimé doit toucher l'intérêt à compter de la date du règlement d'avarie commune jusqu'à la date du jugement.

^c Aucune considération spéciale ne justifie l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en vue de refuser d'accorder l'intérêt pour cette période.

Je conclus donc que les demandereses ont droit aux intérêts courus avant jugement sur la totalité des dommages-intérêts, 873 800 \$, à compter de la date du préjudice, le 24 décembre 1983, jusqu'à la date du jugement, au taux convenu de 9,5 % par année. De plus, pour reprendre les termes du juge Laskin dans l'arrêt *Orient Trader*, je suis nettement d'avis qu'«Aucune considération spéciale ne justifie l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en vue de refuser d'accorder l'intérêt pour cette période.»

V. Conclusion

^g Pour les motifs susmentionnés, j'accueille la demande en dommages-intérêts des demandereses pour la somme de 873 800 \$, en plus des intérêts courus avant jugement sur cette somme, au taux de 9,5 % par année, du 24 décembre 1983 à la date du jugement, et des intérêts à courir après le jugement, au même taux, jusqu'au paiement. Les demandereses ont droit à leurs dépens taxables dans l'action.

T-210-88

T-210-88

Her Majesty the Queen (Plaintiff) (Appellant)

v.

Marcel Dumais (Defendant) (Respondent)INDEXED AS: *DUMAIS v. M.N.R. (T.D.)*

Trial Division, Dubé J.—Québec, October 12; Ottawa, November 23, 1989.

Income tax — Income calculation — Capital gains — Effect of Civil Code art. 1292 on liability for taxable capital gain from disposition of real estate part of common property under Quebec matrimonial regime of community of moveables and acquets — Under regime, husband and wife co-owners of land — However, as husband administers community property and has unlimited enjoyment of income produced by community, including capital gain, husband must pay taxes on all capital gains — Wife not liable for tax on capital gain as having no right to freely dispose of income made at time of sale — 1961 Supreme Court of Canada decision in Sura v. The Minister of National Revenue still applicable in spite of 1964 amendments to Civil Code — Taxes should affect all Canadians equally; unfair for taxpayers in one province to be favoured by provincial legislation when dealing with application of Income Tax Act.

The respondent was married in Quebec in 1950 under the legal matrimonial regime of community of property, since renamed community of moveables and acquets. In 1973, the respondent acquired land, part of which he sold in 1982, making a gain of \$63,118, of which \$31,559 was taxable. In his 1982 tax return, the respondent included only half this amount. The Minister reassessed the respondent on the basis that he was liable for taxes on all of the taxable capital gain. This was an appeal from a Tax Court of Canada decision holding that the respondent only owed taxes on half of the taxable capital gain.

Held, the appeal should be allowed.

The question was whether the concept of property in the Act determined the outcome of the case, or whether the *Civil Code* rules (especially article 1292 thereof) governing the community of moveables and acquets took priority. The 1961 decision of the Supreme Court of Canada in *Sura v. The Minister of National Revenue* still applied. In that case, the question was whether, for tax purposes, the income from the community of property resulting from the taxpayer's salary and real estate rentals was the taxpayer's income only, or whether half belonged to his wife. It was first stated that the general policy of the *Income Tax Act* was to impose income tax on the person and not on the property, and that the only person liable to pay tax on income was the person who had absolute enjoyment of it. While it was recognized that the wife was the co-owner of the community assets, the Court found that since she received

Sa Majesté la Reine (demanderesse) (appelante)

c.

Marcel Dumais (défendeur) (intimé)RÉPERTORIÉ: *DUMAIS c. M.R.N. (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge Dubé—Québec, 12 octobre; Ottawa, 23 novembre 1989.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gain en capital — Effet de l'art. 1292 du Code civil sur la responsabilité à l'égard de l'impôt sur le gain en capital découlant de la disposition d'un bien immobilier qui faisait partie de la masse commune de biens en vertu du régime matrimonial québécois de la communauté de biens et d'acquêts — En vertu de ce régime, le mari et la femme sont copropriétaires du terrain — Toutefois, puisque le mari administre les biens de la communauté et qu'il a la jouissance sans restrictions des revenus que la communauté produit, dont le gain en capital, il doit payer l'impôt sur tous les gains en capital — La femme n'est pas assujettie à l'impôt sur le gain en capital puisqu'elle n'a pas la libre disposition des revenus réalisés lors de la vente — L'arrêt rendu par la Cour suprême en 1961 dans l'affaire Sura v. The Minister of National Revenue s'applique encore malgré les modifications apportées en 1964 au Code civil — L'impôt devrait atteindre tous les Canadiens également; il est inéquitable que les contribuables d'une province soient favorisés par le biais d'une loi provinciale face à l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu.

L'intimé s'est marié au Québec en 1950 sous le régime matrimonial légal de la communauté de biens, qui a changé de nom pour devenir depuis la communauté de meubles et acquêts. En 1973, l'intimé a acquis un terrain dont il a vendu une partie en 1982, réalisant un gain de 63 118 \$ dont la partie imposable était de 31 559 \$. Dans sa déclaration d'impôt de 1982, il a inclu seulement la moitié de cette somme. Le ministre établi une nouvelle cotisation en partant du principe que l'intimé était redevable de l'impôt sur tout le gain en capital imposable. Il s'agit d'un appel formé contre la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a statué que l'intimé n'était redevable de l'impôt que sur la moitié du gain en capital imposable.

Jugement: l'appel devrait être accueilli.

Il s'agit de déterminer si la notion de propriété dans la Loi est déterminante du sort du litige, ou si elle est subordonnée aux règles du *Code civil* (particulièrement son article 1292) régissant la communauté de meubles et acquêts. L'arrêt rendu en 1961 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Sura c. The Minister of National Revenue* s'applique encore. Dans cette affaire, la question était de savoir si, pour les fins de l'impôt, le revenu de la communauté des biens provenant du salaire et des loyers immobiliers du contribuable était à lui seul, ou si ce revenu était pour moitié celui de sa femme. Il a été tout d'abord énoncé que la *Loi de l'impôt sur le revenu* visait généralement à frapper d'impôt sur le revenu la personne et non les biens, et que seul devait payer l'impôt sur le revenu celui qui en avait la jouissance absolue. Bien qu'on ait reconnu que la femme était copropriétaire des biens de la communauté, la

nothing from the community property before its dissolution, she was not liable to tax on community income.

The issue herein was who made the capital gain and so who was taxable. In spite of a 1964 amendment to the *Civil Code* restricting the husband's power to dispose of common property, he still had the administration of the community property and the unlimited enjoyment of the income produced by the community, including the capital gain. It followed that for a woman married under the community of property, capital gains could not be taxed against her simply because she was the co-owner of property if she had no right to freely dispose of the income made at the time of the sale.

It should also be noted that it would be unfair for taxpayers in one province to be favoured by provincial legislation when dealing with the application of the Act, which should affect all taxpayers equally.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Civil Code of Lower Canada, arts. 1292 (S.Q. 1930-31, c. 101, s. 16; as am. by S.Q. 1964, c. 66, s. 12; 1974, c. 70, s. 443), 1268 to 1450.

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 39, 40(4)(a), 54(c),(e),(f),(h).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Sura v. The Minister of National Revenue, [1962] S.C.R. 65; (1961), 32 D.L.R. (2d) 282; [1962] C.T.C. 1; 62 DTC 1005.

REVERSED:

Dumais (M.) v. M.N.R., [1988] 1 C.T.C. 2205; 88 DTC 1229.

DISTINGUISHED:

R. v. Poynton, [1972] 3 O.R. 727; (1972), 29 D.L.R. (3d) 389; 9 C.C.C. (2d) 32; [1972] CTC 412; 72 DTC 6329 (C.A.); *R. v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428; [1983] CTC 393; 83 DTC 5409; 50 N.R. 321; *Gagnon v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 264; (1986), 25 D.L.R. (4th) 481; [1986] 1 CTC 410; 86 DTC 6179; 65 N.R. 321; 1 R.F.L. (3d) 113.

CONSIDERED:

Laporte, R. v. M.N.R. (1984), 84 DTC 1208; [1984] CTC 2260 (TCC).

REFERRED TO:

MNR v. Faure F., Estate, [1975] CTC 136; 75 DTC 5076; 9 N.R. 61 (F.C.A.); *Curlett v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. vii; 62 DTC 1320; *Minister of National Revenue v. Simon et al.*, [1977] 2 S.C.R. 812; (1977), 76 D.L.R. (3d) 562; [1977] CTC 340; 77 DTC

Cour a conclu que puisqu'elle ne touchait aucun revenu des biens de la communauté avant la dissolution de celle-ci, elle n'était pas assujettie à l'impôt sur le revenu de la communauté.

Il y a à déterminer en l'espèce qui a réalisé le gain en capital et par conséquent qui était imposable. En dépit d'une modification apportée en 1964 au *Code civil*, restreignant ainsi le pouvoir du mari de disposer des biens communs, c'est toujours lui qui administre les biens de la communauté et qui a la jouissance sans restrictions des revenus que la communauté produit, dont le gain en capital. Il s'ensuit que pour la femme commune en biens ne peut être assujettie à l'impôt sur le gain en capital du seul fait qu'elle est copropriétaire d'un bien si elle ne jouit pas du droit à la libre disposition des revenus réalisés lors de sa vente.

Il convient de souligner qu'il serait inéquitable que les contribuables d'une province soient favorisés par le biais d'une loi provinciale face à l'application de la Loi, qui doit viser également tous les contribuables canadiens.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code civil du Bas-Canada, art. 1292 (S.Q. 1930-31, chap. 101, art. 16; mod. par S.Q. 1964, chap. 66, art. 12; 1974, chap. 70, art. 443), 1268 à 1450.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 39, 40(4)a, 54c,e,f,h).

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Sura v. The Minister of National Revenue, [1962] R.C.S. 65; (1961), 32 D.L.R. (2d) 282; [1962] C.T.C. 1; 62 DTC 1005.

DÉCISION INFIRMÉE:

Dumais (M.) c. M.R.N., [1988] 1 C.T.C. 2205; 88 DTC 1229.

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. v. Poynton, [1972] 3 O.R. 727; (1972), 29 D.L.R. (3d) 389; 9 C.C.C. (2d) 32; [1972] CTC 412; 72 DTC 6329 (C.A.); *R. c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428; [1983] CTC 393; 83 DTC 5409; 50 N.R. 321; *Gagnon c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 264; (1986), 25 D.L.R. (4th) 481; [1986] 1 CTC 410; 86 DTC 6179; 65 N.R. 321; 1 R.F.L. (3d) 113.

DÉCISION EXAMINÉE:

Laporte, R. c. M.R.N. (1984), 84 DTC 1208; [1984] CTC 2260 (CCI).

DÉCISIONS CITÉES:

MRN c. Faure F., succession, [1975] CTC 136; 75 DTC 5076; 9 N.R. 61 (C.A.F.); *Curlett v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. vii; 62 DTC 1320; *Ministre du Revenu national c. Simon et autre*, [1977] 2 R.C.S. 812; (1977), 76 D.L.R. (3d) 562; [1977] CTC 340; 77

5228; 15 N.R. 589; 28 R.F.L. 363; *Garant (I) v. The Queen*, [1985] 1 CTC 153; (1985), 86 DTC 6256 (F.C.T.D.); case on appeal A-287-85.

DTC 5228; 15 N.R. 589; 28 R.F.L. 363; *Garant (I) c. La Reine*, [1985] 1 CTC 153; (1985), 86 DTC 6256 (C.F. 1^{re} inst.); dossier en appel A-287-85.

AUTHORS CITED

- Baudouin, Jean-Louis. "Examen Critique de la Réforme sur la Capacité de la Femme Mariée Québécoise" (1965), 43 *Can. Bar Rev.* 393.
- Beauregard, Pierre-Jean. "Interaction du droit civil et de la Loi de l'impôt", *Report of Proceedings of the Thirty-seventh Tax Conference*. Canadian Tax Foundation, 1985.
- Caparros, Ernest. *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3rd ed., Montréal: Wilson & Lafleur, 1985.
- Comtois, Roger. *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal: Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964.
- Dionne, André and Turcot, Michel. "Aspects fiscaux des diverses étapes de la vie conjugale selon le nouveau droit familial: IV Imposition pendant la durée du régime", [1981] *C.P. du N.* 401.
- Mayrand, Albert. "Commentaires, Impôt sur le revenu—Revenu du mari commun en biens—Nature du droit de la femme sur les biens de la communauté" (1962), 40 *Can. Bar Rev.* 256.
- Pineau, Jean et Burman, Danielle. *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal: Thémis, 1984.

COUNSEL:

Roger Roy for plaintiff (appellant).
Daniel Dumais for defendant (respondent).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for plaintiff (appellant).
Daniel Dumais, Chicoutimi, Québec, for defendant (respondent).

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

DUBÉ J.: This appeal seeks to reverse a decision of the Tax Court of Canada,¹ holding that the respondent only owed tax on half the taxable capital gain from the disposition in 1982 of real estate which was part of the common property under the Quebec matrimonial regime of community of moveables and acquêts.²

¹ *Dumais (M.) v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2205; 88 DTC 1229.

² *Civil Code of Lower Canada*, arts. 1268 to 1450.

DOCTRINE

- Baudouin, Jean-Louis. «Examen Critique de la Réforme sur la Capacité de la Femme Mariée Québécoise» (1965), 43 *R. du B. Can.* 393.
- Beauregard, Pierre-Jean. «Interaction du droit civil et de la Loi de l'impôt», *Report of Proceedings of the Thirty-seventh Tax Conference*. L'Association Canadienne d'Études Fiscales, 1985.
- Caparros, Ernest. *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd., Montréal: Wilson & Lafleur, 1985.
- Comtois, Roger. *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal: Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964.
- Dionne, André et Turcot, Michel. «Aspects fiscaux des diverses étapes de la vie conjugale selon le nouveau droit familial: IV Imposition pendant la durée du régime», [1981] *C.P. du N.* 401.
- Mayrand, Albert. «Commentaires, Impôt sur le revenu—Revenu du mari commun en biens—Nature du droit de la femme sur les biens de la communauté» (1962), 40 *R. du B. Can.* 256.
- Pineau, Jean et Burman, Danielle. *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal: Thémis, 1984.

AVOCATS:

Roger Roy pour la demanderesse (appelante).
Daniel Dumais pour le défendeur (intimé).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour la demanderesse (appelante).
Daniel Dumais, Chicoutimi (Québec) pour le défendeur (intimé).

Voici les motifs du jugement rendus en français par

LE JUGE DUBÉ: Cet appel cherche à infirmer une décision de la Cour canadienne de l'impôt¹, selon laquelle l'intimé n'était redevable de l'impôt que sur la moitié du gain en capital imposable provenant de la disposition en 1982 d'un bien immobilier faisant partie de la masse commune de biens en vertu du régime matrimonial québécois de la communauté de meubles et acquêts².

¹ *Dumais (M.) c. M.R.N.*, [1988] 1 C.T.C. 2205; 88 DTC 1229.

² *Code civil du Bas-Canada*, art. 1268 à 1450.

In the appellant's submission, the respondent should be taxed on all the taxable capital gain.

The facts are not in dispute. The respondent was married in 1950 without a marriage contract, when the legal regime was that of community of property. This matrimonial regime has remained unchanged. In 1973, the respondent acquired with the proceeds of his work land, part of which he resold in 1982, making a gain of \$63,118 of which \$31,559 was taxable. In computing his income for the 1982 taxation year, the respondent included half this amount.

The appellant did not dispute that the land should be treated as common property.³

In the subject decision the Court considered that the respondent's wife had become co-owner of the land when it was purchased and still was at the time it was sold. She should then have been taxed on the other half of the taxable capital gain, in accordance with sections 39 *et seq.* of the federal *Income Tax Act*⁴ ("the Act").

Paragraph 39(1)(a) in effect in 1982 read as follows:

39. (1) For the purposes of this Act,

(a) a taxpayer's capital gain for a taxation year from the disposition of any property is his gain for the year determined under this subdivision (to the extent of the amount thereof that would not, if section 3 were read without reference to the expression "other than a taxable capital gain from the disposition of a property" in paragraph (a) thereof and without reference to paragraph (b) thereof, be included in computing his income for the year or any other taxation year) from the disposition of any property of the taxpayer other than . . . [My emphasis.]

Paragraphs 40(4)(a) and 54(e) and (f) referred to by the decision are also concerned with the ideas of capital gain and ownership.

Capital gains were not taxable before the new 1972 Act.

Essentially the question is whether the concept of property in the Act in fact determines the outcome of the case, or whether the rules governing the community of moveables and acquests take

Selon l'appelante, l'intimé doit être imposé sur la totalité du gain en capital imposable.

Les faits ne sont pas contestés. L'intimé s'est marié en 1950 sans contrat de mariage, alors que le régime légal était celui de la communauté de biens. Ce régime matrimonial est demeuré inchangé depuis. En 1973, l'intimé a acquis à même le produit de son travail un terrain dont il a revendu une partie en 1982, réalisant un gain de 63 118 \$ dont la partie imposable était de 31 559 \$. Dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 1982, l'intimé n'a inclus que la moitié de cette somme.

L'appelante ne conteste pas la qualification du terrain comme étant un bien commun³.

Dans la décision dont appel, la Cour était d'avis que l'épouse de l'intimé était devenue copropriétaire du terrain au moment de son acquisition et qu'elle l'était encore au moment de sa disposition. Elle devait alors être imposée sur l'autre moitié du gain en capital imposable, conformément aux articles 39 et suivants de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada⁴ (la «Loi»).

L'alinéa 39(1)a) en vigueur en 1982 se lisait comme suit:

39. (1) Aux fins de la présente loi,

a) un gain en capital d'un contribuable, tiré, pour une année d'imposition, de la disposition d'un bien quelconque, désigne le gain, déterminé conformément aux dispositions de la présente sous-section (jusqu'à concurrence du montant de ce gain qui ne serait pas, si l'on supprimait, dans l'alinéa a) de l'article 3, l'expression «autre qu'un gain en capital imposable résultant de la disposition d'un bien» et si l'on supprimait l'alinéa b) de ce même article 3, inclus dans le calcul de son revenu pour l'année ou pour toute autre année d'imposition) que ce contribuable a tiré, pour l'année, de la disposition d'un bien lui appartenant, autre . . . [Mon soulignement.]

Les alinéas 40(4)a) et 54(e) et (f) auxquels réfère le jugement relie également les notions de gain en capital et de propriété.

Les gains en capital n'étaient pas imposables avant la nouvelle Loi de 1972.

Il s'agit essentiellement de déterminer si la notion de propriété dans la Loi est effectivement déterminante du sort du litige, ou bien si elle doit être subordonnée aux règles régissant la commu-

³ Art. 1272 C.C.

⁴ S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended.

³ Art. 1272 C.c.

⁴ S.C. 1970-71-72, chap. 63, tel que modifié.

priority over it. For these purposes the most important of these rules is contained in article 1292 C.C., which since 1974⁵ reads as follows:

Art. 1292. The husband alone administers the property of the community subject to the provisions of article 1293 and articles 1425a and following.

He cannot sell, alienate or hypothecate without the concurrence of his wife any immovable property of the community but he can, without such concurrence, sell, alienate or pledge any moveable property other than a business or than household furniture in use by the family.

The husband cannot, without the concurrence of his wife, dispose by gratuitous title *inter vivos* of the property of the community, except small sums of money and customary presents.

This article does not limit the right of a husband to name an owner under article 2540 or to name a third person beneficiary of annuities, retirement pensions or life insurances, and no compensation is due by reason of the sums or premiums paid out of the property of the community if the beneficiary or owner be the spouse or the children of either the husband or the spouse. [My emphasis.]

The Supreme Court rendered the leading decision on this matter in *Sura v. The Minister of National Revenue*,⁶ which was cited by both parties in support of their respective arguments.

In that case the question was whether, for tax purposes, the income from the community of property resulting from the taxpayer's salary and real estate rentals was the income only of the taxpayer, or whether half the income was the taxpayer's and the other half belonged to his wife.

Speaking for the Court, Taschereau J. revised the definition of the term "income" in the federal statute in effect at that time. He concluded (at page 284 D.L.R.):

Nothing in subsequent amendments of the statute has changed the principle that it is not the ownership of a thing which is taxable but the tax is imposed on a taxpayer and is determined by the income that he receives from his employment, his business, his property, or the property of which he is the legal beneficiary. As Mignault, J., said in *McLeod v. Minister of Customs and Excise*, (1917-27) C.T.C. 290, at page 296:

All this is in accord with the general policy of the Act which imposes the income tax on the person and not on the property.

⁵ [Art. 1292 C.C. as am. by] S.Q. 1974, c. 70, s. 443.

⁶ [1962] S.C.R. 65; (1961), 32 D.L.R. (2d) 282; [1962] C.T.C. 1; 62 DTC 1005.

nauté de meubles et acquêts. Pour les fins de la présente, la plus importante de ces règles se trouve à l'article 1292 C.c. lequel depuis 1974⁵ se lit comme suit:

Art. 1292. Le mari administre seul les biens de la communauté sous réserve de dispositions de l'article 1293 et des articles 1425a et suivants.

Il ne peut, sans le concours de sa femme, vendre, aliéner ou hypothéquer les immeubles de la communauté mais il peut, sans ce concours, vendre, aliéner ou nantir les biens meubles autres que les fonds de commerce et les meubles meublants affectés à l'usage du ménage.

Le mari ne peut, sans le concours de sa femme, disposer entre vifs à titre gratuit des biens de la communauté, excepté de sommes modiques et de présents d'usage.

Le présent article ne limite pas le droit d'un mari de désigner un propriétaire selon l'article 2540 ou de désigner un tiers bénéficiaire d'une rente, d'une pension de retraite ou d'une assurance sur la vie, et aucune récompense n'est due en raison des sommes ou primes payées à même les biens de la communauté si le conjoint ou les enfants du mari ou du conjoint sont bénéficiaires ou propriétaires. [Mon soulignement.]

La Cour suprême a rendu la décision fondamentale en ce domaine dans *Sura v. The Minister of National Revenue*⁶, laquelle a été citée par les deux parties pour étoffer leurs prétentions respectives.

Dans cette affaire, la question était de savoir si, pour les fins d'impôt, le revenu de la communauté de biens provenant du salaire du contribuable et des loyers immobiliers était le revenu seul de celui-ci, ou si ce revenu était pour moitié le revenu du contribuable et pour l'autre moitié le revenu de sa femme.

Au nom de la Cour, le juge Taschereau a révisé la définition du terme «revenu» dans la loi fédérale en vigueur à l'époque. Il conclut (à la page 68 R.C.S.):

Rien dans les amendements subséquents apportés à la loi, ne change le principe que ce n'est pas la propriété d'un bien qui est taxable, mais que la taxe est imposée sur un contribuable, et est déterminée par le revenu que l'emploi, les entreprises, les biens, ou la propriété procurent à celui qui en est le bénéficiaire légal. Comme l'a dit M. le Juge Mignault dans la cause de *McLeod v. Minister of Customs and Excise* ([1926] S.C.R. 457 à la p. 464, 1 D.T.C. 85 (1917-27) C.T.C. 290):

All of this in accord with the general policy of the Act which imposes the Income Tax on the person and not on the property.

⁵ [Art. 1292 C.c. mod. par] L.Q. 1974, chap. 70, art. 443.

⁶ [1962] R.C.S. 65; (1961), 32 D.L.R. (2d) 282; [1962] C.T.C. 1; 62 DTC 1005.

That proposition cannot be doubted and without any hesitation or reservation it must be accepted that only the person who has the absolute enjoyment of the income is liable to pay the tax without any regard whatsoever to any restraint that there might be on his right to free disposition of the income (Vide *Robertson Ltd. v. M.N.R.* ([1944] Ex.C.R. 170 at p. 180, 2 D.T.C. 655, [1944] C.T.C. 75)):

On the nature of the community of property, Taschereau J. said (at pages 285-286 D.L.R.):

This system of community recognizes that the husband is paramount in the administration of the property. It is the intention of the Legislature under art. 1292 that the husband is the sole administrator of the community property. He can sell it, alienate it and hypothecate it without the concurrence of his wife.

He alone can dispose of this income, he alone has the unrestrained enjoyment thereof and nothing can go out of the common fund except at his behest. He receives for himself and not as a mandatary or trustee for the benefit of his wife. The latter does not obtain any income therefrom and the benefit to her results from the increase of the community of which she is a co-owner and in which she has an eventual right on its future distribution.

The fact that the husband has a leading part to play does not give him a sole right of ownership over the community property. Indeed, Taschereau J. expressly rejected this theory.⁷ In common with various writers cited, he considered (at pages 286-287 D.L.R.):

Under the authorities, that the husband and wife are co-owners of the assets of the community admits of no doubt and despite the doubts that some authors may entertain, I think that it is now universally recognized that that is the rule which must now govern us.

If it were otherwise, and if the wife was not the co-owner of the common property, she would have to pay on the dissolution of the community succession duty because in that case there would be a passing of property coming to her from her husband. But that is not so because there is not passing of property but a division under which she takes the part belongs to her, and which belongs to her from the time of the marriage. What she receives does not come from the estate of her husband. See also the following authorities to the same effect: 21 Laurent, Civil Law, pp. 224-5; 8 Planiol & Ripert, Civil Law (1957), pp. 328, 331, 704; 3 Jossierand, Civil Law (1933), No. 14; 9 Huc, Civil Code (1896), No. 72; 5 Marcade, Civil Law, 7th ed., p. 444; 14 Durantont, French Law, p. 105.

However, the fact that the wife was co-owner of the common property is not conclusive as to income from the community for tax purposes.

⁷ At pages 288-289 D.L.R.

On ne peut pas plus mettre en doute cette proposition, qu'on peut entretenir la moindre hésitation pour admettre, sans réserve, que seul doit payer l'impôt sur le revenu, celui qui en a la jouissance absolue, entachée d'aucune restriction concernant la libre disposition qu'il juge à propos d'en faire. (Vide *Robertson Ltd. v. M.N.R.* ([1944] Ex.C.R. 170 à la p. 180, 2 D.T.C. 655, [1944] C.T.C. 75.)).

Quant à la nature de la communauté de biens, le juge Taschereau constate (à la page 69 R.C.S.):

Le régime de communauté assure la prépondérance du mari dans l'administration des biens. Comme conséquence de la volonté du législateur (art. 1292), le mari seul administre les biens de la communauté. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer, sans le concours de sa femme.

Lui seul peut disposer de ces revenus, lui seul en a la jouissance sans restrictions, et rien ne peut sortir du fonds commun à moins que ce ne soit comme résultat de l'expression de sa volonté. Il reçoit pour lui, et nullement comme mandataire ou fiduciaire pour le bénéfice de son épouse. Cette dernière ne retire aucun revenu, et son bénéfice consiste dans l'augmentation des biens communs dont elle est copropriétaire et dans lesquels elle a un droit éventuel au partage futur.

Cette prépondérance du mari ne lui conférerait pas un droit de propriété unique sur les biens de la communauté. En fait, le juge Taschereau a explicitement rejeté cette théorie⁷. À l'instar de plusieurs auteurs cités il était d'avis (aux pages 70 et 71 R.C.S.):

Que le mari et la femme soient *copropriétaires* des biens de la communauté, ne peut faire, il me semble, aucun doute dans l'esprit des juristes. Malgré les hésitations qu'ont pu entretenir certains auteurs, je crois qu'il est maintenant universellement admis que c'est bien là la règle qui doit nous régir.

S'il en était autrement, et si la femme n'était pas copropriétaire des biens communs, elle aurait à payer, lors de la dissolution de la communauté, des droits de succession, car il s'agirait alors d'une transmission de biens lui venant de son mari. Mais, il n'en est pas ainsi, car il n'y a pas de *transmission* mais un partage, où elle prend la part qui lui revient et qui lui appartient depuis le mariage. Ce qu'elle reçoit ne provient pas du patrimoine de son époux. Vide également les autorités suivantes qui sont au même effet:—LAURENT, Principes de Droit Civil, vol. 21, pp. 224-225; PLANIOL et RIPERT, (Boulangier) Traité Pratique de Droit Civil, 1957, vol. 8, pp. 328, 331, 704; JOSSERAND, Cours de Droit Civil, 1933, vol. 3, n° 14; HUC, Code Civil, 1896, vol. 9, n° 72; MARCADE, Droit Civil, 7^e éd., vol. 5, p. 444; DURANTON, Cours de Droit Français, vol. 14, p. 105.

Cependant, le fait que l'épouse était copropriétaire des biens communs n'était pas déterminant à l'égard du revenu de la communauté pour les fins

⁷ Aux p. 72-73 R.C.S.

Taschereau J. explained this apparent dichotomy as follows [at page 288 D.L.R.]:

... it is equally true that she has not got the ordinary rights that attach to ownership: art. 406 C.C. Her right is unformed, dismembered and inferior to that which a person who has the bare right of property and another the beneficial right. Her right is stagnant and almost sterile because no benefit accrues therefrom during the joint lives of the parties. It is not until the dissolution of the community that the wife is vested with the full power of ownership which includes the *jus utendi, fruendi et abutendi*, of which her married status temporarily deprives her.

That is why the wife gets no revenue from the community property of which the husband is the sole administrator (art. 1292), without the necessity, generally speaking, of obtaining her husband's consent. All the income belongs to them but he has the right to dispose of it and alienate it even by way of gift subject to the restraint of the law: art. 1292. It therefore follows that the wife obtains no income from the community property. She has no "salary", wages or other remuneration" and nothing accrues to her from "businesses, property and offices and employments". That of course is exactly what is taxable.

The Act, as I have already stated is not concerned with the capital or ownership of things, it is directed at the person and the amount of tax is determined by the benefits that are received. If the wife receives nothing coming from the community property it follows that the treasury cannot claim anything from her.

According to counsel for the respondent, the conclusions in *Sura* were influenced by article 1292 C.C., the version of which was in effect in 1962⁸ provided that the husband was completely free to dispose of community property without the concurrence of his wife. These conclusions were limited by the amendment introduced in 1964,⁹ which is included in the wording set out above, because the disposition of community property was made conditional on concurrence by the wife. He concluded that *Sura* accordingly only applies to income from property or a business, not to a capital gain.

Counsel also pointed out that when this judgment was rendered the concept of the right of ownership of property did not exist in the Act. Capital gains were not taxable. However, since 1972 federal tax legislation has clearly taxed the owner of a capital gain made on the sale of property disposed of. In his submission, concluding otherwise would deprive of all meaning the words "of the taxpayer" in paragraph 39(1)(a) and

⁸ S.Q. 1930-31, c. 101, s. 16.

⁹ [Art. 1292 C.C. as am. by] S.Q. 1964, c. 66, s. 12.

d'impôt. Le juge Taschereau explique cette dichotomie apparente comme suit [à la page 72 R.C.S.]:

il est également vrai qu'elle n'a pas l'exercice de la plénitude des droits que confère normalement la propriété (C.C. 406). Son droit est informe, démembré, inférieur même à celui de quelqu'un qui a la nue propriété d'un bien et dont un autre a l'usufruit. Il est stagnant, presque stérile, parce qu'improductif durant la vie du conjoint. Ce n'est qu'à la dissolution de la communauté que la femme sera investie de la plénitude de son droit de propriété, qui comporte le *jus utendi, fruendi et abutendi*, dont sa condition maritale l'avait temporairement dépouillée.

C'est ainsi qu'elle ne retire aucun revenu des biens de la communauté, dont le mari est le seul administrateur (C.C. 1292), sans qu'il ait besoin, d'une façon générale, d'obtenir le concours de son épouse. Tous les revenus sont les siens dont il peut disposer, qu'il peut aliéner, même à titre gratuit, sauf les restrictions imposées par la loi (C.C. 1292). Il résulte que la femme ne touche aucun revenu des biens communs, qu'elle n'a «aucun traitement, salaire ou rémunération», que rien ne lui «provient d'entreprises, de biens, de charges ou d'emplois». Or, c'est précisément ce qui est taxable.

La loi, comme je l'ai signalé antérieurement, ne recherche pas le capital ou la propriété d'un bien. Elle s'adresse à la personne, et le montant de l'impôt est déterminé par les bénéfices qu'elle recueille.

Selon le procureur de l'intimé, les conclusions de *Sura* ont été influencées par l'article 1292 C.c. dont la version en vigueur en 1962⁸ prévoyait la complète liberté de l'époux de disposer des biens communs sans le concours de son épouse. Ces conclusions sont atténuées par la modification introduite en 1964⁹, laquelle est comprise dans le texte reproduit ci-dessus, parce que la disposition des immeubles de la communauté est devenue conditionnelle au concours de l'épouse. Il conclut que *Sura* ne devrait donc valoir qu'à l'égard du revenu de biens et d'entreprise et non relativement au gain en capital.

Il invoque aussi le fait qu'au moment où ce jugement fut rendu, la notion de droit de propriété d'un bien n'existait pas dans la Loi. Le gain en capital n'était pas imposable. Depuis 1972, cependant, la législation fiscale fédérale impose nettement au propriétaire le gain en capital réalisé sur la vente des biens dont il y a eu disposition. Selon lui, conclure autrement viderait de sens les termes «appartenant» à l'alinéa 39(1)(a), et «acquis» dans

⁸ S.Q. 1930-31, chap. 101, art. 16.

⁹ [Art. 1292 C.c. mod. par] S.Q. 1964, chap. 66, art. 12.

“acquire” throughout the part of the Act dealing with capital gains: it would therefore be wrong in law to argue that taxation of a capital gain is to be determined in accordance with the right to the proceeds of disposition of the property, rather than the right to ownership of the property.

In support of his arguments he cited *Laporte, R. v. M.N.R.*,¹⁰ an earlier decision of the same judge of the Tax Court of Canada on which the decision which is the subject of the appeal at bar was based. In that case it was held that the shares on which the capital gain was made were common property and so jointly owned by husband and wife. After reviewing paragraph 39(1)(a) *et seq.* of the Act, the Court concluded (at page 1218 DTC):

It seems clear from reading these provisions, and others not cited, that the taxpayer, in order to be subject to taxation for a capital gain, must be the owner of the property of which there was a disposition (real or presumed).

Additionally, in the submission of the respondent, in determining taxable income s. 3(b) establishes that a capital gain is considered as income, just as any other income. The respondent further alleged, relying on *Sura* and *James B. McLeod*, that the *Income Tax Act* does not seek to tax ownership, but the beneficiary of the property.

When in 1972 the legislator, in the new *Income Tax Act*, laid down as the fundamental rule for taxing a capital gain that the taxpayer must be the owner of the property which was disposed of, did he not lay down a *sine qua non* condition?—and should the Court not take this into account in interpreting the Act?

The Court is strictly bound by the wording of the Act, and must conclude that under these sections the capital gain resulting from the disposition of common property must be taxed in the hands of the owners of the property, that is the two spouses. Although s. 3(b) determines taxable income, ss. 39(1)(a), 40(4)(a) and 54(c) and (f) determine who should bear the burden of the tax, namely the owner. In fact, s. 3(b) assumes that the taxpayer who is taxed on a capital gain was the owner of the property which was disposed of. In interpreting s. 3(b), reference must be had to ss. 39 *et seq.*, including the condition of ownership of the property.

Counsel for the respondent also cited a scholarly article¹¹ which concludes that *Sura* is not applicable to a capital gain (at page 420):

¹⁰ (1984), 84 DTC 1208; [1984] CTC 2260 (TCC), case on appeal T-959-84.

¹¹ André Dionne and Michel Turcot, “Aspects fiscaux des diverses étapes de la vie conjugale selon le nouveau droit familial: IV Imposition pendant la durée du régime”, [1981] *C.P. du N.* 401, at p. 411.

toute la partie de la Loi qui s’applique au gain en capital: il serait donc mal fondé en droit de prétendre que l’imposition du gain en capital est déterminée en fonction du droit au produit de la disposition du bien plutôt que du droit à la propriété du bien.

À l’appui de ses prétentions, il cite *Laporte, R. c. M.R.N.*¹⁰, une décision antérieure du même juge de la Cour canadienne de l’impôt sur laquelle se base le jugement faisant l’objet du présent appel. Dans cette affaire il a été décidé que les actions donnant lieu au gain en capital étaient des biens communs, donc la copropriété des époux. Après révision de l’alinéa 39(1)(a) et des articles suivants de la Loi, la Cour a conclu (aux pages 1229-1230 DTC):

Il appert clairement à la lecture de ces dispositions et aussi de d’autres non-citées que le contribuable, pour être sujet à la taxation d’un gain en capital, doit être propriétaire du bien dont il y a disposition (réelle ou présumée).

De plus selon l’intimé en établissant le revenu imposable, la disposition 3(b) établi que le gain en capital est considéré comme revenu au même titre que les autres revenus. L’intimé allègue également en s’appuyant sur les affaires *Sura* et *James B. McLeod* que la *Loi de l’impôt sur le revenu* ne cherche pas à imposer la propriété, mais le bénéficiaire du bien.

Lorsqu’en 1972, le législateur, dans la nouvelle *Loi de l’impôt sur le revenu*, pose comme critère fondamental de la taxation d’un gain en capital que le contribuable doit être propriétaire du bien dont il y a disposition, ne vient-il pas poser une condition *sine qua non*? Et la Cour n’aurait-elle pas à tenir compte en interprétant la loi?

La Cour étant strictement liée par le texte de la loi doit conclure que selon ces articles, le gain en capital résultant de la disposition d’un bien commun doit être taxé entre les mains des propriétaires du bien donc entre les mains des deux époux. Même si l’article 3(b) détermine le revenu taxable, les articles 39(1)(a), 40(4)(a), 54(c) et (f) déterminent eux qui doit porter le fardeau de la taxe, c’est le propriétaire. L’article 3(b), en fait, assume que le contribuable imposé sur un gain en capital était propriétaire du bien dont il y a eu disposition. En interprétant l’article 3(b) en effet on doit tenir compte de l’article 39 et suivants, incluant la condition de la propriété du bien.

Le procureur de l’intimé invoque également un article de doctrine¹¹ qui conclut à la non-applicabilité de l’arrêt *Sura* à l’égard du gain en capital (à la page 420):

¹⁰ (1984), 84 DTC 1208; [1984] CTC 2260 (CCI), dossier en appel T-959-84.

¹¹ André Dionne et Michel Turcot «Aspects fiscaux des diverses étapes de la vie conjugale selon le nouveau droit familial: IV Imposition pendant la durée du régime», [1981] *C.P. du N.* 401, à la p. 411.

119. . . . The capital gain should be adjusted in accordance with the right of ownership as determined by the rules of the *Civil Code*. As Taschereau J. very clearly stated that at that period husband and wife were already regarded as co-owners of the common property, it follows that the capital gain should be divided between them.

For all these reasons, he doubted that Taschereau J. would come to the same conclusions today as he did in 1962. He argued that the respondent should be given the benefit of this doubt and urged the Court to be cautious before applying *Sura* to the case at bar.

Counsel for the appellant, for his part, contended that the conclusions in *Sura* are as applicable now as they were in 1962. In the case at bar, as in *Sura*, the fact that the spouses may be designated co-owners of the common property is not conclusive. Further, not all courts have so designated them.¹² The point at issue is not whether there was co-ownership, but rather to determine who has enjoyment of the property and can dispose of it.

In his submission, the change made to article 1292 C.C. in 1964 does not have the effect of reducing the husband's powers. The situation as to common property was only altered in relation to the disposition of real property. It is still the husband who has the right and power to sell common property and to administer income resulting from its sale by himself. It is still he who is the legal beneficiary in the sense mentioned in *Sura*.

As he saw it, the central point is whether the addition of capital gains to the Act altered the system of taxation existing at the time of *Sura*. He suggested that a negative answer may be inferred from the fact that the Act then in effect contained several provisions relating the concept of acquisition to the allocation of capital cost, depreciation and so on. By failing to divide the (presumed) depreciation between the spouses who were co-owners of the property, *Sura* implicitly recognized that income from the property belonged solely to the administrator of the community.

He considered that although paragraph 39(1)(a) speaks of property "of" the taxpayer, the

¹² *MNR v. Faure F., Estate*, [1975] CTC 136; 75 DTC 5076; 9 N.R. 61 (F.C.A.), at pp. 146-147 CTC (reasons of Pratte J.).

119. . . . En effet, le gain en capital devrait s'ajuster en fonction du droit de propriété déterminé selon les règles du *Code civil*. Comme le juge Taschereau affirme de façon très nette que les époux étaient déjà à cette époque considérés comme copropriétaires des biens communs, il résulte que le gain en capital devrait être partagé entre le mari et la femme.

Pour toutes ces raisons, il doute que le juge Taschereau tiendrait aujourd'hui les mêmes propos qu'en 1962. Il prétend que l'intimé doit bénéficier de ce doute, et invite la Cour à faire montre de prudence avant d'appliquer *Sura* au cas présent.

De son côté, le procureur de l'appelante prétend que les conclusions de l'arrêt *Sura* sont aussi applicables aujourd'hui qu'elles l'étaient en 1962. Dans le cas présent, comme dans *Sura*, le fait que les époux peuvent être désignés copropriétaires des biens communs n'est pas déterminant. D'ailleurs cette désignation ne fait pas l'unanimité dans la jurisprudence¹². Le point en litige n'est pas de savoir s'il y a copropriété, il s'agit plutôt de déterminer qui a la jouissance des biens et qui peut en disposer.

Selon lui, la modification apportée à l'article 1292 C.c. en 1964 n'a pas eu pour effet de réduire les pouvoirs du mari. La situation relativement aux biens communs n'a été altérée qu'à l'égard de la disposition des biens immeubles. C'est toujours le mari qui a le droit et le pouvoir de vendre les biens communs et d'administrer seul le revenu provenant de leur disposition. C'est toujours lui qui en est le bénéficiaire légal au sens soulevé dans *Sura*.

À son dire, la question centrale est de savoir si l'ajout du gain en capital à la Loi a modifié le système d'imposition existant à l'époque de *Sura*. Il suggère qu'une réponse négative s'infère du fait que la Loi alors en vigueur comprenait plusieurs dispositions où la notion d'acquisition était liée à l'allocation du coût en capital, la dépréciation, etc. En omettant de partager la dépréciation (présumée) entre les époux copropriétaires des immeubles, l'arrêt *Sura* a implicitement reconnu que le revenu provenant de bien était le revenu seul de l'administrateur de la communauté.

Il considère que même si l'alinéa 39(1)a) parle de bien «appartenant» au contribuable, l'aspect le

¹² *MNR c. Faure F., succession*, [1975] CTC 136; 75 DTC 5076; 9 N.R. 61 (C.A.F.), aux p. 146-147 CTC (motifs de Pratte J.).

most important aspect of the section is that the person who makes a capital gain is the one who derives benefit or gain from the sale. Further, as the respondent was at least co-owner of the property, it was his within the meaning of paragraph 39(1)(a): 100 per cent of the gain made on the sale must accordingly be assessed, because he alone had enjoyment and the free right to dispose of it.

The appellant referred also to a judgment of the Ontario Court of Appeal, *R. v. Poynton*,¹³ where the Court had to determine whether money obtained by fraud was taxable as income. The Court concluded that the fraudulent party should be taxed. It gave the word "income" the following meaning (at page 732 O.R.):

The question is what quality must be attached to a profit, gain or benefit before it can be characterized as "income" for the purpose of taxation? There is no doubt that the word "income" in the *Income Tax Act* is sufficiently wide to include money other than that received from *bona fide* transactions.

The same Court also held that it was not ownership of the income that was conclusive, but enjoyment of it. Referring to *Curlett*,¹⁴ a judgment of the Supreme Court of Canada, it noted (at page 736 O.R.):

The Court in holding that the moneys constituted income in the hands of Curlett did so in the face of his defence that he was under a duty to account and that his entitlement was not absolute. The principle to be elicited from the judgment, as I apprehend it, is that strict legal ownership is not the exclusive test of taxability but that a Court in determining what is income for taxation purposes must have regard to the circumstances surrounding the actual receipt of the money and the manner in which it is held.

The appellant contended that the reasoning in *Poynton* has been approved by the Supreme Court of Canada at least twice.¹⁵ It should however be noted that the circumstances of these two cases and of *Poynton* are considerably different from those of the case at bar.

¹³ [1972] 3 O.R. 727; (1972), 29 D.L.R. (3d) 389; 9 C.C.C. (2d) 32; [1972] CTC 412; 72 DTC 6329 (C.A.).

¹⁴ *Curlett v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. vii; 62 DTC 1320.

¹⁵ *R. v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428; [1983] CTC 393; 83 DTC 5409; 50 N.R. 321, at p. 441, S.C.R.; *Gagnon v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 264; (1986), 25 D.L.R. (4th) 481; [1986] 1 CTC 410; 86 DTC 6179; 65 N.R. 321; 1 R.F.L. (3d) 113, at p. 275, S.C.R.

plus important de l'article, c'est que la personne qui réalise un gain en capital est celle qui tire un bénéfice ou un gain de la disposition. De plus, l'intimé ayant été au moins copropriétaire du bien, ce bien lui appartenait au sens de l'alinéa 39(1)a): le gain réalisé sur la disposition doit donc être évalué à 100 % parce que lui seul en a la jouissance et la libre disposition.

L'appelante se réfère également à un arrêt de la Cour d'appel d'Ontario, *R. v. Poynton*¹³, où il fallait déterminer si des sommes obtenues par fraude étaient imposables à titre de revenu. La Cour a conclu que le fraudeur devait effectivement être imposé. Elle attribuait le sens suivant au terme «*income*» (à la page 732 O.R.):

[TRADUCTION] La question est de savoir comment il faut désigner un profit, un gain ou un bénéfice avant qu'il puisse être qualifié de «revenu» pour fins d'imposition. Il ne fait aucun doute que le mot «revenu» figurant dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* a une portée suffisamment étendue pour inclure des sommes d'argent autres que celles provenant d'opérations conclues de bonne foi.

Cette même Cour a également déterminé que ce n'était pas la propriété du revenu qui était déterminante, mais plutôt la jouissance du revenu. Se référant à l'arrêt *Curlett*¹⁴ de la Cour suprême du Canada, elle constata (à la page 736 O.R.):

[TRADUCTION] La Cour a statué que les sommes d'argent constituaient un revenu de Curlett en dépit de son moyen de défense selon lequel il avait une obligation de rendre compte et son droit n'était pas absolu. Le principe qui se dégage du jugement, selon moi, est que le droit strict de propriété n'est pas l'unique critère de l'assujettissement à l'impôt et qu'en déterminant ce qui constitue un revenu pour fins d'imposition, un tribunal doit tenir compte des circonstances entourant la réception de l'argent et de la façon dont celui-ci est détenu.

L'appelante soutient que le raisonnement dans *Poynton* a reçu l'approbation de la Cour suprême du Canada à au moins deux reprises¹⁵. Il convient de noter, cependant, que les contextes de ces deux arrêts et de *Poynton*, diffèrent sensiblement de celui de la présente affaire.

¹³ [1972] 3 O.R. 727; (1972), 29 D.L.R. (3d) 389; 9 C.C.C. (2d) 32; [1972] CTC 412; 72 DTC 6329 (C.A.).

¹⁴ *Curlett v. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. vii; 62 DTC 1320.

¹⁵ *R. c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428; [1983] CTC 393; 83 DTC 5409; 50 N.R. 321, à la p. 441, R.C.S.; *Gagnon c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 264; (1986), 25 D.L.R. (4th) 481; [1986] 1 CTC 410; 86 DTC 6179; 65 N.R. 321; 1 R.F.L. (3d) 113, à la p. 275, R.C.S.

In my opinion, the question here is not as to whether income exists within the meaning of the Act. No one disputes that the capital gain is income. The issue is to determine who made this gain, and so who is taxable. In order to resolve this issue, it is not necessary to reopen the discussion of the right of ownership of common property. Even if it is true that this discussion is not entirely closed,¹⁶ I think it is clear that the weight of judicial¹⁷ and academic¹⁸ authority concludes that there is co-ownership of common property. I see no need to reach a different conclusion, in view of the decision toward which I am tending.

As regards article 1292 C.C., I do not see the 1964 amendment as conclusive. I agree that when the Supreme Court of Canada handed down its judgment in *Sura*, the scope of the husband's power to dispose of common property was wider than it now is after that amendment. However, neither the amendment nor the original version dealt with the right of ownership. Quebec writers are agreed that the legislator's purpose was actually to remove the husband's leading role and to require that both spouses participate in the disposition of certain types of property, all in the interests of the community.¹⁹

¹⁶ *MNR v. Faure F., Estate, supra*, note 12; Comtois, Roger, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, at pp. 23-56; J. Pineau and D. Burman, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Thémis, 1984, at pp. 229-230.

¹⁷ *Sura v. The Minister of National Revenue, supra*, note 6; *Minister of National Revenue v. Simon et al.*, [1977] 2 S.C.R. 812; (1977), 76 D.L.R. (3d) 562; [1977] CTC 340; 77 DTC 5228; 15 N.R. 589; 28 R.F.L. 363, at pp. 813-814 S.C.R.; *Laporte, R. v. M.N.R., supra*, note 10; *Garant (I) v. The Queen*, [1985] 1 CTC 153; (1985), 86 DTC 6256 (F.C.T.D.), at p. 6258 DTC, case on appeal A-287-85.

¹⁸ *Sura v. The Minister of National Revenue, supra*, note 6 at pp. 286-287 D.L.R.; J.-L. Baudouin, "Examen Critique de la Réforme sur la Capacité de la Femme Mariée Québécoise" (1965), 43 *Can. Bar Rev.* 393, at p. 409; A. Mayrand "Commentaires"—Impôt sur le revenu—Revenu du mari commun en biens—Nature du droit de la femme sur les biens de la communauté (1962), 40 *Can. Bar Rev.* 256, at pp. 258-259; P.-J. Beauregard, "Interaction du droit civil et de la Loi de l'impôt", *Report of Proceedings of the Thirty-seventh Tax Conference*, 1985.

¹⁹ J.-L. Baudouin, *op. cit.*, note 18, at pp. 408-409; E. Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3rd ed., Montréal, Wilson & Lafleur, 1985, at p. 235.

À mon sens, il ne s'agit pas ici de déterminer s'il existe un revenu au sens de la Loi. Personne ne conteste le fait que le gain en capital constitue un revenu. Le litige concerne l'identification de la personne qui a réalisé ce gain et qui, de ce fait, est imposable. La résolution du présent litige ne nécessite pas la réouverture du débat relativement au droit de propriété des biens communs. Même s'il est vrai que ce débat n'est pas entièrement clos¹⁶, il m'appert évident qu'une prépondérance d'autorités jurisprudentielles¹⁷ et doctrinales¹⁸ conclut à la copropriété des biens communs. Je ne vois pas la nécessité de conclure différemment, vu la décision vers laquelle je me dirige.

Quant à l'article 1292 C.c. je n'accorde pas une importance déterminante à la modification de 1964. J'en conviens qu'au moment où la Cour suprême du Canada s'est prononcée dans *Sura*, l'étendue du pouvoir du mari quant à la disposition de biens communs était plus considérable qu'à la suite de cette modification. Cependant, l'amendement, pas plus que la version originale d'ailleurs, ne s'adressait au droit de propriété. Les auteurs québécois reconnaissent que le législateur cherchait plutôt à faire disparaître la pré-éminence du mari et à exiger l'intervention des deux époux à l'égard des actes de disposition de certains biens, le tout dans l'intérêt de la communauté¹⁹.

¹⁶ *MRN c. Faure, F., succession, supra*, note 12; Comtois, Roger, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Le Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, aux pages 23 à 56; Pineau, J. et D. Burman, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Thémis, 1984, aux p. 229-230.

¹⁷ *Sura v. The Minister of National Revenue, supra*, note 6; *Ministre du Revenu national c. Simon et autre*, [1977] 2 R.C.S. 812; (1977), 76 D.L.R. (3d) 562; [1977] CTC 340; 77 DTC 5228; 15 N.R. 589; 28 R.F.L. 363, aux p. 813-814 R.C.S.; *Laporte, R. c. M.R.N., supra*, note 10; *Garant (I) c. La Reine*, [1985] 1 CTC 153; (1985) 86 DTC 6256 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 6258 DTC, dossier en appel A-287-85.

¹⁸ *Sura v. The Minister of National Revenue, supra*, note 6, aux pp. 70-71 R.C.S.; Baudouin, J.-L. «Examen Critique de la Réforme sur la Capacité de la Femme Mariée Québécoise» (1965), 43 *R. du B. Can.* 393, à la p. 409; Mayrand, A. «Commentaires» Impôt sur le revenu—Revenu du mari commun en biens—Nature du droit de la femme sur les biens de la communauté (1962), 40 *R. du B. Can.* 256 aux p. 258-259; Beauregard, P.-J. «Interaction du droit civil et de la Loi de l'impôt», *Report of Proceedings of the Thirty-seventh Tax Conference*, 1985.

¹⁹ Baudouin, J.-L., *op. cit.*, note 18, aux p. 408-409; Caparros, E. *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 1985, à la p. 235.

Having said that, it is worth repeating the following observations of Taschereau J., which convince me that the express introduction of the concept of ownership into tax legislation does not affect the application of his conclusions about capital gains. He said (at pages 284-288 D.L.R.):

... the tax is imposed on a taxpayer and is determined by the income that he receives from his employment, his business, his property or the property of which he is the legal beneficiary.

... only the person who has the absolute enjoyment of the income is liable to pay the tax without any regard whatsoever to any restraint that there might be on his right to free disposition of the income.

He alone can dispose of this income, he alone has the unrestrained enjoyment thereof and nothing can go out of the common fund except at his behest.

All the income belongs to them. It therefore follows that the wife obtains no income from the community property. She has no "salary, wages or other remuneration" and nothing accrues to her from businesses, property and offices and employments". That of course is exactly what is taxable. [My emphasis.]

These remarks by the learned judge are directed in the clearest possible way at the legal beneficiary of the income, not the owner or owners of the property from which that income is derived. None of the amendments made to article 1292 C.C. has altered the identity of the person who has this function: it is still the husband who administers the community property, and it is therefore still the husband who has the unlimited enjoyment of the income produced by the community, including the capital gain. It follows that for a woman married in community of property, a capital gain cannot be taxed simply because she is co-owner of property, if she has no right to freely dispose of the income made at the time of sale.

This conclusion is strengthened by a close reading of paragraphs 54(c) and (h) of the Act, which reads as follows:

54. ...

(c) "disposition" of any property, except as expressly otherwise provided, includes

(i) any transaction or event entitling a taxpayer to proceeds of disposition of property,

(h) "proceeds of disposition" of property includes,

(i) the sale price of property that has been sold,

Ceci étant dit, il convient de réitérer les propos suivants du juge Taschereau, lesquels me convainquent que l'introduction explicite de la notion de propriété dans la législation fiscale n'affecte pas l'application de ses conclusions au gain en capital. Il affirme (aux pages 68 à 72 R.C.S.):

... la taxe est imposée sur un contribuable, et est déterminée par le revenu que l'emploi, les entreprises, les biens ou la propriété procurent à celui qui en est le bénéficiaire légal.

... seul doit payer l'impôt sur le revenu, celui qui en a la jouissance absolue, entachée d'aucune restriction concernant la libre disposition qu'il juge à propos d'en faire.

Lui seul peut disposer de ces revenus, lui seul en a la jouissance sans restrictions, et rien ne peut sortir du fonds commun à moins que ce ne soit comme résultat de l'expression de sa volonté.

Tous les revenus sont les siens ... Il résulte que la femme ne touche aucun revenu des biens communs, qu'elle n'a «aucun traitement, salaire ou rémunération», que rien ne lui «provient d'entreprises, de biens, de charges ou d'emplois». Or, c'est précisément ce qui est taxable. [Mon soulignement.]

Ces remarques du savant juge visent, on ne peut plus clairement, le bénéficiaire légal du revenu, et non pas le ou les propriétaires des biens d'où découle ce revenu. Or, aucun des amendements apportés à l'article 1292 C.c. n'a modifié l'identité du titulaire de ce rôle: c'est toujours le mari qui administre les biens de la communauté, c'est donc toujours le mari qui a la jouissance sans restrictions des revenus que la communauté produit, dont le gain en capital. Il s'ensuit que pour la femme commune en biens, il ne suffit pas pour les fins de l'imposition du gain en capital d'être copropriétaire d'un bien, en l'absence du droit à la libre disposition des revenus réalisés lors de sa vente.

Cette conclusion est renforcée par une lecture attentive des alinéas 54(c) et (h) de la Loi, qui se lisaient comme suit:

54. ...

(c) «disposition de biens» comprend, sauf dispositions contraires expresses,

(i) toute opération ou tout événement donnant droit au contribuable au produit de la disposition de biens,

(h) «produit de la disposition» d'un bien comprend

(i) le prix de vente du bien qui a été vendu,

It should be noted that in the community of property regime article 1292 C.C. gives the husband the right to the proceeds of a disposition of property; and it is not the property that is subject to the tax, but the taxpayer, and in the case at bar, the person who has the proceeds of disposition of the property in his possession.

Finally, it is worth noting certain observations of Albert Mayrand taken from his "Commentaires" on *Sura*:²⁰

[TRANSLATION] . . . in *Sura* our courts and commentators were guided above all by a rule of equity: in a federation, the tax imposed by the central government should affect taxpayers in the various states or provinces equally, regardless of the special features of local legislation. This rule has already been stated by the Privy Council in *Minister of Finance v. Cecil R. Smith*:

Moreover, it is natural that the intention was to tax on the same principle throughout the whole of Canada, rather than to make the incidence of taxation depend on the varying and divergent laws of the particular provinces.

The Tax Appeal Board was more explicit in a recent case (*No. 676 v. M.N.R.* (1959), 23 Tax A.B.C. 263, at p. 266):

The judgment in the *Sura* case, decided in favour of the Minister, sets at rest any suggestion that certain taxpayers in the Province of Quebec, for instance, who are subject to the law of community of property, may be taxed differently from those in any other province.

It would be quite unfair for taxpayers in one province to be favoured by provincial legislation dealing with the application of the Act, which should affect all Canadian taxpayers equally.

For these reasons, the appeal is allowed with costs.

Il faut retenir que dans le régime de la communauté de biens l'article 1292 C.c. accorde au mari le droit au produit de la disposition de biens. Et ce n'est pas le bien qui est frappé par l'impôt, mais le contribuable et, en l'espèce, celui qui a entre les mains le produit de la disposition du bien.

Il convient finalement de noter certaines observations d'Albert Mayrand extraites de ses «Commentaires» sur l'arrêt *Sura*²⁰:

. . . dans l'affaire *Sura* nos tribunaux et commentateurs se sont surtout inspirés d'un principe d'équité: dans une fédération, la taxe imposée par l'autorité centrale doit atteindre également les contribuables des divers États ou Provinces, sans égard aux particularités des lois locales. Le Conseil Privé a déjà formulé ce principe dans *Minister of Finance v. Cecil R. Smith*:

[TRADUCTION] En outre, il est normal que le législateur ait eu l'intention d'imposer tous les contribuables canadiens selon les mêmes principes plutôt que de laisser les incidences de l'impôt dépendre des lois diverses et divergentes des différentes provinces.

La Commission d'Appel de l'Impôt a été plus explicite dans une affaire récente (*No. 676 v. M.N.R.* (1959), 23 Tax A.B.C. 263, à la p. 266):

[TRADUCTION] Le jugement dans l'affaire *Sura*, qui a donné gain de cause au ministre, écarte une fois pour toutes la suggestion que pour certains contribuables de la province de Québec, par exemple, qui sont assujettis au régime de la communauté de biens, les règles d'imposition seraient différentes qu'elles ne le sont pour les contribuables des autres provinces.

En effet, il serait tout à fait inéquitable que les contribuables d'une province soient favorisés par le biais d'une loi provinciale face à l'application de la Loi qui doit viser également tous les contribuables canadiens.

Pour ces motifs, l'appel est accueilli avec frais.

²⁰ *Op. cit.*, note 18, at pp. 260-261.

²⁰ *Op. cit.*, note 18, aux p. 260-261.

T-2543-89

T-2543-89

Ken Yung Yhap (*Applicant*)

v.

Minister of Employment and Immigration (*Respondent*)INDEXED AS: *YHAP v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)*

Trial Division, Jerome A.C.J.—Toronto, March 5; Ottawa, March 8, 1990.

Immigration — Practice — Application for certiorari quashing decision insufficient humanitarian and compassionate grounds to accept application for permanent residence, and mandamus compelling respondent to provide full and fair interview — Paradigm of numerous other applications — Immigration officers applying criteria in “Refugee Claimants Backlog Procedures” to members of refugee backlog — No questions asked about humanitarian or compassionate aspects of case — Criteria limited to particular classes of persons within backlog — Immigration Act, s. 114(2) giving Governor in Council power to exempt persons from requirements of s. 9(1) and to facilitate admission for humanitarian and compassionate reasons — Application allowed — Criteria unlawful fetter on ss. 9(1) and 114(2) discretion.

Judicial review — Prerogative writs — Application for certiorari quashing decision insufficient humanitarian and compassionate grounds to allow application for permanent residence and mandamus compelling respondent to provide full and fair interview — Paradigm of numerous other cases — Application of criteria in “Refugee Claimants Backlog Procedures” unlawful fetter on discretion under Immigration Act, s. 114(2) — Distinction between rigid policy and general rule of thumb discussed — Whether breach of duty of fairness in short notice of hearing date, proceeding in absence of counsel or failing to use Commission interpreters.

This was an application for *certiorari* quashing a decision that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds upon which to allow an application for permanent residence, and *mandamus* compelling the respondent to provide the applicant with a full and fair interview to determine the applicant's humanitarian and compassionate claim. This application was the paradigm of approximately twenty-five other applications. The applicants were part of the refugee

Ken Yung Yhap (*requérant*)

c.

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (*intimé*)RÉPERTORIÉ: *YHAP c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge en chef adjoint Jerome—Toronto, 5 mars; Ottawa, 8 mars 1990.

Immigration — Pratique — Demande visant à obtenir un bref de certiorari qui annulerait la décision selon laquelle il n'y avait pas suffisamment de considérations d'ordre humanitaire et de motifs de commisération pour faire droit à une demande de résidence permanente, et un bref de mandamus qui forcerait l'intimé à accorder une entrevue complète et équitable — Cette demande sert de modèle à plusieurs autres demandes — Les agents d'immigration ont appliqué les critères énoncés dans le document «Procédures de traitement de l'arriéré des revendications du statut de réfugié» aux personnes qui font l'objet de l'arriéré des revendications du statut de réfugié — Aucune question n'a été posée quant aux aspects d'ordre humanitaire de la cause — Ces critères s'appliquent uniquement à certaines des catégories de personnes visées par l'arriéré — L'art. 114(2) confère au gouverneur en conseil le pouvoir d'exempter certaines personnes des exigences de l'art. 9(1) et de faciliter l'admission pour des raisons d'ordre humanitaire — Demande accueillie — Ces critères constituent une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire prévu aux art. 9(1) et 114(2).

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Demande visant à obtenir un bref de certiorari qui annulerait la décision selon laquelle il n'y avait pas suffisamment de considérations d'ordre humanitaire et de motifs de commisération pour faire droit à une demande de résidence permanente, et un bref de mandamus qui forcerait l'intimé à accorder une entrevue complète et équitable — Cette demande sert de modèle à plusieurs autres demandes — L'application des critères figurant au document «Procédures de traitement de l'arriéré des revendications du statut de réfugié» constitue une entrave illicite au pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration — Discussion de la distinction entre une politique rigide et des règles empiriques générales — Le fait de donner un préavis dans un délai court pour la comparution à une audience, de procéder à l'entrevue en l'absence d'avocats ou de ne pas recourir aux interprètes de la Commission constitue-t-il une violation de l'obligation d'agir équitablement?

Il s'agit d'une demande visant à obtenir un bref de *certiorari* qui annulerait la décision selon laquelle il n'y avait pas suffisamment de considérations d'ordre humanitaire et de motifs de commisération pour faire droit à une demande de résidence permanente, et un bref de *mandamus* qui forcerait l'intimé à accorder au requérant une entrevue complète et équitable et à entendre ses considérations d'ordre humanitaire et ses motifs de commisération. Cette demande sert de modèle à environ vingt-

Backlog Clearance Programme. They were interviewed by immigration officers to determine whether there were sufficient humanitarian and compassionate grounds to exempt them from the requirements of section 9 of the *Immigration Act*. The evidence suggested that the officers were not questioning applicants on the humanitarian and compassionate issues. Instead, they were applying criteria set out in a document titled "Refugee Claimants Backlog Procedures". These guidelines applied to particular classes of persons, namely "members of official delegations, athletic teams or cultural groups" and persons in "family dependency situations". The applicants argued that the policy guidelines constituted a fetter on the power of the Governor in Council under subsection 114(2) to both exempt persons from the requirements of subsection 9(1) and to facilitate the admission of persons for humanitarian and compassionate reasons. It was further argued that there had been a breach of the duty of fairness, based on the minimal notice of interview dates given to many applicants, the fact that interviews were often conducted without counsel and in some cases, without a Commission interpreter, and the absence of questions as to the existence of humanitarian factors. Finally, the applicants submitted that the refusal to apply the policy whereunder Chinese nationals with temporary status in Canada would not be removed to China, to those who had already applied for Convention refugee status, was unfair discrimination.

Held, the application should be allowed.

An applicant is entitled, under subsection 114(2), to a full and fair review to determine the existence of humanitarian or compassionate considerations which might warrant exempting him from the requirement of applying for and obtaining a visa before appearing at a port of entry (subsection 9(1)) or otherwise facilitating his admission. This consideration is independent of the consideration of the basic merits of any other application advanced by the applicant. Even where it is evident that all other claims are doomed to failure, the applicant's right to consideration on humanitarian and compassionate grounds may not be unduly restricted.

A factor that may properly be taken into account in exercising a discretion may become an unlawful fetter upon discretion if it is elevated to the status of a general rule that results in the pursuit of consistency at the expense of the merits of individual cases. The discretion conferred by subsection 114(2) is wide. The officer is asked to consider with respect to the possible admission to Canada of an applicant, "reasons of public policy" as well as the "existence of compassionate or humanitarian considerations". As neither the Act nor the Regulations offer any guidance as to what interpretation the officer is to give to such broad terms, chapter 9 of the *Immigration Manual* contains policy guidelines to assist an officer in the exercise of his discretion. The guidelines state that they are not intended as hard and fast rules. Officers are instructed to consider all aspects of cases. In contrast, the policy guidelines contained in the "Refugee Claimants Backlog Procedures" document are rigid and inflexible. The "Humanitarian and Compassionate Review Criteria" set out therein are limited and refer only to a carefully selected segment of the backlog population. They are

cinq autres demandes. Les requérants faisaient partie du Programme d'élimination de l'arriéré des revendications du statut de réfugié. Ils ont eu une entrevue avec des agents d'immigration qui devaient déterminer s'il existait des raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour les exempter des exigences de l'article 9 de la *Loi sur l'immigration*. Il ressort de la preuve que les agents ne leur ont pas posé de questions concernant les aspects d'ordre humanitaire. Au lieu de cela, ils ont appliqué les critères énoncés dans le document intitulé «Procédures de traitement de l'arriéré des revendications du statut de réfugié». Ces lignes directrices s'appliquent aux catégories particulières de personnes, à savoir «les membres d'une délégation officielle, d'une équipe d'athlètes ou d'un groupe culturel», et aux personnes se trouvant dans des «situations de dépendance familiale». Les requérants soutiennent que les lignes directrices entravent l'exercice du pouvoir que le gouverneur tient du paragraphe 114(2), celui d'exempter certaines personnes des exigences du paragraphe 9(1) et de faciliter l'admission de personnes pour des raisons d'ordre humanitaire. Il est allégué en outre qu'il y a eu violation de l'obligation d'agir équitablement parce qu'un préavis a été donné dans un délai minimum à plusieurs requérants pour qu'ils se rendent à leur entrevue, que les entrevues se sont souvent déroulées sans la présence d'un avocat et, dans certains cas, sans recourir à un interprète de la Commission, et qu'on n'a pas posé de questions sur l'existence de facteurs d'ordre humanitaire. En dernier lieu, les requérants font valoir que le refus d'appliquer la politique en vertu de laquelle les ressortissants chinois ayant un statut temporaire au Canada ne seraient pas renvoyés en Chine à ceux qui avaient déjà revendiqué le statut de réfugié constitue une discrimination.

Jugement: la demande devrait être accueillie.

En vertu du paragraphe 114(2), un requérant a droit à un examen complet et équitable afin de déterminer l'existence de considérations d'ordre humanitaire qui permettraient de l'exempter de l'exigence de demander et d'obtenir un visa avant de se présenter à un point d'entrée (paragraphe 9(1)) ou autrement de faciliter son admission. Cet examen doit avoir lieu indépendamment de l'examen du bien-fondé de toute autre demande formulée par le requérant. Même s'il est évident que toutes les autres revendications sont vouées à l'échec, le droit du requérant à un examen des motifs d'ordre humanitaire ne peut être indûment restreint.

Un facteur qui peut à juste titre entrer en ligne de compte dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire peut constituer une entrave illicite à l'exercice de ce pouvoir s'il est érigé en règle générale, ce qui aboutit à la recherche de l'uniformité au détriment du bien-fondé des cas particuliers. Le pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 114(2) est d'une grande portée. On demande à l'agent d'examiner, pour ce qui est de l'admission possible au Canada d'un requérant, les «raisons d'intérêt public» et «d'ordre humanitaire». Puisque ni la Loi ni le Règlement ne donnent de directives quant à l'interprétation que l'agent doit donner de ces termes généraux, le chapitre 9 du Guide de l'immigration contient des lignes directrices qui aident un agent à exercer son pouvoir discrétionnaire. Les lignes directrices énoncent qu'elles ne sont pas des règles strictes. Les agents doivent étudier les cas sous tous leurs aspects. Par contraste, les lignes directrices figurant dans les «Procédures de traitement de l'arriéré des revendications du statut de réfugié» sont rigides. Les «Critères d'examen à caractère humanitaire» qui y sont énoncés visent uniquement un segment

not general policy and "rough rules of thumb", but inflexible self-imposed limitations on discretion, which result in the pursuit of consistency at the expense of the merits of individual cases.

While no single case could have proved that immigration officials had perceived and exercised a limitation on discretion, the evidence of these twenty-five applicants established that immigration officials have done exactly that.

As to the breach of the duty of fairness, it was unclear whether any unfairness may have been cured by inviting some applicants to a second interview or by the success of others at credible basis hearings.

The policy of not returning Chinese nationals, who had not yet applied for refugee status, to China was not intended to replace the refugee provisions, but to protect persons who may, due to the civil strife in China, be in danger upon their return, notwithstanding that they are not Convention refugees. The refusal to apply this policy to the applicant was not unfair.

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.), s. 7.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3 (a),(b),(g), 9(1), 114(2).
Immigration Regulations, SOR/78-172.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Minister of Employment and Immigration et al. v. Jimenez-Perez et al., [1984] 2 S.C.R. 565; (1984), 14 D.L.R. (4th) 609; [1985] 1 W.W.R. 577; 9 Admin. L.R. 280; 56 N.R. 215; *Sobrie v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (F.C.T.D.); *Vardy v. Scott et al.*, [1977] 1 S.C.R. 293; (1976), 9 Nfld. & P.E.I.R. 245; 66 D.L.R. (3d) 431; 28 C.C.C. (2d) 164; 34 C.R. (N.S.) 349; 8 N.R. 91; *Minister of Manpower and Immigration v. Tsiafakis*, [1977] 2 F.C. 216; (1977), 73 D.L.R. (3d) 139 (C.A.).

AUTHORS CITED

de Smith's Judicial Review of Administrative Action, 4th ed., by J. M. Evans, London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

Jones, David P. and de Villars, Anne S. *Principles of Administrative Law*, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

soigneusement choisi de la population qui fait partie de l'arrière. Ils constituent, non pas «une politique générale» ou «des règles empiriques grossières», mais des restrictions inflexibles qu'on impose au pouvoir discrétionnaire, ce qui aboutit à la recherche de l'uniformité au détriment du bien-fondé des cas particuliers.

Certes, un cas isolé ne saurait prouver que les agents ont perçu une restriction et l'ont imposée au pouvoir discrétionnaire; mais il ressort du témoignage de vingt-cinq requérants que les agents d'immigration l'ont fait.

Quant à la violation de l'obligation d'agir équitablement, il n'est pas certain si l'iniquité a pu avoir été corrigée par le fait d'inviter certains requérants à une seconde entrevue ou par le succès d'autres requérants lors des audiences portant sur le minimum de fondement.

La politique consistant à ne pas renvoyer en Chine les ressortissants chinois qui n'ont pas encore demandé de statut de réfugié ne vise pas à remplacer les dispositions adoptées à l'intention des réfugiés, mais à protéger les personnes qui peuvent, en raison du conflit civil dans ce pays, être en danger si elles y retournent, nonobstant le fait qu'elles ne sont pas réfugiés au sens de la Convention. Le refus d'appliquer cette politique au requérant ne constitue pas une injustice.

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, chap. 11 (R.-U.), art. 7.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 3 a),(b),(g), 9(1), 114(2).
Règlement sur l'immigration, DORS/78-172.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et autres c. Jimenez-Perez et autre, [1984] 2 R.C.S. 565; (1984), 14 D.L.R. (4th) 609; [1985] 1 W.W.R. 577; 9 Admin. L.R. 280; 56 N.R. 215; *Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (C.F. 1^{re} inst.); *Vardy c. Scott et autres*, [1977] 1 R.C.S. 293; (1976), 9 Nfld. & P.E.I.R. 245; 66 D.L.R. (3d) 431; 28 C.C.C. (2d) 164; 34 C.R. (N.S.) 349; 8 N.R. 91; *Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Tsiafakis*, [1977] 2 C.F. 216; (1977), 73 D.L.R. (3d) 139 (C.A.).

DOCTRINE

de Smith's Judicial Review of Administrative Action, 4^e éd., par J. M. Evans, London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

Jones, David P. et de Villars, Anne S. *Principles of Administrative Law*, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

COUNSEL:

Cecil Rotenberg, Q.C., Barbara L. Jackman and Diane C. Smith for applicant.
Urszula Kaczmarczyk for respondent. a

SOLICITORS:

Rotenberg, Martinello, Austin, Don Mills, Ontario, for applicant. b
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

JEROME A.C.J.: This matter came on for hearing at Toronto, Ontario, on November 14, 15 and 27, 1989. In reasons dated October 12, 1989, [(1989), 29 F.T.R. 223] Mr. Justice Muldoon has ordered that no absolute or unconditional orders may be made or executed against these applicants until the Court has disposed of their claims for relief (Court File 89-T-676, page 14). On November 14, 1989 I granted the applicant leave to seek the relief set out in the notice of motion dated September 12, 1989. e

The application seeks:

1. An order in the nature of *certiorari* quashing the decision of immigration officials at the Toronto Backlog Clearance, Canada Immigration Centre, the respondent, dated August 16, 1989, which decision indicated that it has been determined that there are insufficient humanitarian and compassionate grounds upon which to accept an application for permanent residence in Canada; g

2. An order in the nature of *mandamus* compelling the respondent to provide the applicant with a full and fair interview of the applicant's humanitarian and compassionate claim in accordance with the law and in accordance with the duty of fairness; i

3. An order for an injunction or prohibition restraining or prohibiting the respondent from proceeding with a final review or credible basis hearing concerning the applicant until Regula- j

AVOCATS:

Cecil Rotenberg, c.r., Barbara L. Jackman et Diane C. Smith pour le requérant.
Urszula Kaczmarczyk pour l'intimé.

PROCUREURS:

Rotenberg, Martinello, Austin, Don Mills (Ontario), pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE EN CHEF ADJOINT JEROME: La présente affaire a été entendue à Toronto (Ontario), les 14, 15 et 27 novembre 1989. Aux termes des motifs qu'il a prononcés le 12 octobre 1989 [(1989), 29 F.T.R. 223], M. le juge Muldoon a ordonné qu'aucune ordonnance absolue ou inconditionnelle ne soit prononcée ou exécutée contre les requérants à l'instance jusqu'à ce que la Cour ait statué sur leurs demandes de réparation (N° du greffe: 89-T-676, page 14). Le 14 novembre 1989, j'ai accordé au requérant l'autorisation de demander la réparation énoncée dans l'avis de requête du 12 septembre 1989. d

f La demande vise à obtenir:

1. Une ordonnance de la nature d'un *certiorari* annulant la décision prise le 16 août 1989 par les fonctionnaires de l'immigration de la section de l'élimination de l'arriéré du Centre d'Immigration Canada de Toronto (l'intimée) aux termes de laquelle il a été décidé qu'il n'y avait pas suffisamment de considérations d'ordre humanitaire et de motifs de commisération pour faire droit à une demande de résidence permanente du Canada; h

2. Une ordonnance de la nature d'un *mandamus* forçant l'intimé à accorder au requérant une entrevue complète et équitable et à entendre ses considérations d'ordre humanitaire et ses motifs de commisération conformément à la loi et à son obligation d'équité;

3. Une injonction ou une ordonnance de prohibition interdisant à l'intimé de procéder à un examen final ou à la tenue d'une audience concernant le minimum de fondement au sujet du

tions are in place allowing the same and/or until the validity or legality of these credible basis hearings have been determined by the Federal Court of Appeal in the case of *Peiroo v. M.E.I.*, Court File No. 89-A-1022 or by this Court;

4. In the alternative, an order in the nature of *certiorari* quashing the decision of the Minister refusing to allow the applicant the benefit of the Policy known as "Current Processing Procedures for persons from the People's Republic of China", OM IS 399 dated June 29, 1989; and

5. An order in the nature of *mandamus* compelling the respondent to process the applicant's application for permanent residence in Canada in accordance with the procedures outlined in this Policy on a fair basis.

It has been agreed by counsel for each party that this application by Ken Yung Yhap is the paradigm of approximately twenty-five other applications brought on simultaneously for adjudication, and that my determination of the issues raised in Mr. Yhap's application will apply to the others. All of the applicants indicated an intention to claim refugee status in Canada prior to January 1, 1989, and were accordingly included in the Backlog Clearance Programme established by the respondent. Because of their country of nationality, some of the applicants are holders of Ministers' Permits.

Several aspects of the applicant's claim for relief may be disposed of briefly. Counsel now confirms that the case of *Peiroo v. M.E.I.*, 89-A-1022, which was before the Federal Court of Appeal, has been settled in a manner which is of no assistance to the applicant's case. Similarly, *Her Majesty the Queen v. The Canadian Council of Churches* (A-223-89), involves issues which may not be resolved for some time. Accordingly, the applicant cannot succeed on the third ground.

The fourth and fifth grounds of relief involve the applicability of Operations Memorandum IS 399: "Current Processing Procedures for persons from the Peoples' Republic of China". Counsel for the applicants has requested an order in the nature of *certiorari* quashing the decision of the Minister

requérant tant qu'un règlement l'autorisant ne sera pas en vigueur ou tant que la validité ou la légalité des audiences concernant le minimum de fondement n'aura pas été tranchée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Peiroo c. M.E.I.*, n° du greffe 89-A-1022, ou par cette Cour;

4. À titre subsidiaire, une ordonnance de la nature d'un *certiorari* annulant la décision par laquelle le ministre a refusé de faire bénéficier le requérant de la politique connue sous le nom de «Formalités applicables aux ressortissants de la République populaire de Chine», NSO IS 399, en date du 29 juin 1989;

5. Une ordonnance de la nature d'un *mandamus* forçant l'intimé à examiner de façon équitable la demande de résidence permanente au Canada du requérant conformément aux formalités énoncées dans cette politique.

Les avocats de chacune des parties ont convenu que cette demande présentée par Ken Yung Yhap sert de modèle à environ vingt-cinq autres demandes devant être tranchées simultanément et que ma décision portant sur les questions soulevées dans la demande de M. Yhap s'appliquera aux autres. Tous les requérants ont manifesté l'intention de réclamer le statut de réfugié au Canada avant le 1^{er} janvier 1989 et ils ont par conséquent été inclus dans le Programme d'élimination de l'arriéré établi par l'intimé. En raison de leur pays d'origine, certains requérants détiennent un permis du ministre.

Plusieurs aspects de la demande de réparation du requérant peuvent être réglés brièvement. L'avocat de celui-ci confirme maintenant que la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Peiroo c. M.E.I.*, 89-A-1022 n'est d'aucun secours à la cause de son client. De même, l'arrêt *Sa Majesté la Reine c. Le Conseil canadien des églises* (A-223-89) porte sur des questions qui peuvent ne pas être résolues avant un certain temps. Le troisième moyen du requérant est par conséquent irrecevable.

Les quatrième et cinquième moyens de redressement concernent l'applicabilité de la Note de service sur les opérations IS 399 intitulée: «Formalités applicables aux ressortissants de la République populaire de Chine». L'avocat des requérants a sollicité une ordonnance de *certiorari* visant à faire

refusing to allow the applicant the benefit of the policy known as "Current Processing Procedures for persons from the Peoples' Republic of China", OM IS 399 dated June 29, 1989, and an order of *mandamus* compelling the respondent to process the applicant's application for permanent residence. The applicant submits that as a citizen of the Peoples' Republic of China, he is being unfairly discriminated against by not being allowed the procedure for landing contained in the provisions of the Policy Guideline applicable to persons in Canada from the Peoples' Republic of China.

The Operations Memorandum in question, indicates that Chinese nationals with temporary status in Canada will not be removed to the Peoples' Republic of China. Four policy options are available to visitors in Canada, including consideration under humanitarian and compassionate guidelines set out in OM IE 252 and IE 9 of the Immigration Manual. The memorandum notes:

It should be borne in mind that these provisions apply to all persons who have in some way individually embarrassed their government and in so doing have exposed themselves to severe sanctions should they return. Chinese authorities have publicly indicated that students in Canada share the blame for the turmoil in China. In view of this, all requests for permanent residence are to be evaluated sympathetically and on an urgent basis.

The policy specifically indicates, however, that persons such as the applicant, who have already registered refugee claims under the Refugee Backlog Programme and under the current legislation, are to be dealt with under those programmes. This has been confirmed by Brian Dougall, manager of the Backlog Clearance Task Force, in his affidavit of October 31, 1989:

The special programme for nationals of the Peoples' Republic of China, attached to this my affidavit as Exhibit "B", does not apply to persons who have already registered refugee claims under the Refugee Backlog Clearance Programme or who have made refugee claims in accordance with the current provisions of the *Immigration Act* . . .

I am unable to conclude that the applicant is being "unfairly discriminated against" by the respondent's failure to process him for landing pursuant to the provisions of the OM IS 399 Policy Guideline. This policy is clearly intended to protect students, visitors and members of the

annuler la décision du ministre qui avait refusé d'accorder au requérant le bénéfice de la politique connue sous le nom de «Formalités applicables aux ressortissants de la République populaire de Chine», NSO IS 399 en date du 29 juin 1989, ainsi qu'une ordonnance de *mandamus* forçant l'intimé à examiner la demande de résidence permanente du requérant. Celui-ci prétend qu'à titre de citoyen de la République populaire de Chine, il est victime de discrimination en ne pouvant pas bénéficier de la procédure relative au droit d'établissement contenue dans les lignes directrices applicables aux ressortissants de la République populaire de Chine se trouvant au Canada.

La Note de service sur les opérations en question indique que les ressortissants chinois ayant un statut temporaire au Canada ne seront pas renvoyés dans la République populaire de Chine. Les visiteurs au Canada ont le choix entre quatre lignes directrices, notamment celles relatives aux considérations humanitaires énoncées dans NSO IE 252 et IE 9 du Guide de l'immigration. La note de service prévoit:

Il faut se rappeler que ces dispositions s'appliquent à toutes les personnes qui ont mis à ce point leur gouvernement dans l'embarras qu'elles s'exposent à des sanctions sévères si elles retournent dans leur pays. Les autorités chinoises ont annoncé publiquement qu'elles blâmaient également les étudiants au Canada pour l'agitation en Chine. C'est pourquoi toutes les demandes de résidence permanente doivent être examinées avec compassion et de toute urgence.

La politique précise toutefois que les personnes, tel le requérant, qui ont déjà revendiqué le statut de réfugié en vertu du Programme d'élimination de l'arriéré et de la législation actuelle, sont régies par ces programmes. Cela a été confirmé par Brian Dougall, directeur du Groupe de travail sur l'élimination de l'arriéré, dans son affidavit du 31 octobre 1989:

[TRADUCTION] Le programme spécial destiné aux ressortissants de la République populaire de Chine, joint à la présente sous la cote «B», ne s'applique pas aux personnes qui ont déjà revendiqué le statut de réfugié en vertu du Programme d'élimination de l'arriéré ou conformément aux dispositions actuelles de la *Loi sur l'immigration* . . .

Je suis incapable de conclure que le requérant est «victime de discrimination» par suite de l'omission de l'intimé d'entendre sa demande de droit d'établissement en vertu des dispositions de la politique NSO IS 399. Cette politique vise manifestement à protéger les étudiants, les visiteurs et

Family Class from the Peoples' Republic of China who may, due to the "current civil strife" in that country, be in some danger upon their return to the Peoples' Republic of China, notwithstanding that they are not Convention refugees. The policy is not intended to replace provisions which have been made for refugees, whether recent arrivals or members of the backlog, from the Peoples' Republic, but rather to act as a supplemental protection for other individuals from that country.

There is no question that the applicant's rights and privileges were affected by the decision of the Minister refusing to allow him the benefit of the OM IS 399 policy, but I am unable to conclude that the refusal was unfair. The terms of the policy leave no doubt that it was not intended to be applied to persons who have already registered refugee claims under the Refugee Backlog Clearance Programme or who have made refugee claims in accordance with the current provisions of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2]. There is no basis on which to find that the application of the terms of the policy to the applicant's situation, resulting in his ineligibility for consideration under the policy, constituted a breach of the general duty of fairness.

Similarly, I am unable to find that *mandamus* is available in a situation such as this one to force the respondent to, in effect, change the terms of the policy and apply it to the applicant's situation. As Mr. Justice Dickson (as he then was) for the Supreme Court of Canada has stated in *Vardy v. Scott et al.*, [1977] 1 S.C.R. 293, at page 301; (1976), 9 Nfld. & P.E.I.R. 245; 66 D.L.R. (3d) 431; 28 C.C.C. (2d) 164; 34 C.R. (N.S.) 349; 8 N.R. 91:

Before *mandamus* can issue there must be a duty, without discretion, upon the person or body against whom the order is directed to do the very thing ordered.

This has been echoed more recently by the Federal Court of Appeal in *Minister of Manpower and Immigration v. Tsiafakis*, [1977] 2 F.C. 216; (1977), 73 D.L.R. (3d) 139 (C.A.), at page 222 F.C.:

Mandamus lies to compel the performance of a public duty which a public authority refuses or neglects to perform although duly called upon to do so.

les membres de la catégorie de la famille provenant de la République populaire de Chine qui peuvent, en raison du «conflit civil actuel» dans ce pays, être en danger s'ils y retournent, nonobstant le fait qu'ils ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention. La politique vise non pas à remplacer les dispositions qui ont été adoptées à l'intention des réfugiés de la République populaire de Chine, qu'ils soient récemment arrivés ou qu'ils fassent partie de l'arriéré, mais plutôt à accorder une protection additionnelle aux autres personnes venant de ce pays.

Il ne fait aucun doute que les droits et privilèges du requérant ont été touchés par la décision du ministre de lui refuser le bénéfice de la politique NSO IS 399, mais je ne saurais conclure que ce refus était injuste. Les termes de cette politique indiquent clairement qu'elle n'est pas censée s'appliquer aux personnes qui ont déjà revendiqué le statut de réfugié en vertu du Programme d'élimination de l'arriéré ou conformément aux dispositions actuelles de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), chap. I-2]. Rien ne permet de conclure que l'application des termes de la politique à la situation du requérant, qui a résulté en l'inadmissibilité de sa demande d'examen en vertu de cette politique, constituait un manquement à l'obligation générale d'agir équitablement.

De même, je ne saurais conclure qu'on peut avoir recours au *mandamus* dans une situation comme en l'espèce pour forcer l'intimé à modifier les termes de la politique et à l'appliquer à la situation du requérant. Comme l'a déclaré M. le juge Dickson (tel était alors son titre) de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vardy c. Scott et autres*, [1977] 1 R.C.S. 293, à la page 301; (1976), 9 Nfld. & P.E.I.R. 245; 66 D.L.R. (3d) 431; 28 C.C.C. (2d) 164; 34 C.R. (N.S.) 349; 8 N.R. 91:

Un *mandamus* ne sera émis que si la personne ou l'organisme visé a l'obligation non discrétionnaire de faire ce que l'ordonnance lui enjoint de faire.

La Cour d'appel fédérale a suivi ce principe dans l'arrêt plus récent *Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Tsiafakis*, [1977] 2 C.F. 216; (1977), 73 D.L.R. (3d) 139 (C.A.), à la page 222 C.F.:

On peut recourir au *mandamus* pour contraindre une autorité publique à remplir un devoir public qu'elle a refusé ou négligé d'accomplir bien que dûment requise de le faire.

In the applicant's case, there is no such specific duty on the part of the Minister to apply the OM IS 399 policy, accordingly, I am unable through a writ of *mandamus* to order the Minister to do so.

Counsel presented two arguments relating to the humanitarian and compassionate review which may also be disposed of briefly. The applicants submit that the Minister has failed to fulfil the "legitimate expectation" or "reasonable expectation" of a humanitarian and compassionate review promised to persons in the Refugee Backlog, in the establishment of restrictive guidelines for such review. The applicants base this argument on their contention that the Minister and her officials in their public statements have indicated that persons who claimed to be Convention refugees before January 1, 1989 would be considered as to whether humanitarian and compassionate grounds existed sufficient to warrant landing in Canada. This "legitimate expectation" has not been fulfilled, the applicants submit, since the actual policy directives issued provide only a limited review on humanitarian and compassionate grounds.

In light of my reasons herein on the issue of the fettering of the discretion conferred by subsection 114(2) of the Act, I will say relatively little on this issue. Regardless of what promises and guarantees have been made by the Minister, the applicant is entitled by virtue of subsection 114(2) of the Act to a review as to whether humanitarian and compassionate grounds exist sufficient to warrant landing in Canada. That is the law as it currently exists, and it must be applied evenly to all who come before it. My reasons herein indicate that the discretion conferred by subsection 114(2) is not to be exercised by the respondent and her officials subject to inflexible and self-imposed limitations, although an expression of flexible general policy, such as that contained in chapter 9 of the Immigration Manual, would be entirely lawful.

Counsel for the applicants also argued that the exercise of the statutory power of discretion under subsections 114(2) and 9(1) of the *Immigration*

Dans le cas du requérant, le ministre n'est pas assujéti à cette obligation expresse d'appliquer la politique NSO IS 399 et par conséquent, je ne peux, par un bref de *mandamus*, ordonner au ministre de le faire.

L'avocat a présenté deux arguments relatifs à l'examen à caractère humanitaire, qui peuvent également être tranchés brièvement. Les requérants soutiennent que le ministre n'a pas respecté [TRADUCTION] «l'attente légitime» ou «l'attente raisonnable» d'un examen à caractère humanitaire promis aux personnes faisant partie de l'arriéré des revendications du statut de réfugié, lorsqu'il a établi les directives restrictives applicables à cet examen. Ils fondent cet argument sur le fait que le ministre et ses fonctionnaires ont déclaré publiquement que les personnes qui réclamaient le statut de réfugié au sens de la Convention avant le 1^{er} janvier 1989 feraient l'objet d'un examen visant à déterminer si elles avaient des raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour justifier leur droit d'établissement au Canada. Cette «attente légitime» n'a pas été remplie, prétendent les requérants, puisque les lignes directrices actuelles qui ont été établies ne prévoient qu'un examen limité pour des raisons d'ordre humanitaire.

Compte tenu des motifs que j'ai prononcés en l'espèce sur la question de l'entrave au pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 114(2) de la Loi, je dirai peu de choses à ce sujet. Quelles que soient les promesses et les garanties qui ont été faites par le ministre, le requérant a le droit, en vertu du paragraphe 114(2) de la Loi, d'exiger un examen pour déterminer s'il existe des raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour justifier son droit d'établissement au Canada. Telle est la règle de droit qui existe en ce moment et elle doit s'appliquer de manière uniforme à toutes les personnes qui y sont assujetties. Les motifs en l'espèce indiquent que l'intimé et ses fonctionnaires ne doivent pas exercer le pouvoir discrétionnaire qui leur est conféré par le paragraphe 114(2) en s'imposant des restrictions rigides, même si l'établissement d'une politique générale flexible, comme celle qui est prévue au chapitre 9 du Guide de l'immigration, serait tout à fait légale.

Les avocats des requérants ont également prétendu que le fait d'exercer le pouvoir discrétionnaire prévu aux paragraphes 114(2) et 9(1) de la

Act in a distinct manner for refugee claimants as opposed to other aliens in Canada violates section 15 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)]. Similarly, in light of my reasons herein, it is unnecessary to deal with this complex argument in order to resolve the issues raised by this case.

I turn now to the arguments raised by counsel which relate to the issues of fairness and discretion. Persons who have claimed Convention refugee status prior to January 1, 1989 are considered part of the refugee backlog. The scheme established by the respondent for dealing with the claims of these individuals dictates that the claims are to be considered under a system which is separate from, although similar to, that which has been created by An Act to Amend the Immigration Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28. Individuals in the refugee backlog, including the applicants, are to attend a hearing before an adjudicator and a Refugee Determination Division member, who will determine whether they have a credible basis for their claim.

Prior to this hearing, however, an interview with an immigration officer is to take place, to determine whether there are sufficient humanitarian and compassionate grounds to exempt the claimant from the requirements of section 9 of the *Immigration Act*. Brian Dougall, the Manager of the Backlog Clearance Task Force has described this stage as follows in his affidavit:

9. Included in the Backlog Clearance Program are two sets of humanitarian and compassionate reviews. The reviews parallel the reviews which are carried out for refugee claimants under the new refugee determination system. The first review occurs prior to the credible basis hearing and applies criteria 1 and 2. All three criteria are set out in Appendix "A" to this my affidavit. The first review is carried out by an immigration officer. The purpose of this review is to deal expeditiously with those cases which merit special consideration based on criteria established by the Minister . . .

"Criteria 1 and 2" referred to by Mr. Dougall are set out in a document entitled "Refugee

Loi sur l'immigration d'une manière différente à l'égard des demandeurs du statut de réfugié et à l'égard des autres étrangers se trouvant au Canada viole l'article 15 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)]. Compte tenu des motifs en l'espèce, il m'est également inutile d'examiner cet argument complexe dans le but de résoudre les questions soulevées dans la présente affaire.

Je vais maintenant analyser les arguments soulevés par les avocats en ce qui concerne l'équité et le pouvoir discrétionnaire. Les personnes qui ont revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention avant le 1^{er} janvier 1989 sont considérées comme faisant partie de l'arriéré des personnes revendiquant le statut de réfugié. Le régime créé par l'intimé pour traiter les revendications de ces personnes exige que ces revendications soient examinées dans le cadre d'un système qui, tout en étant semblable, est distinct de celui qui a été établi par la Loi modifiant la Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28. Les personnes faisant partie de cet arriéré, tels les requérants, doivent assister à une audience devant un arbitre et un membre de la section du statut de réfugié qui détermineront si leur revendication a un minimum de fondement.

Avant cette audience, une entrevue doit cependant avoir lieu avec un agent d'immigration pour déterminer s'il existe des raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour exempter le demandeur de statut des exigences de l'article 9 de la *Loi sur l'immigration*. Voici comment Brian Dougall, le directeur du Groupe de travail sur l'élimination de l'arriéré a décrit cette étape:

[TRADUCTION] 9. Deux séries d'examen à caractère humanitaire font partie du Programme d'élimination de l'arriéré. Les examens sont équivalents aux examens qui sont effectués à l'intention des demandeurs du statut de réfugié en vertu du nouveau système de détermination du statut de réfugié. Le premier examen a lieu avant l'audience portant sur le minimum de fondement et on y applique les critères 1 et 2. Les trois critères sont énoncés à l'annexe «A» jointe à la présente. Le premier examen est effectué par un agent d'immigration. Cet examen vise à traiter d'une manière expéditive les cas qui méritent une attention particulière selon les critères établis par le ministre . . .

«Les critères 1 et 2» mentionnés par M. Dougall sont énoncés dans un document intitulé «Procédu-

Claimants Backlog Procedures”, which was distributed by him to Regional Backlog Coordinators across the country. The criteria appear at page 42 of the document, under the heading “Humanitarian and Compassionate Review Criteria”, and read as follows:

INITIAL REVIEW

1. Individuals who are members of official delegations, athletic teams or cultural groups, and other persons, who by seeking to remain in Canada, so embarrass their government as to leave themselves open to severe sanctions should they return home.
2. Exceptional circumstances that could be resolved by the exercise of compassionate judgment [*sic*]. This refers to family dependency situations where close family members of a Canadian resident would suffer hardship if forced to return home to obtain an immigrant visa. Hardship does not include financial penalty or inconvenience.

The applicants before me received notices to attend at the Refugee Backlog Office of the Canada Immigration Commission for interviews to determine if there were sufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant their landing in Canada. It was determined in the cases of all of the applicants that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds upon which to accept an application for landing.

The applicants are critical of the conduct of these interviews and of the adjudicators' failures therein to address relevant considerations. This particular concern is reflected in the affidavit of Ken Yung Yhap:

5. On the 16th day of August, 1989, I attended with Anita Sulley of my lawyer's office at the Refugee Backlog Office where I was interviewed by an Immigration Officer, Mr. John Donaldson.
6. I had been instructed to complete and bring with me to the interview a set of forms. Attached hereto and marked as Exhibit “B” to this my affidavit is a copy of this form as completed and presented to Mr. Donaldson.
7. Following review of the forms, Mr. Donaldson asked me why I did not go onto Guyana in 1986 and decided to stay in Canada. I explained to him that during my two day transit stopover here I heard from friends that the situation for Chinese in Guyana was racially intolerable. In particular, I found out that my cousin's husband had been beaten to death there.
8. The officer focused on my cousin's husband's death in Guyana and told me to get proof of the same.

res de traitement de l'arriéré des revendications du statut de réfugié», qu'il a distribué aux coordonnateurs régionaux de l'arriéré dans tout le pays. Ils figurent à la page 42 du document, sous la rubrique «Critères d'examen à caractère humanitaire», et ils sont ainsi conçus:

PREMIER EXAMEN

1. Les personnes qui sont membres d'une délégation officielle, d'une équipe d'athlètes ou d'un groupe culturel ou encore toute autre personne qui, en cherchant à demeurer au Canada, met le gouvernement de son pays dans un tel embarras qu'elle s'expose à de sévères sanctions à son retour dans ce pays.
2. Des circonstances exceptionnelles peuvent justifier le recours des mesures humanitaires. Il s'agit par exemple de situations de dépendance familiale où des membres proches d'un résident canadien seraient exposés à diverses tribulations (autres que des peines ou des inconvénients financiers) s'ils étaient forcés de rentrer dans leur pays pour obtenir un visa d'immigrant.

Les requérants en l'espèce ont été avisés de se présenter au Bureau de l'arriéré des revendications du statut de réfugié de la Commission de l'immigration Canada pour y être interrogés afin de déterminer s'il y avait des raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour justifier leur droit d'établissement au Canada. Dans chacun des cas, il a été déterminé qu'il n'y avait pas de raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour justifier une demande de droit d'établissement.

Les requérants critiquent la conduite de ces entrevues et le fait que les arbitres n'ont pas examiné les éléments pertinents, ce qui ressort de l'affidavit de Ken Yung Yhap:

- [TRADUCTION] 5. Le 16 août 1989, je me suis présenté avec Anita Sulley, membre du cabinet de mon avocat, au Bureau de l'arriéré des revendications du statut de réfugié où j'ai été interrogé par un agent d'immigration, M. John Donaldson.
6. On m'a demandé de remplir et d'apporter avec moi à l'entrevue une série de formulaires. Une copie de cette formule remplie et présentée à M. Donaldson est jointe à la présente sous la cote «B».
 7. Après avoir examiné les formulaires, M. Donaldson m'a demandé pourquoi je ne me suis pas rendu en Guyane en 1986 et pourquoi j'ai décidé de demeurer au Canada. Je lui ai expliqué que durant mon passage de deux jours en transit ici, des amis m'ont fait savoir que la situation raciale était intolérable pour des Chinois se trouvant en Guyane. J'ai découvert que le mari de ma cousine avait été battu à mort là-bas.
 8. L'agent a porté toute son attention sur la mort du mari de ma cousine en Guyane et il m'a demandé de lui en fournir la preuve.

9. The officer did not ask me any questions concerning the humanitarian and compassionate aspects of my case. In particular, the officer did not ask me about my life in Canada over last three years, and what reasons there are for my remaining in Canada. The officer refused to consider the present situation in China and primarily was concerned about why I did not take up residence in Guyana in 1986.

10. The officer asked me why I did not want to go back to the People's Republic of China. He then advised me that I could leave Canada voluntarily and was assured that I would be given a letter which I could take to the nearest Consulate or Embassy in the People's Republic of China. This letter would guarantee me an interview, but would not guarantee that I would be allowed to migrate to Canada.

The applicants have further concerns about the conduct of the interviews, including that minimal notice was given to many applicants to attend at their interview, and that the interviews frequently took place without counsel. Counsel for many of the applicants at the time of their interviews, Anita Sulley, has stated in her affidavit:

4. In late August and early September, 1989, my clients began receiving, from the Backlog Clearance office, a letter and form to complete, a copy of which is attached hereto and marked as Exhibit "J" to this my affidavit. On extremely short notice, my clients were asked to complete this form and attend for a humanitarian and compassionate review.

5. I attended with several clients for these reviews and determined that the officers were directed and would only consider persons who fell within the Family Class criteria of the Immigration Regulations and persons who were athletic or cultural stars in their own right. The officers refused to consider the fact that there were other humanitarian and compassionate considerations that were applicable and were important in my clients' cases and warranted consideration.

The applicants have now been scheduled for hearings under the transitional provisions of An Act to Amend the Immigration Act to determine if a credible basis exists upon which the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board might determine at a full hearing that the applicants are Convention refugees.

The applicant seeks *certiorari* quashing the decision of immigration officials at the Toronto Backlog Clearance Centre to the effect that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds upon which to accept an application for permanent residence, and *mandamus* compelling the respondent to provide the applicant with "a

9. L'agent ne m'a pas posé de questions concernant les aspects d'ordre humanitaire de ma cause. Il ne m'a pas interrogé sur ma vie au Canada au cours des trois dernières années ni sur les raisons pour lesquelles je suis demeuré au Canada. Il a refusé d'examiner la situation actuelle en Chine et il a surtout cherché à savoir pourquoi je ne me suis pas établi en Guyane en 1986.

10. L'agent m'a demandé pourquoi je ne voulais pas retourner dans la République populaire de Chine. Il m'a ensuite avisé que je pouvais quitter le Canada volontairement et m'a assuré que je recevrais une lettre que je pourrais remettre au consulat ou à l'ambassade le plus près dans la République populaire de Chine. Cette lettre me garantissait une entrevue mais ne me garantissait pas que je pourrais immigrer au Canada.

Les requérants se plaignent également de la conduite des entrevues, notamment du fait que plusieurs d'entre eux ont été avisés dans un délai minimum qu'ils devaient se présenter à leur entrevue et que celle-ci avait souvent lieu sans la présence d'un avocat. Anita Sulley, l'avocate qui représentait plusieurs des requérants au moment de leurs entrevues a déclaré dans son affidavit:

[TRADUCTION] 4. À la fin du mois d'août et au début du mois de septembre 1989, mes clients ont commencé à recevoir du Bureau de l'arriéré des revendications du statut de réfugié, une lettre et une formule à remplir, dont une copie est jointe à la présente sous la cote «J». Dans un très court délai, on a demandé à mes clients de remplir ces formules et d'assister à un examen à caractère humanitaire.

5. J'ai participé à plusieurs de ces examens avec des clients et j'en suis venue à la conclusion qu'à la suite des instructions qu'ils avaient reçues, les fonctionnaires ne tenaient compte que des personnes qui répondaient aux critères de la catégorie de la famille prévus par le Règlement sur l'immigration et des personnes qui étaient elles-mêmes des athlètes ou des artistes. Les fonctionnaires ont refusé de tenir compte du fait que d'autres considérations d'ordre humanitaire et d'autres motifs de considération s'appliquaient et étaient importants pour mes clients et qu'ils méritaient d'être pris en considération.

Les requérants sont maintenant convoqués à une audience en vertu des dispositions transitoires de la Loi modifiant la Loi sur l'immigration afin de déterminer s'il existe un minimum de fondement qui permettrait à la section du statut de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de décider que les requérants sont des réfugiés au sens de la Convention.

Le requérant sollicite un *certiorari* aux fins d'annuler la décision des agents d'immigration du Centre d'élimination de l'arriéré de Toronto, selon laquelle il n'y avait pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire pour lesquelles une demande de résidence permanente devrait être acceptée, et un *mandamus* enjoignant à l'intimé d'accorder au

full and fair interview of the . . . humanitarian and compassionate claim in accordance with the law . . . the duty of fairness". Counsel for the applicant has advanced four arguments in support of this application, two of which I have already dealt with. The remaining two are:

(A) The respondent's officials have failed to comply with the duty of fairness imposed on administrative decision-makers both at common law and under the Charter where section 7 interests are affected.

(B) The Minister in the establishment of "policy" directives and guidelines has unlawfully fettered the discretion of her officers to consider the applicants' cases pursuant to subsection 114(2) of the *Immigration Act*.

I will consider these arguments under separate headings.

(A) Fairness

The facts contained in the affidavits submitted in support of the applicants' motions, and the testimony of Brian A. Dougall, Manager of the Backlog Clearance Task Force, taken before the Official Examiner and available to me in transcript form, establish the following with respect to the conduct of the pre-inquiry humanitarian and compassionate review:

(i) Minimal notice was given to many applicants to attend at their interview for the pre-inquiry humanitarian and compassionate review.

(ii) In many cases the pre-inquiry humanitarian and compassionate review was without counsel, where counsel was not in attendance. The interviews, in some cases, were set up without consideration for when a particular lawyer would be available to represent his or her client, and interviews could not be adjourned to accommodate counsel.

(iii) In some cases the interviewing officers proceeded without a Commission interpreter, using instead a family member or friend to handle the interpretation.

requérant «une entrevue complète et équitable et d'entendre ses raisons d'ordre humanitaire conformément à la loi et à son obligation d'équité». L'avocat du requérant a avancé quatre arguments à l'appui de cette demande, deux d'entre eux ayant déjà été examinés. Les deux autres sont les suivants:

A) Les fonctionnaires de l'intimé ne se sont pas acquittés de l'obligation d'équité imposée tant par la *common law* que par la Charte aux personnes qui rendent des décisions administratives lorsque les intérêts protégés par l'article 7 sont touchés.

B) En établissant la «politique» et les lignes directives, le ministre a illégalement entravé l'exercice du pouvoir discrétionnaire de ses agents chargés d'examiner les demandes des requérants en vertu du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*.

Je vais examiner ces arguments séparément.

A) Équité

Voici ce qui ressort des faits contenus dans les affidavits soumis à l'appui des requêtes en l'espèce et du témoignage de Brian A. Dougall, directeur du Groupe de travail sur l'élimination de l'arriéré, présentés devant le sténographe officiel et disponibles sous forme de transcription, en ce qui concerne la conduite de l'examen à caractère humanitaire préalable à l'enquête:

i) Un préavis a été donné dans un délai minimum à plusieurs requérants pour qu'ils se rendent à leur entrevue aux fins de l'examen à caractère humanitaire préalable à l'enquête

ii) Dans plusieurs cas, l'examen à caractère humanitaire préalable à l'enquête a eu lieu sans la présence d'un avocat. Dans certains cas, les entrevues ont été fixées sans savoir si un avocat en particulier était disponible pour représenter son client, et les entrevues ne pouvaient pas être ajournées pour satisfaire les avocats.

iii) Dans certains cas, les agents ont procédé à l'entrevue sans avoir recours à un interprète de la Commission, faisant plutôt appel à un membre ou à un ami de la famille à titre d'interprète.

(iv) In some cases the applicants were not questioned as to the existence of humanitarian factors at the pre-inquiry humanitarian and compassionate interview. The humanitarian review which was undertaken was restricted to the guidelines published for refugee claimants in the refugee Backlog Clearance Programme.

The applicants submit that the immigration officials conducting these interviews have failed to comply with the duty of fairness imposed on administrative decision-makers both at common law and under the Charter, where section 7 interests are affected. Counsel for the applicant has argued that:

... given the significance of the decision being made, and the serious consequences of a negative decision, for a person who is not a Convention refugee and who has violated a provision of the *Immigration Act*, the administrative decision making process as to the existence of humanitarian and compassionate considerations requires both at common law and pursuant to section 7 of the *Charter* that the following minimal procedural safeguards be provided:

- (i) adequate notice; . . .
- (ii) right to retain and consult counsel within a reasonable period of time; . . .
- (iii) right to an interpreter; . . .
- (iv) correct and adequate information upon which the applicant may make decisions as to the appropriate remedy to seek;
- (v) full and adequate examination and disclosure of the case to meet; . . .
- (vi) a review in accordance with the mandate of the statutory power of discretion.

Counsel for the respondent argues that the decision made by the immigration officer at the applicant's interview on August 16, 1989 did not involve the applicant's interests under section 7 of the Charter, and that the initial humanitarian and compassionate interview did not breach the duty of fairness. The respondent submits that where the decision is an administrative one, with no grave consequences for the applicant, the requirements of the duty of fairness are minimal. This is the case in the matter before me, the respondent submits, since "the decision in question is merely an initial humanitarian and compassionate review. The applicant is entitled to a further humanitarian and compassionate review prior to any removal, at which point all the submissions will be considered". Moreover, the respondent argues that the applicant's rights under section 7 of the Charter

iv) Dans certains cas, les requérants n'ont pas été interrogés sur l'existence de facteurs humanitaires lors de l'entrevue préalable à l'enquête. L'examen à caractère humanitaire qui a été effectué était limité aux directives publiées à l'intention des demandeurs du statut de réfugié dans le Programme d'élimination de l'arriéré.

Les requérants soutiennent que les fonctionnaires de l'immigration qui ont procédé à ces entrevues ne se sont pas conformés à l'obligation d'équité imposée tant par la *common law* que par la Charte aux personnes qui prennent des décisions administratives, lorsque les intérêts protégés par l'article 7 sont touchés. L'avocat du requérant a prétendu que:

[TRADUCTION] . . . étant donné l'importance de la décision rendue, et les conséquences graves d'une décision négative pour une personne qui n'est pas un réfugié au sens de la Convention et qui a violé une disposition de la *Loi sur l'immigration*, le fait de rendre une décision administrative portant sur l'existence de raisons d'ordre humanitaire exige, tant sous le régime de la *common law* qu'en vertu de l'article 7 de la *Charte*, qu'un minimum de garanties soient fournies en matière de procédure:

- i) un avis suffisant; . . .
- ii) le droit de consulter un avocat dans un délai raisonnable; . . .
- iii) le droit à un interprète; . . .
- iv) des renseignements exacts et adéquats sur lesquels le requérant peut se fonder pour prendre des décisions quant au recours approprié; . . .
- v) un interrogatoire et une divulgation complets concernant les éléments de preuve à établir; . . .
- vi) un examen conforme à la portée du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi.

L'avocate de l'intimé soutient que la décision rendue par l'agent d'immigration lors de l'entrevue du requérant en date du 16 août 1989 ne visait pas les intérêts du requérant garantis par l'article 7 de la Charte et que l'entrevue initiale portant sur les raisons d'ordre humanitaire ne violait pas l'obligation d'équité. L'intimé ajoute que lorsque la décision est de nature administrative, sans conséquences graves pour le requérant, les exigences de l'obligation d'équité sont minimales. C'est le cas en l'espèce, allègue l'intimé, puisque [TRADUCTION] «la décision en question est simplement un examen initial à caractère humanitaire. Le requérant a droit à un autre examen de ce genre avant d'être renvoyé, examen au cours duquel tous les arguments seront examinés». L'intimé fait en outre valoir que les droits du requérant qui lui sont garantis par l'article 7 de la Charte ne sont pas

are not affected, since, as there is no removal order in existence against the applicant, there is no threat to his life, liberty, or security of the person.

With respect to all of these submissions I must underline that I am dealing here with a group of cases. This has special significance with respect to the submission on the fettering of discretion, but it does not have the same impact on the element of fairness. There is evidence that some applicants who may have been treated unfairly, perhaps in terms of notice, translation, counsel or for any other reason, were asked to attend a second interview. It is unclear, therefore, whether any initial unfairness may have been cured and if so, in what case. Similarly, since this application was launched some applicants have gone on to credible basis hearings where success might equally have cured any earlier unfairness. I note also that the credible basis hearing is not under attack in these proceedings. Accordingly, I will not allow this application on the grounds of unfairness, except as it relates to the fettering of discretion.

(B) Discretion

The applicants argue that the Minister, in the establishment of policy directives and guidelines pertaining to the humanitarian and compassionate review portion of the Backlog Clearance Programme, has unlawfully fettered the discretion of her officers to consider the applicants' cases pursuant to subsection 114(2) of the *Immigration Act*.

The policy guidelines in question are those set out in the document entitled "Refugee Claimants Backlog Procedures", and reproduced earlier herein. These guidelines appear to limit their application to particular classes of persons, namely "members of official delegations, athletic teams or cultural groups", and persons in "family dependency situations" described more specifically in the guideline. Counsel for the respondent has argued that "there is nothing in the policy which prevents the immigration officer from examining each case on its *sic* individual merits", but the evidence before me, and in particular the affidavits

touchés puisque, comme le requérant ne fait pas l'objet d'une ordonnance de renvoi, sa vie, sa liberté ou la sécurité de sa personne ne sont aucunement menacées.

^a Eu égard à tous ces arguments, je dois souligner que je suis saisi en l'espèce d'un groupe de cas. Cela a une importance particulière en ce qui concerne la prétention relative à l'entrave au pouvoir discrétionnaire mais n'a pas les mêmes répercussions sur l'élément d'équité. Il est établi que certains requérants qui peuvent avoir été traités injustement, pour ce qui est de l'avis qui leur a été donné, des services de traduction, d'avocat ou pour toute autre raison, ont été convoqués à une seconde entrevue. Il n'est donc pas certain si l'iniquité initiale a pu avoir été corrigée et si oui, dans quel cas. De même, depuis l'introduction de la présente requête, certains requérants ont assisté à des ^b audiences portant sur le minimum de fondement dont le succès a pu également avoir corrigé toute iniquité antérieure. Je souligne également que ces ^c audiences ne sont pas visées en l'espèce. Par conséquent, je ne ferai pas droit à la présente demande ^d pour cause d'iniquité, sauf dans la mesure où celle-ci se rapporte à l'entrave au pouvoir ^e discrétionnaire.

B) Le pouvoir discrétionnaire

^f Les requérants soutiennent qu'en établissant les lignes directrices relatives à la partie portant sur l'examen des motifs d'ordre humanitaire du Programme d'élimination de l'arriéré, le ministre a ^g illégalement entravé l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'on ses agents d'examiner les cas des requérants en vertu du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*.

^h Les lignes directrices en question sont celles qui figurent dans le document intitulé «Procédures de traitement de l'arriéré des revendications du statut de réfugié» et qui sont reproduites plus haut. Ces lignes directrices semblent s'appliquer uniquement ⁱ aux catégories particulières de personnes, à savoir «les membres d'une délégation officielle, d'une équipe d'athlètes ou d'un groupe culturel», et aux personnes se trouvant dans des «situations de dépendance familiale» qui y sont décrites. L'avocate de l'intimé fait valoir que [TRADUCTION] ^j «rien dans la politique n'empêche l'agent d'immigration d'examiner chaque cas comme un cas d'es-

of the applicants describing the conduct of their interviews, suggests that officers have not been questioning applicants on humanitarian and compassionate issues which may fall outside the designated criteria.

The affidavit of Ken Yung Yhap, the applicant before me, includes the following description of his interview:

The officer did not ask me any questions concerning the humanitarian and compassionate aspects of my case. In particular, the officer did not ask me about my life in Canada over last three years, and what reasons there are for my remaining in Canada. The officer refused to consider the present situation in China and primarily was concerned about why I did not take up residence in Guyana in 1986.

The applicants argue that the present policy guidelines applied by the Immigration Commission constitute a fetter on the statutory power of the Governor in Council to both exempt persons from the requirement of subsection 9(1) of the Act, and to authorize the landing of persons for humanitarian and compassionate reasons pursuant to subsection 114(2) of the Act. The applicants concede that policy guidelines may be established, but submit that these guidelines cannot be applied in such a manner as to fetter a statutory power of discretion. Summarizing their position, the applicants maintain that:

... section 114(2) and section 9(1) of the Act being remedial in nature are required to be interpreted broadly and liberally. There are no statutory criteria established for section 9(1) exemptions. The only statutory criteria established under section 114(2) are whether there exist "public policy" reasons or "humanitarian or compassionate" considerations to warrant facilitation of landing in Canada. As such it is submitted that any factors which may go towards humanitarian and compassionate considerations must be considered by immigration officers, and any factors relevant to exempting a person from the requirement of obtaining an immigrant visa abroad must be considered. On the evidence before this Court both contained in the Respondent's policy directives and the Applicants' accounts of how they are being considered on the pre-inquiry humanitarian and compassionate review, the statutory power of discretion under section 9(1) and section 114(2) has been fettered. [Emphasis mine.]

The respondent argues that where a broad statutory discretion is granted, as in subsection 114(2) of the *Immigration Act*, the adoption of a policy or guidelines for decision-making ensures that the discretion is fairly and evenly exercised. The respondent submits that the Minister is entitled,

pèce», mais il ressort de la preuve produite devant la Cour et, en particulier, des affidavits des requérants qui décrivent le déroulement des entrevues que les agents n'ont pas interrogé ceux-ci sur les points d'ordre humanitaire qui peuvent ne pas être visés par les critères désignés.

L'affidavit de Ken Yung Yhap, le requérant en l'espèce, décrit son entrevue en ces termes:

L'agent ne m'a pas posé de questions concernant les aspects d'ordre humanitaire de ma cause. Il ne m'a pas interrogé sur ma vie au Canada au cours des trois dernières années ni sur les raisons pour lesquelles je suis demeuré au Canada. Il a refusé d'examiner la situation actuelle en Chine et il a surtout cherché à savoir pourquoi je ne me suis pas établi en Guyane en 1986.

Les requérants prétendent que les lignes directrices actuelles appliquées par la Commission d'immigration entravent l'exercice du pouvoir que le gouverneur en conseil tient de la loi, celui d'exempter certaines personnes, pour des raisons d'ordre humanitaire, du paragraphe 9(1) de la Loi et d'autoriser le droit d'établissement de personnes pour des raisons d'ordre humanitaire sous le régime du paragraphe 114(2) de la Loi. Les requérants reconnaissent que les lignes directrices ne sauraient s'appliquer de manière à entraver l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire prévu par la loi. Ils résument ainsi leur position:

[TRADUCTION] ... les paragraphes 114(2) et 9(1) de la Loi étant de nature réparatrice, il faut les interpréter de façon générale et libérale. La loi ne prévoit aucun critère pour les exemptions visées au paragraphe 9(1). Le seul critère établi sous le régime du paragraphe 114(2) consiste à savoir s'il existe des raisons «d'intérêt public» ou «d'ordre humanitaire» qui permettent de faciliter le droit d'établissement au Canada. À cet égard, il est allégué que tout facteur qui peut être relié à des considérations d'ordre humanitaire doit être examiné par les agents d'immigration, et tout facteur permettant d'exempter une personne de l'exigence d'obtenir un visa d'immigrant à l'étranger doit entrer en ligne de compte. Il ressort de la preuve produite devant la Cour et contenue tant dans les directives de l'intimé que dans les comptes rendus des requérants sur la façon dont ils ont été traités lors de l'examen à caractère humanitaire préalable à l'enquête, qu'on a entravé l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu aux paragraphes 9(1) et 114(2). [C'est moi qui souligne.]

L'intimé soutient que lorsque la loi prévoit un pouvoir discrétionnaire étendu, comme celui prévu au paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, l'adoption d'une politique ou de lignes directrices à des fins décisionnelles garantit que ce pouvoir discrétionnaire est exercé équitablement et égale-

pursuant to the statutory power of discretion, to select criteria which should be taken into consideration for the purpose of a humanitarian and compassionate exemption. The criteria selected for the exercise of discretion in this instance are, the respondent argues, within the policy mandate of the legislation.

The relevant portions of the section of the *Immigration Act* which sets out the statute's "policy mandate" are paragraphs 3(b),(c) and (g):

3. It is hereby declared that Canadian immigration policy and the rules and regulations made under this Act shall be designed and administered in such a manner as to promote the domestic and international interests of Canada recognizing the need

(b) to enrich and strengthen the cultural and social fabric of Canada, taking into account the federal and bilingual character of Canada;

(c) to facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives from abroad;

(g) to fulfil Canada's international legal obligations with respect to refugees and to uphold its humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted;

The other statutory provisions relevant to this issue are subsections 9(1) and 114(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2:

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

114. ...

(2) The Governor in Council may by regulation exempt any person from any regulation made under subsection (1) or otherwise facilitate the admission of any person where the Governor in Council is satisfied that the person should be exempted from that regulation or the person's admission should be facilitated for reasons of public policy or due to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

The applicant is, pursuant to subsection 114(2) of the Act, entitled to a full and fair review to determine the existence of humanitarian or compassionate considerations which might warrant exempting him from the requirement set out in subsection 9(1) of the Act, or otherwise "facilitating his admission". The right of the applicant to a full and fair review in this regard was clearly confirmed by the Supreme Court of Canada in *Minister of Employment and Immigration et al. v.*

ment. Selon lui, le ministre peut, en vertu du pouvoir discrétionnaire qu'il tient de la Loi, choisir les critères dont il faudrait tenir compte en vue d'une exemption pour des motifs d'ordre humanitaire. Les critères choisis pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire en l'espèce relèvent, toujours selon l'intimé, des lignes directrices de la Loi.

Les parties applicables de l'article de la *Loi sur l'immigration* qui énonce les «lignes directrices» de la loi sont les alinéas 3b),c) et g):

3. La politique canadienne d'immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la présente loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international et reconnaissent la nécessité:

b) d'enrichir et de renforcer le tissu culturel et social du Canada en tenant compte de son caractère fédéral et bilingue;

c) de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents de l'étranger;

g) de remplir, envers les réfugiés, les obligations imposées au Canada par le droit international et de continuer à faire honneur à la tradition humanitaire du pays à l'endroit des personnes déplacées ou persécutées;

Les autres dispositions législatives portant sur cette question sont les paragraphes 9(1) et 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2:

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

114. ...

(2) Pour des raisons d'intérêt public ou d'ordre humanitaire, le gouverneur en conseil peut, par règlement, accorder une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe (1) ou faciliter l'admission de toute autre manière.

En vertu du paragraphe 114(2) de la Loi, le requérant a droit à un examen complet et équitable afin de déterminer l'existence de considérations d'ordre humanitaire qui permettraient de l'exempter de l'exigence prévue au paragraphe 9(1) de la Loi, ou autrement de «faciliter son admission». Le droit du requérant à un tel examen a clairement été confirmé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et autres c. Jimenez-Perez et autre*, [1984] 2 R.C.S.

Jiminez-Perez et al., [1984] 2 S.C.R. 565; (1984), 14 D.L.R. (4th) 609; [1985] 1 W.W.R. 577; 9 Admin. L.R. 280; 56 N.R. 215. In the more recent case of *Sobrie v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (F.C.T.D.), I held, further, that this consideration is to take place independently of the consideration of the basic merits of any other application advanced by the applicant. As I stated in *Sobrie* [at page 86]:

I believe the applicant must succeed . . . I am not satisfied that he has ever been given an opportunity to address the existence of humanitarian and compassionate grounds under s. 115(2). The immigration officials have assumed, quite logically, that their extensive file on Mr. Sobrie provides all the information that could possibly be relevant to this determination. That assumption is not warranted and is not in accordance with the principles of fairness.

Even in a case, therefore, where it is evident that all other claims and applications advanced by the applicant are doomed to failure, the applicant's right to consideration on humanitarian and compassionate grounds may not be unduly restricted. This principle was expressed in *Sobrie* as follows [at page 89]:

Obviously, the purpose behind s. 115(2) of the Act is not merely to repeat the procedure of evaluating an immigrant on the usual grounds specified in the Act. The intention is to provide a fresh view of the immigrant's situation from a new perspective. It follows that for the Minister to fairly consider an application under this section, he must be able to direct his mind to what the applicant feels are his humanitarian and compassionate circumstances. These may have nothing to do with the facts contained in the file of his previous immigration proceedings.

In the context of this case, what constitutes lawful restrictions on the scope of the review, and to what extent may the Minister select and impose criteria to be applied in a review of this nature? The general position of Canadian courts on the structuring of discretion has been articulated in Professor J. M. Evans' *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, Fourth edition, where he states, at page 312:

. . . a factor that may properly be taken into account in exercising a discretion may become an unlawful fetter upon discretion if it is elevated to the status of a general rule that results in the pursuit of consistency at the expense of the merits of individual cases.

565; (1984), 14 D.L.R. (4th) 609; [1985] 1 W.W.R. 577; 9 Admin. L.R. 280; 56 N.R. 215. Dans l'affaire plus récente *Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (C.F. 1^{re} inst.), j'ai en outre statué que cet examen doit avoir lieu indépendamment du bien-fondé de toute autre demande formulée par le requérant. Je me suis prononcé en ces termes dans *Sobrie* [à la page 86]:

J'estime que le requérant doit avoir gain de cause sur ce point. Je ne suis pas convaincu qu'on lui ait jamais donné la possibilité de faire valoir l'existence des considérations d'ordre humanitaire prévues au paragraphe 115(2). Les agents d'immigration ont présumé, fort logiquement, que le dossier considérable qu'ils détenaient sur Sobrie contenait tous les renseignements pouvant être pertinents à la décision à prendre. Cette présomption n'est pas justifiée et n'est pas conforme aux principes d'équité.

En conséquence, même dans un cas où toutes les autres revendications et demandes faites par le requérant sont, à l'évidence, vouées à l'échec, le droit de celui-ci à un examen des motifs d'ordre humanitaire ne peut être indûment restreint. Ce principe a été énoncé dans la décision *Sobrie* [à la page 89]:

Il est évident que le but sous-jacent aux dispositions du paragraphe 115(2) n'est pas simplement de reprendre l'évaluation d'un immigrant sur les bases ordinaires indiquées dans la Loi. L'esprit de ces dispositions est de fournir un nouveau point de vue du cas de l'immigrant à partir d'une nouvelle perspective. Il s'ensuit que pour que le Ministre examine équitablement une demande présentée en vertu du paragraphe précité, il doit être capable d'imaginer ce que le requérant estime constituer, dans son cas, des circonstances d'ordre humanitaire. Celles-ci peuvent être sans rapport avec les faits consignés dans le dossier de la procédure d'immigration antérieure.

Dans le contexte de l'espèce, qu'est-ce qui constitue des restrictions légales de la portée de l'examen, et dans quelle mesure le ministre peut-il choisir et imposer des critères devant être appliqués dans un examen de ce genre? La position générale des tribunaux canadiens sur la structuration du pouvoir discrétionnaire a été clairement énoncée par le professeur J. M. Evans dans son ouvrage *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4^e édition, où il s'exprime en ces termes à la page 312:

[TRADUCTION] . . . un facteur qui peut à juste titre entrer en ligne de compte dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire peut constituer une entrave illicite à l'exercice de ce pouvoir s'il est érigé en règle générale, ce qui aboutit à la recherche de l'uniformité au détriment du bien-fondé des cas particuliers.

The importance of flexibility in the adoption of policy or guidelines as a means of structuring discretion is highlighted by D. P. Jones and A. S. de Villars in *Principles of Administrative Law*, where the difference between "general" and "inflexible" policy is described at page 137:

... the existence of discretion implies the absence of a rule dictating the result in each case; the essence of discretion is that it can be exercised differently in different cases. Each case must be looked at individually, on its own merits. Anything, therefore, which requires a delegate to exercise his discretion in a particular way may illegally limit the ambit of his power. A delegate who thus fetters his discretion commits a jurisdictional error which is capable of judicial review.

On the other hand, it would be incorrect to assert that a delegate cannot adopt a general policy. Any administrator faced with a large volume of discretionary decisions is practically bound to adopt rough rules of thumb. This practice is legally acceptable, provided each case is individually considered on its merits.

The discretion afforded an immigration officer by subsection 114(2) of the Act is wide. The officer is asked to consider, with respect to the possible admission to Canada of a given applicant, "reasons of public policy" as well as the "existence of compassionate or humanitarian considerations". Neither the section of the *Immigration Act* which sets out definitions of terms contained in the Act nor the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172] describe in any greater detail how the section is to be applied, nor what interpretation the officer is to give to the rather broad terms contained therein. It is not surprising, therefore, that the Immigration Manual contains in chapter 9 policy guidelines which assist an officer in the exercise of his or her discretion pursuant to, among other sections, subsection 114(2) of the Act. Chapter 9 opens with the following passage, which appears under the heading "Exercise of Discretionary Powers":

It is important . . . that officers realize that these guidelines are not intended as hard and fast rules. They will not answer all eventualities, nor can they be framed to do so. Officers are expected to consider carefully all aspects of cases, use their best judgement [*sic*], and make the appropriate recommendations.

Chapter 9 of the Immigration Manual assists an officer in assessing situations, and the humanitarian and compassionate issues raised by them, which include problems with spouses, family dependency, difficulties with return to country of

L'importance de la flexibilité dans l'adoption d'une politique ou de lignes directrices en tant que moyen de structurer le pouvoir discrétionnaire est mise en lumière par D. P. Jones et A. S. de Villars dans leur ouvrage *Principles of Administrative Law*, où, à la page 137, il est question de politique «générale» et «inflexible»:

[TRADUCTION] ... l'existence du pouvoir discrétionnaire implique l'absence d'une règle dictant le résultat dans chaque cas; le pouvoir discrétionnaire réside essentiellement dans le fait que son exercice varie selon les cas. Et chaque cas est un cas d'espèce. En conséquence, tout ce qui exige d'un délégué qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire d'une manière particulière peut illégalement restreindre la portée de son pouvoir. Un délégué qui entrave ainsi son pouvoir discrétionnaire excède sa compétence et peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

D'autre part, c'est une erreur de dire qu'un délégué ne saurait adopter un principe général. Tout administrateur qui doit prendre un grand nombre de décisions discrétionnaires est pratiquement obligé d'adopter des règles empiriques grossières. Cette pratique est légalement acceptable pourvu que chaque cas soit examiné comme un cas d'espèce.

Le pouvoir discrétionnaire qu'un agent d'immigration tient du paragraphe 114(2) de la Loi est d'une grande portée. On demande à l'agent d'examiner, pour ce qui est de l'admission possible au Canada d'un requérant particulier, les «raisons d'intérêt public» et «d'ordre humanitaire». L'article de la *Loi sur l'immigration* qui définit les termes figurant dans cette Loi et le *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172], ne font nullement état de la façon dont ce paragraphe doit s'appliquer, ni de l'interprétation que l'agent doit donner aux termes plutôt généraux qui y sont contenus. En conséquence, il n'est pas surprenant de trouver dans le chapitre 9 du Guide de l'immigration des lignes directrices qui aident un agent à exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu, notamment, du paragraphe 114(2) de la Loi. Le chapitre 9 commence par le passage suivant, qui figure sous la rubrique «Exercice du pouvoir discrétionnaire»:

Il importe . . . que les agents comprennent bien que les présentes lignes directrices ne sont pas des règles strictes. Elles n'envisagent pas toutes les possibilités, tel n'est pas leur objet d'ailleurs. Les agents doivent étudier avec soin les cas sous tous leurs aspects, faire preuve de discernement et présenter la recommandation qui convient.

Le chapitre 9 du Guide de l'immigration aide un agent à évaluer les situations et à examiner les questions d'ordre humanitaire soulevées par ces situations, à savoir les problèmes concernant les conjoints, les situations de dépendance familiale,

origin, illegal *de facto* residents, and situations involving marriage breakdowns. The chapter advises immigration officers that in general:

Humanitarian and compassionate grounds exist when unusual, undeserved or disproportionate hardship would be caused to a person seeking consideration, or to persons in Canada with whom the immigrant is associated, if he were not allowed to remain in Canada while his request for landing is in process.

By comparison, the policy guidelines contained in "Refugee Claimants Backlog Procedures" are rigid and inflexible. The following direction is given at page 11 of this document:

The officer reviews the claimant's case, checks the Information form for accuracy, considers the criteria contained in Humanitarian and Compassionate Criteria in making a decision and completes the Humanitarian and Compassionate Summary . . .

The "Humanitarian and Compassionate Review Criteria", reproduced at page 150 herein are limited, and refer only to a carefully selected segment of the "backlog" population. Applicants who are not "members of official delegations, athletic teams or cultural groups", and who are not "close family members of a Canadian resident" would appear to be excluded from humanitarian and compassionate review subject to these criteria.

I am not required here to adjudicate upon the propriety of the guidelines for humanitarian and compassionate review set out in chapter 9 of the Immigration Manual. I will say, however, that those guidelines appear to constitute the sort of "general policy" or "rough rules of thumb" which are an appropriate and lawful structuring of the discretion conferred by subsection 114(2). Those guidelines might have acted as a model for the drafting of guidelines to be used in conjunction with the humanitarian and compassionate review of refugee claimants in the Backlog Clearance Programme. Unfortunately, the guidelines adopted as "Humanitarian and Compassionate Review Criteria" in the "Refugee Claimants Backlog Procedures" directive do not, in the same way, impress me as criteria expressing general policy and "rough rules of thumb". The criteria much more strongly resemble inflexible self-imposed limitations on discretion, which clearly result in the pursuit of consistency at the expense of the

les difficultés créées par le retour au pays d'origine, les résidents illégaux *de facto*, et les cas d'échec du mariage. Ce chapitre donne des conseils généraux aux agents d'immigration:

a Des motifs d'ordre humanitaire peuvent être invoqués lorsque des difficultés inhabituelles, injustes ou indues seraient causées à la personne sollicitant l'examen de son cas, ou aux personnes, au Canada, avec lesquelles l'immigrant a des liens, si la personne en cause n'est pas autorisée à demeurer au Canada pendant l'examen de son droit d'établissement.

b À titre de comparaison, les lignes directrices figurant dans le document «Procédures de traitement de l'arriéré des revendications du statut de réfugié» sont rigides. La directive suivante se trouve à la page 11 de ce document:

L'agent examine le cas du demandeur, vérifie l'exactitude des données portées sur le formulaire de renseignements, rend une décision en se fondant sur le critère humanitaire et remplit le résumé d'examen à caractère humanitaire.

d Les «Critères d'examen à caractère humanitaire», reproduits à la page 150 en l'espèce, visent uniquement un segment soigneusement choisi de la population qui fait partie de l'arriéré. Les requérants qui ne sont pas des «membres d'une délégation officielle, d'une équipe d'athlètes ou d'un groupe culturel», et qui ne sont pas des «membres proches d'un résident canadien» sembleraient exclus de l'examen à caractère humanitaire qui est assujéti à ces critères.

Je n'ai pas à me prononcer sur le bien-fondé des lignes directrices relatives à l'examen à caractère humanitaire figurant au chapitre 9 du Guide de l'immigration. Je dirai toutefois que ces lignes directrices semblent constituer une sorte de «politique générale» ou de «règles empiriques grossières» qui sont une structuration appropriée et licite du pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 114(2). Ces lignes directrices auraient pu servir de modèle pour la rédaction de lignes directrices devant être utilisées conjointement avec l'examen à caractère humanitaire des demandeurs du statut de réfugié dans le Programme d'élimination de l'arriéré. Malheureusement, les lignes directrices adoptées à titre de «Critères d'examen à caractère humanitaire» dans la directive relative aux «Procédures de traitement de l'arriéré des revendications du statut de réfugié» ne me convainquent pas, de la même façon, qu'il s'agit de critères énonçant une politique générale et des «règles empiriques grossières». Les critères ressemblent bien davantage à

merits of individual cases. I am of the opinion that this fettering of discretion constitutes a jurisdictional error which can only be redressed by providing the applicant with a full and fair interview of his humanitarian and compassionate claim in accordance with the law and the duty of fairness.

The problem in the present case is that the text of the Minister's policy directive creates the risk that her officials will consider it a limitation on the category of humanitarian and compassionate factors. It is here that the importance of this application from a group of twenty-five claimants becomes apparent. No single case could prove that immigration officials have perceived and exercised this limitation on the category, but the evidence of the approximately twenty-five applicants satisfies me that immigration officials have done exactly that. The Minister has quite properly directed that in this process a preliminary interview on humanitarian and compassionate grounds is to take place. Simple consistency demands that the Minister must direct her mind to what the applicants feel are their humanitarian and compassionate circumstances, and not to a set of criteria which constitute inflexible limitations on the discretion conferred by the Act.

In the result, therefore, based on the applicant's arguments on the issue of the fettering of discretion only, I am granting an order in the nature of *certiorari* quashing the decision of immigration officials at the Toronto Backlog Clearance, Canada Immigration Centre, the respondent, dated August 16, 1989, which decision indicated that it had been determined that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds upon which to accept the applicant's application for permanent residence in Canada, and an order in the nature of *mandamus* compelling the respondent to provide the applicant with a full and fair interview of his humanitarian and compassionate claim in accordance with the law.

des restrictions inflexibles qu'on impose au pouvoir discrétionnaire, ce qui aboutit clairement à la recherche de l'uniformité au détriment du bien-fondé des cas particuliers. J'estime que cette entrave au pouvoir discrétionnaire constitue un excès de compétence auquel on ne peut remédier qu'en accordant au requérant une entrevue complète et équitable pour entendre ses considérations d'ordre humanitaire et ses motifs de commisération, conformément à la loi et à l'obligation d'équité.

La difficulté en l'espèce réside dans le fait que le texte de la directive du ministre crée le risque que ses agents vont le considérer comme une restriction à imposer à la catégorie des facteurs d'ordre humanitaire. C'est là que la présente demande provenant d'un groupe de vingt-cinq revendicateurs revêt toute son importance. Un cas isolé ne saurait prouver que les agents d'immigration ont perçu cette restriction ou l'ont imposée à ladite catégorie, mais le témoignage d'environ vingt-cinq requérants me convainc que les agents d'immigration l'ont fait. C'est tout à fait à juste titre que le ministre a ordonné que, dans ce processus, une entrevue préliminaire sur les motifs d'ordre humanitaire doit avoir lieu. Pour une simple raison d'uniformité, le ministre doit concentrer son attention sur ce qui, dans l'esprit des requérants, constitue des circonstances d'ordre humanitaire, et non sur un ensemble de critères qui constituent des restrictions inflexibles imposées au pouvoir discrétionnaire prévu par la Loi.

En conséquence, me fondant uniquement sur les arguments du requérant concernant l'entrave au pouvoir discrétionnaire, je vais rendre une ordonnance de la nature d'un bref de *certiorari* portant annulation de la décision rendue le 16 août 1989 par les agents d'immigration de la section de l'élimination de l'arriéré du Centre d'immigration Canada de Toronto, l'intimé, aux termes de laquelle il a été décidé qu'il n'y avait pas suffisamment de considérations d'ordre humanitaire et de motifs de commisération pour faire droit à une demande de résidence permanente au Canada, ainsi qu'une ordonnance de la nature d'un *mandamus* forçant l'intimé à accorder au requérant une entrevue complète et équitable et à entendre ses considérations d'ordre humanitaire et ses motifs de commisération conformément à la loi.

T-1643-89

T-1643-89

Burton Maguire (Plaintiff)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada, Brian Gillis and Ronald Manderson (Defendants)INDEXED AS: *MAGUIRE v. CANADA (T.D.)*

Trial Division, McNair J.—Saint John, New Brunswick, November 13; Ottawa, December 18, 1989.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Action in contract and tort for misrepresentations by fishery officers — Objection to jurisdiction — Federal Court Act, s. 17(5)(b), giving Court jurisdiction over claims against Crown servants re: performance of duties, satisfying requirement of statutory grant of jurisdiction — Claims depending for existence on regulatory and licensing provisions of Fisheries Act and administration thereof — Requirement of existing body of federal law nourishing statutory grant of jurisdiction satisfied — Clearly "law of Canada" within Constitution Act, 1867, s. 101.

Fisheries — Action in contract and in tort for misrepresentations by fishery officers — Whether Court having jurisdiction — Statutory grant of jurisdiction in Federal Court Act, s. 17(5)(b) — Regulatory and licensing provisions of Fisheries Act upon which claim founded sufficient to satisfy requirement of existing body of federal law nourishing statutory grant of jurisdiction.

This was a motion for leave to file a conditional appearance to object to jurisdiction in an action against the individual defendants, fisheries officers, in contract and tort "for acting outside the scope of their employment". It was alleged that they had misrepresented that it was illegal for two licensed commercial fishermen to fish out of the same boat, thereby inducing the plaintiff to surrender his licence at a lower price than what he could eventually have obtained. Such a condition was never incorporated into the Atlantic Salmon Management Plan.

Paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act* gives the Trial Division jurisdiction in proceedings in which relief is sought against a Crown servant for any acts or omissions in the performance of his duties, thus satisfying the first requirement of a statutory grant of jurisdiction as set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.* The defendants argued that the mere fact of employment under a federal statute pertaining to fisheries did not satisfy the

Burton Maguire (demandeur)

c.

^a Sa Majesté la Reine du chef du Canada, Brian Gillis et Ronald Manderson (défendeurs)RÉPERTORIÉ: *MAGUIRE c. CANADA (1^{re} INST.)*

^b Section de première instance, juge McNair—Saint-Jean (Nouveau-Brunswick), 13 novembre; Ottawa, 18 décembre 1989.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Action en responsabilité contractuelle et délictuelle intentée contre des agents des pêches qui auraient fait des déclarations inexactes — Objection quant à la compétence de la Cour — En vertu de l'art. 17(5)(b) de la Loi sur la Cour fédérale, la Cour a compétence pour entendre les actions intentées contre des préposés de la Couronne pour des faits survenus dans le cadre de leurs fonctions, ce qui satisfait à l'exigence de l'attribution de compétence par une loi — L'existence des actions repose sur les dispositions relatives à la réglementation et à la délivrance des licences et permis de la Loi sur les pêches et leur application — Condition relative à l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales constituant le fondement de l'attribution légale de compétence remplie — Il s'agit nettement d'une «loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867.

Pêches — Action en responsabilité contractuelle et délictuelle intentée contre des agents des pêches qui auraient fait des déclarations inexactes — Question de savoir si la Cour a compétence — Attribution de compétence par l'art. 17(5)(b) de la Loi sur la Cour fédérale — Dispositions relatives à la réglementation et à la délivrance des licences et des permis de la Loi sur les pêches sur lesquelles est fondée l'action sont jugées suffisantes pour satisfaire à l'exigence de l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales constituant le fondement de l'attribution légale de compétence.

^g Une requête tendant à obtenir l'autorisation de déposer un acte de comparution conditionnelle a été déposée en vue de soulever une objection quant à la compétence de la Cour à l'égard d'une action en responsabilité contractuelle et délictuelle intentée contre les deux agents des pêches défendeurs «pour avoir agi hors du cadre de leurs fonctions». On a soutenu ^h qu'ils avaient erronément fait valoir qu'il était illégal pour deux pêcheurs titulaires d'un permis de pêche commerciale de pêcher à bord de la même embarcation, ce qui a incité le demandeur à céder son permis à un prix inférieur à ce qu'il aurait pu éventuellement obtenir. Cette condition n'a jamais été intégrée ⁱ au Plan de gestion du saumon de l'Atlantique.

En vertu de l'alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Section de première instance a compétence dans les actions en réparation intentées contre un préposé de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions, ce qui satisfait à la première exigence relative à l'attribution de compétence par une loi, telle qu'elle a été formulée dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*. Les défendeurs ont fait

second requirement of *ITO* that there be an existing body of federal law essential to the disposition of the case which nourishes the statutory grant of jurisdiction. They also argued that claims in tort and contract are not so integrally connected with any body of federal law in relation to fisheries as to satisfy the requirement that the law on which the case was based was "a law of Canada" within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867*. In short, fisheries law was distinguishable from the pervasive ambit of Canadian maritime law as defined in the *ITO* case. The plaintiff argued that the alleged misrepresentations arose out of the *Fisheries Act* and Regulations and the powers and duties of fisheries officers thereunder. But for these there would not have been an occasion to make the representations. The issue was whether the laws of contract and tort and possibly unjust enrichment and fiduciary obligation and interference with proprietary right in the commercial salmon fishery, arising from the alleged misrepresentations, bore such sufficient stamp of federal law as to bring the matter within the federal jurisdictional domain.

Held, the motion should be dismissed.

The claims were founded on the statutory base of federal law, namely, the regulatory and licensing provisions of the *Fisheries Act* and the administration thereof, and this is "a law of Canada" within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867*. The *Fisheries Act* provides for the appointment of fishery officers and defines their powers. The Minister has absolute discretion to issue fishing licences, where the exclusive right of fishing does not already exist by law. Saint John harbour, where the plaintiff fished commercially for salmon, is tidal waters, in which the public right of fishing is beyond question. The federal Parliament has exclusive jurisdiction over the sea coast and inland fisheries under subsection 91(12) of the *Constitution Act, 1867*. Such jurisdiction includes the general power of enacting laws for the regulation, protection and preservation of the fisheries as a public resource, notwithstanding that such laws may impinge to some degree on the proprietary rights of others. The alleged misrepresentations and the consequences flowing therefrom were attributable to the authoritative role of the individual defendants as federal fishery officers under the *Fisheries Act*. The subject-matter of the individual claims depended for its existence upon "the detailed statutory framework of the *Fisheries Act*" with respect to the terms and conditions for obtaining commercial salmon fishing licences. The body of statutory law was sufficient to nourish the statutory grant of jurisdiction.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(12), 101.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(5)(b).

valoir que le simple fait d'occuper un poste prévu par une loi fédérale relative aux pêcheries ne satisfaisait pas à la deuxième condition énoncée dans l'affaire *ITO* voulant qu'il existe un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence. Ils ont également prétendu que des réclamations fondées sur la responsabilité contractuelle et délictuelle n'étaient pas intimement liées à un ensemble de règles de droit fédérales relatives aux pêcheries au point de satisfaire à l'exigence voulant que la loi invoquée dans l'affaire soit «une loi du Canada» au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bref, une distinction s'imposait entre le droit des pêcheries et le champ envahissant du droit maritime canadien tel qu'il a été défini dans l'arrêt *ITO*. Le demandeur a affirmé que les prétendues déclarations inexactes découlaient de l'application de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements et qu'elles avaient été faites dans le cadre du mandat confié aux agents des pêches sous ce régime. Sans ce régime, les déclarations n'auraient jamais été faites. Il s'agissait de savoir si les règles du droit en matière contractuelle et délictuelle, et peut-être l'enrichissement sans cause et l'obligation de fiduciaire ainsi que l'atteinte à un droit de propriété sur la pêche commerciale du saumon, découlant des prétendues déclarations inexactes, étaient suffisamment marqués par le droit fédéral pour que la matière relève du domaine de la compétence fédérale.

Jugement: la requête devrait être rejetée.

Les réclamations étaient fondées sur la législation fédérale, c'est-à-dire les dispositions relatives à la réglementation et à la délivrance des permis et licences de la *Loi sur les pêches* et leur application, et il s'agit d'une «loi du Canada» au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La *Loi sur les pêches* prévoit la nomination d'agents des pêches et elle définit leurs attributions. Le ministre peut, à discrétion, octroyer des permis de pêche en l'absence d'exclusivité du droit de pêche conférée par la loi. Le demandeur se livrait à la pêche commerciale du saumon dans le port de Saint-Jean où la marée se fait sentir, et le droit d'y pêcher est indéniablement un droit public. Le Parlement fédéral a compétence exclusive sur les pêches en eaux côtières et internes, en vertu du paragraphe 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ce qui emporte le pouvoir général de légiférer pour réglementer, protéger et conserver les pêcheries à titre de ressource publique, en dépit du fait que ces textes législatifs peuvent, dans une certaine mesure, porter atteinte aux droits de propriété d'autrui. Les prétendues déclarations inexactes et leurs conséquences étaient attribuables au rôle officiel joué par les défendeurs à titre d'agents des pêches fédéraux sous le régime de la *Loi sur les pêches*. L'objet des actions intentées contre eux reposait sur le «cadre législatif détaillé de la *Loi sur les pêches*» pour ce qui est des modalités et conditions d'obtention des permis de pêche commerciale du saumon. L'ensemble des règles législatives suffisait amplement pour établir l'attribution de la compétence par la loi.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(12), 101.

Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 5(1), 7, 9, 43, 49-56.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17(5)b).

Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), chap. F-14, art. 5(1), 7, 9, 43, 49 à 56.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al., [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.); *Rhine v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1914] A.C. 153 (P.C.); *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, [1921] 1 A.C. 413 (P.C.).

CONSIDERED:

Roberts v. Canada, [1989] 1 S.C.R. 322; (*sub nom. Wewayakum Indian Band v. Canada et al.*) (1989), 92 N.R. 241; 25 F.T.R. 161; *Varnam v. Canada (Minister of Health and Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *Bradasch v. Warren* (1989), 27 F.T.R. 70 (F.C.T.D.); *H. Smith Packing Corp. v. Gainvir Transport Ltd.* (1989), 61 D.L.R. (4th) 489; 99 N.R. 54 (F.C.A.); *The Queen v. Robertson* (1882), 6 S.C.R. 52; 2 Cart. 65.

REFERRED TO:

Pacific Western Airlines Ltd. v. R., [1980] 1 F.C. 86; (1979), 105 D.L.R. (3d) 60; 14 C.P.C. 165 (C.A.); affg [1979] 2 F.C. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (T.D.); *Holt v. Canada*, [1989] 1 F.C. 522; (1988), 23 F.T.R. 109 (T.D.); *Stephens v. R.* (1982), 26 C.P.C. 1; [1982] CTC 138; 82 DTC 6132; 40 N.R. 620 (F.C.A.); *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Interprovincial Co-operatives Ltd. et al. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; [1975] 5 W.W.R. 382; (1975), 53 D.L.R. (3d) 321; 4 N.R. 231; *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213; [1980] 5 W.W.R. 511; (1980), 113 D.L.R. (3d) 513; 53 C.C.C. (2d) 97; 9 C.E.L.R. 115; 32 N.R. 230.

COUNSEL:

David N. Rogers for plaintiff.
Michael F. Donovan for defendants.

SOLICITORS:

Gilbert, McGloan, Gillis, Saint John, New Brunswick, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendants.

a JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et autre, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.); *Rhine c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1914] A.C. 153 (P.C.); *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, [1921] 1 A.C. 413 (P.C.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Roberts c. Canada, [1989] 1 R.C.S. 322; (*sub nom. Bande indienne Wewayakum c. Canada et al.*) (1989), 92 N.R. 241; 25 F.T.R. 161; *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *Bradasch c. Warren* (1989), 27 F.T.R. 70 (C.F. 1^{re} inst.); *H. Smith Packing Corp. c. Gainvir Transport Ltd.* (1989), 61 D.L.R. (4th) 489; 99 N.R. 54 (C.A.F.); *The Queen v. Robertson* (1882), 6 R.C.S. 52; 2 Cart. 65.

DÉCISIONS CITÉES:

Pacific Western Airlines Ltd. c. R., [1980] 1 C.F. 86; (1979), 105 D.L.R. (3d) 60; 14 C.P.C. 165 (C.A.); conf. [1979] 2 C.F. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (1^{re} inst.); *Holt c. Canada*, [1989] 1 C.F. 522; (1988), 23 F.T.R. 109 (1^{re} inst.); *Stephens c. R.* (1982), 26 C.P.C. 1; [1982] CTC 138; 82 DTC 6132; 40 N.R. 620 (C.A.F.); *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Interprovincial Co-operatives Ltd. et al. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477; [1975] 5 W.W.R. 382; (1975), 53 D.L.R. (3d) 321; 4 N.R. 231; *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213; [1980] 5 W.W.R. 511; (1980), 113 D.L.R. (3d) 513; 53 C.C.C. (2d) 97; 9 C.E.L.R. 115; 32 N.R. 230.

AVOCATS:

David N. Rogers pour le demandeur.
Michael F. Donovan pour les défendeurs.

PROCUREURS:

Gilbert, McGloan, Gillis, Saint-Jean (Nouveau-Brunswick), pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

The following are the reasons for order rendered in English by

MCNAIR J.: Shortly stated, the issue in the case is whether this Court has statutory jurisdiction to entertain claims, sounding in both contract and tort, against the individual defendants, Brian Gillis and Ronald Manderson, "for acting outside the scope of their employment" as fisheries officers appointed under the authority of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.

The said defendants filed a motion for leave to file a conditional appearance for the purpose of objecting to the Court's jurisdiction to entertain the plaintiff's claims against them and for an order staying the proceedings until the preliminary jurisdictional objection had been disposed of. An order in that behalf was made by the senior prothonotary, Jacques Lefebvre, Esq., on September 20, 1989. The order provided as well that counsel for the parties arrange a hearing to dispose of the preliminary objection to jurisdiction, which was done. The defendants filed their conditional appearance on October 3, 1989.

In 1981 the Department of Fisheries and Oceans implemented a scheme or program to buy back commercial salmon fishing licences in New Brunswick. Terms and conditions were prescribed for obtaining commercial salmon fishing licences in 1982. These eventually became part of the 1982 Atlantic Salmon Management Plan—Scotia-Fundy Region (the "Plan"). The gist of the plaintiff's complaint against the two fisheries officers, Gillis and Manderson, is that they misrepresented to him that two licensed commercial fishermen could not lawfully fish out of the same boat, which had been the plaintiff's practice for many years. The plaintiff alleges that he was thereby induced to sell or surrender his commercial fishing licence to the Department at a price greatly below what he could have eventually obtained. Seemingly, the alleged condition against two commercial licenceholders fishing out of the same boat was not incorporated in the Plan or recognized as official departmental policy, nor was it ever enforced as such in 1982 or subsequent years.

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

LE JUGE MCNAIR: En résumé, il s'agit de décider si cette Cour est légalement compétente pour entendre les actions en responsabilité contractuelle et délictuelle intentées contre les défendeurs, Brian Gillis et Ronald Manderson, [TRADUCTION] «pour avoir agi hors du cadre de leurs fonctions» à titre d'agents des pêches nommés en vertu de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), chap. F-14.

Les défendeurs ont déposé une requête tendant à obtenir l'autorisation de déposer un acte de comparution conditionnelle en vue de soulever une objection quant à la compétence de la Cour à l'égard des réclamations du demandeur contre eux et sollicitant la délivrance d'une ordonnance suspendant l'instance jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'exception préliminaire relative à la compétence de la Cour. Une ordonnance en ce sens a été rendue par le protonotaire-chef, M. Jacques Lefebvre, le 20 septembre 1989. L'ordonnance disposait également que les avocats des parties devaient prendre des dispositions pour fixer une audience afin de statuer sur l'exception préliminaire, ce qui a été fait. Les défendeurs ont déposé leur comparution conditionnelle le 3 octobre 1989.

En 1981, le ministère des Pêches et des Océans a mis en œuvre un régime ou programme visant le rachat des permis de pêche commerciale du saumon au Nouveau-Brunswick. Les conditions et modalités d'obtention des permis de pêche commerciale du saumon avaient été fixées en 1982. Elles ont été éventuellement intégrées au Plan de gestion du saumon de l'Atlantique de 1982—Région de Scotia-Fundy (le «plan»). Pour l'essentiel, le demandeur soutient que les deux agents des pêches, Gillis et Manderson, lui ont erronément fait valoir que deux pêcheurs titulaires d'un permis de pêche commerciale ne pouvaient pas légalement pêcher à bord de la même embarcation, ce que faisait le demandeur depuis de nombreuses années. Le demandeur prétend que ces déclarations l'ont incité à vendre ou à céder son permis de pêche commerciale au ministère à un prix très inférieur à ce qu'il aurait pu éventuellement obtenir. Apparemment, cette condition interdisant à deux titulaires d'un permis commercial de pêcher dans la même embarcation n'a pas été insérée dans le plan ni reconnue comme une politique officielle du

Paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, reads as follows:

17. ...

(5) The Trial Division has concurrent original jurisdiction

(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of his duties as an officer or servant of the Crown.

Plaintiff's counsel takes the view that this paragraph, coupled with the threefold test prescribed by Mr. Justice McIntyre in the leading case of *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241, clears the first test hurdle of a statutory grant of jurisdiction. Indeed, defendants' counsel virtually concedes as much and I take it to be a matter of common ground.

In the *ITO* case, McIntyre J. stated, at page 766, the following three essential requirements for establishing Federal Court jurisdiction:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in section 101 of the *Constitution Act, 1867*.

Defendants' counsel argues strongly that the mere fact of employment under a federal statute pertaining to fisheries does not satisfy the second requirement of the *ITO* case that there be an existing body of federal law essential to the disposition of the case which nourishes the statutory grant of jurisdiction afforded by paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act*. In support of this submission, he cites, *inter alia*, the following cases: *Pacific Western Airlines Ltd. v. R.*, [1980] 1 F.C. 86; (1979), 105 D.L.R. (3d) 60; 14 C.P.C. 165 (C.A.); affg [1979] 2 F.C. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (T.D.); *Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.); *Varnam v. Canada*

ministère et elle n'a jamais été appliquée à ce titre en 1982 ni au cours des années subséquentes.

L'alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, est libellé comme suit:

17. ...

(5) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées:

b) contre un fonctionnaire ou préposé de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions.

L'avocat du demandeur prétend que cet alinéa, conjugué au triple critère formulé par le juge McIntyre dans l'arrêt de principe *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241, satisfait au premier critère relatif à l'attribution de compétence par une loi. L'avocat des défendeurs l'admet en pratique et si j'ai bien compris, les parties s'entendent à ce sujet.

Dans l'affaire *ITO*, le juge McIntyre énonce à la page 766 les trois conditions essentielles devant être réunies pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale:

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'avocat des défendeurs affirme catégoriquement que le simple fait d'occuper un poste prévu par une loi fédérale relative aux pêcheries ne satisfait pas à la deuxième condition énoncée dans l'affaire *ITO* voulant qu'il existe un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence à l'alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*. À l'appui de sa thèse, il cite notamment les décisions suivantes: *Pacific Western Airlines Ltd. c. R.*, [1980] 1 C.F. 86; (1979), 105 D.L.R. (3d) 60; 14 C.P.C. 165 (C.A.); conf. [1979] 2 C.F. 476; (1979), 105 D.L.R. (3d) 44; 13 C.P.C. 299 (1^{re} inst.); *Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511; (1987), 33 C.C.C.

(*Minister of Health and Welfare*), [1988] 2 F.C. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *Holt v. Canada*, [1989] 1 F.C. 522; (1988), 23 F.T.R. 109 (T.D.); and *Stephens v. R.* (1982), 26 C.P.C. 1; [1982] CTC 138; 82 DTC 6132; 40 N.R. 620 (F.C.A.). Finally, defendants' counsel submits that the plaintiff has failed to satisfy the third requirement of *ITO*, namely, that the law on which the present case is based be "a law of Canada" within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]. In his submission, claims sounding in contract and tort are not so integrally connected with any body of federal law in relation to fisheries as to bring them within the ambit of federal jurisdiction. In short, he sees a wide world of difference between fisheries law and the pervasive ambit of Canadian maritime law as defined in the *ITO* case.

Counsel for the plaintiff contends that there is an existing body of federal law, both by virtue of the *Fisheries Act* and the federal common law relating to fisheries, underpinning the statutory grant of jurisdiction afforded by paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act*. He points out that the plaintiff is not merely alleging a violation of the *Fisheries Act*, conceding that this would be far too thin a cord on which to found and nourish the statutory grant of jurisdiction. Rather, he takes the position that the *Fisheries Act* in all its ramifications could not be made to work without fisheries officers such as these, against whom the individual claims are being advanced. In support of these propositions, he relies particularly on the following cases: *Oag v. Canada*, *supra*; *Bradasch v. Warren* (1989), 27 F.T.R. 70 (F.C.T.D.); *H. Smith Packing Corp. v. Gainvir Transport Ltd.* (1989), 61 D.L.R. (4th) 489; 99 N.R. 54 (F.C.A.); *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, also cited (*sub nom. Wewayakum Indian Band v. Canada et al.*) (1989), 92 N.R. 241; 25 F.T.R. 161. In the view of plaintiff's counsel, the matter comes down to this. The alleged misrepresentations made by the two fisheries officers regarding the conditions

(3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.); *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *Holt c. Canada*, [1989] 1 C.F. 522; (1988), 23 F.T.R. 109 (1^{re} inst.); et *Stephens c. R.* (1982), 26 C.P.C. 1; [1982] CTC 138; 82 DTC 6132; 40 N.R. 620 (C.A.F.). Enfin, l'avocat des défendeurs prétend que le demandeur n'a pas réussi à satisfaire à la troisième condition de l'affaire *ITO*, c'est-à-dire que la loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]. Selon lui, des réclamations fondées sur la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle ne sont pas intimement liées à un ensemble de règles de droit fédérales relatives aux pêcheries au point qu'elles ressortissent à la compétence fédérale. Bref, selon lui, il y a un monde entre le droit des pêcheries et le champ envahissant du droit maritime canadien tel qu'il a été défini dans l'affaire *ITO*.

L'avocat du demandeur prétend qu'il existe un ensemble de règles de droit fédérales, adopté en application de la *Loi sur les pêches* et de la *common law* fédérale concernant les pêcheries, qui sous-tend l'attribution légale de compétence prévue par l'alinéa 17(5)b) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il fait remarquer que le demandeur n'invoque pas simplement une violation de la *Loi sur les pêches*, admettant que ce moyen ne constituerait pas une assise suffisante à l'attribution de compétence par la loi. Il soutient plutôt que toutes les prescriptions de la *Loi sur les pêches* ne pourraient pas être appliquées sans l'intervention d'agents des pêches comme ceux qui font l'objet des réclamations. Pour étayer ces propositions, il cite en particulier les décisions suivantes: *Oag c. Canada*, précitée; *Bradasch c. Warren* (1989), 27 F.T.R. 70 (C.F. 1^{re} inst.); *H. Smith Packing Corp. c. Gainvir Transport Ltd.* (1989), 61 D.L.R. (4th) 489; 99 N.R. 54 (C.A.F.); et *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, également citée *sub nom. Bande indienne Wewayakum c. Canada et autres* (1989), 92 N.R. 241; 25 F.T.R. 161. Selon l'avocat du demandeur, la question peut se ramener à ces termes: la prétendue présentation inexacte des

for obtaining commercial salmon fishing licences in 1982 arose out of the *Fisheries Act* and Regulations and the powers and duties of fisheries officers thereunder. But for this there would have been no occasion to make the representations that are alleged to have been made. In the circumstances, the application of the law of contract and tort is essential to the resolution of the dispute between the parties and, in that context, such law comprises an existing body of federal common law essential to the disposition of the case. As for the third element of the *ITO* test, he asserts that there can be no doubt that the *Fisheries Act* is a "law of Canada" within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867* representing, as it does, Parliament's assertion of its legislative competence over a class of subject-matter assigned by subsection 91(12) of the Act to the federal domain.

In *Roberts v. Canada, supra*, the plaintiff Indian band brought an action against the federal Crown and the defendant Indian band for a declaration that it had the right to use and occupy a certain Indian reserve and for a permanent injunction to restrain the defendant Indian band, which was the actual occupier of the reserve, from trespassing thereon. The dispute revolved around the determination of which band had the right to the use and occupation of the reserve in question. The plaintiff band alleged that the Crown breached its fiduciary duty to protect and preserve its interest in a reserve, which was and always had been set aside for its exclusive use and benefit. The plaintiff further alleged that the Crown was also in breach of the statutory duties owed to it under the various provisions of the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6]. The defendant band brought a motion for an order pursuant to the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] to have the action against it dismissed for want of jurisdiction in the Federal Court to grant the relief sought. The Trial Judge denied the motion and his order was upheld on appeal, but on slightly different grounds. The defendant band appealed the jurisdictional issue to the Supreme Court of Canada. The Supreme Court of Canada dismissed the appeal, affirming that the Trial Division had jurisdiction to deal with the trespass claim against the defendant band. In reaching this

conditions d'obtention des permis de pêche commerciale du saumon en 1982 par les deux agents des pêches découle de l'application de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements et elle a été faite dans le cadre du mandat confié aux deux agents des pêches sous ce régime. Sans ce régime, les déclarations alléguées n'auraient jamais été faites. Dans les circonstances, l'application des règles du droit en matière contractuelle et délictuelle est essentielle à la résolution du différend entre les parties et, dans ce contexte, elles comprennent un ensemble de règles de *common law* fédérales essentiel à la solution du litige. Quant au troisième élément du critère formulé dans l'arrêt *ITO*, il soutient que la *Loi sur les pêches* est, à n'en pas douter, une «loi du Canada» au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* car elle constitue l'affirmation par le législateur de sa compétence législative sur une catégorie de matières relevant du domaine fédéral en vertu du paragraphe 91(12) de la Loi.

Dans le jugement *Roberts c. Canada*, précité, la bande indienne demanderesse a intenté une action contre la Couronne fédérale et la bande indienne défenderesse en vue d'obtenir une déclaration lui reconnaissant le droit d'utiliser et d'occuper une certaine réserve indienne ainsi qu'une injonction permanente enjoignant à la bande indienne défenderesse, qui occupait la réserve, de cesser de violer son droit de propriété sur la réserve. Il s'agissait de déterminer quelle bande avait le droit d'utiliser et d'occuper la réserve en question. La bande demanderesse alléguait que la Couronne avait violé l'obligation de fiduciaire qu'elle avait de protéger son intérêt dans une réserve et que la réserve était et avait toujours été mise de côté pour son usage et son profit exclusifs. Elle soutenait de plus que la Couronne avait également violé les obligations que les diverses dispositions de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, chap. I-6] lui imposaient à son égard. La bande défenderesse a déposé une requête visant à obtenir, conformément aux *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663], une ordonnance rejetant l'action intentée contre elle parce que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour accorder le redressement demandé. Le juge de première instance n'a pas accueilli la requête et son ordonnance a été confirmée en appel, quoique pour des motifs légèrement différents. La bande défenderesse a interjeté appel devant la Cour

result, the Supreme Court reiterated the threefold test prescribed by McIntyre J. in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, *supra*, for determining whether the Federal Court was properly seised of the matter. It was held, firstly, that paragraph 17(3)(c) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] conferred the necessary jurisdiction. Secondly, the Court took the view that the second and third elements of the *ITO* test overlapped, but went on to conclude that these had been satisfied in the particular circumstances of the case.

The rationale for satisfying the second and third requirements prescribed in the *ITO* case is reflected in the following statement of Wilson J., delivering the judgment of the Court, at page 340 S.C.R.:

I would conclude therefore that “laws of Canada” are exclusively required for the disposition of this appeal, namely the relevant provisions of the *Indian Act*, the act of the federal executive pursuant to the *Indian Act* in setting aside the reserve in issue for the use and occupancy of one or other of the two claimant Bands, and the common law of aboriginal title which underlies the fiduciary obligations of the Crown to both Bands. The remaining two elements of the test set out in *ITO*, *supra*, are accordingly satisfied.

In *Oag v. Canada*, *supra*, the Federal Court of Appeal applied the tripartite test laid down by the Supreme Court of Canada in the *ITO* case and held that there was jurisdiction under paragraph 17(4)(b) of the *Federal Court Act* [now paragraph 17(5)(b)] to enable the Trial Division to entertain a tortious action for false arrest and imprisonment against individual members of the National Parole Board. Stone J., writing the Court’s opinion, concluded [at page 521 F.C.] that the torts complained of “depend for their existence upon federal law”.

suprême du Canada sur la question de la compétence. La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi, confirmant la compétence du juge de première instance pour entendre l’action en violation du droit de propriété intentée contre la bande défenderesse. En statuant, la Cour suprême du Canada a rappelé le triple critère formulé par le juge McIntyre dans le jugement *ITO—International Terminal Operators c. Miida Electronics Inc. et autre*, précité, pour décider si la Cour fédérale avait été saisie à bon droit de la question. En premier lieu, elle a jugé que l’alinéa 17(3)c) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10] accordait la compétence nécessaire. En second lieu, elle a estimé qu’il y avait chevauchement entre les deuxième et troisième éléments du critère formulé dans l’arrêt *ITO*, mais elle a conclu que ces conditions étaient remplies dans les circonstances particulières de l’espèce.

Le raisonnement sur lequel la Cour s’est appuyée pour affirmer que les deuxième et troisième conditions énoncées dans l’arrêt *ITO* étaient réunies ressort du passage suivant tiré des motifs du juge Wilson, qui a rendu le jugement au nom de la Cour, à la page 340 R.C.S.:

Je suis donc d’avis de conclure que seules les «lois du Canada» sont requises pour résoudre le présent pourvoi, savoir les dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*, l’acte que l’exécutif fédéral a accompli conformément à la *Loi sur les Indiens* en mettant de côté la réserve en cause pour l’usage et l’occupation de l’une ou de l’autre des deux bandes requérantes, et la *common law* du titre aborigène qui sous-tend les obligations de fiduciaire qu’a la Couronne envers les deux bandes. Les deux autres éléments du critère établi dans l’arrêt *ITO*, précité, sont en conséquence respectés.

Dans la décision *Oag c. Canada*, précitée, la Cour d’appel fédérale a appliqué le triple critère établi par la Cour suprême du Canada dans le jugement *ITO* et elle a décidé que la Section de première instance avait compétence en vertu de l’alinéa 17(4)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* [maintenant l’alinéa 17(5)b)] pour entendre une action en responsabilité civile délictuelle pour arrestation illégale et emprisonnement arbitraire intentée contre les membres de la Commission nationale des libérations conditionnelles. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Stone a conclu [à la page 521 C.F.] que l’existence des délits «repos[ait] sur le droit fédéral».

In *Varnam v. Canada, supra*, the Federal Court of Appeal went the other way by holding that the Trial Division was without jurisdiction to entertain the plaintiff's claim against the College of Physicians and Surgeons of British Columbia based upon the latter's negligent and false representations which resulted in the revocation of the plaintiff's authorization to prescribe a drug. By the terms of section 58 of the *Narcotic Control Regulations* [C.R.C., c. 1041], the Minister could only act "after consultation with" the College. The Trial Judge had held that this was sufficient to give the plaintiff's claim against the College the necessary foundation in federal law. The Trial Judge also applied the intertwining theory to bring the action against the College within the umbrella grant of jurisdiction given by subsection 17(1) of the Act. The appeal from this decision was allowed. Hugessen J., delivering the Court's judgment, thus distinguished the *Oag* case at pages 458-459 F.C.:

The case of *Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511 (C.A.), relied on by the Trial Judge, is clearly distinguishable: *Oag's* claim was that the defendant Crown officers had acted illegally and contrary to a federal statute (the *Parole Act* [R.S.C. 1970, c. P-2]) in such a way as to deprive him of a freedom to which he was entitled solely by the operation of another federal statute (the *Penitentiary Act* [R.S.C. 1970, c. P-6]). Thus not only did the damage which he suffered consist solely in the deprivation of a right whose only source was a federal statute, but the deprivation itself was caused solely by the alleged abuse by federal officers of their powers under another federal statute. A mere consultation such as is required by section 58 of the *Narcotic Control Regulations* seems to me to be far too thin a thread on which to hang the jurisdiction of this Court. [Emphasis added.]

The learned Judge then proceeded to deal with the intertwining theory in the following terms at page 461:

... it is my view that the concept of "intertwining", which does not take its source from any words in the statute, is altogether too vague and elastic a standard upon which to found exclusive jurisdiction in the Federal Court. While the degree to which claims would have to be intertwined in order to give this Court jurisdiction is a matter which could no doubt be settled over time by case law, the development of the necessary rules would be a lengthy process during which litigants would be subject to continuing uncertainty as to which court they should sue in. It is not in the public interest that exclusive Federal Court jurisdiction should be a matter for guesswork.

Dans le jugement *Varnam c. Canada*, précité, la Cour d'appel fédérale a conclu en sens contraire en décidant que la Section de première instance ne pouvait pas connaître de l'action intentée contre le College of Physicians and Surgeons de la Colombie-Britannique par le demandeur qui soutenait que les observations erronées et empreintes de négligence du Collège avaient entraîné le retrait de son autorisation de prescrire une drogue. Selon le libellé de l'article 58 du *Règlement sur les stupéfiants* [C.R.C., chap. 1041], le ministre ne pouvait agir qu'«après consultation avec» le Collège. D'après le juge de première instance, cela suffisait pour que l'action du demandeur contre le Collège trouve un appui suffisant dans la loi fédérale. Le juge de première instance a aussi appliqué la théorie du «lien» pour assujettir l'action intentée contre le Collège à la compétence générale accordée par le paragraphe 17(1) de la Loi. Le pourvoi a été accueilli. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Hugessen a affirmé que l'affaire *Oag* ne présentait pas les mêmes caractéristiques, aux pages 458 et 459 C.F.:

Les faits en cause dans l'arrêt *Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511 (C.A.), sur lequel s'est appuyé le juge de première instance, se distinguent clairement de ceux de l'espèce: *Oag* soutenait que les fonctionnaires de la Couronne défendeurs avaient agi illégalement et contrairement à une loi fédérale (la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* [S.R.C. 1970, chap. P-2]) de façon à le priver d'une liberté à laquelle il avait droit uniquement par l'application d'une autre loi fédérale (la *Loi sur les pénitenciers* [S.R.C. 1970, chap. P-6]). Ainsi, non seulement le préjudice subi par *Oag* consistait-il uniquement en la privation d'un droit qui trouvait sa seule source dans une loi fédérale, mais cette privation elle-même découlait entièrement de l'abus qu'auraient fait les fonctionnaires fédéraux des pouvoirs que leur conférait une autre loi fédérale. Une simple consultation comme celle qu'exige l'article 58 du *Règlement sur les stupéfiants* ne me semble pas constituer une assise suffisante à la compétence de cette Courud. [C'est moi qui souligne.]

Le juge a ensuite abordé la théorie du «lien» en ces termes à la page 461:

... j'estime que le concept du «lien», qui ne trouve sa source nulle part dans le libellé de la loi, est une norme trop vague et trop élastique pour servir de fondement à la compétence exclusive de la Cour fédérale. Bien que la jurisprudence puisse sans doute établir petit à petit le point auquel doivent être liées les demandes pour donner compétence à cette Cour, l'élaboration des règles applicables serait un lent processus au cours duquel les plaideurs resteraient toujours incertains quant à la cour compétente. Il n'est pas dans l'intérêt public que la compétence exclusive de la Cour fédérale fasse l'objet de conjectures.

In the *Roberts* or *Wewayakum Indian Band* case, *supra*, Wilson J. observed, at page 334 S.C.R.:

The fact that a claim resting on provincial law is "intertwined" with or affected by another claim determinable according to the "Laws of Canada" has been held not to bring the first claim within the jurisdiction of the Federal Court: see *The Queen v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695; *per Pigeon, J.*, at p. 713.

The Federal Court of Appeal again relied on the threefold test of the *ITO* case in *H. Smith Packing Corp. v. Gainvir Transport Ltd.*, *supra*, a case in which the defendant shipping agent entered a conditional appearance and moved to have the plaintiff's action against it dismissed on the ground of lack of jurisdiction. The plaintiff claimed that the shipping agent had negligently misrepresented both the conditions under which the cargo was to be carried aboard the transit vessel and the extent of cargo insurance carried by the vessel's owners. The Trial Judge, relying on the *ITO* case, rejected the motion. The appeal of the defendant shipping agent was dismissed by the Federal Court of Appeal. Desjardins J.A., writing the Court's opinion, after quoting extensively from the judgment of McIntyre J. in the *ITO* case and reviewing other relevant authorities, held that the three essential requirements for establishing jurisdiction in the Federal Court had been met on the grounds that the misrepresentations related to a contract of carriage by sea and the agency relationship so created was comprehended by the broad definition of Canadian maritime law. The learned Judge posed the key issue of the case and its partial resolution as follows [at page 494 D.L.R.]:

The key issue before us is, therefore, whether the law and the contract of agency as between a shipper and a shipping agent where misrepresentations as to the conditions under which cargo was to be carried aboard a vessel by the carrier and misrepresentations as to the extent of insurance carried by the owner and the manager of the vessel is so integrally connected with the contract of carriage by sea itself as to become either a matter falling into the class of subjects of shipping as this term is understood under subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, (*Agence Maritime Inc. v. Canada Labour Relations Board* (1969), 12 D.L.R. (3d) 722, [1969] S.C.R. 851 (S.C.C.)), or a matter necessary incidental to this class of subjects. In such cases, the law of agency would have a double aspect. Agency in its federal aspect would fall under federal jurisdiction.

Dans l'arrêt *Roberts* ou *Bande indienne Wewayakum*, précité, le juge Wilson a fait l'observation suivante à la page 334 R.C.S.:

On a jugé que le fait qu'une demande fondée sur une loi provinciale soit «étroitement liée» à une autre demande susceptible d'être tranchée suivant les «lois du Canada» ou qu'elle soit touchée par cette autre demande n'a pas pour effet d'assujettir la première demande à la compétence de la Cour fédérale: voir *La Reine c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695, le juge Pigeon, à la p. 713.

La Cour d'appel fédérale s'est à nouveau appuyée sur le triple critère formulé dans l'affaire *ITO* dans la décision *H. Smith Packing Corp. c. Gainvir Transport Ltd.*, précitée. Dans cette affaire, l'agent maritime défendeur a déposé une comparution conditionnelle et présenté une requête pour faire rejeter l'action intentée par la demanderesse contre lui en invoquant l'absence de compétence du tribunal. La demanderesse prétendait que l'agent avait présenté de façon inexacte et négligente les conditions dans lesquelles la cargaison devait être transportée à bord du navire et l'étendue de l'assurance protégeant les marchandises que possédaient les propriétaires du navire. S'appuyant sur l'arrêt *ITO*, le juge de première instance n'a pas accueilli la requête. Le pourvoi de l'agent maritime défendeur a été rejeté par la Cour d'appel fédérale. Après avoir largement cité la décision du juge McIntyre dans l'affaire *ITO* et avoir examiné d'autres jugements pertinents, le juge Desjardins, qui s'exprimait au nom de la Cour, a décidé que les trois conditions essentielles à l'établissement de la compétence de la Cour fédérale étaient réunies parce que les déclarations inexactes se rapportaient à un contrat de transport maritime et que le mandat ainsi créé était visé par la définition large du droit maritime canadien. Le juge a posé la question centrale et sa solution partielle en ces termes [à la page 494 D.L.R.]:

La question centrale en l'espèce est donc celle de savoir si les règles du mandat et le contrat existant entre un expéditeur et son agent maritime, dans le cas de présentation inexacte des conditions auxquelles le transporteur devait transporter la cargaison à bord d'un navire et de l'étendue de l'assurance que possédaient le propriétaire et l'administrateur du navire, sont intimement liés au contrat même de transport par mer au point de relever de la catégorie «expéditions par eau», au sens où ce terme est employé au paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, (*Agence Maritime Inc. c. Conseil Canadien des Relations Ouvrières* (1969), 12 D.L.R. (3d) 722, [1969] R.C.S. 851 (C.S.C.)), ou d'une manière accessoire à cette catégorie. En pareil cas, le droit du mandat revêtirait un double aspect. Sous son aspect fédéral, le mandat relèverait de la compétence fédérale.

In the case at bar, the representations by the shipping agents both with regard to the conditions of carriage of the cargo and its coverage by insurance arose because of the existence of the contract of carriage by sea. There would have been no occasion for them to occur had there not been such a contract. It would be hard not to concede that those representations were integrally connected with the contract of carriage by sea and with the shipping operation itself. In such circumstances, the law of agency becomes "a law of Canada" within the meaning of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

The recent case of *Bradasch v. Warren, supra*, held that the Trial Division of the Federal Court had jurisdiction by virtue of paragraph 17(4)(b) of the *Federal Court Act* to entertain tortious claims of assault and battery and false imprisonment against individual RCMP defendants on the ground that they could hardly have committed the alleged torts without the authority and powers conferred on them as "a member of the Force", pursuant to the *Royal Canadian Mounted Police Act* [R.S.C. 1970, c. R-9], an authentic law of Canada. I understand the case is presently under appeal to the Federal Court of Appeal.

The crux of the present case, as it seems to me, is whether the law of contract and tort and possibly unjust enrichment and fiduciary obligation and interference with proprietary right in the commercial salmon fishery, arising from the alleged misrepresentations of the two fisheries officers, bore such sufficient stamp or imprint of federal law as to bring the subject-matter within the federal jurisdictional domain.

As stated, there is no question that paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act* meets the first *ITO* requirement of "a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament". The next question is whether there is an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.

Subsection 5(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, provides for the appointment of fishery officers "whose powers and duties are as defined by this Act and any other Act of Parliament". Section 7 of the Act gives the Minister of Fisheries and Oceans an absolute discretion, wherever the exclusive right of fishing does not already

En l'espèce, c'est l'existence du contrat de transport par mer qui a donné lieu aux déclarations de l'agent maritime, tant à l'égard des conditions de transport de la cargaison qu'à l'égard de la couverture de celle-ci par une assurance. N'eût été de ce contrat, ces déclarations n'auraient jamais été faites. Il serait difficile de nier que ces déclarations étaient intimement liées au contrat de transport par mer et à l'opération d'expédition elle-même. Dans les circonstances, le droit du mandat devient une «loi du Canada» au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Dans la récente décision *Bradasch c. Warren*, précitée, il a été décidé que la Section de première instance de la Cour fédérale était compétente en vertu de l'alinéa 17(4)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* pour connaître des actions en responsabilité délictuelle pour voies de fait et emprisonnement arbitraire intentées contre les défendeurs, membres de la GRC, parce qu'ils n'auraient guère pu commettre les délits qu'on leur reproche sans l'autorité et les pouvoirs qui leur sont conférés à titre de «membres de la Gendarmerie», en application d'une loi canadienne authentique, la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* [S.R.C. 1970, chap. R-9]. Si je ne m'abuse, cette cause a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale.

La question fondamentale en l'espèce, il me semble, est de savoir si les règles du droit en matière contractuelle et délictuelle, et peut-être l'enrichissement sans cause et l'obligation de fiduciaire ainsi que l'atteinte à un droit de propriété sur la pêche commerciale du saumon, découlant des prétendues déclarations inexactes des deux agents des pêches, étaient suffisamment marqués par le droit fédéral pour que la matière relève du domaine de la compétence fédérale.

Rappelons que l'alinéa 17(5)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* remplit indéniablement la première condition énoncée dans l'affaire *ITO*, savoir «l'attribution de compétence par une loi du Parlement». Il s'agit maintenant de se demander s'il existe un ensemble de règles de droit fédérales essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.

Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), chap. F-14, prévoit la nomination d'agents des pêches dont les «attributions sont définies par la présente loi et d'autres lois fédérales.» L'article 7 de la Loi dispose qu'en l'absence d'exclusivité du droit de pêche conférée par la loi, le ministre des Pêches et des Océans peut, à discrétion

exist by law, to issue "leases and licences for fisheries or fishing, wherever situated or carried on", except in the case of leases or licences for terms exceeding nine years which can only be issued under the authority of the Governor in Council. Section 9 of the Act gives the Minister the right to cancel any lease or licence issued under the authority of the Act, if satisfied that the operations thereunder "were not conducted in conformity with its provisions". Section 43 enables the Governor in Council to make regulations, *inter alia*:

43. ...

(a) for the proper management and control of the sea-coast and inland fisheries;

(g) respecting the terms and conditions under which a licence and lease may be issued;

Sections 49 to 56 of the *Fisheries Act* set out the powers of fishery officers and fishery guardians. Without attempting an exhaustive enumeration, I might mention some. A fishery officer may break open and search any building, vehicle, vessel or place, other than a permanent dwelling-place, if he has reasonable grounds to believe that any fish taken or anything used in contravention of the Act or the regulations is concealed therein. Fishery officers are given powers of arrest without warrant, if they have reasonable grounds to believe that the person arrested has committed an offence or is committing or is about to commit such offence. It is made an offence to resist or obstruct any fishery officer in the execution of his duty. In the discharge of his duties, a fishery officer may enter on and pass through or over private property without being liable for trespass. Fishery officers may resolve disputes between persons relating to fishing limits and related claims. Furthermore, the Minister or any duly authorized fishery officer is given power "to define the boundaries of tidal waters and estuaries and to designate what is the mouth of any river, stream or other water for the purposes of this Act".

tion, octroyer des «baux et permis de pêche ainsi que des licences d'exploitation de pêcheries ... indépendamment du lieu de l'exploitation ou de l'activité de pêche», sauf s'il s'agit de baux, permis et licences pour un terme supérieur à neuf ans dont l'octroi est subordonné à l'autorisation du gouverneur général en conseil. En vertu de l'article 9, le ministre peut révoquer tous baux, permis ou licences consentis en vertu de la Loi, s'il est convaincu qu'il y a eu «manquement à leurs dispositions». L'article 43 habilite le gouverneur en conseil à prendre des règlements d'application de la Loi, notamment:

c

43. ...

a) concernant la gestion et la surveillance judiciaires des pêches en eaux côtières et internes;

d

g) concernant les conditions attachées aux licences, permis et baux;

Les articles 49 à 56 de la *Loi sur les pêches* énoncent les pouvoirs dont sont investis les agents des pêches et les gardes-pêche. Je me contenterai ici d'en mentionner quelques-uns. L'agent des pêches peut, au besoin par la force, faire des perquisitions dans tout immeuble, véhicule, navire ou lieu autre qu'un local d'habitation permanente, s'il a des motifs raisonnables de croire que s'y trouvent cachés des poissons pris ou des objets utilisés en contravention avec la Loi ou ses règlements. Les agents des pêches peuvent arrêter sans mandat toute personne dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'elle a commis une infraction ou qu'ils prennent en flagrant délit d'infraction ou se préparant à commettre une infraction. Il est interdit d'entraver l'action d'un agent des pêches dans l'exercice de ses fonctions. Dans le cadre de ses fonctions, l'agent des pêches peut pénétrer dans une propriété privée et y circuler sans s'exposer à une poursuite pour violation du droit de propriété. Les agents des pêches peuvent régler les différends portant sur les limites de pêcheries et autres réclamations connexes. De plus, le ministre, ou tout agent des pêches habilité par lui, a le pouvoir de «délimiter les eaux de marées et les estuaires et de déterminer l'embouchure d'une rivière, d'un cours d'eau ou de toute autre étendue d'eau pour l'application de la présente loi».

The locus of the plaintiff's commercial salmon fishing activity was Saint John harbour, the waters of which are tidal.

That there is an extensive body of common law pertaining to the public right of fishing in the arms of the sea and the estuaries of rivers below the ebb and flow of tide is beyond question. Nor can it be questioned that the federal Parliament has exclusive legislative jurisdiction under subsection 91(12) of the *Constitution Act, 1867* [formerly *The British North America Act, 1867*] over the sea coast and inland fisheries and that this comprehends the general power of enacting laws for the regulation, protection and preservation of the fisheries as a public resource, notwithstanding that such laws may impinge to some degree on the proprietary rights of others: *The Queen v. Robertson* (1882), 6 S.C.R. 52; 2 Cart. 65; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1914] A.C. 153 (P.C.); *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, [1921] 1 A.C. 413 (P.C.); *Interprovincial Co-operatives Ltd. et al. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; [1975] 5 W.W.R. 382; (1975), 53 D.L.R. (3d) 321; 4 N.R. 231; and *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213; [1980] 5 W.W.R. 511; (1980), 113 D.L.R. (3d) 513; 53 C.C.C. (2d) 97; 9 C.E.L.R. 115; 32 N.R. 230.

In *The Queen v. Robertson, supra*, Ritchie C.J. said, at page 123 S.C.R.:

To all general laws passed by the Dominion of *Canada* regulating "sea coast and inland fisheries" all must submit, but such laws must not conflict or compete with the legislative power of the local legislatures over property and civil rights beyond what may be necessary for legislating generally and effectually for the regulation, protection and preservation of the fisheries in the interests of the public at large.

Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada, supra, held that it was not competent for the legislature of British Columbia to authorize the provincial government to grant exclusive rights of fishing in tidal waters on the ground that the right of fishing therein was a public right and not a proprietary one, and that

Le demandeur se livrait à la pêche commerciale du saumon dans le port de Saint-Jean où la marée se fait sentir.

Il existe, indéniablement, un ensemble important de règles de *common law* relatives au droit public de pêcher dans les bras de mer et l'estuaire des rivières entre le flux et le reflux. On ne saurait contester non plus le fait que le Parlement fédéral a compétence exclusive sur les pêches en eaux côtières et internes, en vertu du paragraphe 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (auparavant intitulée *l'acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*), ce qui emporte le pouvoir général de légiférer pour régler, protéger et conserver les pêcheries à titre de ressource publique, en dépit du fait que ces textes législatifs peuvent, dans une certaine mesure, porter atteinte aux droits de propriété d'autrui: *The Queen v. Robertson* (1882), 6 R.C.S. 52; 2 Cart. 65; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1914] A.C. 153 (P.C.); *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, [1921] 1 A.C. 413 (P.C.); *Interprovincial Co-operatives Ltd. et al. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477; [1975] 5 W.W.R. 382; (1975), 53 D.L.R. (3d) 321; 4 N.R. 231; et *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213; [1980] 5 W.W.R. 511; (1980), 113 D.L.R. (3d) 513; 53 C.C.C. (2d) 97; 9 C.E.L.R. 115; 32 N.R. 230.

Dans l'arrêt *The Queen v. Robertson*, précité, le juge en chef Ritchie a dit à la page 123 R.C.S.:

[TRADUCTION] Les lois générales adoptées par le Dominion du *Canada* relativement aux «pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur» s'appliquent à tout le monde, mais ces lois ne doivent pas entrer en conflit ni rivaliser avec le pouvoir législatif des législatures locales en matière de propriété et de droits civils au-delà de ce qui peut être nécessaire pour faire des lois générales et efficaces en vue de la réglementation, de la protection et de la conservation des pêcheries dans l'intérêt du public en général.

Dans l'arrêt *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, précité, il a été décidé que l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique n'avait pas le pouvoir d'autoriser le gouvernement provincial à octroyer des droits de pêche exclusifs dans les eaux de marées parce que le droit de pêche dans ces eaux

consequently the matter of its regulation rested exclusively with the Dominion Parliament. In that case, Viscount Haldane L.C. said, at page 175:

The principles above enunciated suffice to answer the third question, which relates to the right of fishing in arms of the sea and the estuaries of rivers. The right to fish is in their Lordships' opinion a public right of the same character as that enjoyed by the public on the open seas. A right of this kind is not an incident of property, and is not confined to the subjects of the Crown who are under the jurisdiction of the Province. Interference with it, whether in the form of direct regulation, or by the grant of exclusive or partially exclusive rights to individuals or classes of individuals, cannot be within the power of the Province, which is excluded from general legislation with regard to sea coast and inland fisheries.

In *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, *supra*, Viscount Haldane, addressing the question of the power of the province to grant the exclusive right of fishing in tidal waters after Confederation, said at pages 427-428:

The Dominion Parliament, having exclusive jurisdiction over sea coast and inland fisheries, could regulate the exercise of all fishing rights, private and public alike. As the public right was not proprietary, the Dominion Parliament has in effect exclusive jurisdiction to deal with it. But as to private rights, the provincial Legislature has exclusive jurisdiction so long as these present no other aspects than that of property and civil rights in the Province, or of matter of a local or private nature within it, in the meaning of the words of s. 92.

Coming back to the matter at hand, I am of the opinion that the misrepresentations complained of in the present case and the consequences flowing therefrom were attributable primarily to the authoritative role of the individual defendants as federal fishery officers under the *Fisheries Act* and the alleged abuse of their powers thereunder, but for which the alleged misrepresentations would not have occurred at all. Consequently, I consider that the subject-matter of the individual claims against them, viewed in proper context, depends for its existence upon "the detailed statutory framework" of the *Fisheries Act* with respect to the terms and conditions for obtaining commercial salmon fishing licences. Consistent with the principle of the *Oag* case and *Rhine v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442, I am impelled to the conclusion that the claims are founded on the statutory base of federal law, namely, the regulatory and licensing provisions of the *Fisheries Act* and the administra-

était un droit public et non un droit de propriété. Sa réglementation relevait donc exclusivement du Parlement du Dominion. Dans cette affaire, le vicomte Haldane a déclaré à la page 175:

^a [TRADUCTION] Les principes énoncés ci-dessus suffisent pour répondre à la troisième question relative au droit de pêcher dans les bras de mer et les estuaires des rivières. De l'avis de leurs Seigneuries, le droit de pêche est un droit public de la même nature que celui dont jouit le public en haute mer. Un droit de ce genre n'est pas un accessoire de la propriété et il ^b n'est pas restreint aux sujets de la Couronne relevant de la compétence de la province. Toute ingérence, que ce soit sous la forme de réglementation directe ou d'octroi de droits exclusifs, en tout ou en partie, à des individus ou à des catégories d'individus, déborde les compétences de la province à qui échappent le pouvoir législatif général à l'égard des pêches en ^c eaux côtières et internes.

Dans le jugement *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, précité, le vicomte Haldane a dit ce qui suit à propos du ^d pouvoir de la province d'octroyer le droit exclusif de pêcher dans les eaux de marées après la Confédération, aux pages 427 et 428:

[TRADUCTION] Ayant compétence exclusive sur les pêches en eaux côtières et internes, le Parlement du Dominion pourrait ^e réglementer l'exercice de tous les droits de pêche, privés et publics. Comme le droit public n'était pas un droit de propriété, le Parlement du Dominion a dans les faits compétence exclusive en la matière. Cependant, l'assemblée législative provinciale a compétence exclusive en ce qui concerne les droits privés dans la mesure où ceux-ci ne se rapportent qu'à la propriété et aux ^f droits civils dans la province ou à une matière de nature locale ou privée dans la province, au sens de l'article 92.

Pour en revenir à la question qui nous occupe, j'estime que les déclarations inexactes dont on se plaint en l'espèce et leurs conséquences sont attribuables surtout au rôle officiel joué par les défendeurs à titre d'agents des pêches fédéraux sous le régime de la *Loi sur les pêches* et au prétendu exercice abusif des pouvoirs qu'elle leur confère, sans quoi, les prétendues déclarations inexactes ^g n'auraient pas pu être faites. Par conséquent, je suis d'avis que l'objet des actions intentées contre eux, lorsqu'elles sont remises dans leur contexte, repose sur le «cadre législatif détaillé» de la *Loi sur les pêches* pour ce qui est des modalités et conditions d'obtention des permis de pêche commerciale du saumon. Conformément au principe appliqué dans l'affaire *Oag* et l'arrêt *Rhine c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442, force m'est de conclure que ^h les réclamations sont fondées sur la législation fédérale, c'est-à-dire les dispositions relatives à la réglementation et à la délivrance des permis et ⁱ

tion thereof, and that this is "a law of Canada" within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867*.

In *Rhine v. The Queen, supra*, Chief Justice Laskin, addressing the contention that the statute in question simply provided for the enforcement of a contractual obligation which owed nothing to federal law other than its origin in the statutory authorization to make the advance, said at page 447:

I do not agree that the matter can be disposed of in such simple terms. What we have here is a detailed statutory framework under which advances for prospective grain deliveries are authorized as part of an overall scheme for the marketing of grain produced in Canada. An examination of the *Prairie Grain Advance Payments Act* itself lends emphasis to its place in the overall scheme. True, there is an undertaking or a contractual consequence of the application of the Act but that does not mean that the *Act* is left behind once the undertaking or contract is made. At every turn, the Act has its impact on the undertaking so as to make it proper to say that there is here existing and valid federal law to govern the transaction which became the subject of litigation in the Federal Court. It should hardly be necessary to add that "contract" or other legal institutions, such as "tort" cannot be invariably attributed to sole provincial legislative regulation or be deemed to be, as common law, solely matters of provincial law.

In my opinion, the body of statutory law in the present case is amply sufficient to nourish the statutory grant of jurisdiction afforded by paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act*.

The case having been resolved on the statutory jurisdictional ground, the question of whether there is an existing and applicable body of federal common law "to underpin the jurisdiction of the Federal Court" becomes academic.

For the foregoing reasons, the defendants' motion is dismissed with costs.

licences de la *Loi sur les pêches* et leur application, et qu'il s'agit d'une «loi du Canada» au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Dans l'arrêt *Rhine c. La Reine*, précité, le juge en chef Laskin statuant sur la prétention selon laquelle la loi en question visait simplement l'exécution d'une obligation contractuelle ne relevant aucunement de la législation fédérale, si ce n'était qu'elle tirait son origine de l'autorisation législative de verser le paiement anticipé, a dit ce qui suit à la page 447:

Je ne peux admettre que l'on puisse régler l'affaire en des termes aussi simples. Nous sommes en présence d'un cadre législatif détaillé qui autorise des paiements anticipés pour des livraisons éventuelles de grain; c'est un élément d'un plan d'ensemble pour la commercialisation du grain produit au Canada. Un examen de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies* elle-même met en lumière la place que celle-ci prend dans le plan d'ensemble. Certes, l'application de la Loi emporte un engagement ou des conséquences contractuelles, mais cela ne veut pas dire que la Loi est mise à l'écart une fois l'engagement pris ou le contrat signé. La Loi a constamment des répercussions sur l'engagement, de sorte que l'on peut dire à bon droit qu'il existe une législation fédérale valide qui régit l'opération, objet du litige devant la Cour fédérale. Est-il nécessaire d'ajouter qu'on ne peut invariablement attribuer les «contrats» ou les autres créations juridiques, comme les délits et quasi-délits, au contrôle législatif provincial exclusif, ni les considérer, de même que la *common law*, comme des matières ressortissant exclusivement au droit provincial.

Selon moi, l'ensemble des règles législatives en l'espèce suffit amplement pour établir l'attribution de la compétence par l'alinéa 17(5)b) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Le litige ayant été résolu en raison de l'attribution de compétence par la loi, la question de savoir s'il existe un ensemble de règles de *common law* fédérales applicables pour [TRADUCTION] «fonder la compétence de la Cour fédérale» devient une question théorique.

Pour les motifs exposés ci-dessus, la requête des défendeurs est rejetée avec dépens.

T-777-87

T-777-87

**Labrador Offshore Shipping Company Limited
(Plaintiff)****Labrador Offshore Shipping Company Limited
(demanderesse)**

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant)**a Sa Majesté la Reine (défenderesse)****INDEXED AS: LABRADOR OFFSHORE SHIPPING CO. v. CANADA
(T.D.)****RÉPERTORIÉ: LABRADOR OFFSHORE SHIPPING CO. c. CANADA
(1^{re} INST.)**Trial Division, Martin J.—Halifax, December 13,
1989; Ottawa, January 11, 1990.**b** Section de première instance, juge Martin—Hali-
fax, 13 décembre 1989; Ottawa, 11 janvier 1990.

Income tax — Income calculation — Investment Tax Credit — Meaning of property acquired “primarily for use in ... Nova Scotia” in Income Tax Act, s. 127(9)(a.1) — Plaintiff acquiring diving support vessel which leased to Petro-Canada — Lease executed in Nova Scotia — Operated offshore Eastern Canada — Agreed vessel not used for exploration or drilling in Nova Scotia — S. 127(9)(a.1) contemplating physical use — Lease not constituting use by owner — Vessel used by lessee — Purpose of legislation.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Crédit d'impôt à l'investissement — Sens de bien acquis «pour être utilisé principalement en ... Nouvelle-Écosse» prévu à l'art. 127(9)a.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — La demanderesse a acquis un navire de soutien de plongée qu'elle a donné en location à Petro-Canada — Bail exécuté en Nouvelle-Écosse — Navire exploité au large des côtes de l'Est du Canada — Il a été convenu que le navire n'a pas été utilisé pour l'exploration et le forage en Nouvelle-Écosse — L'art. 127(9)a.1) envisage l'utilisation physique du bien — Le bail ne constitue pas une utilisation du bien par le propriétaire — Navire utilisé par le locataire — But de la Loi.

This was an appeal from the Minister's determination of the plaintiff's refundable investment tax credit with respect to its diving support vessel designed for offshore oil and gas drilling and exploration. The definition of investment tax credit in *Income Tax Act*, paragraph 127(9)(a.1) requires the acquisition of a qualified property “primarily for use in ... Nova Scotia”. The plaintiff chartered the vessel to Petro-Canada for four years as soon as it was built. Except for a few months when it operated offshore East Africa, the vessel operated on the Eastern Canadian offshore until December 1986. The vessel was crewed by Maritimers and repairs were done in the Atlantic provinces. It was agreed that the vessel constituted “qualified property” within the meaning of paragraphs 127(10)(b) and (d), which requires a reasonable expectation that the vessel will be used “in Canada”, and that the vessel had not been used in Nova Scotia. The plaintiff submitted that the act of leasing the vessel to Petro-Canada, which lease was executed in Nova Scotia, constituted the plaintiff's use of the vessel in Nova Scotia. The issue was whether the plaintiff acquired the vessel for use primarily in Nova Scotia, within the meaning of paragraph 127(9)(a.1). The plaintiff submitted that there are two possible meanings to the investment tax credit provisions and that the meaning most favourable to it should be applied.

Il s'agissait d'un appel formé contre la décision rendue par le ministre au sujet du crédit d'impôt à l'investissement remboursable de la demanderesse relativement à son navire de soutien de plongée conçu pour le forage et l'exploration en vue de la découverte de pétrole et de gaz au large des côtes. La définition de crédit d'impôt à l'investissement prévue à l'alinéa 127(9)a.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* exige l'acquisition d'un bien admissible «pour l'utiliser principalement en ... Nouvelle-Écosse». La demanderesse a donné le navire en location à Petro-Canada pour une période de quatre ans aussitôt après sa construction. Sauf pendant les quelques mois où il a été exploité au large des côtes de l'Afrique orientale, le navire a été utilisé au large des côtes de l'Est du Canada jusqu'en décembre 1986. L'équipage du navire provenait des Provinces maritimes, et les réparations ont été effectuées dans ces provinces. Il a été convenu que le navire constituait un «bien admissible» au sens des alinéas 127(10)b) et d), qui exigent qu'on puisse raisonnablement s'attendre à ce que le navire soit utilisé «au Canada», et que le navire n'avait pas été utilisé en Nouvelle-Écosse. La demanderesse a soutenu que le fait de donner le navire en location à Petro-Canada, lequel bail a été exécuté en Nouvelle-Écosse, constituait une utilisation du navire par la demanderesse en Nouvelle-Écosse. La question était de savoir si la demanderesse a acquis le navire pour l'utiliser principalement en Nouvelle-Écosse, au sens de l'alinéa 127(9)a.1). La demanderesse a allégué qu'il y avait deux sens possibles aux dispositions relatives au crédit d'impôt à l'investissement et qu'il fallait appliquer celui qui lui était le plus favorable.

Held, the appeal should be dismissed.**Jugement:** l'appel doit être rejeté.

The fatal weakness in the plaintiff's argument was that it was based on the assumption that the phrase “acquired a qualified property primarily for use in ... Nova Scotia” is unclear. The use contemplated by paragraph 127(9)(a.1) is the physical use of the property. It does not include the leasing of the vessel by the plaintiff. A lease of a property or a vessel is granting the use of the property to the lessee. By leasing the

La faiblesse grave de l'argument de la demanderesse est qu'il était fondé sur l'hypothèse selon laquelle l'expression «bien admissible acquis principalement pour être utilisé en Nouvelle-Écosse» n'est pas claire. L'utilisation envisagée à l'alinéa 127(9)a.1) est l'utilisation physique du bien. Cela ne comprend pas la location du navire par la demanderesse. La location d'un bien ou d'un navire accorde l'utilisation du bien au locataire.

property the owner parts with the use of the property. It was not the lessor, but the lessee who used the vessel. The purpose of the investment tax credit legislation was to confer benefits on regions of slow economic recovery and high unemployment. Because the use of the vessel did not take place in Nova Scotia, or in any of the other areas named in paragraph 127(9)(a.1), the plaintiff was not entitled to the benefits of that paragraph.

En louant le bien, le propriétaire renonce à son utilisation. Ce n'est pas le locateur mais le locataire qui a utilisé le navire. Les mesures législatives concernant le crédit d'impôt à l'investissement visait à accorder des avantages aux régions où la reprise économique se fait lentement et où règne un taux de chômage élevé. Comme le navire n'a pas été utilisé en Nouvelle-Écosse, ou dans une autre région mentionnée à l'alinéa 127(9)a.1), la demanderesse n'avait pas le droit de se prévaloir des avantages de cet alinéa.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 127(9)(a.1) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 61), (10) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 71, s. 9; 1977-78, c. 1, s. 61; 1980-81-82-83, c. 48, s. 73; c. 140, s. 89), 165 (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 68; 1988, c. 61, s. 14), 255 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 111).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Funtronix Amusements Ltd. v. M.N.R., [1989] 2 C.T.C. 2296; (1989), 89 DTC 545 (T.C.C.).

CONSIDERED:

Stuart Investments Ltd. v. The Queen, [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.

REFERRED TO:

Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244; *Mother's Pizza Parlour (London) Limited v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 403; [1985] 1 CTC 361; (1985), 85 DTC 5271 (T.D.).

COUNSEL:

W. Wylie Spicer and Dug Richardson for plaintiff.
Robert W. McMechan and Michael J. Butler for defendant.

SOLICITORS:

McInnes Cooper & Robertson, Halifax, for plaintiff.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARTIN J.: The plaintiff appeals, with the consent of the Minister of National Revenue, by way of notice of objection pursuant to section 165 of

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 127(9)a.1) (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 61), (10) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 71, art. 9; 1977-78, chap. 1, art. 61; 1980-81-82-83, chap. 48, art. 73; chap. 140, art. 89), 165 (mod. par S.C. 1984, chap. 45, art. 68; 1988, chap. 61, art. 14), 255 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 48, art. 111).

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Funtronix Amusements Ltd. c. M.N.R., [1989] 2 C.T.C. 2296; (1989), 89 DTC 545 (C.C.I.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Stuart Investments Ltd. c. La Reine, [1984] 1 R.C.S. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241.

DÉCISIONS CITÉES:

Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244; *Mother's Pizza Parlour (London) Limited c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 403; [1985] 1 CTC 361; (1985), 85 DTC 5271 (1^{re} inst.).

AVOCATS:

W. Wylie Spicer et Dug Richardson pour la demanderesse.
Robert W. McMechan et Michael J. Butler pour la défenderesse.

PROCUREURS:

McInnes Cooper & Robertson, Halifax, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

LE JUGE MARTIN: La demanderesse interjette appel, avec le consentement du ministre du Revenu national, au moyen d'un avis d'opposition confor-

the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1984, c. 45, s. 68; 1988, c. 61, s. 14)], the Minister's determination of the plaintiff's refundable investment tax credit with respect to its diving support vessel *Balder Challenger*. The plaintiff says that the amount of the investment tax credit (ITC) should be 20% of the \$22,022,711 cost of the vessel or \$4,404,542 while the defendant says that it should be 7% of the cost of the vessel or \$1,541,590.

Because the parties were able to file an agreed statement of facts the evidence adduced at the trial was minimal and, in the result, there remained a single issue to be determined by me. The issue to be decided is whether, within the meaning of paragraph 127(9)(a.1) [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 61] of the Act, the plaintiff acquired the vessel for use primarily in Nova Scotia. The relevant portion of subsection 127(9) provides as follows:

127. (9) ...

(a.1) where, after March 31, 1977, the taxpayer has acquired a qualified property primarily for use in, or made a qualified expenditure in respect of scientific research to be carried out, in the Province of Newfoundland, Prince Edward Island, Nova Scotia or New Brunswick or in the Gaspé Peninsula, an amount equal to 5% of the aggregate of all amounts each of which is the capital cost to him of that qualified property acquired by him in the year or the amount of that qualified expenditure made by him in the year, determined without reference to subsection 13(7.1),

The quoted paragraph uses the phrase "qualified property" which has a specifically defined meaning for the purposes of subsection 127(9) which meaning is set out in subsection 127(10) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 71, s. 9; 1977-78, c. 1, s. 61; 1980-81-82-83, c. 48, s. 73; c. 140, s. 89] the relevant portion of which, for the purposes of this matter, is as follows:

127. (10) For the purposes of subsection (9), a "qualified property" of a taxpayer means a property (other than a certified property) that is

(a) a prescribed building to the extent that it is acquired by the taxpayer after June 23, 1975, or

(b) prescribed machinery and equipment acquired by the taxpayer after June 23, 1975,

that has not been used, or acquired for use or lease, for any purpose whatever before it was acquired by the taxpayer and that is

mément à l'article 165 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63 (mod. par S.C. 1984, chap. 45, art. 68; 1988, chap. 61, art. 14)], de la décision rendue par le ministre au sujet du crédit d'impôt à l'investissement remboursable de la demanderesse relativement à son navire de soutien de plongée le *Balder Challenger*. La demanderesse soutient que le crédit d'impôt à l'investissement (CII) devrait être égal à 20 % du prix de 22 022 711 \$ du navire ou 4 404 542 \$, tandis que la défenderesse prétend qu'il devrait être égal à 7 % du prix du navire ou 1 541 590 \$.

Comme les parties ont pu déposer un exposé conjoint des faits, la preuve produite au procès a été réduite au maximum et, par conséquent, il ne me restait qu'une question à trancher. Il s'agit de savoir si, au sens de l'alinéa 127(9)a.1) [mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 61] de la Loi, la demanderesse a acquis le navire dans le but de l'utiliser principalement en Nouvelle-Écosse. Le passage pertinent du paragraphe 127(9) est libellé ainsi:

127. (9) ...

a.1) lorsque le contribuable a acquis après le 31 mars 1977 un bien admissible pour l'utiliser principalement dans les provinces de Terre-Neuve, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Nouvelle-Écosse ou du Nouveau-Brunswick ou dans la péninsule de Gaspé, ou qu'il a fait une dépense admissible au titre d'une recherche scientifique qui doit être effectuée dans ces régions, d'un montant égal à 5% du total de tous les montants dont chacun est le coût en capital, pour lui, de ce bien admissible acquis par lui au cours de l'année ou le montant de cette dépense admissible faite par lui au cours de l'année, calculé sans égard au paragraphe 13(7.1),

L'alinéa cité utilise l'expression «bien admissible», qui a un sens bien défini aux fins du paragraphe 127(9) et formulé au paragraphe 127(10) [mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 71, art. 9; 1977-78, chap. 1, art. 61; 1980-81-82-83, chap. 48, art. 73; chap. 140, art. 89] dont le passage pertinent, aux fins de la présente question, se lit comme suit:

127. (10) Aux fins du paragraphe (9), «biens admissibles» d'un contribuable désigne un bien (autre qu'un bien certifié) qui est

a) un bâtiment prescrit dans la mesure où il est acquis par le contribuable après le 23 juin 1975, ou

b) les machines et matériels prescrits, acquis par le contribuable après le 23 juin 1975,

qui n'ont jamais été employés ou acquis pour être employés ou être loués, à quelque fin que ce soit, avant leur acquisition par le contribuable et qui

- (c) to be used by him in Canada primarily for the purpose of
- (i) manufacturing or processing of goods for sale or lease,
 - (ii) operating an oil or gas well or processing heavy crude oil recovered from a natural reservoir in Canada to a stage that is not beyond the crude oil stage or its equivalent,
 - (iii) extracting minerals from a mineral resource,
 - (iv) processing, to the prime metal stage or its equivalent, ore (other than iron ore) from a mineral resource,
 - (iv.1) processing, to the pellet stage or its equivalent, iron ore from a mineral resource,
 - (v) exploring or drilling for petroleum or natural gas,
 - (vi) prospecting or exploring for or developing a mineral resource,
 - (vii) logging,
 - (viii) farming or fishing,
 - (ix) the storing of grain, or
 - (x) producing industrial minerals, or
- (d) to be leased by the taxpayer, to a lessee (other than a person exempt from tax under section 149) who can reasonably be expected to use the property in Canada primarily for any of the purposes referred to in subparagraphs (c)(i) to (x), . . .

As the agreed statement of facts relates almost exclusively to the quoted portions of section 127, I will set it out in full:

The parties hereto, by their respective solicitors, admit the facts hereinafter set out. These admissions are made for the purpose of this proceeding only and may not be used against either party on any other occasion. The parties may adduce further and other evidence relevant to the issue not inconsistent with this agreement:

1. At all material times, the "Balder Challenger" constituted "qualified property" within the meaning of paragraphs 127(10)(b) and (d) of the *Income Tax Act* through its use by Petro-Canada primarily for the purpose of exploring or drilling for petroleum or natural gas.

2. At all material times, the "Balder Challenger" was not used for the purpose of exploring or drilling for petroleum or natural gas in the Province of Newfoundland, Prince Edward Island, Nova Scotia, or New Brunswick or in the Gaspé Peninsula.

3. At all material times, the Plaintiff expected the "Balder Challenger" to be used in Canada by Petro-Canada for the purpose of exploring or drilling for petroleum or natural gas, but not to be used for this purpose in the Province of Newfoundland, Prince Edward Island, Nova Scotia, or New Brunswick or in the Gaspé Peninsula.

- c) doivent être employés par lui au Canada surtout pour
- (i) la fabrication ou la transformation de marchandises en vue de la vente ou de la location,
 - (ii) l'exploitation d'un puits de pétrole ou de gaz ou le traitement du pétrole lourd, extrait d'un réservoir naturel situé au Canada, jusqu'à un stade qui ne dépasse pas celui de pétrole brut ou de son équivalent,
 - (iii) l'extraction de minéraux d'une ressource minérale,
 - (iv) le traitement, jusqu'au stade du métal primaire ou son équivalent, des minerais (autres que le minerai de fer) provenant d'une ressource minérale,
 - (iv.1) le traitement, jusqu'au stade de la boulette ou son équivalent, du minerai de fer provenant d'une ressource minérale,
 - (v) l'exploration ou le forage faits en vue de la découverte de pétrole ou de gaz naturel,
 - (vi) la prospection ou l'exploration en vue de la découverte de minéraux ou l'aménagement d'une ressource minérale,
 - (vii) l'exploitation forestière,
 - (viii) l'exploitation agricole ou la pêche,
 - (ix) l'entreposage du grain, ou
 - (x) la production de minéraux industriels, ou
- d) doivent être donnés en location par le contribuable à un locataire (autre qu'une personne exonérée d'impôt en vertu de l'article 149) qu'on peut raisonnablement s'attendre à voir utiliser ce bien au Canada principalement à l'une ou l'autre des fins visées aux sous-alinéas c)(i) à (x) . . .

Comme l'exposé conjoint des faits se rapporte presque exclusivement aux passages cités de l'article 127, je vais le reproduire en entier:

[TRADUCTION] Les parties, par la voie de leurs avocats respectifs, admettent les faits énoncés ci-dessous. Ceux-ci sont admis aux fins de la présente instance seulement et ne peuvent servir contre l'une ou l'autre partie en aucune autre occasion. Les parties peuvent produire d'autres éléments de preuve relatifs à la question qui ne sont pas incompatibles avec la présente entente:

1. À toutes les époques concernées, le «Balder Challenger» constituait un «bien admissible» au sens des alinéas 127(10)(b) et d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en raison de son utilisation par Petro-Canada principalement pour l'exploration et le forage faits en vue de la découverte de pétrole ou de gaz naturel.

2. À aucune des époques concernées, le «Balder Challenger» n'a été utilisé pour l'exploration ou le forage faits en vue de la découverte de pétrole ou de gaz naturel dans les provinces de Terre-Neuve, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Nouvelle-Écosse ou du Nouveau-Brunswick ou dans la péninsule de Gaspé.

3. La demanderesse a présumé qu'à toutes les époques concernées, le «Balder Challenger» était utilisé au Canada par Petro-Canada pour l'exploration ou le forage faits en vue de la découverte de pétrole ou de gaz naturel mais n'était pas utilisé à cette fin dans les provinces de Terre-Neuve, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Nouvelle-Écosse ou du Nouveau-Brunswick ou dans la péninsule de Gaspé.

The evidence which the plaintiff introduced, in addition to the agreed statement of facts, consisted basically of a brief history of the vessel including its acquisition by the plaintiff, its lease by way of charter to Petro-Canada Inc. (Petro-Canada), its management and operation by a company associated with the plaintiff and its eventual disposition. I will briefly summarize the evidence.

The vessel, some 226 feet in length and having a gross tonnage of 2508.73 tons, was built by Marystown Shipyards Limited of Marystown, Newfoundland, as a specially designed diving support vessel for offshore oil and gas drilling and exploration. It had originally been commissioned by Petro-Canada but prior to its completion that company transferred its interest in the vessel to the plaintiff. The vessel was registered in the name of the plaintiff at the Port of Halifax registry on August 19, 1983 having been acquired from the shipyard at a total cost of \$22,022,711.

It was a part of the arrangement between Petro-Canada and the plaintiff that upon acquiring the oil company's interest in the vessel and upon delivery of the complete vessel from the shipyard to the plaintiff that the plaintiff would charter the vessel to the oil company for a term of four years. Accordingly, on August 19, 1983, the plaintiff entered into a charter agreement with Petro-Canada for a four-year term terminable upon certain conditions one of which was that the oil company ceased to be an exploration operator in the Eastern Canadian offshore.

The vessel went into service offshore Labrador immediately following its charter to Petro-Canada and continued in that area and other areas offshore Newfoundland and Nova Scotia until November, 1983. From November 5, 1983 to June 4, 1984 the vessel operated offshore East Africa following which it returned to again operate on the Eastern Canadian offshore. On December 24, 1986, with approximately six months of its four year charter remaining, Petro-Canada terminated

La preuve que la demanderesse a produite, en plus de l'exposé conjoint des faits, consistait essentiellement en un bref historique du navire, dont son acquisition par la demanderesse, sa location à Petro-Canada Inc. (Petro-Canada) au moyen d'un contrat d'affrètement, sa gestion et son exploitation par une compagnie associée avec la demanderesse et sa vente éventuelle. Je vais résumer brièvement la preuve produite.

Le navire, qui a une longueur d'environ 226 pieds et un tonnage brut de 2 508,73 tonnes, a été construit par la société Marystown Shipyards Limited de Marystown (Terre-Neuve) et spécialement conçu pour servir de navire de soutien de plongée pour le forage et l'exploration en vue de la découverte de pétrole et de gaz au large des côtes. Il avait été armé à l'origine par Petro-Canada, mais avant son parachèvement cette compagnie a transféré ses droits dans le navire à la demanderesse. Celui-ci a été inscrit au nom de la demanderesse sur le registre du Port de Halifax le 19 août 1983 après avoir été acquis du chantier naval pour le prix total de 22 022 711 \$.

Il a été notamment convenu entre Petro-Canada et la demanderesse que, au moment de l'acquisition des droits de la compagnie pétrolière dans le navire et de la livraison du navire terminé à la demanderesse depuis le chantier naval, celle-ci donnerait le navire en location à la compagnie pétrolière pour une durée de quatre ans. Par conséquent, le 19 août 1983, la demanderesse a conclu un contrat d'affrètement avec Petro-Canada pour une période de quatre ans qui pourrait prendre fin à certaines conditions, notamment si la compagnie pétrolière cessait de faire de l'exploration au large des côtes de l'Est du Canada.

Le navire a été mis en service au large des côtes du Labrador immédiatement après avoir été donné en location à Petro-Canada et a continué d'être utilisé dans cette région et dans d'autres régions au large des côtes de Terre-Neuve et de la Nouvelle-Écosse jusqu'en novembre 1983. Du 5 novembre 1983 au 4 juin 1984, le navire a été utilisé au large des côtes de l'Afrique orientale, à la suite de quoi il est retourné travailler de nouveau au large des côtes de l'Est du Canada. Le 24 décembre 1986, soit environ six mois avant la fin de l'affrètement de quatre ans, Petro-Canada a mis fin au contrat d'affrètement, après quoi le navire a été exploité

the charter following which the vessel operated on short-term and spot charters until the plaintiff sold it to Norwegian interests in 1988.

Considerable emphasis was placed upon the fact that the vessel was crewed by Nova Scotians and Newfoundlanders of whom two were Inuits from Labrador. Counsel for the plaintiff also had evidence to show that the costs of repairs, maintenance and provisioning the vessel were almost exclusively incurred in the Atlantic provinces. I accept the fact that the construction, operation, repair and maintenance and provisioning of the *Balder Challenger* was of considerable economic benefit to the Atlantic provinces region.

The principal moving force behind the plaintiff is H.I. Mathers & Son Ltd., an old Nova Scotian company which first became involved in offshore oil and gas exploration in 1981. It caused the plaintiff, another Nova Scotian company, to be incorporated in 1983 for the sole purpose of owning and chartering the *Balder Challenger*. The issued share capital of the plaintiff was owned 70% by Balder Offshore Canada Inc., 20% by Scotia Energy and 10% by the Labrador Inuit Development Corporation. Balder Offshore Canada Inc. was in turn 100% owned by H.I. Mathers & Son Ltd.

The plaintiff company had no employees and no office space. Its registered office was in Halifax and the majority of its Board of Directors and all of its officers were from Nova Scotia. Once the plaintiff had chartered the vessel to Petro-Canada it turned over the management of the charter agreement to Balder Offshore Canada Inc. Under this arrangement that latter company, for a fee, operated the vessel for the use of Petro-Canada and was reimbursed by the plaintiff for all expenses which it incurred in so doing. The revenues from the oil company under the terms of the charter, approximately \$20,000 a day, were paid to the plaintiff.

selon des contrats d'affrètement à court terme ou d'affrètement spot jusqu'à ce que la demanderesse le vende à des intérêts norvégiens en 1988.

On a insisté énormément sur le fait que l'équipage du navire était composé de Néo-Écossais et de Terre-Neuviens dont deux étaient des Inuit du Labrador. Les avocats de la demanderesse avaient également la preuve que les dépenses de réparation, d'entretien et d'approvisionnement du navire ont été engagées presque exclusivement dans les provinces de l'Atlantique. J'admets que la construction, l'exploitation, la réparation, l'entretien et l'approvisionnement du *Balder Challenger* ont engendré des avantages économiques très importants pour la région de l'Atlantique.

La principale force motrice derrière la demanderesse est H.I. Mathers & Sons Ltd., une vieille compagnie de la Nouvelle-Écosse qui s'est d'abord lancée en 1981 dans l'exploration en vue de la découverte de pétrole et de gaz au large des côtes. En 1983, elle a fait constituer en compagnie la demanderesse, une autre société de la Nouvelle-Écosse, à la seule fin d'être propriétaire du *Balder Challenger* et de le donner en location. Le capital-actions émis de la demanderesse était détenu à 70 % par la compagnie Balder Offshore Canada Inc., à 20 % par la société Scotia Energy et à 10 % par la Labrador Inuit Development Corporation. La compagnie Balder Offshore Canada Inc. était, à son tour, la propriété exclusive à 100 % de H.I. Mathers & Sons Ltd.

La compagnie demanderesse n'avait ni employés ni bureaux. Son siège social se trouvait à Halifax, et la majorité de ses administrateurs ainsi que la totalité de ses dirigeants venaient de la Nouvelle-Écosse. Une fois que la demanderesse eut donné le navire en location à Petro-Canada, elle a transféré la gestion du contrat d'affrètement à la compagnie Balder Offshore Canada Inc. Suivant cette entente, cette dernière compagnie a, moyennant des honoraires, exploité le navire pour l'usage de Petro-Canada, et la demanderesse l'a remboursée de toutes les dépenses engagées à cet égard. Les revenus tirés de la compagnie pétrolière en vertu des modalités du contrat d'affrètement, soit environ 20 000 \$ par jour, ont été versés à la demanderesse.

In the agreed statement of facts the parties state that the vessel constituted "qualified property" within the meaning of paragraphs 127(10)(b) and (d) of the *Income Tax Act*, that is to say it was prescribed machinery and equipment leased by the plaintiff to Petro-Canada which could reasonably have been expected to use the vessel primarily in Canada for exploring or drilling for petroleum or natural gas. In order to constitute the vessel as qualified property within the meaning of paragraphs 127(10)(b) and (d) the owner must establish the reasonable expectation that the vessel will be used for the purpose named "in Canada".

For the purposes of the *Income Tax Act*, "Canada" is described in section 255 [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 111] in the following terms:

255. For the purposes of this Act, "Canada" is hereby declared to include and to have always included

(a) the sea bed and subsoil of the submarine areas adjacent to the coasts of Canada in respect of which the Government of Canada or of a province grants a right, licence or privilege to explore for, drill for or take any minerals, petroleum, natural gas or any related hydrocarbons; and

(b) the seas and airspace above the submarine areas referred to in paragraph (a) in respect of any activities carried on in connection with the exploration for or exploitation of the minerals, petroleum, natural gas or hydrocarbons referred to in that paragraph.

Thus it was because of the vessel's use by Petro-Canada in its exploring and drilling operations in the sea bed areas off the coasts and outside of the provinces of Newfoundland and Nova Scotia, licences for which had been issued by the Government of Canada, that the vessel was used "in Canada" within the meaning of paragraphs 127(10)(b) and (d).

Being "qualified property" of itself does not bring the vessel within the terms of paragraph 127(9)(a.1). In order to come within the meaning of that paragraph the vessel must have been acquired for use, not in Canada, but in one of the provinces or the region named, that is to say within the geographical areas comprising those provinces or that region. In this respect paragraph no. 2 of the agreed statement of facts states that the vessel was not used in the province of Newfoundland, Prince Edward Island, Nova Scotia or New Brun-

Dans l'exposé conjoint des faits, les parties déclarent que le navire constituait un «bien admissible» au sens des alinéas 127(10)(b) et d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, c'est-à-dire qu'il représentait des machines et du matériel prescrits loués par la demanderesse à Petro-Canada dont on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce qu'elle utilise le navire principalement au Canada pour l'exploration ou le forage en vue de la découverte de pétrole ou de gaz naturel. Pour désigner le navire comme bien admissible au sens des alinéas 127(10)(b) et d), le propriétaire doit prouver l'expectative raisonnable selon laquelle le navire sera utilisé «au Canada» aux fins mentionnées.

Aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le mot «Canada» est décrit ainsi à l'article 255 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 48, art. 111]:

255. Aux fins de la présente loi, le présent article porte que «Canada» comprend et a toujours compris

a) le fond et le sous-sol de la mer dans les régions sous-marines adjacentes aux côtes du Canada relativement auxquels le gouvernement du Canada ou d'une province accorde un droit, une licence ou un privilège portant sur l'exploration ou le forage pour la découverte de minéraux, du pétrole, de gaz naturel ou de tout hydrocarbure apparenté, ou visant leur extraction; et

b) les mers et l'espace aérien au-dessus des régions sous-marines mentionnées à l'alinéa a), à l'égard de toute activité poursuivie en rapport avec l'exploration pour la découverte des minéraux, du pétrole, du gaz naturel ou des hydrocarbures mentionnés à cet alinéa, ou leur exploitation.

C'était donc parce que Petro-Canada utilisait le navire dans ses opérations d'exploration et de forage dans le fond de la mer au large des côtes et à l'extérieur des provinces de Terre-Neuve et de la Nouvelle-Écosse, pour lesquelles le gouvernement du Canada avait délivré des licences, que ledit navire était utilisé «au Canada» au sens des alinéas 127(10)(b) et d).

Le fait d'être en soi un «bien admissible» ne fait pas entrer le navire dans la catégorie visée à l'alinéa 127(9)a.1). Pour entrer dans la catégorie visée à cet alinéa, le navire doit avoir été acquis en vue d'être utilisé non au Canada mais dans une des provinces ou dans la région nommées, c'est-à-dire à l'intérieur des zones géographiques qui comprennent ces provinces ou cette région. À cet égard, il est mentionné au paragraphe 2 de l'exposé conjoint des faits que le navire n'était pas utilisé dans les provinces de Terre-Neuve, de l'Île-du-Prince-

wick or in the Gaspé Peninsula. Not only was the vessel not used in these provinces or region but it was not acquired for Petro-Canada's use in any of those areas. It was acquired for Petro-Canada's use offshore as opposed to its use in any of the named provinces.

The plaintiff does not seek to bring itself within the terms of paragraph 127(9)(a.1) through Petro-Canada's use of the vessel. Petro-Canada's use of the vessel on the Eastern Canadian offshore (in Canada) is the basis on which the parties agreed that the vessel is constituted qualified property within the meaning of subsection 127(10).

What the plaintiff submits is that the plaintiff acquired the vessel for its, as opposed to Petro-Canada's use, that it acquired the vessel for its use in Nova Scotia, and that the act of leasing the vessel to Petro-Canada, which lease was executed in Nova Scotia, constituted the plaintiff's use of the vessel in Nova Scotia. As the entire act of executing the lease took place in Nova Scotia the plaintiff says that its use of the vessel was primarily in Nova Scotia.

In support of this position counsel for the plaintiff cites the well-known quote of Estey J. in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; [1984] CTC 294; (1984), 84 DTC 6305; 53 N.R. 241 at pages 575-579 S.C.R., to the effect that there should be a broader interpretation of the *Income Tax Act* so as to permit conduct of the taxpayer which falls within the spirit and object of the Act and which is not designed to defeat the expressed intention of Parliament.

Counsel also cited excerpts from budget speeches to show that the ITC legislation was introduced as an incentive for investment in machinery and equipment used in the production of petroleum, which legislation was intended to create employment, foster regional growth and help venture enterprises. When the rate of the ITC was increased in 1978 to the 20% rate which the plaintiff now seeks to have applied, the then Minis-

Édouard, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick ou dans la péninsule de Gaspé. Non seulement le navire n'était pas utilisé dans ces provinces ou dans cette région, mais il ne fut pas acquis en vue d'être utilisé par Petro-Canada dans l'une quelconque de ces zones. Il a été acquis afin d'être utilisé par Petro-Canada au large des côtes par opposition à son utilisation dans l'une quelconque des provinces nommées.

La demanderesse ne cherche pas à entrer dans la catégorie visée à l'alinéa 127(9)a.1) en se fondant sur l'utilisation du navire par Petro-Canada. L'utilisation du navire par Petro-Canada au large des côtes de l'Est du Canada (au Canada) représente la base sur laquelle les parties se sont entendues pour dire que le navire est désigné comme un bien admissible au sens du paragraphe 127(10).

Ce que soutient la demanderesse, c'est qu'elle a acquis le navire pour son usage, par opposition à celui de Petro-Canada, qu'elle a acquis le navire pour l'utiliser en Nouvelle-Écosse et que le fait de louer le navire à Petro-Canada, bail qui a été exécuté en Nouvelle-Écosse, constituait une utilisation du navire par la demanderesse en Nouvelle-Écosse. Comme le bail a été exécuté entièrement en Nouvelle-Écosse, la demanderesse prétend qu'elle a utilisé le navire principalement en Nouvelle-Écosse.

À l'appui de cette thèse, l'avocat de la demanderesse rapporte la citation bien connue du juge Estey et tirée de l'arrêt *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 R.C.S. 536; [1984] CTC 294; (1984) 84 DTC 6305; 53 N.R. 241, aux pages 575 à 579 R.C.S., selon laquelle il faudrait interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu* de façon plus large afin de permettre le comportement du contribuable qui relève de l'esprit et de l'économie de la Loi et qui ne vise pas à contrecarrer l'intention exprimée par le législateur fédéral.

L'avocat a également cité des extraits de discours du budget afin de prouver que les mesures législatives concernant le CII ont été adoptées pour encourager l'investissement dans les machines et le matériel utilisés en vue de produire du pétrole, mesures qui visaient à créer des emplois, à favoriser le développement régional et à aider les entreprises à risque. Lorsque le taux du CII est passé en 1978 à celui de 20 % que la demanderesse tente

ter of Finance said it was for the purpose of giving increased support to regional development.

Counsel then went on to say that because the ITC provisions of the Act are not clear, and because there are two possible meanings, I should apply the meaning most favourable to the plaintiff (*Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244 at pages 66-68 S.C.R., and *Mother's Pizza Parlour (London) Limited v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 403; [1985] 1 CTC 361; (1985), 85 DTC 5271 (T.D.), at pages 413-414 F.C.).

Counsel concluded that the acquisition and leasing of the *Balder Challenger* created the type of regional activity for which the ITC legislation was introduced and, given a broad interpretation of the Act to encourage the activity sought to be encouraged by Parliament, there was no reason why paragraph 127(9)(a.1) could not be interpreted so as to find that the leasing of the vessel to Petro-Canada in Halifax constituted a use of the vessel primarily in Nova Scotia.

The argument put forth by counsel is almost convincing. The fatal weakness in it, in my view, is that to accept it in this matter would require me to find that the phrase "property acquired primarily for use in Nova Scotia" is unclear and capable of two meanings one of which would include the leasing of the vessel to Petro-Canada.

I note the observation of Rouleau J. in *Mother's Pizza Parlour (supra)* that subsection 127(10) is a provision whose meaning is less than clear. However in this matter there is no difficulty with subsection 127(10). The parties have agreed that the vessel is "qualified property" within the meaning of that subsection. What has to be interpreted in this action is the meaning of the phrase "property acquired primarily for use in Nova Scotia".

In my view the use contemplated under the provisions of paragraph 127(9)(a.1) does not

maintenant de faire appliquer, le ministre des Finances de l'époque a déclaré que c'était dans le but d'appuyer davantage le développement régional.

^a L'avocat a alors ajouté que, parce que les dispositions de la Loi relatives au CII ne sont pas claires et qu'il y a deux significations possibles, je devrais appliquer celle qui est la plus favorable à la demanderesse (*Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46; (1985), 21 D.L.R. (4th) 210; [1985] 2 CTC 111; 85 DTC 5373; 60 N.R. 244, aux pages 66 à 68 R.C.S. et *Mother's Pizza Parlour (London) Limited c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 403; [1985] 1 CTC 361; (1985), 85 DTC 5271 (1^{re} inst.), aux pages 413 et 414 C.F.).

L'avocat a conclu que l'acquisition et la location du *Balder Challenger* créaient le genre d'activités régionales pour lesquelles les mesures législatives relatives au CII avaient été adoptées et que, vu l'interprétation large de la Loi en vue d'encourager les activités que le législateur fédéral cherchait à favoriser, il n'y avait pas de raison que l'alinéa 127(9)a.1 ne puisse pas être interprété de façon à conclure que la location du navire à Petro-Canada à Halifax constituait une utilisation du navire principalement en Nouvelle-Écosse.

L'argument avancé par l'avocat est presque convaincant. Sa faiblesse grave, à mon avis, est que, pour l'accepter sur ce point, il me faudrait conclure que l'expression «bien admissible acquis principalement pour être utilisé en Nouvelle-Écosse» n'est pas claire et peut s'entendre de deux manières dont l'une comprendrait la location du navire à Petro-Canada.

Je prends note de la remarque du juge Rouleau dans l'affaire *Mother's Pizza Parlour*, précitée, selon laquelle le paragraphe 127(10) est une disposition dont on ne peut pas dire que le sens soit clair. Cependant, la présente affaire ne soulève pas de difficulté en ce qui concerne le paragraphe 127(10). Les parties s'entendent pour dire que le navire constitue un «bien admissible» au sens de ce paragraphe. Ce qu'il faut interpréter dans la présente action, c'est le sens de l'expression «bien acquis principalement pour être utilisé en Nouvelle-Écosse».

^j Selon moi, l'utilisation envisagée par les dispositions de l'alinéa 127(9)a.1) ne comprend pas la

include the leasing of the vessel by the plaintiff. A lease of a property or a vessel is granting the use of the property, usually the exclusive use of the property, to the lessee. By the act of leasing the owner or lessor parts with the use or the right to use the property or equipment under consideration. It is true, but imprecise, for a lessor to say that he used his vessel to earn rent when he leases it. In fact, in such circumstances, it is not the lessor who uses the vessel but it is the lessee who uses it for his own purposes. The lessor gives the right to use the vessel to the lessee in consideration for the rent to be paid to the lessor by the lessee.

This is but the same principle followed in the imposition of municipal business taxes based on the assessed value of property used in the taxpayer's business. The landlord carries on the business of leasing property and, in a loose sense, uses the property in carrying on his business. However, at least in the jurisdiction with which I am familiar, the landlord's business tax is not based upon the assessed value of the property which he leases because, in the accurate legal sense, that property is used by the tenant and not the landlord and it is the tenant, if he carries on a business using that property, who will be liable for the business tax.

Counsel was able to find one case in which a court found that a lessor was using property even though it was leased. In *Funtronix Amusements Ltd. v. M.N.R.*, [1989] 2 C.T.C. 2296; (1989), 89 DTC 545, Garon T.C.J. of the Tax Court of Canada found the taxpayer owner of electronic video games, which had been placed in amusement arcades owned by others and played and operated by persons patronizing the arcades, to be using the machines to gain income. Revenue Canada had argued that the individual patrons who played the machines from time to time were the users of them.

Garon T.C.J. concluded his observations with these remarks [at page 2298 C.T.C.]:

According to the language of the Act, in a lease context, the lessor is using the property for the purpose of gaining income therefrom although during the term of the lease the day-to-day enjoyment of the property is that of the lessee. Likewise, the same leasehold premises may also be "used" in certain circum-

location du navire par la demanderesse. La location d'un bien ou d'un navire accorde au locataire l'usage du bien, habituellement son usage exclusif. Du fait de la location, le propriétaire ou locateur renonce à l'usage du bien ou du matériel en question ou au droit de les utiliser. Il est vrai, mais imprécis, pour le locateur de dire qu'il a utilisé son navire en vue d'en tirer un loyer quand il le loue. De fait, dans des cas de ce genre, ce n'est pas le locateur qui utilise le navire, mais c'est le locataire qui l'utilise à ses propres fins. Le locateur accorde au locataire le droit d'utiliser le navire en contrepartie du loyer que ledit locataire doit payer au locateur.

Ce n'est que le principe suivi dans l'imposition des taxes d'affaires municipales qui sont fondées sur la valeur imposable du bien utilisé dans l'entreprise du contribuable. Le propriétaire exerce le commerce de louage de biens et, au sens large, utilise ces biens pour exercer son commerce. Toutefois, au moins dans le territoire avec lequel je suis familier, la taxe d'affaires du propriétaire ne repose pas sur la valeur imposable du bien qu'il loue parce que, au sens juste du terme sur le plan juridique, le bien est utilisé par le locataire et non pas par le propriétaire et que c'est le locataire, s'il exerce un commerce utilisant ce bien, qui sera tenu de payer la taxe d'affaires.

L'avocat a pu trouver une décision dans laquelle un tribunal a jugé que le locateur utilisait le bien même si celui-ci était loué. Dans *Funtronix Amusements Ltd. c. M.R.N.*, [1989] 2 C.T.C. 2296; (1989), 89 DTC 545, le juge Garon de la Cour canadienne de l'impôt a statué que celui qui utilisait les machines pour en tirer un revenu, c'était le contribuable propriétaire de jeux vidéo électroniques qui avaient été installés dans des salles de jeux appartenant à d'autres et avaient été utilisés et exploités par des personnes fréquentant lesdites salles. Revenu Canada avait soutenu que c'étaient les clients qui jouaient à l'occasion qui étaient les utilisateurs des jeux vidéo.

Le juge Garon de la Cour canadienne de l'impôt a terminé ainsi ses observations [à la page 2298 C.T.C.]:

Selon le texte de la Loi, dans un contexte de location, le locateur utilise le bien en question pour en tirer un revenu, encore qu'au cours de la période de location ce soit le locataire qui jouisse habituellement dudit bien. De la même façon, le

stances by the lessee for the purpose of gaining income therefrom.

In support of his conclusion the judge referred to sections 13 and 45 of the *Income Tax Act* which sections establish particular rules for the computation of income for the purposes of that particular division of the Act. They do not apply to paragraph 127(9)(a.1).

As well the facts in *Funtronix* were substantially different from those in the present case. In that case there had been no lease of the equipment to anyone. The owner taxpayer maintained complete control over the equipment. The players or temporary users of the equipment had a bare licence to use them for a few moments in payment of a deposited coin. The judge seemed to recognize this when he followed the above-quoted conclusion with the following observations [at pages 2298-2299 C.T.C.]:

The matter could also be looked at from another angle. In effect, the evidence clearly showed that the appellant was the user of the property in the sense that it had access to such equipment at all times and could alter the computer programs stored in such equipment. In fact, it has been established that these video games depreciate very quickly and in order to earn revenue from such games, there was a requirement for the appellant to change or alter the computer programs from time to time. It is not disputed that the appellant could alter the computer programs by simply changing what is referred to as the EPROM unit (the acronym EPROM stands for erasable programmable read only memory). This was certainly in my view, an important use of the equipment by its owner.

I therefore conclude that the appellant was within the purview of paragraph (b) of the definition of "general-purpose electronic data processing equipment" set out in subsection 1104(2) of the *Income Tax Regulations* a "user" of the subject equipment.

I do not find that the *Funtronix* decision is authority for the proposition that the use contemplated by paragraph 127(9)(a.1) is or could be the leasing of the vessel to Petro-Canada. In my opinion the use contemplated by paragraph 127(9)(a.1) is the physical use of the property, in this case the vessel *Balder Challenger*. Because the use of the vessel did not take place in Nova Scotia, or in any of the other areas named in paragraph 127(9)(a.1), the plaintiff is not entitled to avail itself of the benefits of that paragraph.

By its ITC legislation Parliament intended to confer benefits on regions of slow economic recov-

locataire peut aussi «utiliser» le bien loué dans certaines circonstances dans le but d'en tirer un revenu.

Pour étayer sa conclusion, le juge s'est reporté aux articles 13 et 45 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui établissent des règles particulières pour le calcul du revenu aux fins de cette section de la Loi. Ils ne s'appliquent pas à l'alinéa 127(9)a.1).

Dans l'affaire *Funtronix*, les faits étaient très différents de ceux de l'espèce. En effet, il n'y avait pas eu location de matériel à quelqu'un. Le contribuable propriétaire gardait la maîtrise complète du matériel. Les joueurs ou les utilisateurs temporaires du matériel avaient la simple autorisation de l'utiliser pendant quelques instants moyennant le versement d'une pièce de monnaie. Le juge a semblé l'admettre en ajoutant les observations suivantes à la conclusion citée ci-dessus [aux pages 2298 et 2299 C.T.C.]:

On peut aussi examiner la question sous un angle différent. En fait, la preuve montre clairement que l'appelante était l'utilisateur des biens, en ce sens qu'elle avait accès au matériel en tout temps et qu'elle pouvait modifier les programmes d'informatique qui y étaient enregistrés. Il a été établi que ces jeux vidéo déprécient très rapidement et que, pour en tirer un revenu, l'appelante était tenue de changer ou de modifier de temps à autre les programmes d'informatique. Il n'est pas contesté que l'appelante pouvait modifier les programmes d'informatique en changeant simplement ce que l'on appelle le dispositif EPROM (le sigle EPROM veut dire *erasable programmable read only memory* ou, en français, mémoire morte programmable effaçable). Selon moi, il s'agissait certainement d'un usage important que le propriétaire faisait de son matériel.

J'en conclus donc que l'appelante tombe sous le coup de l'alinéa b) de la définition du «matériel électronique universel de traitement de l'information», qui figure au paragraphe 1104(2) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, à titre d'utilisateur du matériel en question.

Je ne crois pas que la décision *Funtronix* puisse étayer la proposition selon laquelle l'utilisation envisagée à l'alinéa 127(9)a.1) s'entende ou puisse s'entendre de la location du navire à Petro-Canada. À mon avis, l'utilisation envisagée à l'alinéa 127(9)a.1) s'entend de l'utilisation physique du bien, en l'espèce le navire *Balder Challenger*. Comme le navire n'a pas été utilisé en Nouvelle-Écosse ou dans une autre région nommée à l'alinéa 127(9)a.1), la demanderesse n'a pas le droit de se prévaloir des avantages de cet alinéa.

En adoptant les mesures relatives au CII, le législateur fédéral visait à conférer des avantages

ery and high unemployment. By paragraph 127(9)(a.1) Parliament designated the provinces and region named therein as the geographical areas which would be entitled to the highest rate of benefit by allowing the ITCs on qualified property used in those provinces and that region. The fact that a vessel which was not primarily used in any of those provinces or that region would have qualified for the increased benefit if it had been so used is not sufficient to stretch the plain meaning of the words of paragraph 127(9)(a.1) to find that the leasing of the *Balder Challenger* to Petro-Canada for its use outside of the areas referred to in that paragraph constitute a use of the vessel in any one of those areas.

For the reasons given the plaintiff's claim will be dismissed with costs.

a aux régions où la reprise économique se fait lentement et où règne un taux de chômage élevé. Il a, au moyen de l'alinéa 127(9)a.1), désigné les provinces et la région y mentionnées comme étant les zones géographiques qui auraient droit au taux le plus élevé d'avantages en accordant les CII sur des biens admissibles utilisés dans ces provinces et dans cette région. Le fait qu'un navire qui n'a pas été utilisé principalement dans l'une de ces provinces ou dans cette région aurait rempli les conditions requises pour l'avantage accru s'il avait été utilisé ainsi ne suffit pas pour étendre le sens ordinaire des termes de l'alinéa 127(9)a.1) pour conclure que la location du *Balder Challenger* à c Petro-Canada pour son utilisation à l'extérieur des zones mentionnées dans cet alinéa constitue une utilisation du navire dans l'une quelconque de ces zones.

d Pour ces motifs, la réclamation de la demanderesse sera rejetée avec dépens.

A-787-87

A-787-87

Allied Corporation (Appellant) (Applicant in the Trade Marks Office)

v.

Canadian Olympic Association—Association Olympique Canadienne (Respondent) (Opponent in the Trade Marks Office)

INDEXED AS: CANADIAN OLYMPIC ASSN. v. ALLIED CORP. (C.A.)

Court of Appeal, Urie, Hugessen and MacGuigan J.J.A.—Ottawa, December 13 and 18, 1989.

Trade marks — Registration — Appeal from trial judgment holding appellant's trade mark not registrable — Appellant claiming adoption and use of "Olympian" for use in connection with type face fonts since 1977 — Public notice of respondent's adoption and use of "Olympian" as official mark in 1980 — Application for registration in 1982 — Trade Marks Act, s. 9(1)(n)(iii) prohibiting adoption of mark "so nearly resembling as to be likely to be mistaken for" mark adopted by public authority as official mark — S. 9(1)(n)(iii) not retroactively prohibiting adoption — Prospective in operation — Mark adopted before public notice not adopted contrary to s. 9 — S. 12(1)(e) providing mark registrable if adoption not prohibited by s. 9 — S. 12 rendering mark unregistrable if adoption contrary to s. 9, even if adopted and used prior to giving of public notice — Right to register prohibited from time of giving of public notice — Interpretation of s. 9(1)(n)(iii) in obiter dictum in Insurance Corporation of British Columbia v. Registrar of Trade Marks exceeding true intent of Parliament — Appeal dismissed.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, ss. 3, 9(1), 11, 12(1)(e).

Unfair Competition Act, R.S.C. 1952, c. 274, s. 14(1)(j).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Insurance Corporation of British Columbia v. Registrar of Trade Marks, [1980] 1 F.C. 669; (1979), 44 C.P.R. (2d) 1 (T.D.).

COUNSEL:

Angus J. S. Davidson for appellant.

Allied Corporation (appelante) (requérante devant le Bureau des marques de commerce)

a c.

Canadian Olympic Association—Association Olympique Canadienne (intimée) (opposante devant le Bureau des marques de commerce)

b RÉPERTORIÉ: ASSOC. OLYMPIQUE CANADIENNE c. ALLIED CORP. (C.A.)

Cour d'appel, juges Urie, Hugessen et MacGuigan, J.C.A.—Ottawa, 13 et 18 décembre 1989.

c *Marques de commerce — Enregistrement — Appel interjeté d'une décision de première instance portant que la marque de commerce de l'appelante n'est pas enregistrable — L'appelante prétend avoir adopté et employé la marque «Olympian» en liaison avec des fontes de caractères depuis 1977 — Avis public de l'adoption et de l'emploi par l'intimée de la marque «Olympian» comme marque officielle en 1980 — Demande d'enregistrement en 1982 — L'art. 9(1)n(iii) de la Loi sur les marques de commerce interdit l'adoption d'une marque «dont la ressemblance est telle qu'on pourrait vraisemblablement la confondre avec» une marque adoptée par une autorité publique comme marque officielle — L'art. 9(1)n(iii) n'interdit pas rétroactivement l'adoption d'une marque — Il a une application prospective — Une marque adoptée avant un avis public ne serait pas adoptée contrairement à l'art. 9 — L'art. 12(1)e prévoit qu'une marque est enregistrable si son adoption n'est pas interdite par l'art. 9 — L'art. 12 rend non enregistrable une marque dont l'adoption serait contraire à l'art. 9, même si celle-ci a été adoptée et employée avant que ne soit donné l'avis public — Le droit d'enregistrer n'existe plus à compter du moment où l'avis public est donné — L'interprétation de l'art. 9(1)n(iii) donnée en obiter dans Insurance Corporation of British Columbia c. Registraire des marques de commerce va bien au-delà de la véritable intention du Parlement — Appel rejeté.*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la concurrence déloyale, S.R.C. 1952, chap. 274, art. 14(1)(j).

Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 3, 9(1), 11, 12(1)(e).

JURISPRUDENCE

i

DÉCISION EXAMINÉE:

Insurance Corporation of British Columbia c. Registraire des marques de commerce, [1980] 1 C.F. 669; (1979), 44 C.P.R. (2d) 1 (1^{re} inst.).

j

AVOCATS:

Angus J. S. Davidson pour l'appelante.

Kenneth D. McKay and Arthur B. Renaud for respondent.

SOLICITORS:

Angus J. S. Davidson, Ottawa, for appellant.

Sim, Hughes, Dimock, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: The appellant claimed, through its predecessor in title, to have adopted and used the trade mark "Olympian" in Canada in connection with type face fonts as of June or July of 1977, but when it filed an application for registration of this mark in 1982, it was faced with an opposition to its application by the respondent, which had caused the Registrar of Trade Marks to give public notice on March 5, 1980, of its adoption and use of the mark "Olympian" (along with several other Olympic-related marks) as official marks.

As a public authority, the respondent based its opposition on subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade Marks Act* ("the Act"), R.S.C. 1970, c. T-10. Subsection 9(1) provides as follows:

9. (1) No person shall adopt in connection with a business, as a trade mark or otherwise, any mark consisting of, or so nearly resembling as to be likely to be mistaken for

(a) the Royal Arms, Crest or Standard;

(b) the arms or crest of any member of the Royal Family;

(c) the standard, arms or crest of His Excellency the Governor General;

(d) any word or symbol likely to lead to the belief that the wares or services in association with which it is used have received or are produced, sold or performed under royal, vice-regal or governmental patronage, approval or authority;

(e) the arms, crest or flag adopted and used at any time by Canada or by any province or municipal corporation in Canada in respect of which the Registrar has at the request of the Government of Canada or of the province or municipal corporation concerned, given public notice of its adoption and use;

Kenneth D. McKay et Arthur B. Renaud pour l'intimée.

PROCUREURS:

Angus J. S. Davidson, Ottawa, pour l'appelante.

Sim, Hughes, Dimock, Toronto, pour l'intimée.

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: L'appelante prétend avoir, par l'intermédiaire de son prédécesseur en titre, adopté et employé la marque de commerce «Olympian» au Canada en liaison avec des fontes de caractères dès juin ou juillet 1977, puis avoir, lorsqu'elle a produit une demande d'enregistrement de cette marque en 1982, été mise au fait de l'opposition de l'intimée à sa demande, cette dernière ayant déjà obtenu que le registraire des marques de commerce donne un avis public, le 5 mars 1980, de l'adoption et de l'emploi par elle de la marque «Olympian» (avec plusieurs autres marques liées à l'olympisme) à titre de marque officielle.

En sa qualité d'autorité publique, l'intimée a fondé son opposition sur le sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce* («la Loi»), S.R.C. 1970, chap. T-10. Le paragraphe 9(1) porte:

9. (1) Nul ne doit adopter à l'égard d'une entreprise, comme marque de commerce ou autrement, une marque composée de ce qui suit, ou dont la ressemblance est telle qu'on pourrait vraisemblablement la confondre avec ce qui suit:

a) les armoiries, l'écusson ou le drapeau de Sa Majesté;

b) les armoiries ou l'écusson d'un membre de la famille royale;

c) le drapeau, les armoiries ou l'écusson de Son Excellence le gouverneur général;

d) un mot ou symbole susceptible de porter à croire que les marchandises ou services en liaison avec lesquels il est employé ont reçu l'approbation royale, vice-royale ou gouvernementale, ou sont produits, vendus ou exécutés sous le patronage ou sur l'autorité royale, vice-royale ou gouvernementale;

e) les armoiries, l'écusson ou le drapeau adoptés et employés à quelque époque par le Canada ou par une province ou corporation municipale au Canada, à l'égard desquels le registraire, sur la demande du gouvernement du Canada ou de la province ou corporation municipale intéressée, a notifié au public leur adoption et leur emploi;

(f) the heraldic emblem of the Red Cross on a white ground, formed by reversing the federal colours of Switzerland and retained by the Geneva Convention for the Protection of War Victims of 1949, as the emblem and distinctive sign of the Medical Service of armed forces and used by the Canadian Red Cross Society; or the expression "Red Cross" or "Geneva Cross";

(g) the heraldic emblem of the Red Crescent on a white ground adopted for the same purpose as specified in paragraph (f) by a number of Moslem countries;

(h) the equivalent sign of the Red Lion and Sun used by Iran for the same purpose as specified in paragraph (f);

(i) any national, territorial or civic flag, arms, crest or emblem, or official control and guarantee sign or stamp, notice of the objection to the use of which as a commercial device has been received pursuant to the provisions of the Convention and publicly given by the Registrar;

(j) any scandalous, obscene or immoral word or device;

(k) any matter that may falsely suggest a connection with any living individual;

(l) the portrait or signature of any individual who is living or has died within the preceding thirty years;

(m) the words "United Nations" or the official seal or emblem of the United Nations;

(n) any badge, crest, emblem or mark

(i) adopted or used by any of Her Majesty's Forces as defined in the *National Defence Act*,

(ii) of any university, or

(iii) adopted and used by any public authority in Canada as an official mark for wares or services,

in respect of which the Registrar has, at the request of Her Majesty or of the university or public authority as the case may be, given public notice of its adoption and use; or

(o) the name "Royal Canadian Mounted Police" or "R.C.M.P." or any other combination of letters relating to the Royal Canadian Mounted Police, or any pictorial representation of a uniformed member thereof.

Section 11 of the Act is also relevant:

11. No person shall use in connection with a business, as a trade mark or otherwise, any mark adopted contrary to section 9 . . .

With these provisions must be linked paragraph 12(1)(e), the relevant part of which provides that "a trade mark is registrable if it is not . . . a mark of which the adoption is prohibited by section 9."

Finally, section 3 of the Act indicates the scope to be given to the word "adopted":

3. A trade mark is deemed to have been adopted by a person when he or his predecessor in title commenced to use it in Canada or to make it known in Canada or, if he or such

f) l'emblème héraldique de la Croix-Rouge sur fond blanc, formé en transposant les couleurs fédérales de la Suisse et retenu par la Convention de Genève pour la protection des victimes de guerre de 1949, comme emblème et signe distinctif du service médical des forces armées et utilisé par la Société de la Croix-Rouge Canadienne; ou l'expression «Croix-Rouge» ou «Croix de Genève»;

g) l'emblème héraldique du Croissant rouge sur fond blanc, adopté aux mêmes fins que celles dont l'alinéa f) fait mention, par un certain nombre de pays musulmans;

h) le signe équivalent des Lion et Soleil rouges employés par l'Iran pour le même objet que celui dont l'alinéa f) fait mention;

i) les drapeaux, armoiries, écussons ou emblèmes nationaux, territoriaux ou civiques, ou tout signe ou timbre de contrôle et garantie officiels, dont l'emploi comme devise commerciale a été l'objet d'un avis d'opposition reçu en conformité des stipulations de la Convention et publiquement donné par le registraire;

j) une devise ou un mot scandaleux, obscène ou immoral;

k) toute matière qui peut faussement suggérer un rapport avec un particulier vivant;

l) le portrait ou la signature d'un particulier vivant ou qui est décédé dans les trente années précédentes;

m) les mots «Nations Unies» (United Nations), ou le sceau ou emblème officiel des Nations Unies;

n) tout insigne, écusson, marque ou emblème

(i) adopté ou employé par l'une quelconque des forces de Sa Majesté telles que les définit la *Loi sur la défense nationale*,

(ii) d'une université, ou

(iii) adopté et employé par une autorité publique au Canada comme marque officielle pour des marchandises ou services,

à l'égard desquels le registraire, sur la demande de Sa Majesté ou de l'université ou autorité publique, selon le cas, a donné un avis public d'adoption et emploi; ou

o) le nom «Gendarmerie royale du Canada» (Royal Canadian Mounted Police) ou «R.C.M.P.», ou toute autre combinaison de lettres se rattachant à la Gendarmerie royale du Canada, ou toute représentation illustrée d'un membre de ce corps en uniforme.

L'article 11 de la Loi est également pertinent:

11. Aucune personne ne doit employer relativement à une entreprise, comme marque de commerce ou autrement, une marque quelconque adoptée contrairement à l'article 9 . . .

Ces dispositions doivent être liées à l'alinéa 12(1)e), dont la partie pertinente prévoit qu'une marque de commerce est enregistable si elle ne constitue pas . . . une marque dont l'article 9 . . . interdit l'adoption.»

Enfin, l'article 3 de la Loi indique la portée à donner au mot «adopté»:

3. Une marque de commerce est censée avoir été adoptée par une personne, lorsque cette personne ou son prédécesseur en titre a commencé à l'employer au Canada ou à l'y faire

predecessor had not previously so used it or made it known, when he or such predecessor filed an application for its registration in Canada.

The decision of the delegate of the Registrar of Trade Marks, Hearing Officer Troicuk, rendered on September 13, 1985, rejected the respondent's opposition. On the point which is relevant on this appeal, he stated (Appeal Book, Appendix I, at pages 5-6):

I do not consider it appropriate to give ss. 12(1)(e) and 9(1)(iii) a retroactive interpretation.

For each of the opponent's official marks Olympic Games, Olympiad, Olympian, Olympic, Olympique, Summer Olympics, Canada's Olympic Teams, Winter Olympics and Winter Olympic Games, public notice of their adoption and use was not given until March 5, 1980. Since this was after the applicant's date of adoption, I do not consider that they can be relied upon by the opponent in support of its ground of opposition based on ss. 12(1)(e) and 9(1)(n)(iii).

On appeal from the Hearing Officer's decision, Cullen J. allowed the appeal (*Cdn Olympic Assn. v. Allied Corp.* (1987), 14 C.I.P.R. 126; 16 C.P.R. (3d) 80; 13 F.T.R. 93 (F.C.T.D.)), holding that the appellant's trade mark was not registrable in view of the public notice given on behalf of the respondent under section 9 in 1980 regarding the official mark "Olympian". The learned Trial Judge said (at pages 131 and 133 C.I.P.R.):

... I accept without question that an application for a trade mark which resembles (and here the word is Olympian) a s. 9 prohibited mark is not registrable over a prohibited or official mark no matter when adopted or used.

Subsection 9(1) is an outright prohibition and how the products or services are used is irrelevant. There was no evidence by the respondent to suggest the mark was not used, which might very well have shifted the onus to the appellant. Dr. Fox [*Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed. 1972, at p. 198] makes the point that it is forbidden territory.

A person endeavouring to tread in this forbidden territory may very well find himself with no mark if the obiter of Cattanaich J., supra, is applicable, and I believe it is.

The *obiter dictum* of Cattanaich J. referred to is found in *Insurance Corporation of British Columbia v. Registrar of Trade Marks*, [1980] 1 F.C. 669; (1979), 44 C.P.R. (2d) 1 (T.D.), where

connaître, ou, si la personne ou le prédécesseur en question ne l'avait pas antérieurement ainsi employée ou fait connaître, lorsqu'elle a produit, ou qu'il a produit, une demande d'enregistrement de ladite marque au Canada.

a La décision du représentant du registraire des marques de commerce, l'agent d'audition Troicuk, rendue le 13 septembre 1985, a rejeté l'opposition de l'intimée. Cet agent a déclaré ce qui suit sur la question en litige (dossier d'appel, annexe I, aux pages 5 et 6):

b [TRADUCTION] J'estime qu'il serait inapproprié de donner à l'alinéa 12(1)e) et au sous-alinéa 9(1)n)(iii) une interprétation rétroactive.

c En ce qui a trait à chacune des marques officielles de l'opposante, soit Olympic Games, Olympiad, Olympian, Olympic, Olympique, Summer Olympics, Canada's Olympic Teams, Winter Olympics et Winter Olympic Games, l'avis public de leur adoption et de leur emploi n'a pas été donné avant le 5 mars 1980. Puisque cette date est postérieure à la date d'adoption par la requérante, je ne crois pas que l'opposante puisse s'y fonder pour appuyer ses motifs d'opposition sous le régime de l'alinéa 12(1)e) et du sous-alinéa 9(1)n)(iii).

d Le juge Cullen a accueilli l'appel [*Assoc. Olymp. canadienne c. Allied Corp.* (1987), 14 C.I.P.R. 126; 16 C.P.R. (3d) 80; 13 F.T.R. 93 (C.F. 1^{re} inst.)] interjeté de la décision de l'agent d'audition et conclu que la marque de commerce de l'appelante ne pouvait être enregistrée compte tenu de l'avis public donné, en 1980, pour le compte de l'intimée sous le régime de l'article 9 à l'égard de la marque officielle «Olympian». Le juge de première instance a déclaré ce qui suit (aux pages 131 et 133 C.I.P.R.):

e ... j'accepte sans réserve qu'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce qui ressemble (en l'espèce, il s'agit du mot Olympian) à une marque interdite en vertu de l'art. 9 n'est pas enregistrable à l'encontre d'une marque officielle ou interdite, peu importe à quel moment elle a été utilisée ou employée.

f Le paragraphe 9(1) constitue une interdiction absolue et la façon dont les produits ou les services sont utilisés importe peu. L'intimée n'a présenté aucune preuve laissant croire que la marque n'était pas employée, ce qui aurait bien pu transférer la charge de la preuve à l'appelante. M. Fox [*Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3^e éd., 1972 à la p. 198] dit bien qu'il s'agit d'un territoire interdit.

g La personne qui tente d'entrer dans ce territoire interdit pourrait bien se retrouver sans marque si l'obiter du juge Cattanaich (précité) s'applique, et je crois qu'il s'applique.

h L'obiter susmentionné du juge Cattanaich se trouve dans la décision *Insurance Corporation of British Columbia c. Registraire des marques de commerce*, [1980] 1 C.F. 669; (1979), 44 C.P.R.

it was held that the Registrar does not have discretion to refuse to give public notice of a mark requested by a public authority. In the course of his reasons for decision Cattanach J. said (at pages 683-684 F.C.):

The logical consequence of the prohibition of the adoption and use of any mark as a trade mark or otherwise consisting of or resembling any of the devices mentioned in section 9 is to reserve to the persons and bodies mentioned the exclusive user of those devices.

That is the basic scheme of the section to be derived from its language.

Clearly section 9(1)(n)(iii) contemplates the use of an official mark which a public authority has seen fit to adopt to be a use exclusive to that authority. The purpose of the Registrar giving public notice of the adoption and use of an official mark is to alert the public to that adoption as an official mark by the public authority to prevent infringement of that official mark. It does not, in my view, for the reasons previously expressed bestow upon the Registrar any supervisory functions.

I fully realize the consequences. A public authority may embark upon a venture of supplying wares and services to the public and in so doing adopt an official mark. Having done so then all other persons are precluded from using that mark and, as a result of doing so, on its own initiative, the public authority can appropriate unto itself the mark so adopted and used by it without restriction or control other than its own conscience and the ultimate will of the electorate expressed by the method available to it.

That, in my opinion, is the intention of Parliament which follows from the language of section 9 of the Act and that is the policy which Parliament, in its omnipotent wisdom, has seen fit to implement by legislation.

I do not understand what right a Court of justice has to entertain an opinion of a positive law upon any ground of political expediency. I think, when the meaning of a statute is plain and clear, the Court has nothing to do with its policy or impolicy, its justice or injustice. The legislature is to decide upon political expediency and if it has made a law which is not politically expedient the proper way of disposing of that law is by an Act of the legislature, not by a decision of the Court. If the meaning of the statute is plain and clear a Court has nothing to do but to obey it — to administer the law as the Court finds it. To do otherwise is to abandon the office of judge and to assume the province of legislation.

If the true intention of Parliament was not as I have found it to be so expressed in section 9 of the *Trade Marks Act*, then the remedy lies in Parliament to express its true intention in clear and unequivocal language.

He went on (at page 686 F.C.):

From the documents on file in the Registrar's office transmitted to the Court under section 60 of the *Trade Marks Act* the Registrar was concerned with the effect the prohibition following upon the notification of the adoption and use of an official mark would have on trade marks registered in the

(2d) I (1^{re} inst.), où la Cour a conclu que le registraire n'a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de donner un avis public visant une marque demandée par une autorité publique. Dans les motifs de sa décision, le juge Cattanach a déclaré ce qui suit (aux pages 683 et 684 C.F.):

L'interdiction d'adopter et d'employer comme marque de commerce ou autrement, une marque composée de l'un des emblèmes mentionnés à l'article 9 ou y ressemblant, a pour conséquence logique d'en réserver l'usage exclusif aux personnes ou aux organismes qui y sont précisés.

Tel est l'objet fondamental de l'article, tel qu'il ressort de son libellé.

Manifestement, l'article 9(1)(n)(iii) prévoit que lorsqu'une autorité publique a adopté une marque officielle, elle peut seule l'employer. En chargeant le registraire d'aviser le public de l'adoption et de l'emploi de cette marque officielle, il a pour objet de prévenir toute violation à cet égard. À mon sens, et pour les raisons que j'ai déjà exposées, il ne confère au registraire aucun pouvoir de contrôle.

Je suis pleinement conscient des conséquences qui en découlent. Une autorité publique se lance dans l'entreprise de fournir au public des marchandises et des services et pour ce faire, adopte une marque officielle. Après quoi, tout le monde se voit interdire l'emploi de cette marque. Ce qui revient à dire que, de sa propre initiative, elle s'approprie ladite marque sans aucune autre restriction ou contrôle que sa propre conscience et la volonté que le corps électoral exprimera éventuellement par les moyens dont il dispose.

Je pense que telle est là l'intention du Parlement qui ressort du libellé de l'article 9, et que telle est aussi là la politique que, dans son pouvoir souverain, il a jugé opportun de mettre en œuvre par voie législative.

Je ne vois pas de quel droit une cour de justice pourrait interpréter un texte pour des considérations de seule politique. À mon avis, lorsqu'une loi est claire, la Cour n'a pas à déterminer si elle est opportune ou inopportune, juste ou injuste. C'est au Parlement qu'il appartient d'en décider; si elle est inopportune, seule une loi peut y remédier et non pas une décision de la Cour. Si une loi est non équivoque, la Cour n'a qu'à s'y conformer, à l'appliquer. Agir autrement équivaut à abandonner les fonctions de juge pour assumer celles de législateur.

Si la véritable intention du Parlement n'est pas celle qui ressort de l'article 9 de la *Loi sur les marques de commerce*, c'est au Parlement qu'il appartient de remédier à la situation, de l'exprimer en termes clairs et non équivoques.

Il a poursuivi en ces termes (à la page 686 C.F.):

Il ressort des documents versés à ses archives et qu'il a transmis à la Cour en application de l'article 60 de la *Loi sur les marques de commerce*, que le registraire était préoccupé de l'effet que l'interdiction consécutive à la notification de l'adoption et de l'emploi d'une marque officielle aurait sur les mar-

normal manner with which the official mark conflicts. This particular issue is not before me but it appears evident to me that the normal commercial trade mark registered by a trader must defer to the official mark adopted and used by a public authority or like body because that is the legislative intent. The remarks I have previously made that if the true intent of Parliament was not expressed by the language employed in the section or if Parliament should conclude that the law is not politically expedient then the remedies as before mentioned lie with Parliament.

It seems to me that this interpretation goes well beyond the true intent of Parliament as expressed by the language of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the statute. Subsection 9(1) is not univocal in its prohibitions, and paragraph 9(1)(n) contains qualifying words not found in most of the other paragraphs. For official marks such as the Royal Arms or various recognized emblems, there is an absolute prohibition against adoption by others, but the wording of paragraph 9(1)(n) is not absolute.

Section 9 of the Act as a whole deals with adoption, and the prohibition against adoption is in the future tense ("No person shall adopt"). Subparagraph 9(1)(n)(iii) therefore forbids the adoption of a trade mark "so nearly resembling as to be likely to be mistaken for" a mark adopted by a public authority in respect of which the Registrar "has . . . given" (past tense) public notice. Consequently, it does not retroactively prohibit the adoption of marks. It is only prospective in operation.

I do not see that this interpretation is affected by section 11, since that provision forbids only use of a mark adopted contrary to section 9. A mark adopted before the giving of public notice would not be adopted contrary to section 9.

Section 12 of the Act, dealing with registration, speaks in the present tense ("a mark of which the adoption is prohibited by section 9"). It therefore renders unregistrable a not yet registered mark the adoption of which would now run afoul of section 9, even if that mark had been adopted and used prior to the giving of public notice under section 9.

ques de commerce enregistrées normalement, avec lesquelles elle risquait d'entrer en conflit. Je ne suis pas saisi de cette question, mais il me semble évident que la marque de commerce ordinaire qu'un commerçant fait enregistrer doit céder le pas à la marque officielle qu'une autorité publique ou un organisme analogue emploie, parce que telle est là l'intention du législateur. Je le répète: si le libellé de l'article n'exprime pas la véritable intention du Parlement ou si ce dernier juge la loi politiquement inopportune, c'est à lui qu'il incombe d'y remédier.

^b Il me semble que cette interprétation va bien au-delà de la véritable intention du Parlement telle qu'elle est exprimée par le libellé du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la Loi. Le paragraphe 9(1) n'est pas uniforme dans les interdictions qu'il comprend et ^c l'alinéa 9(1)(n) comporte des réserves qui ne se retrouvent pas dans la plupart des autres alinéas. Pour les marques officielles telles que les armoiries de Sa Majesté ou divers emblèmes reconnus, il existe une interdiction absolue d'adoption par ^d d'autres personnes, mais le libellé de l'alinéa 9(1)(n) n'est pas absolu.

L'article 9 de la Loi porte dans son ensemble sur l'adoption, et l'interdiction d'adoption est exprimée ^e au futur dans la version anglaise («no person shall adopt»). Le sous-alinéa 9(1)(n)(iii) interdit par conséquent l'adoption d'une marque de commerce «dont la ressemblance est telle qu'on pourrait vraisemblablement la confondre avec» une marque ^f adoptée par une autorité publique à l'égard de laquelle le registraire «a donné» (passé composé) un avis public. Par conséquent, il n'interdit pas rétroactivement l'adoption de marques de commerce. Il n'a qu'une application prospective. ^g

Je ne puis voir comment cette interprétation peut être modifiée par l'article 11, puisque cette disposition interdit uniquement l'emploi d'une ^h marque adoptée contrairement à l'article 9. Une marque adoptée avant la communication d'un avis public ne serait pas adoptée contrairement à l'article 9.

ⁱ L'article 12 de la Loi, qui porte sur l'enregistrement, emploie le présent («une marque dont l'article 9 . . . interdit l'adoption»). Il rend par conséquent non enregistrable une marque de commerce qui n'a pas encore été enregistrée et dont l'adoption ^j irait à l'encontre de l'article 9, même si cette marque a été adoptée et employée avant que ne soit donné l'avis public visé à l'article 9.

In sum, the formulas of the adoption and registration provisions are not parallel. Whatever rights to the use of a mark may flow from its adoption are undisturbed by the subsequent adoption and use of a confusingly similar official mark; the right to register the mark is, however, prohibited from the time of the giving of the public notice.

However, since what is at issue in the case at bar is not the continued use by the appellant of its trade mark, but rather its registration, it is clear from what I have said that it cannot now register the mark. In other words, since its adoption would not be possible now (not since March 5, 1980), its adoption may be said to be now prohibited by section 9, and thus it falls under the interdiction of section 12 as to registration.

It was also argued by the appellant that the Trial Judge erred in not deciding that the respondent must have demonstrated adoption and use of its official mark before requesting public notice to be given. But it is not necessary to go behind the public notice, at least not, as the Trial Judge held, in the absence of any evidence by the appellant to suggest that the mark was not used.

The appellant also contended that the Act should be interpreted in the light of the London Revision of the International Convention for the Protection of Industrial Property, which Canada adhered to as of July 30, 1951. The provisions of Article 6 *ter* of that Convention state the prohibition on use of "official signs" by others "shall apply solely in cases where the marks which contain them are intended to be utilized for the same or similar classes of goods." In the case at bar the wares are not similar. Reference was also made to the predecessor provision of section 9, viz., paragraph 14(1)(j), of the *Unfair Competition Act*, R.S.C. 1952, c. 274, which also limited the prohibition to similar wares. However, these contentions cannot prevail over what I believe to be the very explicit language of the present subparagraph 9(1)(n)(iii) to the contrary.

En somme, les libellés respectifs des dispositions d'adoption et d'enregistrement ne sont pas parallèles. Les droits d'emploi d'une marque qui peuvent découler de son adoption ne sont pas touchés par l'adoption et l'emploi subséquents d'une marque officielle semblable au point de porter à confusion; toutefois, le droit d'enregistrer la marque n'existe plus à compter du moment où l'avis public est donné.

Cependant, puisque le point en litige n'est pas l'emploi continu par l'appelante de sa marque de commerce, mais plutôt l'enregistrement de celle-ci, il ressort clairement de ce que j'ai affirmé plus haut qu'il lui est impossible d'enregistrer la marque à l'heure actuelle. En d'autres termes, puisque l'adoption de la marque ne serait plus possible maintenant (depuis le 5 mars 1980), on pourrait dire qu'elle est maintenant interdite par l'article 9, et que la marque est visée par l'interdiction de l'article 12 en ce qui a trait à l'enregistrement.

L'appelante a également prétendu que le juge de première instance avait commis une erreur en ne concluant pas que l'intimée aurait dû prouver l'adoption et l'emploi de sa marque officielle avant de demander que soit donné un avis public. Il n'est toutefois pas nécessaire de remonter au-delà de l'avis public, du moins en l'absence, selon la conclusion du juge de première instance, de toute preuve de l'appelante laissant croire que la marque n'était pas employée.

L'appelante a également prétendu que la Loi devrait être interprétée à la lumière de la Révision de Londres de la convention internationale pour la protection de la propriété industrielle, à laquelle le Canada a adhéré le 30 juillet 1951. Les dispositions de l'article 6 *ter* de cette convention prévoient que l'interdiction de l'emploi «des signes... officiels» par d'autres «s'appliquera seulement dans les cas où les marques qui les comprendront seront destinées à être utilisées sur des marchandises du même genre ou d'un genre similaire». En l'espèce, les marchandises n'étaient pas similaires. On a également mentionné la disposition antérieure à l'article 9, soit le paragraphe 14(1)(j) de la *Loi sur la concurrence déloyale*, S.R.C. 1952, chap. 274, qui limitait également l'interdiction à des produits similaires. Toutefois, ces prétentions ne peuvent prévaloir sur ce qui est, selon moi, le langage

explicite du sous-alinéa 9(1)*n*(iii) actuel qui indique le contraire.

In the result, I would dismiss the appeal with costs.

URIE J.A.: I agree.

HUGESSEN J.A.: I agree.

Par conséquent, je rejetterais l'appel avec dépens.

LE JUGE URIE, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: J'y souscris.

T-2220-89

T-2220-89

Ian Ross Mooring (*Applicant*)

v.

Dean Fox, in his capacity as Independent Chairperson for Prison Disciplinary Hearings at Kent Institution (*Respondent*)INDEXED AS: *MOORING v. KENT INSTITUTION (T.D.)*

Trial Division, Martin J.—Vancouver, October 30; Ottawa, December 11, 1989.

Penitentiaries — Proper interpretation of Commissioner's Directive concerning giving of evidence not affording prisoner in disciplinary hearings more protection than that given accused in criminal matters.

Practice — Evidence — Prison disciplinary hearings — Evidence received against convict after he testified — Whether case improperly split — Defence surfacing only when convict gave evidence — Evidence properly received in reply.

This was a section 18 application to quash the respondent's decision finding the applicant guilty of serious misconduct on the grounds that a fair hearing was denied contrary to paragraph 11(d) of the Charter or that there was a breach of procedural fairness.

An officer alleged that the applicant had kicked her in the leg during an altercation between inmates and prison officers. The officer gave evidence at the disciplinary hearing following which the applicant elected to testify. The hearing was then adjourned to receive evidence from another prison officer.

Held, the application should be dismissed.

The case against the applicant had not been improperly split since the evidence of the subsequently called witness constituted evidence in reply. The equitable and fair application of the Commissioner's Directive dealing with the calling of witnesses at disciplinary hearings does not require that all witnesses against an inmate be heard prior to his election whether to testify. It does not afford an inmate in disciplinary proceedings greater protection than that given an accused in criminal matters.

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. 7, 11(d).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

Penitentiary Act, R.S.C., 1985, c. P-5, s. 37(3).

Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251.

Ian Ross Mooring (*requérant*)

c.

^a **Dean Fox, en sa qualité de président indépendant des audiences disciplinaires à l'établissement Kent** (*intimé*)

^b *RÉPERTORIÉ: MOORING c. ÉTABLISSEMENT KENT (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge Martin—Vancouver, 30 octobre; Ottawa, 11 décembre 1989.

^c *Pénitenciers — Il faut interpréter la Directive du commissaire concernant les dépositions en disant qu'un prisonnier ne jouit pas, lors d'une audience disciplinaire, d'une meilleure protection que celle dont bénéficie un prévenu dans une affaire pénale.*

^d *Pratique — Preuve — Audiences disciplinaires dans les pénitenciers — Preuve reçue contre le détenu après qu'il eut témoigné — La preuve a-t-elle été divisée incorrectement? — La défense n'a fait surface qu'après la déposition du détenu — Contre-preuve recevable.*

^e Il s'agit d'une demande fondée sur l'article 18 visant à faire annuler une décision de l'intimé qui avait déclaré le requérant coupable d'une inconduite grave pour le motif qu'on lui a refusé une audience équitable en violation de l'alinéa 11d) de la Charte ou qu'il y a eu manquement à l'équité dans la procédure.

^f Un agent a allégué que le requérant lui avait donné un coup de pied sur la jambe au cours d'une altercation entre détenus et agents de correction. L'agent a présenté sa déposition à l'audience disciplinaire, après quoi le requérant a choisi de témoigner. L'audience a alors été ajournée pour permettre à un autre agent de correction de témoigner.

Jugement: la demande devrait être rejetée.

^g La preuve présentée contre le requérant n'a pas été incorrectement divisée puisque la déposition du témoin subséquent constituait une contre-preuve. L'application juste et équitable de la Directive du commissaire concernant l'assignation des témoins lors des audiences disciplinaires n'exige pas que tous les témoins à charge soient entendus avant que le détenu ne décide s'il témoignera. Elle n'offre pas à un détenu dans une instance disciplinaire une meilleure protection que celle dont bénéficie un prévenu dans une affaire pénale.

LOIS ET RÈGLEMENTS

i

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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44], art. 7, 11d).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

Loi sur les pénitenciers, L.R.C. (1985), chap. P-5, art. 37(3).

j

Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C., chap. 1251.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

John v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 476; (1985), 24 D.L.R. (4th) 713; 23 C.C.C. (3d) 326; 49 C.R. (3d) 57; 63 N.R. 141; 11 O.A.C. 391; *Russell v. Radley*, [1984] 1 F.C. 543; (1984), 5 Admin. L.R. 39; 11 C.C.C. (3d) 289 (T.D.).

AUTHORS CITED

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora: Canada Law Book Inc., 1988.

COUNSEL:

Jeffrey Ray for applicant.
Peter A. Eccles for respondent.

SOLICITORS:

Howard Smith & Company, New Westminster, British Columbia, for applicant.
Ray Connell, Vancouver, agent for *Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

MARTIN J.: The applicant, an inmate at the Kent Institution penitentiary in British Columbia, applies pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] to quash the decision of the respondent, an independent chairperson appointed under the provisions of the *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251, finding the applicant guilty of the offence of serious misconduct i.e. assaulting a prison officer on July 6, 1989.

The grounds of the application are that the respondent acted in excess of or without jurisdiction by denying the applicant a fair hearing contrary to paragraph 11(d) 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]] by ordering that another prison officer be called to give evidence at the disciplinary hearing after the applicant had given his evidence. Alternatively counsel for the applicant submits, on

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

John c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 476; (1985), 24 D.L.R. (4th) 713; 23 C.C.C. (3d) 326; 49 C.R. (3d) 57; 63 N.R. 141; 11 O.A.C. 391; *Russell c. Radley*, [1984] 1 C.F. 543; (1984), 5 Admin. L.R. 39; 11 C.C.C. (3d) 289 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3^e éd. Aurora: Canada Law Book Inc., 1988.

AVOCATS:

Jeffrey Ray pour le requérant.
Peter A. Eccles pour l'intimé.

PROCUREURS:

Howard Smith & Company, New Westminster (Colombie-Britannique) pour le requérant.
Ray Connell, Vancouver, représentant du *sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE MARTIN: Le requérant, détenu à l'établissement pénitentiaire Kent en Colombie-Britannique, invoque l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] pour faire annuler la décision de l'intimé, président indépendant nommé en vertu des dispositions du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., chap. 1251, qui avait déclaré le requérant coupable d'une inconduite grave, c'est-à-dire d'avoir agressé un agent de correction le 6 juillet 1989.

Suivant les motifs de la requête, l'intimé a excédé sa compétence ou n'avait pas compétence lorsqu'il a refusé au requérant une audience équitable en violation de l'alinéa 11d) 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]] en ordonnant qu'un autre agent de correction soit appelé à témoigner au cours de l'audience disciplinaire après que le requérant eut lui-même déposé.

the same facts, that the respondent breached his duty of procedural fairness owed to the applicant.

Originally the applicant applied on the additional grounds that the respondent's actions contravened the provisions of section 7 of the Charter but, in the course of the hearing before me, advised that he was no longer relying on section 7 but exclusively on paragraph 11(d).

It is common ground that there was some sort of an altercation between inmates and prison officers of the Kent Institution on July 6, 1989. The Inmate Offence Report and Notification of Charge completed by prison officer Bowman alleges that the applicant kicked her in the leg. The alleged conduct by the applicant was properly characterized as serious misconduct and the applicant was given notice of it.

After three postponements, in the course of which the applicant came to be represented by counsel, the disciplinary hearing began on July 28, 1989. Prison officer Bowman gave her evidence and no other witness was called. The applicant then elected to give evidence at the completion of which the respondent, rather than make a decision on the evidence which was before him at that time, adjourned the hearing to August 2, 1989 to hear the evidence of prison officer Molino.

On August 2, 1989 Molino gave his evidence and was cross-examined by counsel for the applicant. Counsel for the applicant then made submissions to the respondent following which the respondent found the applicant guilty of assaulting Bowman and imposed an appropriate penalty.

Counsel for the applicant charges that, in calling Molino after the applicant had given his evidence, the case or evidence against the applicant was improperly split and further that the evidence given by Molino did not constitute evidence in reply or rebuttal. He cites the case of *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476; [(1985), 24 D.L.R. (4th) 713; 23 C.C.C. (3d) 326; 49 C.R. (3d) 57; 63 N.R. 141; 11 O.A.C. 391], in which such a tactic is described by Estey and Lamer JJ. in the following terms at page 481:

These are the consequences that flow from a violation of one of the fundamental precepts of our criminal process, namely the

Subsidiairement, l'avocat de ce dernier soutient, à la lumière des mêmes faits, que l'intimé a violé son obligation d'équité dans la procédure à son égard.

À l'origine, le requérant a fait valoir comme motif additionnel que les actes de l'intimé allaient à l'encontre de l'article 7 de la Charte mais au cours de l'audience, il m'a informé qu'il invoquait non plus l'article 7 mais uniquement l'alinéa 11d).

Il est admis qu'il y a eu certaines altercations entre les détenus et les agents de correction de l'établissement Kent le 6 juillet 1989. Dans le Rapport de l'infraction d'un détenu et l'avis de l'accusation qu'elle a remplis, l'agent de correction Bowman allègue que le requérant lui a donné un coup de pied sur la jambe. L'acte reproché au requérant a été à bon droit qualifié d'inconduite grave et celui-ci en a été informé.

Après trois ajournements au cours desquels le requérant a finalement été représenté par un avocat, l'audience disciplinaire a commencé le 28 juillet 1989. L'agent de correction Bowman a témoigné et aucun autre témoin n'a été assigné. Le requérant a alors choisi de présenter sa déposition après quoi l'intimé, plutôt que de rendre une décision sur les éléments de preuve qui lui avaient alors été soumis, a ajourné l'audience au 2 août 1989 pour entendre le témoignage de l'agent de correction Molino.

Le 2 août 1989, Molino a témoigné et a été contre-interrogé par l'avocat du requérant. Celui-ci a ensuite présenté ses arguments à l'intimé après quoi ce dernier a déclaré le requérant coupable d'avoir agressé Bowman et lui a imposé une peine appropriée.

L'avocat du requérant soutient que comme Molino a été assigné après le témoignage de son client, la preuve présentée contre lui était divisée incorrectement et en outre que la déposition de Molino ne constituait pas une contre-preuve. Il cite l'arrêt *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476; [(1985), 24 D.L.R. (4th) 713; 23 C.C.C. (3d) 326; 49 C.R. (3d) 57; 63 N.R. 141; 11 O.A.C. 391], dans lequel une tactique de ce genre a été décrite par les juges Estey et Lamer dans les termes suivants à la page 481:

Ce sont là les conséquences qui découlent de la violation d'un des préceptes fondamentaux de notre procédure criminelle,

dividing of the prosecution's case so as to sandwich the defence. This is a particularly lethal tactic where the evidence in reply raises a new issue and attacks the accused's credibility for this is the last evidence which the members of the jury hear prior to their deliberations. It also raises the question as to the propriety of the Crown's conduct in the context of the accused's right to elect to remain silent or to elect to enter the witness box in his own defence. He must be given the opportunity of making this decision in the full awareness of the Crown's complete case. This did not occur in these proceedings.

In support of his submission counsel for the applicant also refers to paragraph 19 of the 1987 Commissioner's Directive made pursuant to subsection 37(3) of the *Penitentiary Act*, R.S.C., 1985, c. P-5, which provides as follows:

19. If the plea is "not guilty", the accused inmate(s) shall be informed of the opportunity to give evidence after all the witnesses against him/her have been heard. The inmate may submit a list of witnesses and/or documents he/she wishes prior to the hearing.

Counsel admits that the Commissioner's Directive does not have force of law but submits that the applicant has the right to expect it to be applied fairly. I agree with his submission which was described by Muldoon J. in *Russell v. Radley*, [1984] 1 F.C. 543; [(1984), 5 Admin. L.R. 39; 11 C.C.C. (3d) 289 (T.D.)], at page 562 F.C.] where he observed:

The Directive is of course a set of rules made by the Commissioner with statutory authority (so long as *intra vires*) for the governance of the members of the Service (*Regina v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, ex parte MacCaud*, [1969] 1 C.C.C. 371 (Ont. C.A.)) at least. There is a clear implication in the Directive to the effect that if action is not to be taken immediately, it must surely be taken within a reasonable time. Although the Commissioner's Directive is not to be regarded as "law" within the wording of section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], because "It is not in any legislative capacity that the Commissioner is authorized to issue directives, but in his administrative capacity" (*Martineau et al. v. The Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board* (No. 1), [1978] 1 S.C.R. 118, at p. 129; 33 C.C.C. (2d) 366, at p. 374) yet, even before the enactment of the Charter, inmates were held to be entitled to have the Directives applied fairly and in accordance with the rules of natural justice (*Martineau* (No. 2), *supra*, fn. 3, S.C.R. at p. 629, C.C.C. at p. 378).

Counsel for the applicant appears to argue that the equitable and fair application of directive 19 requires that all witnesses against the accused must first be heard and then, should the accused elect to give evidence, he may do so. However, if I

c'est-à-dire la division de la preuve de la poursuite de manière à coincer la défense. C'est une tactique particulièrement destructrice si le témoignage donné en contre-preuve soulève une nouvelle question et met en cause la crédibilité de l'accusé, puisqu'il s'agit du dernier témoignage que les membres du jury entendent avant de délibérer. Cette pratique pose également la question de la justesse de la conduite de la poursuite eu égard au droit de l'accusé de choisir de garder le silence ou de choisir de témoigner pour sa propre défense. Il doit avoir la possibilité de prendre cette décision en toute connaissance de la totalité de la preuve de la poursuite. Ce n'est pas ce qui s'est produit dans ces procédures.

À l'appui de son argument, l'avocat du requérant cite également le paragraphe 19 de la Directive du commissaire de 1987 établie en vertu du paragraphe 37(3) de la *Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. (1985), chap. P-5, qui dispose:

19. Si le détenu plaide «non coupable», on doit l'informer qu'il pourra présenter ses éléments de preuve une fois que tous les témoins à charge auront été entendus. Le détenu peut présenter une liste de témoins et(ou) de documents avant l'audience.

L'avocat admet que la Directive du commissaire n'a pas force de loi mais il prétend que le requérant a le droit de s'attendre à ce que ces directives soient appliquées équitablement. Je souscris à son argument qui a été décrit par le juge Muldoon dans l'affaire *Russell c. Radley*, [1984] 1 C.F. 543; [(1984), 5 Admin. L.R. 39; 11 C.C.C. (3d) 289 (1^{re} inst.)], à la page 562 C.F.] où il a fait remarquer:

La Directive est évidemment un ensemble de règles que le commissaire est habilité par la loi à établir (dans la mesure où elles sont *intra vires*) pour l'administration des membres du Service (*Regina v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, ex parte MacCaud*, [1969] 1 C.C.C. 371 (C.A. Ont.)) tout au moins. Il ressort clairement de la Directive que, si des mesures ne sont pas prises immédiatement, il faut néanmoins agir dans un délai raisonnable. Bien que la Directive du commissaire ne soit pas une «loi» au sens de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10], car «Ce n'est pas en qualité de législateur que le commissaire est habilité à établir des directives, mais en qualité d'administrateur» (*Martineau et autre c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui* (n° 1), [1978] 1 R.C.S. 118, à la p. 129; 33 C.C.C. (2d) 366, à p. 374), on estime, même avant l'adoption de la Charte, que les détenus avaient droit à ce que les Directives soient appliquées équitablement et en conformité avec les principes de justice naturelle (*Martineau* (n° 2), précité, note 3, R.C.S. à la p. 629, C.C.C. à la p. 378).

L'avocat du requérant semble dire que l'application juste et équitable de la directive 19 exige que tous les témoins à charge doivent d'abord être entendus et que si le prévenu choisit de témoigner, il pourra alors le faire. Cependant, si je comprends

understand counsel's submission, he contends that under no circumstances may additional evidence be called after the accused has given his evidence.

In my view this is a far too rigid and formalistic meaning to be assigned to that directive. As I read it it simply means that at the outset of the relatively informal hearing, "relatively informal" because by directive 21 the rules of evidence in criminal matters do not apply in disciplinary hearings, if the inmate pleads "not guilty" the chairperson will tell him that after he has heard what the prison authorities or other witnesses have to say about the charge against him he, the inmate, will be given the opportunity of giving his version of the matter if he so desires. The directive exists, in my view, to guard against the possibility that someone, perhaps an unrepresented inmate, may not be aware of the fact that he is entitled to give evidence at the hearing. It seems to me that this advice is intended to be given to the inmate immediately after his plea and before any evidence is heard because, in directive 19 after the direction to inform the inmate of his right to give evidence, there is the direction that the inmate may, "prior to the hearing", submit a list of witnesses and documents he wishes.

I do not see directive 19 in the sense that after all the witnesses, except the inmate, are heard that the chairperson will inform the inmate that all the witnesses against him have now been heard and there will not and cannot be any further evidence other than the inmate's evidence, and that the chairman will advise the inmate that he now has the right, if he so chooses, to give evidence safe in the assurance that no matter what he says there will be no further evidence called to rebut or reply to it.

If, under the strict rules of evidence in criminal matters, the evidence given by an inmate in a disciplinary hearing would permit the Crown to call evidence in reply or rebuttal in a criminal trial then the independent chairman is entitled in a disciplinary hearing to receive that same evidence after the inmate has given his. This is a completely different question from the one which addresses the issue of whether the independent chairperson can, after the inmate has given his evidence, receive evidence which, in cases governed by the strict rules of evidence in criminal matters, would

bien l'argumentation de l'avocat, des éléments de preuve additionnels ne pourront jamais être présentés après le témoignage du prévenu.

À mon avis, il s'agit là d'une interprétation beaucoup trop rigide et formaliste de cette directive. Selon moi, elle signifie simplement qu'au début de l'audience «relativement informelle», car selon la directive 21, les règles de la preuve en matière criminelle ne s'appliquent pas aux audiences disciplinaires, si le détenu plaide «non coupable», le président lui dira qu'il entendra d'abord ce que les autorités de la prison ou d'autres témoins ont à dire au sujet de l'accusation portée contre lui et qu'alors, lui, le détenu, aura l'occasion de donner sa version de l'affaire s'il le désire. La directive vise, je pense, à empêcher que quelqu'un, peut-être un détenu non représenté par un avocat, puisse ignorer le fait qu'il a le droit de témoigner à l'audience. Il me semble que cet avis est censé être donné au détenu immédiatement après son plaidoyer et avant l'audition des témoignages car la directive 19 prévoit qu'après avoir informé le détenu de son droit de témoigner, on doit lui dire qu'il peut, «avant l'audience», présenter une liste de témoins et de documents.

Selon moi, la directive 19 ne veut pas dire qu'après que tous les témoins, sauf le détenu, ont été entendus, le président informera ce dernier que tous les témoins à charge ont maintenant été entendus et qu'il ne saurait y avoir de preuve additionnelle autre que le témoignage du détenu et que celui-ci a maintenant le droit, s'il le choisit, de témoigner avec la garantie que, quoi qu'il dise, il n'y aura pas de contre-preuve additionnelle.

Si, en vertu des règles strictes de la preuve en matière criminelle, le témoignage d'un détenu dans une audience disciplinaire permettait au ministère public de présenter une contre-preuve dans un procès criminel, le président indépendant aurait alors le droit dans une audience disciplinaire d'entendre cette contre-preuve après la déposition du détenu. Il s'agit là d'une question tout à fait différente de celle de savoir si le président indépendant peut, après que le détenu, a présenté sa preuve, entendre un témoignage qui, dans les cas régis par les règles strictes de la preuve en matière

amount to the Crown splitting its case and would not be receivable as proper rebuttal evidence or evidence in reply.

That latter question does not arise in this case because, in my view, the evidence, which the independent chairperson received after the evidence given by the inmate, was evidence which could properly be received in criminal proceedings as evidence in reply. In other words I find that directive 19 does not afford an inmate in disciplinary proceedings a greater protection than that afforded an accused in criminal matters to which the strict rules of evidence apply for his protection.

In the present case the evidence against the inmate was given by Bowman who, in her direct evidence, made no mention of any physical altercation between the applicant and prison officer Molino. The first mention of Molino came from counsel for the applicant who put it to Bowman that there was such an altercation. Bowman did not accede to this suggestion.

The suggestion put by counsel for the applicant in his cross-examination of Bowman did not in my view raise a defence which called upon the chairperson to call and receive or arrange for evidence to rebut it prior to hearing the evidence of the applicant. In the first place the suggestion put to Bowman did not raise any particular defence but only an inference of several possible defences such as:

- a) Molino threw the inmate at Bowman causing him to inadvertently strike her;
- b) Molino and the inmate were involved in a physical altercation in another place at the time it was alleged that the applicant struck Bowman i.e. an alibi;
- c) Molino and the inmate were so completely involved in their own altercation that the applicant could not have struck Bowman.

Secondly the inference was raised on cross-examination only and thus could not arise unless the applicant elected to give evidence. This situation is dealt with in McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. 1988, at page 31-11 as follows:

31:10330 Difficulty of foreseeability test

criminelle, constituerait pour le ministère public une division de sa preuve et ne serait pas recevable à titre de contre-preuve.

^a Cette dernière question ne se pose pas en l'espèce car, à mon avis, le témoignage que le président indépendant a entendu après la déposition du détenu constituait un élément de preuve qui était recevable dans un instance pénale à titre de contre-preuve. En d'autres termes, je conclus que la directive 19 n'offre pas à un détenu dans une instance disciplinaire une meilleure protection que celle dont bénéficie un prévenu dans une affaire pénale assujettie à des règles strictes de preuve.

^b En l'espèce, la preuve directe contre le détenu a été présentée par Bowman qui n'a fait mention d'aucune altercation physique entre le requérant et l'agent de correction Molino. Le nom de Molino a été mentionné pour la première fois par l'avocat du requérant qui a laissé entendre à Bowman qu'une telle altercation avait eu lieu. Bowman n'a pas accepté cette insinuation.

^c À mon avis, l'insinuation faite par l'avocat du requérant dans son contre-interrogatoire de Bowman ne soulevait pas un moyen de défense qui obligeait le président à demander qu'on lui présente une contre-preuve avant d'entendre le témoignage du requérant. En premier lieu, l'insinuation lancée à Bowman ne soulevait aucun moyen de défense particulier et ne faisait qu'ouvrir la porte à plusieurs moyens de défense possibles tels que:

- ^d a) Molino a poussé le détenu vers Bowman qui a été ainsi frappée par inadvertance;
- ^e b) Molino et le détenu avaient une altercation physique dans un autre endroit au moment où le requérant aurait frappé Bowman, ce qui constitue un alibi;
- ^f c) Molino et le détenu étaient tellement engagés dans leur altercation que le requérant n'aurait pas pu frapper Bowman.

^g En second lieu, ces moyens de défense n'ont été soulevés qu'au cours du contre-interrogatoire et ils ne pouvaient donc être invoqués que si le requérant choisissait de témoigner. Cette situation est examinée dans l'ouvrage de McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, 3^e éd. 1988, à la page 31-11:

^h [TRADUCTION] 31:10330 Difficulté du critère de la prévisibilité

The prosecution may foresee certain defences being put forward and yet it would be presumptuous to assume that they will all in fact be put forward. A defence may be suggested in the cross-examination of Crown witnesses but it may not clearly emerge until the defence opens its case. As Lord Sumner said in *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221 (H.L.), "The prosecution cannot credit the accused with fancy defences in order to rebut them at the outset with some damning piece of prejudice."

Defences such as self-defence or provocation will most certainly involve a decision whether to call the accused and the prosecution cannot assume that it will be done. As Phillimore, J., said in argument in *R. v. Froggatt* (1910), 4 Cr. App. R. 115 at p. 118:

You do not know what a prisoner is going to say in his defence. In some cases it would be impossible for the prosecution to deal with the alibi except by way of rebutting evidence, because the prosecution does not know that at the trial the prisoner may not set up some defence other than and inconsistent with an alibi, even though before the justices he set up an alibi.

But where on a retrial, the same alibi was set up as on the prior trial, rebuttal was refused: *R. v. Smith*, [1956] Crim. L.R. 193, as the prosecution was not taken by surprise.

In fact in this case the applicant elected to give evidence and said, in effect, that he did not strike Bowman or, alternatively, if he did strike her, he had been shoved into her by Molino in the altercation they were having.

Thus it was only after the applicant gave evidence that the chairperson became aware of his defence. Under these circumstances, in a normal criminal trial, the Crown would be entitled to call evidence in reply to that defence. In this case the chairperson, faced with the conflict in the evidence before him, elected, and properly so in my view, to have Molino give evidence so that the truth of the applicant's version of the incident could be determined.

As it transpired Molino denied any contact with the applicant and, rejecting the applicant's defence on that basis, the chairperson properly convicted him.

As I can see no unfair treatment of the applicant in the procedure adopted by the chairperson in the course of the applicant's disciplinary hearing the within application will be dismissed.

There will be no order as to costs.

Le poursuivant peut prévoir certains moyens de défense qui seront soulevés mais il ne saurait présumer qu'ils seront tous soulevés. Un moyen de défense peut ressortir du contre-interrogatoire des témoins du ministère public mais il peut n'apparaître clairement qu'au moment où la défense présente sa preuve. Comme lord Sumner l'a déclaré dans l'arrêt *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221 (H.L.), «La poursuite ne peut pas prêter à l'accusé des moyens de défense imaginaires dans le but de les réfuter au départ par un préjudice accablant».

Lorsqu'on invoque des moyens de défense tels que la légitime défense ou la provocation, il faudra certainement décider si le prévenu doit être appelé à la barre et le poursuivant ne saurait présumer qu'il en sera ainsi. Comme le juge Phillimore l'a dit dans l'arrêt *R. v. Froggatt* (1910), 4 Cr. App. R. 115 à la page 118:

On ne sait pas ce qu'un prisonnier dira pour sa défense. Dans certains cas, il serait impossible pour le poursuivant de réfuter la défense d'alibi si ce n'est par une contre-preuve, car il ne sait pas qu'au cours du procès, le prisonnier ne peut pas invoquer un moyen de défense autre qu'un alibi ou incompatible avec celui-ci, même si c'est ce moyen qu'il a fait valoir devant les juges.

Mais la contre-preuve a été refusée lorsque, au cours d'un nouveau procès, on a invoqué le même alibi que lors du procès antérieur: *R. v. Smith*, [1956] Crim. L.R. 193, car le poursuivant n'a pas été pris par surprise.

De fait, en l'espèce, le requérant a choisi de témoigner et il a effectivement dit qu'il n'avait pas frappé Bowman ou que s'il l'a frappée, il a été poussé par Molino au cours de l'altercation qu'ils avaient.

Ce n'est par conséquent qu'après le témoignage du requérant que le président a pris connaissance de son moyen de défense. Dans de telles circonstances, dans un procès criminel ordinaire, le ministère public aurait le droit de présenter une contre-preuve. En l'espèce, étant saisi d'une preuve contradictoire, le président a choisi, à bon droit selon moi, de faire témoigner Molino de façon à pouvoir déterminer la véracité de la version du requérant.

Il en est ressorti que Molino a nié tout contact physique avec le requérant et, rejetant le moyen de défense de ce dernier pour cette raison, le président l'a à bon droit déclaré coupable.

Comme à mon avis le requérant n'a pas été traité injustement par le président au cours de son audience disciplinaire, la présente demande sera rejetée.

Il n'y aura aucune adjudication de dépens.

A-847-87

A-847-87

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

v.

London Life Insurance Company (*Respondent*)

INDEXED AS: LONDON LIFE INSURANCE CO. v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Stone and Desjardins J.J.A.—Toronto, October 2, 3, 4, 5 and 6; Ottawa, November 28, 1989.

Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from trial judgment holding plaintiff/respondent carrying on insurance business in country other than Canada under Income Tax Act, s. 138(9) — “Profits generated” test satisfied as certain acts could only be performed in Bermuda (i.e. delivery of policies, and assessment of changes in insurability) — Expenses incurred by wholly-owned subsidiary incorporated solely for sale of plaintiff’s excess computer capacity to public not deductible — Not related to life insurance business but to completely new adventure.

Insurance — Whether Canadian life insurance company carrying on business in Bermuda — “Profits generated” test satisfied as acts of overriding importance required to be performed in Bermuda (i.e. delivery of policies, assessment of changes in insurability) — Expenses of wholly-owned subsidiary, created solely to sell excess computer capacity to public, not deductible as not related to insurance business but to completely new adventure.

This was an appeal from the trial judgment holding that the respondent carried on business in Bermuda in 1976 within the meaning of the *Income Tax Act*. In 1976, the respondent, a Canadian life insurance company, appointed agents in Bermuda, who obtained a licence to carry on a life insurance business there. The Bermuda agents were brought to Canada for indoctrination, head office at London, Ontario changed certain operating procedures required for entry into the Bermuda market and systems were developed for premium billing and collections. Many residents of Bermuda were solicited as potential policy holders and were provided with rate quotations. \$100,000 was deposited in a bank account in Bermuda. Under the “Broker’s Agency” agreement, the “agents” in Bermuda were mere independent contractors with no authority to bind the Company in any way. The first issue was whether the respondent carried on an insurance business in Bermuda. The appellant argued that the “profits” or “profits generated” test enunciated in *Smidth* should be applied. That test was “where do the operations take place from which the profits in substance arise?” The respondent argued that the proper test was to see whether an insurance business was solicited in Bermuda on its behalf and whether the life insurance contracts were made in Bermuda. The Trial Judge had not based his decision on any

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

c.

a London Life Insurance Company (*intimée*)

RÉPERTORIÉ: LONDON LIFE INSURANCE CO. c. CANADA (C.A.)

Cour d’appel, juges Heald, Stone et Desjardins, J.C.A.—Toronto, 2, 3, 4, 5 et 6 octobre; Ottawa, 28 novembre 1989.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel est interjeté d’un jugement de la Section de première instance concluant que la demanderesse/intimée a exploité une entreprise d’assurance-vie dans un pays autre que le Canada au sens de l’art. 138(9) de la Loi de l’impôt sur le revenu — Le critère des «bénéfices générés» est satisfait puisque certains actes ne pouvaient être posés qu’aux Bermudes (il s’agit de la livraison des polices et de l’évaluation des changements concernant l’assurabilité) — Ne sont pas déductibles les dépenses subies par une filiale à part entière constituée en société uniquement pour vendre la capacité informatique excédentaire de la demanderesse au public — Elles ne sont pas liées au commerce de l’assurance-vie mais à une entreprise entièrement nouvelle.

Assurance — La question est celle de savoir si une société d’assurance-vie canadienne fait affaire aux Bermudes — Le critère des «bénéfices générés» est satisfait puisque des actes ayant une importance prépondérante doivent être posés aux Bermudes (il s’agit de la livraison des polices ainsi que de l’évaluation des changements concernant l’assurabilité) — Les dépenses d’une filiale à part entière créée uniquement pour vendre la capacité informatique excédentaire de la société au public ne sont pas déductibles, puisqu’elles ne sont pas liées au commerce de l’assurance mais à une entreprise entièrement nouvelle.

Il s’agit d’un appel interjeté d’une décision de première instance qui a conclu que l’intimée avait exploité une entreprise aux Bermudes en 1976 au sens de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. En 1976, l’intimée, une société d’assurance-vie canadienne, a nommé des représentants aux Bermudes. Ceux-ci y ont obtenu un permis d’exploitation d’une entreprise d’assurance-vie. Les représentants des Bermudes ont été amenés au Canada pour y assister à des séances de formation, des systèmes ont été élaborés pour la facturation et le recouvrement des primes, et le bureau chef de l’intimée, situé à London, en Ontario, a apporté à ses méthodes de fonctionnement certaines modifications exigées par son entrée dans le marché des Bermudes. De la sollicitation a été faite auprès de nombreux résidents des Bermudes, à qui ont été fournis des barèmes de primes. Une somme de 100 000 \$ a été déposée dans un compte de banque des Bermudes. En vertu de l’accord intitulé «Mandat de courtier», les «mandataires» des Bermudes étaient simplement des entrepreneurs indépendants et n’étaient habilités à lier la société d’aucune manière. La première question soulevée est celle de savoir si l’intimée a exploité une entreprise d’assurance-vie aux Bermudes. L’appelante a soutenu que le critère des «bénéfices» ou des «bénéfices générés» énoncé dans l’arrêt *Smidth* devrait être appliqué. Ce critère est le suivant: «où ont

one factor, but upon the cumulative effect of applying the "profits" or "profits generated" test and tests relied upon by the respondent.

The second issue was whether an amount received from a wholly-owned subsidiary was deductible. The respondent had excess computer capacity in 1975 and 1976 which it sold to a wholly-owned subsidiary for sale by the latter to the public. The subsidiary's functions were performed by the respondent's employees, with the respondent's equipment and from the respondent's premises. The respondent claimed all of the funds received from its subsidiary as income and all of the expenses as expenses. The deductions were disallowed on the ground that the amounts shown as income were operating expenses incurred on behalf of the subsidiary and, even if income from the sale of excess computer capacity, the amounts were income from a business of the respondent other than its life insurance business. The Trial Judge found that the expenses were incurred by the respondent on its own behalf for the purpose of the life insurance business because the excess capacity was needed by the respondent to handle the peak demand loads of its life insurance business.

Held, the appeal should be allowed in part.

The Trial Judge correctly found that the respondent carried on business in Bermuda in 1976. The *Smidth* test was not applicable because it was developed to determine whether certain activities resulted in "profits arising or accruing from a trade . . . exercised within the United Kingdom." The question here (whether the taxpayer carried on business in another country) is broader than the one considered by the English courts. It does not follow from the fact that the *Income Tax Act*, subsection 138(9) focuses on the generation of gross investment revenue from property in Canada, that Parliament thereby intended that the determination of whether a business was carried on in another country should depend solely on whether profits in substance arose from the taxpayer's activities in that country. The phrase "carried on an insurance business . . . in a country other than Canada" are words of broad import and must be construed as such.

In any event, the "profits" or "profits generated" test was satisfied. Although many things had to be, and were in fact, done in Canada in order to effect insurance policies on the lives of Bermuda residents, other acts of overriding importance and significance had to be done and could only be done in Bermuda i.e. (1) the delivery of policies before they became binding and (2) the assessment of any changes in the insurability of the applicants between the date of their applications and the date their policies were delivered.

lieu les opérations qui génèrent réellement des bénéfices?» L'intimée a soutenu que le critère approprié consiste à savoir si de la sollicitation a été faite pour son compte aux Bermudes en matière d'assurance et à savoir si les contrats d'assurance-vie y ont été conclus. Le juge de première instance n'a pas fondé sa décision sur un seul facteur mais sur l'effet cumulatif de l'application du critère des «bénéfices» et des «bénéfices générés» ainsi que des critères invoqués par l'intimée.

La seconde question est celle de la déductibilité d'un montant reçu d'une filiale à part entière. Au cours des années 1975 et 1976, l'intimée possédait une capacité informatique excédentaire, qu'elle a vendue à une filiale à part entière afin que cette dernière la vende au public. Les fonctions de la filiale ont été exercées par les employés de l'intimée, à partir de ses locaux et au moyen de son équipement. L'intimée a déclaré tous les montants reçus de sa filiale comme un revenu, et elle a déclaré toutes les dépenses comme des dépenses déductibles. Les déductions réclamées ont été refusées au motif que les montants présentés comme un revenu étaient des dépenses d'exploitation faites pour le compte de la filiale et que, même en supposant que les montants visés constituaient un revenu découlant de la vente de sa capacité informatique excédentaire, ces montants étaient un revenu provenant d'une entreprise de l'intimée autre que son entreprise d'assurance-vie. Le juge de première instance a conclu que les dépenses visées avaient été faites par l'intimée pour son propre compte pour les fins de son entreprise d'assurance-vie parce que la capacité excédentaire de l'intimée lui était nécessaire pour répondre aux demandes qui lui étaient faites en période de pointe dans le cadre de ses activités d'assurance-vie.

Arrêt: l'appel devrait être accueilli en partie.

Le juge de première instance a conclu à bon droit que l'intimée exploitait une entreprise aux Bermudes en 1976. Le critère de l'arrêt *Smidth* n'était pas applicable parce qu'il a été élaboré pour déterminer si certaines activités produisaient des bénéfices constituant «le fruit d'un commerce exercé au Royaume-Uni». La question en l'espèce (celle de savoir si le contribuable exploitait une entreprise dans un autre pays) est plus large que celle examinée par les tribunaux anglais. Le fait que le paragraphe 138(9) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* mette l'accent sur la génération d'un revenu brut de placement à partir de biens au Canada n'implique pas que l'on doive considérer que, selon l'intention du Parlement, la conclusion qu'une entreprise a été exploitée ou non dans un autre pays devrait dépendre uniquement de la question de savoir si les profits ont réellement résulté des activités menées par le contribuable dans cet autre pays. Le membre de phrase «a exploité une entreprise d'assurance . . . dans un pays autre que le Canada» a un sens large et doit être interprété comme tel.

Quoi qu'il en soit, le critère des «profits» ou des «profits générés» est satisfait. Même si de nombreuses opérations devaient être, et était effectivement, accomplies au Canada pour permettre l'entrée en vigueur de polices d'assurance sur la vie des résidents des Bermudes, il reste que d'autres actes, dont l'importance et la signification étaient prépondérantes, devaient être posés aux Bermudes et ne pouvaient être posés qu'aux Bermudes, savoir (1) la livraison des polices, une condition préalable à leur entrée en vigueur et (2) l'évaluation consistant à vérifier si aucun changement n'était survenu dans l'assurabilité des proposants entre la date de la proposition et celle de la livraison des polices.

As to the second issue, the respondent engaged in both a life insurance business and in dealings related to its excess computer capacity. The expenses were not related to the life insurance business but to a completely new adventure. The expenses claimed were not deductible under Part I in computing the respondent's income for the year from carrying on its life insurance business in Canada within the meaning of subsection 209(2).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 138(9) (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1; 1973-74, c. 14, s. 47), 208(1), 209(1),(2),(3), 248(1), 253.
Canadian and British Insurance Companies Act, R.S.C. 1970, c. I-15, s. 2(1).
The Non-Residents Insurance Act, 1967 (Bermuda).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Smidth & Co. v. Greenwood, [1921] 3 K.B. 583 (C.A.); aff'd [1922] 1 A.C. 417 (H.L.); *Excelsior (The) Life Insurance Co. v. The Queen*, [1985] 1 CTC 213; 85 DTC 5164 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Grainger & Son v. Gough, [1896] A.C. 325 (H.L.); *Firestone Tyre & Rubber Co., Ltd. (as agents for Firestone Tire & Rubber Co. of Akron, Ohio, U.S.A.) v. Lewellan* (1957), 37 T.C. 111 (H.L.).

COUNSEL:

L. P. Chambers, Q.C. and *J. Humphrey* for appellant.
David A. Ward, Q.C. and *Colin Campbell* for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Davies, Ward & Beck, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: This appeal from a judgment of the Trial Division rendered July 28, 1987 [[1988] 1 F.C. 46] raises an issue whether the respondent, which carried on a life insurance business in Canada in the taxation year 1976, also carried on an insurance business in that year in a country

En ce qui concerne la seconde question, l'intimée a à la fois œuvré dans l'assurance-vie et pratiqué des activités liées à sa capacité informatique excédentaire. Les dépenses dont la déduction est demandée ne sont pas reliées au commerce de l'assurance-vie mais à une entreprise entièrement nouvelle. Les dépenses réclamées n'étaient pas déductibles en vertu de la Partie I lors du calcul du revenu que l'intimée a tiré, pour l'année, de l'exploitation au Canada de son commerce d'assurance-vie au sens du paragraphe 209(2).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 138(9) (mod. par S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1; 1973-74, chap. 14, art. 47), 208(1), 209(1),(2), (3), 248(1), 253.
Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques, S.R.C. 1970, chap. I-15, art. 2(1).
The Non-Residents Insurance Act, 1967 (Bermudes).

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Smidth & Co. v. Greenwood, [1921] 3 K.B. 583 (C.A.); confirmé par [1922] 1 A.C. 417 (H.L.); *Excelsior (The) Life Insurance Co v The Queen*, [1985] 1 CTC 213; 85 DTC 5164 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Grainger & Son v. Gough, [1896] A.C. 325 (H.L.); *Firestone Tyre & Rubber Co., Ltd. (as agents for Firestone Tire & Rubber Co. of Akron, Ohio, U.S.A.) v. Lewellan* (1957), 37 T.C. 111 (H.L.).

AVOCATS:

L. P. Chambers, c.r. et *J. Humphrey* pour l'appelante.
David A. Ward, c.r. et *Colin Campbell* pour l'intimée.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Davies, Ward & Beck, Toronto, pour l'intimée.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Le présent appel, interjeté d'une décision de la Section de première instance en date du 28 juillet 1987 [[1988] 1 C.F. 46], soulève la question de savoir si l'intimée, qui exploitait une entreprise d'assurance-vie au Canada au cours de l'année d'imposition 1976,

other than Canada, namely, Bermuda within the meaning of subsection 138(9) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended [by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1; 1973-74, c. 14, s. 47] (“the Act”), and the deductibility in the 1976 taxation year of certain amounts pursuant to Part XII of the Act. It was heard together with an appeal in Court File No: A-846-87 between the same parties from another judgment of the same Trial Judge rendered on the same day. That appeal is exclusively concerned with the deductibility in the 1975 taxation year pursuant to Part XII of amounts received by the respondent from a wholly-owned subsidiary. I propose to deal with all issues in these reasons and to file a copy in Court File No: A-846-87 thereby making them reasons for judgment in that appeal to the extent applicable. For the sake of convenience, I will deal first with the Bermuda business issue raised in this appeal and then with the issues under Part XII of the Act raised in both appeals in respect of both taxation years.

Bermuda Business Issue

In computing its gross investment income for the 1976 taxation year, the respondent sought to take advantage of the election provided for in subsection 138(9) of the Act,

138. ...

(9) Where in a taxation year an insurer (other than a resident of Canada that does not carry on a life insurance business) carried on an insurance business in Canada and in a country other than Canada, there shall be included in computing its income for the year from carrying on that business in Canada,

(a) if the insurer has, in prescribed manner and in accordance with prescribed conditions, made an election under this subsection in respect of the year, such part of its gross investment revenue for the year as is gross investment revenue from property used by it in the year in, or held by it in the year in the course of, carrying on that business in Canada, and

(b) in any other case, such part of its gross investment revenue for the year as is determined in accordance with prescribed rules to be applicable to the carrying on by it of that business in Canada,

exploitait également, au sens du paragraphe 138(9) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, et ses modifications [S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1; 1973-74, chap. 14, art. 47] («la Loi»), une entreprise d'assurance-vie dans un pays autre que le Canada, en l'occurrence, les Bermudes, au cours de cette même année; il met également en jeu la déductibilité de certains montants sous le régime de la Partie XII de la Loi pour l'année d'imposition 1976. Il a été entendu en même temps que l'appel interjeté dans le dossier n° A-846-87 à l'encontre d'un autre jugement que le même juge de première instance avait prononcé le même jour à l'égard des mêmes parties. Ce dernier appel vise uniquement la déductibilité sous le régime de la Partie XII, pour l'année d'imposition 1975, de montants reçus par l'intimée d'une filiale à cent pour cent. J'ai l'intention de régler toutes ces questions dans les présents motifs et de déposer une copie de ceux-ci au dossier de l'appel n° A-846-87, afin qu'ils en constituent les motifs du jugement dans la mesure où ils seront applicables. Pour plus de commodité, j'aborderai d'abord la question de l'entreprise des Bermudes qui a été soulevée dans le présent appel, pour ensuite examiner les questions visant la Partie XII de la Loi qui ont été soulevées dans le cadre des deux appels relativement aux deux années d'imposition concernées.

La question de l'entreprise des Bermudes

Dans le calcul de son revenu de placement pour l'année d'imposition 1976, l'intimée a tenté de se prévaloir du choix prévu au paragraphe 138(9) de la Loi:

138. ...

(9) Lorsque, pendant une année d'imposition, un assureur (autre qu'un résident du Canada qui n'exploite pas une entreprise d'assurance-vie) a exploité une entreprise d'assurance au Canada et dans un autre pays que le Canada, il faut inclure dans le calcul du revenu qu'il tire, pour l'année, de l'exploitation de cette entreprise au Canada,

a) si l'assureur a, de la manière prescrite et conformément aux conditions prescrites, fait un choix, en vertu du présent paragraphe, quant à l'année, la partie de son revenu brut de placements pour l'année qui provient de biens lui ayant servi dans l'année ou qu'il a détenus dans l'année dans le cadre de l'exploitation de cette entreprise d'assurance au Canada, et

b) dans tous les autres cas, la partie de son revenu brut de placements pour l'année, qui est déterminée, conformément aux règles prescrites, comme se rapportant à son exploitation au Canada de cette entreprise,

and if the insurer has not so elected in respect of the year, the amounts deductible under paragraphs 3(b), (c) and (d) in computing its income for the year, the amounts required by paragraphs 4(b) and (c) to be included in computing such income, the amounts determined under subparagraphs (12)(o)(ii) and (iv) for the period ending with the year shall be determined in accordance with prescribed rules and the aggregate of taxable dividends for the purposes of each of paragraphs 138(6)(a), 138(6)(b) and 208(2)(b) shall be determined in accordance with rules prescribed for the purposes of each of those paragraphs respectively.

on the basis that in that year, as well as carrying on a life insurance business in Canada, it also "carried on an insurance business . . . in a country other than Canada". The denial of this election by the Minister of National Revenue and consequent re-assessment of the respondent's income led to the action being launched in the Trial Division and to the judgment that is now under attack in the first appeal.

In 1976, after carrying on an insurance business in Canada from its office in London, Ontario for many years, the respondent decided to branch out to Bermuda. With a view to so doing, it consulted Bermuda solicitors as to pertinent aspects of Bermuda law, studied the potential of the market there and, in May of that year, appointed Harnett & Richardson Limited of Hamilton as its Bermuda agents with authority to apply for a licence to allow it to carry on a life insurance business in that country. That licence was in fact issued on June 24, 1976. In the meantime, about the same time, the respondent's Canadian solicitors met with Bermuda bankers, lawyers and the appointed agents. Back home in Canada the heads of its several departments considered changes in its operating procedures which entry into the Bermuda market would require. The forms of policies and applications were reviewed and adjusted. The Bermuda agents were brought to Canada for indoctrination sessions. A system of controls for premium billings and collections for use in Bermuda was developed. Harnett & Richardson solicited many residents of Bermuda as potential policy holders, and provided rate quotations to others there. A bank account was opened in Bermuda and the sum of \$100,000 deposited therein. Near the end of the year, in December, one of the respondent's marketing executives was dispatched to Ber-

et si l'assureur n'a pas fait ce choix relativement à l'année, les sommes déductibles en vertu des alinéas (3)b, c) et d) lors du calcul de son revenu pour l'année, les sommes dont les alinéas (4)b) et c) exigent l'inclusion dans le calcul de ce revenu et les sommes déterminées en vertu des sous-alinéas (12)o)(ii) et (iv) pour la période se terminant avec l'année doivent être calculées conformément aux règles prescrites et le total des dividendes imposables aux fins de chacun des alinéas 138(6)a), 138(6)b) et 208(2)b) doit être calculé conformément aux règles prescrites aux fins de chacun de ces alinéas respectivement.

L'intimée prétendait que, au cours de cette année-là, elle avait non seulement exploité une entreprise d'assurance-vie au Canada, mais encore «exploité une entreprise d'assurance . . . dans un pays autre que le Canada». Le refus d'un tel choix par le ministre du Revenu national et la nouvelle cotisation relative au revenu de l'intimée qui y a fait suite ont conduit au dépôt d'une action en Section de première instance et au jugement qui se trouve présentement contesté dans le premier appel.

En 1976, après avoir exploité une entreprise d'assurance au Canada à partir de son bureau de London, en Ontario, pendant de nombreuses années, l'intimée a décidé d'étendre ses activités aux Bermudes. Dans cette perspective, elle s'est enquis des règles pertinentes du droit des Bermudes auprès d'avocats de ce pays, elle a effectué une étude des possibilités du marché des Bermudes et, au mois de mai de cette année-là, elle a fait appel à la firme Harnett & Richardson Limited, de Hamilton, pour la représenter aux Bermudes, en lui accordant le pouvoir de demander un permis d'exploitation d'une entreprise d'assurance-vie dans ce pays. Ce permis a effectivement été délivré le 24 juin 1976. Entretemps, à peu près au même moment, les procureurs canadiens de l'intimée rencontraient des banquiers et des avocats des Bermudes ainsi que les mandataires désignés par l'intimée. Au Canada, les chefs des différents services de l'intimée ont étudié les changements dans les procédures d'exploitation que nécessitait son entrée dans le marché des Bermudes. Les formules des polices et des propositions ont été révisées et adaptées. L'intimée a fait venir les représentants des Bermudes au Canada pour des séances de formation. Un système de contrôle de la facturation et du recouvrement des primes a été élaboré pour les Bermudes. Cherchant à développer une clientèle, la firme Harnett & Richardson a fait de

muda to conclude a formal agency agreement with Messrs. Harnett and Richardson and, at the same time, handed over to that firm the respondent's insurance policies being effected on the lives of two local residents.

The agency agreement is entitled "Broker's Agency" and though the respondent is referred to therein as "Agent", the very first clause makes it clear that the relationships created by the agreement were of "independent contractors". The Agent's duties are set forth in clause 2:

2. Duties—The Agent, after being properly licensed, is hereby authorized, and the Agent agrees to solicit applications and to receive premiums for the Company upon the terms, within the limits, and in accordance with the instructions, rules and regulations of the Company.

The Agent, in his dealings with or on behalf of the Company, agrees to conform to and abide by the instructions, rules and regulations of the Company, however published or communicated, and as amended or added to from time to time.

Clause 4 places a number of limits on the agent's authority:

Limitation of Authority—The Agent agrees that he has no authority on behalf of the Company to:

- (a) Bind the Company in any way;
- (b) Interpret a contract of insurance so as to bind the Company;
- (c) Make, alter or discharge any contract;
- (d) Extend the time for payment of any premium;
- (e) Waive any forfeiture or grant any permit;
- (f) Incur any liability on behalf of the Company;
- (g) Make or allow the delivery of any policy not issued under a binding receipt, unless the applicant is at the time in good health and the first premium has been paid;
- (h) Collect a premium on any policy or a payment on any policy loan except as he may be authorized under this Agreement;

la sollicitation auprès de nombreux résidents des Bermudes, en plus de fournir des barèmes de primes. Un compte de banque a été ouvert aux Bermudes, et une somme de 100 000 \$ y a été déposée. Vers la fin de l'année, en décembre, un des agents de commercialisation de l'intimée a été envoyé aux Bermudes pour y conclure un accord de représentation officiel avec MM. Harnett et Richardson; par la même occasion, ils ont remis à cette firme les polices d'assurance-vie de deux résidents des Bermudes.

L'accord de représentation est intitulé [TRADUCTION] «Mandat de courtier» et, bien que l'intimée y soit désignée sous le nom de [TRADUCTION] «Mandataire», la toute première clause établit clairement que les liens créés par le contrat sont des liens entre [TRADUCTION] «entrepreneurs indépendants». Les obligations du mandataire se trouvent énoncées à la clause numéro 2:

[TRADUCTION] 2. Obligations—À la condition qu'il obtienne le permis requis à cet égard, le Mandataire est autorisé, et s'engage, par les présentes, à solliciter des demandes et à recevoir les primes pour la Compagnie en respectant les conditions, les limites ainsi que les directives, les règles et les règlements de la Compagnie.

Le Mandataire, dans ses rapports avec la Compagnie et dans les opérations qu'il effectue pour le compte de celle-ci, s'engage à se conformer aux directives, aux règles et aux règlements de la Compagnie, quelle que soit la forme sous laquelle ils se trouvent publiés ou communiqués, ainsi qu'aux dispositions qui, à différents moments, modifient ces directives, ces règles ou ces règlements, ou s'y ajoutent.

La clause numéro 4 assortit le pouvoir conféré au mandataire d'un certain nombre de restrictions:

[TRADUCTION] Restrictions attachées aux pouvoirs conférés—Le Mandataire reconnaît que le mandat qu'il détient de la Compagnie ne l'autorise pas à:

- a) lier la Compagnie de quelque manière que ce soit;
- b) interpréter un contrat d'assurance de manière à lier la Compagnie;
- c) conclure, modifier ou annuler un contrat;
- d) proroger le délai de paiement d'une prime;
- e) renoncer à la déchéance d'un droit ou accorder un permis;
- f) s'engager au nom de la Compagnie;
- g) délivrer ou permettre que soit délivrée une police qui n'a pas été établie en vertu d'une quittance obligatoire, à moins que le proposant ne soit à l'époque en bonne santé et que la première prime n'ait été acquittée;
- h) percevoir une prime sur une police ou toucher une avance sur police, à moins qu'il ne soit autorisé à cet égard par le présent Accord;

- (i) Give a receipt for any premium or payment except upon the printed form of receipt furnished by the Company for that purpose;
- (j) Vary any of the conditions contained in any printed form or receipt;
- (k) Institute or defend legal proceedings for any cause in connection with the transaction of the Company's business;
- (l) Publish any advertisement relating in any way to the business of the Company until a copy of same has been submitted to and approved by the Company.

- i) donner quittance d'une prime ou d'un paiement, à moins que la formule imprimée de la quittance ne soit fournie par la Compagnie à cette fin;
- j) modifier l'une ou l'autre des conditions figurant dans un imprimé ou dans une quittance;
- ^a k) ester en justice dans une cause se rapportant aux opérations de l'entreprise de la Compagnie;
- l) publier une annonce se rapportant de quelque façon que ce soit à l'entreprise de la Compagnie, à moins qu'une copie de cette annonce n'ait été soumise à l'approbation de la Compagnie.
- ^b

Whether or not the respondent carried on an insurance business in Bermuda in 1976 is a question of fact and of construction of the statute to be determined in the light of settled legal principles. The appellant contends that the correct legal test to be applied is the one that emerges from a line of English cases beginning with *Grainger & Son v. Gough*, [1896] A.C. 325 (H.L.), as applied in *Smidth & Co. v. Greenwood*, [1921] 3 K.B. 583 (C.A.); affd [1922] 1 A.C. 417 (H.L.), and more recently in *Firestone Tyre & Rubber Co., Ltd. (as Agents for Firestone Tire & Rubber Co. of Akron, Ohio, U.S.A.) v. Lewellan* (1957), 37 T.C. 111 (H.L.). It consists in looking at the place or country in which operations take place from which profits in substance arise. The application of the test is well illustrated in *Smidth*. The House of Lords was there called upon to decide whether a firm of Danish manufacturers and dealers in machinery were caught by the language of a British taxing statute on the basis that by reason of their activities in the United Kingdom they had "profits arising or accruing from a trade . . . exercised within the United Kingdom". Those activities were engaged in from an office in London which had been put in the charge of a full-time employee who was required to ascertain the requirements of intended purchasers, to inspect the sites of any proposed machinery installations and take samples of earth, to report to the firm and forward samples for testing, and to superintend important installations of the firm's products. Negotiations in relation to contracts between the Danish manufacturers and their customers in the United Kingdom were conducted directly from Copenhagen where the contracts were made and from which the machinery was delivered f.o.b.

La question de savoir si l'intimée a exploité une entreprise d'assurance aux Bermudes en 1976 est une question de fait et d'interprétation de la Loi qui doit être tranchée à la lumière des principes de droit établis. L'appelante soutient que le critère juridique applicable en l'espèce est celui qui ressort d'une suite de décisions anglaises commençant par l'arrêt *Grainger & Son v. Gough*, [1896] A.C. 325 (H.L.), appliqué dans l'arrêt *Smidth & Co. v. Greenwood*, [1921] 3 K.B. 583 (C.A.); confirmé par [1922] 1 A.C. 417 (H.L.), et, plus récemment, dans l'arrêt *Firestone Tyre & Rubber Co., Ltd. (as Agents for Firestone Tire & Rubber Co. of Akron, Ohio, U.S.A.) v. Lewellan* (1957), 37 T.C. 111 (H.L.). Ce critère veut que l'on détermine l'endroit ou le pays dans lequel se déroulent les opérations qui génèrent réellement les bénéfices. Son application est bien illustrée dans l'affaire *Smidth*. Dans cette espèce, la Chambre des lords était appelée à décider si une firme de fabricants et de commerçants danois de machinerie était visée par les termes d'une loi fiscale britannique au motif que les activités qu'ils avaient pratiquées au Royaume-Uni leur avaient procuré des bénéfices constituant [TRADUCTION] «de fruit d'un commerce exercé . . . au Royaume-Uni». Ces activités étaient exercées à partir d'un bureau situé à Londres et confié à un employé à temps plein qui devait vérifier les besoins des acheteurs éventuels, inspecter les lieux où seraient effectuées les installations de machines projetées et prélever des échantillons de sol, présenter un rapport à la firme et lui faire parvenir ces échantillons pour analyse, et surveiller les installations importantes des produits de la firme. Les négociations reliées aux contrats entre les fabricants danois et leurs clients du Royaume-Uni étant menées directement à partir de Copenhague, le lieu de conclusion des contrats et le point à partir duquel les marchandises étaient livrées franco de bord.

At each stage of the case—at trial, before the Court of Appeal and in the House of Lords—it was found that the activities in the United Kingdom were not reached by the statutory language. At pages 593-594, Atkin L.J. in the Court of Appeal enunciated the test upon which the appellant now relies:

The question is whether the profits brought into charge are “profits arising or accruing” to the respondents “from any trade . . . exercised within the United Kingdom” within the meaning of Sch. D of the Income Tax Act, 1853. The question is not whether the respondents carry on business in this country. It is whether they exercise a trade in this country so that profits accrue to them from the trade so exercised.

We have the guidance of the House of Lords on this subject in *Grainger v. Gough* ([1896] A.C. 325, 336). Lord Herschell, after pointing out that there is a difference between trading in a country and trading with a country, says: “How does a wine merchant exercise his trade? I take it, by making or buying wine and selling it again with a view to profit.” Similarly a manufacturer of machinery exercises his trade by making the machinery and selling it again, with a view to a profit. There are indications in the case cited and other cases that it is sufficient to consider only where it is that the sale contracts are made which result in a profit. It is obviously a very important element in the inquiry, and, if it is the only element, the assessments are clearly bad. The contracts in this case were made abroad. But I am not prepared to hold that this test is decisive. I can imagine cases where the contract of resale is made abroad, and yet the manufacture of the goods, some negotiation of the terms, and complete execution of the contract take place here under such circumstances that the trade was in truth exercised here. I think that the question is, Where do the operations take place from which the profits in substance arise? To my mind there is no evidence in the present case of any other place than Denmark. No doubt operations of importance take place here, orders are solicited, and the successful adapting of the goods bought for the purposes of the buyer's business is supervised here. But in the words of Lord Watson in the case cited, ([1896] A.C. 340): “There may, in my opinion, be transactions by or on behalf of a foreign merchant in this country so intimately connected with his business abroad that without them it could not be successfully carried on, which are nevertheless insufficient to constitute an exercise of his trade here within the meaning of Sch. D,” and he instances the case of the purchase of goods here for the purpose of sale abroad. *Sully v. Attorney-General* (5 H. & N. 711) a case to which I shall have to refer on the second point. In the words of Lord Herschell ([1896] A.C. 325, 336): “What is done there,” that is, soliciting orders, “is only ancillary to the exercise of his trade in the country where he buys or makes, stores, and sells his goods.” On this part of the case I think that the learned judge came to the right conclusion in law.

À chacun des paliers auxquels est parvenue cette affaire—c'est-à-dire au procès, devant la Cour d'appel et devant la Chambre des lords—il a été conclu que les activités exercées au Royaume-Uni n'étaient pas visées par les termes de la loi. Aux pages 593 et 594, le lord juge Atkin, de la Cour d'appel, a énoncé le critère sur lequel s'appuie maintenant l'appelante:

[TRADUCTION] Il s'agit de déterminer si les bénéfices en cause sont le «fruit d'un commerce exercé» par les intimés «au Royaume-Uni», au sens de l'annexe D de la Income Tax Act de 1853. Il ne s'agit pas de savoir si les intimés exploitent une entreprise dans ce pays, mais s'ils y exercent un commerce, de telle sorte qu'il leur rapporte des bénéfices.

À ce sujet, nous pouvons consulter la décision rendue par la Chambre des lords dans *Grainger v. Gough* ([1896] A.C. 325, 336). Après avoir souligné que commercer dans un autre pays n'est pas la même chose que commercer avec un pays, lord Herschell a déclaré: «Comment le négociant en vins exerce-t-il son commerce? Il le fait, selon moi, en fabriquant ou en achetant du vin, puis en le vendant dans le but de réaliser un profit». De la même manière, un fabricant de machinerie exerce son commerce en fabriquant de la marchandise et en la vendant dans le but de retirer un profit. Il ressort de l'affaire citée, ainsi que d'autres, qu'il suffit de tenir compte uniquement de l'endroit où sont conclus les contrats de vente générateurs de profit. C'est un critère qui, de toute évidence, est très important dans l'instruction; s'il s'agit du seul critère à appliquer, alors les cotisations sont manifestement erronées. En l'espèce, les contrats ont été conclus à l'étranger. Je ne suis toutefois pas disposé à tenir ce critère pour décisif. Il peut y avoir des cas où le contrat de vente est conclu à l'étranger, mais où la fabrication des marchandises, une partie de la négociation des conditions du contrat et l'exécution de ce dernier ont lieu ici de telle manière que le commerce, en fait, a été exercé ici. Je crois que la question à poser est la suivante: où ont lieu les opérations qui génèrent réellement les bénéfices? À mon sens, aucun des éléments de preuve présentés en l'espèce ne désigne un autre endroit que le Danemark. Il ne fait aucun doute que des opérations importantes se déroulent ici: l'on y sollicite des commandes et l'on y supervise l'adaptation des marchandises acheminées aux fins des entreprises des acheteurs. Mais comme le dit lord Watson dans l'arrêt précité, ([1896] A.C. 340): «Selon moi, il peut exister des transactions effectuées par un marchand étranger ou pour son compte dans ce pays qui, tout en étant si étroitement liées à une entreprise menée à l'étranger que, sans elles, cette entreprise ne pourrait être poursuivie, sont néanmoins insuffisantes pour constituer un exercice de ses activités commerciales dans notre pays au sens de l'annexe D». Lord Watson en donne pour exemple l'achat de marchandises dans ce pays pour leur revente à l'extérieur. À l'égard du second point, je devrai faire référence à l'arrêt *Sully v. Attorney-General* (5 H. & N. 711). Comme le dit lord Herschell ([1896] A.C. 325, 336): «Ce qui se fait ici», c'est-à-dire la sollicitation de commandes, «est seulement accessoire à l'exercice de son commerce dans le pays où il achète ou fabrique, entrepose et vend ses marchandises». En ce qui concerne cet aspect de l'affaire, je considère que le juge a pris la conclusion de droit appropriée.

The respondent resists the application of this test and maintains that the Trial Judge was right in concluding as he did having regard to the activities engaged in in Bermuda, to definitions contained in both the Canadian and Bermuda legislation,¹ and to the overall scheme of the Act. According to the respondent, a proper way of testing whether an insurance business was carried on in Bermuda in 1976 would be to see whether that sort of business was solicited there on its behalf and also whether the life insurance contracts were made there. It is apparent that the learned Judge did not rest his conclusion on any single factor but, as he himself put it at page 62 of his reasons for judgment, upon "the cumulative effect" of applying the "profits" or "profits generated" test and tests relied upon by the respondent, for at the latter page of his reasons for judgment (pages 62-63), he said this:

¹ Subsection 248(1) of the Act defined "business" as

248. (1) In this Act,

"business" includes a profession, calling, trade, manufacture or undertaking of any kind whatever and includes an adventure or concern in the nature of trade but does not include an office or employment;

while, by section 253, a person is deemed to be carrying on business in Canada in the following circumstances:

253. Where, in a taxation year, a non-resident person

(a) produced, grew, mined, created, manufactured, fabricated, improved, packed, preserved or constructed, in whole or in part, anything in Canada whether or not he exported that thing without selling it prior to exportation, or

(b) solicited orders or offered anything for sale in Canada through an agent or servant whether the contract or transaction was to be completed inside or outside Canada or partly in and partly outside Canada,

he shall be deemed, for the purposes of this act, to have been carrying on business in Canada in the year.

The term "business of insurance" is defined in subsection 2(1) of the *Canadian and British Insurance Companies Act*, R.S.C. 1970, c. I-15, as amended, as

... the making of any contract of insurance, and includes any act or acts of inducement to enter into such a contract, and any act or acts relating to the performance thereof, or the rendering of any service in connection therewith;

(Continued on next page)

L'intimée s'oppose à l'application de ce critère et maintient que le juge de première instance a eu raison de prendre les conclusions qu'il a prises considérant les activités exercées aux Bermudes, les définitions de la législation canadienne et de la législation des Bermudes¹, ainsi que l'économie générale de la Loi. Selon l'intimée, un bon critère pour trancher la question de savoir si une entreprise d'assurance a été exploitée aux Bermudes en 1976 consisterait à vérifier si de la sollicitation y a été faite pour son compte en matière d'assurance et, également, si les contrats d'assurance-vie y ont été conclus. Il est évident que le juge de première instance n'a pas fondé sa conclusion sur un seul facteur mais, comme il l'a dit lui-même à la page 62 de ses motifs de jugement, sur «l'effet cumulatif» de l'application du critère des «bénéfices» ou des «bénéfices générés» et des critères invoqués par l'intimée. Le juge poursuit à cette dernière page (aux pages 62 et 63):

¹ Le paragraphe 248(1) de la Loi a défini le terme «entreprise ou affaire» de la manière suivante:

248. (1) Dans la présente loi,

«entreprise ou affaire» comprend une profession, un métier, un commerce, une manufacture ou une activité de quelque genre que ce soit, y compris un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial, mais ne comprend pas une charge ni un emploi;

L'article 253, d'autre part, veut qu'une personne soit réputée exploiter une entreprise au Canada dans les circonstances suivantes:

253. Lorsque, dans une année d'imposition, une personne non résidente a

a) produit, cultivé, miné, créé, manufacturé, fabriqué, amélioré, emballé, conservé ou construit, en totalité ou en partie, quoi que ce soit au Canada, qu'elle l'ait ou non exporté sans le vendre avant l'exportation, ou

b) sollicité des commandes ou offert en vente quoi que ce soit au Canada par l'entremise d'un mandataire ou préposé, que le contrat ou l'opération ait dû être parachevée au Canada ou hors du Canada, ou en partie au Canada et en partie hors du Canada,

elle est réputée, aux fins de la présente loi, avoir exploité une entreprise au Canada pendant l'année.

Les termes «opérations d'assurance», «affaires d'assurance» ou «entreprise d'assurance» signifient, suivant le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques*, S.R.C. 1970, chap. I-15, et ses modifications:

... la conclusion d'un contrat d'assurance, et comprend tout acte ou tous actes d'incitation à conclure un pareil contrat, et tout acte ou tous actes relatifs à l'exécution du contrat, ou l'action de rendre service à cet égard;

(Suite à la page suivante)

The contracts of insurance issued in 1976 were made in Bermuda, a vital part of the company's business, its sales operations, was conducted in Bermuda through its agent, and the inducement to have residents of Bermuda enter into life insurance contracts clearly fell within the common, and also legislatively defined, meaning of carrying on the insurance business. Those circumstances, combined with the other activities carried on by the plaintiff's agent in Bermuda, to which I have already made reference, have satisfied me that in 1976 the plaintiff did carry on its business in Bermuda.

I should deal first with the approach which I conceive should be taken in deciding whether the respondent carried on an insurance business in Bermuda in 1976 within the meaning of subsection 138(9) of the Act. Here I must confess to some doubt that the "profits" or "profits generated" test enunciated by Atkin L.J. in *Smidh* is the one to be applied. As the Trial Judge observed, that test was developed to determine whether certain activities engaged in within the United Kingdom resulted in "profits arising or accruing from a trade . . . exercised within the United Kingdom". Moreover, Atkin L.J. himself took care to observe that the question was not whether "the respondents carry on business in this country". I agree with the learned Trial Judge that under the subsection this latter question is indeed broader than the one which had to be answered by the English courts upon the United Kingdom legislation.

According to the appellant, the whold object of subsection 138(9) is to identify and isolate an insurer's "gross investment revenue from property used by it . . . , or held by it . . . in the course of, carrying on that business in Canada" and hence, by necessary implication to eliminate from taxation in Canada revenue from property used or held by it in carrying on an insurance business outside of Canada. From this it is argued that under the subsection the question is reduced to discovering whether the profits sought to be held arose out of a trade which was exercised in Bermuda, making the "profits" or "profits generated" test relevant and

(Continued from previous page)

The Non-Residents Insurance Act, 1967 (Bermuda) defines an "insurance business" to include "making out or executing policies of insurance".

Les contrats d'assurance délivrés en 1976 ont été conclus aux Bermudes, une partie essentielle de l'entreprise de la compagnie, ses ventes, a été effectuée aux Bermudes par l'entremise de son agent, et le fait d'inciter des résidents des Bermudes à conclure des contrats d'assurance-vie correspond précisément à ce que l'on entend ordinairement par l'exploitation d'une entreprise d'assurance et à la définition qu'en donnent les textes législatifs. Ces faits, ainsi que les autres activités exercées par l'agent de la demanderesse aux Bermudes, dont j'ai déjà fait mention, m'ont convaincu que, en 1976, celle-ci a effectivement exploité son entreprise aux Bermudes.

Je devrais tout d'abord exposer mes conceptions sur l'approche qui doit servir à décider si l'intimée a exploité une entreprise d'assurance aux Bermudes en 1976 au sens du paragraphe 138(9) de la Loi. À ce point-ci, je dois avouer ne pas être certain que le critère des [TRADUCTION] «bénéfices» ou des [TRADUCTION] «bénéfices générés» qui a été énoncé par le lord juge Atkin dans l'arrêt *Smidh* soit le critère applicable. Comme l'a observé le juge de première instance, ce critère a été élaboré pour déterminer si certaines activités exercées au Royaume-Uni produisaient des bénéfices constituant [TRADUCTION] «le fruit d'un commerce exercé . . . au Royaume-Uni». De plus, le lord juge Atkin lui-même a pris soin de souligner que la question n'était pas de savoir si [TRADUCTION] «les intimés exploitent une entreprise dans ce pays». Je suis d'accord avec le juge de première instance pour dire que cette dernière question, qui est soulevée en vertu du paragraphe visé, a certes une portée plus grande que la question à laquelle devaient répondre les tribunaux anglais sous le régime des dispositions législatives du Royaume-Uni.

Selon l'appelante, l'objet même du paragraphe 138(9) est d'identifier et d'isoler, chez l'assureur, «le revenu brut de placements . . . qui provient de biens lui ayant servi . . . ou qu'il a détenus . . . dans le cadre de l'exploitation de cette entreprise d'assurance au Canada», et donc, par implication, de soustraire à l'impôt canadien les revenus provenant de biens utilisés ou détenus par l'assureur dans l'exploitation d'une entreprise d'assurance à l'extérieur du Canada. L'appelante enchaîne en soutenant que la question visée au paragraphe qui précède se limite à découvrir si les profits dont elle recherche l'imposition provenaient d'une entreprise

(Suite de la page précédente)

Dans *The Non-Residents Insurance Act, 1967* (des Bermudes), l'expression «insurance Business» ([TRADUCTION] «entreprise d'assurance») est dite comprendre [TRADUCTION] «l'établissement ou l'exécution de polices d'assurance».

applicable. I do not think it follows from the fact that, in one respect, the statute focuses on the generation of gross investment revenue from property in Canada, Parliament thereby intended that the determination of whether a business was carried on in the same year in a country other than Canada should depend solely on whether profits in substance arose from the taxpayer's activities in that country. Indeed, I am inclined to the view that the phrase "carried on an insurance business . . . in a country other than Canada" is not to be limited by considerations that may or may not be determinative of whether such a business was carried on in Canada. These are words of broad import and must be construed as such. I am generally of the view that the learned Trial Judge was right in the conclusion he arrived at on this aspect of the case.

Against the possibility that I may be wrong in the view I should now consider whether the respondent's activities in Bermuda in 1976 satisfy the "profits" or "profits generated" test laid down in the cases. Counsel for the appellant submits that those activities were, as he put it, but "preliminary" or "preparatory" or, to use the words of Lord Herschell quoted by Atkin L.J., merely "ancillary" to the carrying on of a business and did not amount in themselves to the doing of such. That, he says, is particularly so with respect to the solicitation of insurance business through agents there, such activities later maturing into the making of insurance contracts on lives of individuals residing in Bermuda. Activities of substance (i.e. those bearing on the making of decisions that gave rise to revenue or to the reasonable expectation of same), he contends, all occurred at the respondent's head office in Canada, and these he catalogues as follows:

(a) deciding whether or not to accept and underwrite the risks;

exploitée aux Bermudes, ce qui rendrait le critère des [TRADUCTION] «profits» ou des [TRADUCTION] «profits générés» pertinent et applicable. Je ne crois pas que, du fait que la loi, à un certain égard, met l'accent sur la génération d'un revenu brut de placements à partir de biens au Canada, il faille considérer que le Parlement a eu l'intention que la conclusion qu'une entreprise a été exploitée ou non au cours de cette même année dans un pays autre que le Canada doive dépendre uniquement de la question de savoir si des profits ont réellement résulté des activités menées par le contribuable dans cet autre pays. En fait, j'ai tendance à penser que le membre de phrase «a exploité une entreprise d'assurance . . . dans un autre pays que le Canada» ne doit pas être limité par des considérations pouvant ou non déterminer si une telle entreprise était exploitée au Canada. Ces mots ont un sens large et doivent être interprétés comme tels. De façon générale, je suis d'avis que le juge de première instance a eu raison de prendre la conclusion qu'il a prise concernant cet aspect de la présente affaire.

Pour le cas où mon opinion sur cette question serait erronée, je considérerai à présent la question de savoir si les activités exercées par l'intimée aux Bermudes pendant l'année 1976 satisfont au critère des [TRADUCTION] «profits» ou des [TRADUCTION] «profits générés» énoncé par la jurisprudence. Ces activités, suivant l'avocat de l'appelante, n'étaient que [TRADUCTION] «préliminaires» ou [TRADUCTION] «préparatoires» ou, selon les termes de lord Herschell cités par le lord juge Atkin, [TRADUCTION] «accessoires» à l'exploitation d'une entreprise; en soi, elles ne constitueraient pas une telle exploitation. Cette affirmation, dit-il, s'applique tout particulièrement à la sollicitation de contrats d'assurance par l'intermédiaire d'agents aux Bermudes, une activité qui, plus tard, conduirait à la conclusion de contrats d'assurance sur la vie de résidents des Bermudes. Il prétend que les activités substantielles (c'est-à-dire celles influençant les décisions qui généraient un revenu ou qui suscitent une expectative raisonnable de revenu) se sont toutes déroulées au bureau chef de l'intimée au Canada. Il répartit ces activités selon les catégories suivantes:

j [TRADUCTION]

a) la décision sur la question de savoir si la Compagnie acceptera certains risques ou y souscrira;

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (b) deciding what rates to charge following an assessment of a particular risk; (c) preparing and issuing policies for delivery to Bermuda applicants; (d) deciding on whether or not to pay claims submitted; (e) controlling the appellant's financial affairs and sending funds to Bermuda to be disbursed to claimants; (f) otherwise closely controlling the appellant's financial inflows and outflows, both with respect to its policies and with respect to the investments made by it from the premiums collected by it in Bermuda. | <ul style="list-style-type: none"> b) la décision sur la prime à charger qui est prise à la suite de l'évaluation d'un risque particulier; c) la préparation et la délivrance des polices destinées à être livrées aux proposants des Bermudes; d) la décision de payer ou non les demandes d'indemnité présentées; e) le contrôle des affaires financières de l'appelante et l'expédition aux Bermudes de fonds destinés aux réclamants; f) les autres mesures permettant un contrôle serré des rentrées et des sorties de fonds, à la fois en ce qui concerne ses polices et en ce qui concerne les investissements qu'elle a effectués avec le montant des primes qu'elle a recueillies aux Bermudes. |
|--|---|

Additionally, counsel took issue with some of the Trial Judge's findings regarded by him as relevant to his determination that the respondent had indeed carried on an insurance business in Bermuda in 1976. These were that the agents:

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (a) arranged for medical examination of applicants for insurance policies; (b) bound the respondent to interim insurance coverage; (c) performed "persistence ratings" of applicants for insurance; (d) satisfied themselves that the applicants were, at the date of delivery of the insurance policies to them, in continued apparent good health; and (e) completed the contracts of insurance by delivery of the policies to them. | <ul style="list-style-type: none"> a) aient pris des arrangements en vue des examens médicaux des proposants de polices d'assurance; b) aient engagé la responsabilité de la compagnie quant à la protection provisoire; c) aient évalué le [TRADUCTION] «degré de continuité» des proposants de polices d'assurance; d) se soient assurés que les proposants continuent de présenter les apparences d'une bonne santé à la date de la livraison de leur police; et e) aient conclu le contrat d'assurance en livrant la police. |
|--|---|

I can find no material error in any of these findings. A review of the record suggests that an obligation did rest upon the agents under the terms of their appointment or approved practice to arrange medical examinations and to be satisfied at the time of delivery of the policies in Bermuda that the applicants continued in apparent good health. I do not think it at all material that the need for medical examinations on the two lives insured were apparently waived. Such evidence as does exist in the record is rather clear to the effect that the agents did satisfy themselves as to the continued good health of the applicants when they delivered the policies to them in Bermuda on December 30, 1976. It seems clear too, even from the conditions of the policies themselves, that they were only to come into effect upon delivery. Thus, among the "General Provisions and Conditions"

L'avocat de l'appelante a également contesté certaines conclusions que le juge a prises et considérées comme pertinentes à sa décision que l'intimée avait effectivement exploité une entreprise d'assurance aux Bermudes en 1976. Ces conclusions voulaient que les agents:

Je ne puis trouver d'erreur matérielle dans l'une ou l'autre de ces conclusions. L'examen du dossier suggère que la pratique acceptée ou les conditions du mandat des agents leur imposaient effectivement l'obligation de prendre les arrangements relatifs aux examens médicaux et de s'assurer lors de la livraison de la police aux Bermudes que les proposants continuaient de présenter les apparences d'une bonne santé. Le fait que l'exigence de l'examen médical semble avoir été levée en ce qui concerne les deux vies assurées ne me semble aucunement pertinent. Les éléments de preuve figurant effectivement au dossier établissent de façon assez claire que les agents se sont véritablement assurés que les proposants continuaient d'être en bonne santé au moment où ils leur ont livré les polices aux Bermudes le 30 décembre 1976. Il semble également clair, même à l'examen des stipulations des polices elles-mêmes, que ces dernières devaient seulement entrer en vigueur au moment de leur livraison. Dans ce sens, certaines des [TRADUCTION] «Stipulations et conditions

(Appeal Book, Common Appendix, Vol. 1, at page 179) it is explicitly provided:

The contracts shall not come into force unless

(2) this policy has been delivered to the policy owner, his agent or assign, or the beneficiary and

(3) no change shall, subsequent to the completion of the said application, have taken place in the insurability of the Life Insured

While it appears that no "persistence ratings" were carried out by the agents in Bermuda along the lines applied by the respondent in Canada, there was evidence to the effect that the agents did carry out some sort of persistence rating on the Bermuda policy holders. Finally, while the evidence also supports the conclusion that interim insurance was not actually arranged in 1976 it nevertheless is to the effect that this came about because of failure on the part of the agents to collect the premiums at the time the insurance applications were submitted due to a misunderstanding on their part that such was a necessary precondition to interim insurance becoming effective. There appears no doubt, however, that the agents did possess authority to arrange interim insurance and that, but for this misunderstanding, they would have done so in 1976.

If the respondent's activities in Bermuda had consisted only of soliciting orders there for acceptance in Canada it might be arguable on the basis of certain utterances in *Grainger & Son v. Gough* that, to use the phraseology of Lord Herschell, what was done in Bermuda was only "ancillary" to the carrying on of a business in Canada. Although, as the appellant has demonstrated, many things had to be and were in fact done in Canada in order to bring insurance policies on the lives of residents of Bermuda into existence, it remains that other acts of overriding importance and significance had to be done and could only be done in Bermuda. The initial solicitation of business was but one of these. There must be added to it the other activities of the agents identified in the judgment below, the absence of at least two of which would have meant that no policies could have come into force

générales» (Dossier d'appel, annexe conjointe, volume 1, à la page 179) prévoient expressément que:

[TRADUCTION] Les contrats n'entreront en vigueur que si les conditions suivantes sont réalisées:

2) cette police a été livrée à son titulaire, à son mandataire ou à son ayant droit, ou au bénéficiaire et

3) depuis que la police a été complétée, aucun changement n'est intervenu en ce qui concerne l'assurabilité de la vie assurée

Bien qu'aucune évaluation du [TRADUCTION] «degré de continuité» ne semble avoir été pratiquée par les agents des Bermudes suivant les méthodes appliquées par l'intimée au Canada, il existait des éléments de preuve voulant que les agents aient effectivement procédé à une certaine évaluation du degré de continuité des titulaires de police des Bermudes. Finalement, bien que la preuve appuie la conclusion qu'aucune assurance provisoire n'était véritablement établie en 1976, elle veut néanmoins que cette situation soit due au fait que les agents avaient manqué de recueillir les primes au moment de la présentation des propositions d'assurance parce qu'ils n'avaient pas compris que cette pratique constituait une condition préalable à l'entrée en vigueur de l'assurance provisoire. Il semble toutefois ne faire aucun doute que les agents étaient réellement habilités à établir une assurance provisoire et que, n'eût été ce malentendu, ils auraient conclu de tels arrangements en 1976.

Si les activités exercées par l'intimée aux Bermudes s'étaient limitées à y solliciter des propositions qui seraient acceptées au Canada, l'on pourrait soutenir sur le fondement de certains propos tenus dans l'arrêt *Grainger & Son v. Gough* que, pour reprendre les termes de lord Herschell, les opérations qui se déroulaient aux Bermudes étaient seulement [TRADUCTION] «accessoires» à l'exploitation d'une entreprise au Canada. Bien que, ainsi que l'a démontré l'appelante, de nombreuses opérations devaient être, et étaient effectivement, accomplies au Canada pour permettre l'entrée en vigueur de polices d'assurance sur la vie de certains résidents des Bermudes, il reste que d'autres actes, dont l'importance et la signification étaient prépondérantes, devaient être posés aux Bermudes et ne pouvaient être posés qu'aux Bermudes. La sollicitation initiale était une de ces opérations,

in Bermuda. I have in mind the requirement that policies be delivered there in order for them to be legally effective and the further requirement that the agents, in effect, make a subjective but fundamentally important assessment prior to such delivery that no change had occurred in the insurability of the lives of the applicants between the date of their applications and the date the policies were delivered to them. Had these activities not transpired in Bermuda, no life insurance policies would have issued there from which profits could generate. All in all I am satisfied that the "profits" or "profits generated" test, if it is applicable at all, is satisfied. The respondent further submits from the scheme of the Act that one can only conclude the licensing of the insurer to carrying on business in Bermuda under its domestic legislation and the actual issuance of life insurance policies there constituted a carrying on of business within the meaning of subsection 138(9). I do not find it necessary to examine the merits of this contention in order to be satisfied, as I am, that the respondent did in fact carry on an insurance business in Bermuda in 1976 in the sense of the subsection.

Data Services Issue

The second issue in this appeal, and the sole issue in the second appeal, arises as a consequence of the fact, found by the Trial Judge, that in the 1975 and 1976 taxation years the respondent had excess computer capacity that was needed to meet peak demands of its life insurance business but not otherwise. These services consisted of preparing cheques or accounting statements or data processing and some programming—whatever can be done on a computer. Because the respondent's business was subject to the provisions of the *Canadian and British Insurance Companies Act*,

mais il y en avait d'autres. L'on doit y ajouter les autres activités des agents qui ont été identifiées dans le jugement porté en appel, deux desquelles au moins étaient absolument nécessaires à l'entrée en vigueur de polices d'assurance aux Bermudes. Je veux parler de l'exigence selon laquelle les polices doivent avoir été livrées à cet endroit pour produire des effets juridiques et de l'exigence supplémentaire que les agents, dans les faits, effectuent, avant cette livraison, l'évaluation subjective mais fondamentale consistant à vérifier si aucun changement n'est survenu dans l'assurabilité de la vie des proposants entre la date de leur proposition et celle de la livraison des polices. Ces activités n'auraient-elles pas eu lieu aux Bermudes, aucune police d'assurance-vie génératrice de bénéfices n'y aurait été délivrée. Tout compte fait, je suis convaincu que le critère des [TRADUCTION] «profits» et des «profits générés», en supposant qu'il soit applicable, est satisfait. L'intimée soumet également que, considérant l'économie de la Loi, la seule conclusion possible est que la délivrance à l'assureur d'un permis autorisant l'exploitation d'une entreprise aux Bermudes sous le régime de sa législation, avec la délivrance effective de polices d'assurances en cet endroit, constituaient l'exploitation d'une entreprise au sens du paragraphe 138(9). Je ne considère pas qu'il soit nécessaire d'examiner le bien-fondé de cette prétention pour être convaincu, comme je le suis, que l'intimée a effectivement exploité une entreprise d'assurance aux Bermudes en 1976 au sens de ce paragraphe.

La question du service informatique

La deuxième question soulevée dans le présent appel, et la seule soulevée dans le second appel, découle de la conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle, au cours des années d'imposition 1975 et 1976, l'intimée possédait une capacité informatique excédentaire qui lui était uniquement nécessaire pour satisfaire à la demande présentée à son entreprise d'assurance-vie en période de pointe. Ces services consistaient à préparer des chèques ou des déclarations comptables ou à traiter des données ou à faire de la programmation—tout ce que permet de faire un ordinateur. L'entreprise de l'intimée étant assujettie aux dispositions de la *Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques*, S.R.C. 1970, chap. I-15, il lui était interdit d'offrir sa

R.S.C. 1970, c. I-15, it was prohibited from selling this excess capacity directly to the public for a fee.

In the taxation years in question subsection 208(1) of the Act, found in Part XII thereof, levied on the "taxable Canadian life investment income" a 15% tax. This income was defined in subsection 209(3) as the excess of the life insurer's "net Canadian life investment income" over the aggregate of certain defined amounts. A life insurer's "net Canadian life investment income" was its "gross Canadian life investment income", under subsection 209(1), minus certain specified amounts. In the 1975 and 1976 taxation years paragraph 209(2)(d) of the Act provided as follows:

209. . . .

(2) A life insurer's net Canadian life investment income for a taxation year is its gross Canadian life investment income for the year minus the aggregate of

(d) 50% of the aggregate of each amount deductible under Part I in computing the insurer's income for the year from carrying on its life insurance business in Canada, except to the extent that such amount

(i) is included in any of the amounts determined in respect of the insurer for the year under paragraph (a), (b) or (c),

(ii) is deductible under subsection 138(3) in computing its income for the year from carrying on its life insurance business in Canada,

(iii) was paid or payable by the insurer under a life insurance policy before the end of the year,

(iv) was an outlay or expenses laid out or incurred by it for the purpose of earning income from its group life insurance business, or

(v) was payable by the insurer to a province as a tax in respect of premiums collected by it in the year under life insurance policies.

By arrangement with the Superintendent of Insurance appointed under the above-mentioned statute, the respondent was permitted to provide the excess capacity to a wholly-owned subsidiary for sale by it to the public. A subsidiary was soon incorporated under the name Lonlife Data Services Limited. It had no employees and owned no data processing equipment or premises from which to conduct such a business. Its functions were performed by the respondent's employees, from the

capacité excédentaire directement au grand public moyennant une certaine rétribution.

Au cours des années d'imposition visées, le paragraphe 208(1) de la Loi, qui fait partie de la Partie XII de celle-ci, prélevait sur le «revenu imposable tiré . . . de placements relatifs à l'assurance-vie au Canada» un impôt de 15 %. Ce revenu se trouvait défini au paragraphe 209(3) comme la fraction du «revenu net tiré . . . de placements relatifs à l'assurance-vie au Canada» qui est en sus du total de certains montants déterminés. Le «revenu net d'un assureur sur la vie . . . tiré de placements relatifs à l'assurance-vie au Canada» était son «revenu brut . . . tiré . . . de placements relatifs à l'assurance-vie au Canada» prévu au paragraphe 209(1), diminué de certains montants qui se trouvaient précisés. Au cours des années d'imposition 1975 et 1976, l'alinéa 209(2)d) de la Loi était ainsi libellé:

209. . . .

(2) Le revenu net d'un assureur sur la vie, pour une année d'imposition, tiré de placements relatifs à l'assurance-vie au Canada, est constitué par son revenu brut tiré, pour l'année, de placements relatifs à l'assurance-vie au Canada, diminué du total des montants suivants:

d) 50% du total des sommes déductibles, en vertu de la Partie I, lors du calcul du revenu que l'assureur a tiré, pour l'année, de l'exploitation au Canada de son commerce d'assurance-vie, sauf dans la mesure où chacune de ces sommes

(i) est incluse dans l'un quelconque des montants déterminés pour l'année, en ce qui concerne l'assureur, conformément aux dispositions des alinéas a), b) ou c),

(ii) est déductible, en vertu du paragraphe 138(3), lors du calcul de son revenu tiré, pour l'année, de l'exploitation au Canada de son commerce d'assurance-vie,

(iii) été payée ou était payable, par l'assureur, en vertu d'une police d'assurance-vie, avant la fin de l'année,

(iv) représentait des frais ou débours qu'il a engagés ou faits dans le but de gagner un revenu avec son commerce d'assurance-vie collective, ou

(v) était payable à une province par l'assureur, à titre d'impôt sur les primes qu'il a perçues pendant l'année, en vertu de polices d'assurance-vie.

Aux termes d'un arrangement conclu avec le surintendant des assurances nommé sous le régime de la Loi susmentionnée, l'intimée a été autorisée à fournir sa capacité excédentaire à une filiale à part entière qui, à son tour, la vendrait au public. Une filiale a bientôt été constituée en société sous le nom de Lonlife Data Services Limited. Cette société n'avait aucun employé, ne possédait aucun équipement de traitement de données et n'occupait pas de locaux à partir desquels elle aurait mené ses

respondent's premises and with the respondent's equipment. According to the Trial Judge's finding (at page 64 of his reasons for judgment) the subsidiary (referred to by him as "L.D.S.") "paid the plaintiff [respondent] for this capacity an annual amount calculated as a percentage of certain actual and fictional expenses incurred by the plaintiff [respondent] in the operation of the computer" and also that "[B]y the direction of the Superintendent of Insurance the plaintiff, in this arrangement with L.D.S., was not permitted to make a profit or suffer a loss as determined by the methods of accounting prescribed for life insurance companies".

The manner in which the matter was dealt with by the respondent in carrying out the directive of the Superintendent of Insurance so as to produce neither a profit nor a loss in the respondent's life insurance business as well as the manner in which it was dealt with for income tax purposes in the 1975 and 1976 taxation years is explained by the Trial Judge at pages 64-65 of his reasons for judgment:

For its 1975 and 1976 taxation years, the plaintiff carried on this arrangement with its subsidiary and, for the purposes of its insurance accounting requirements, made neither a profit nor sustained a loss. In its annual statements for those years, which it was required to submit to the Superintendent of Insurance, the revenues and expenses associated with the intercompany computer business were shown as net amounts which sometimes offset one another in individual categories, and the net totals of each category, which offset each other completely. This was as required and to the satisfaction of the Superintendent of Insurance.

In filing its income tax returns for the same years, however, the plaintiff did not report the revenues and expenses in the same manner as it did for the Superintendent of Insurance. Indeed it reported all of the funds received from L.D.S. as income and all of the expenses, which it considered as deductible expenses, as expenses.

This had the result of increasing the plaintiff's income as well as its expenses. It also gave rise to the result which formed the basis for the defendant reassessing the plaintiff for those two years. The reassessment was for additional tax in each year under Part XII of the *Income Tax Act* by reason of the defendant reducing the expenses deductible in computing the amounts on which the Part XII tax was applicable.

activités commerciales. L'exécution de ses fonctions était assurée par les employés de l'intimée, à partir de ses locaux et au moyen de son équipement. Selon la conclusion du juge de première instance (à la page 64 de ses motifs de jugement), la filiale (qu'il appelait «L.D.S.»), «Pour utiliser cette capacité . . . payait à la demanderesse [l'intimée] une somme annuelle constituant un pourcentage de certaines dépenses réelles et fictives engagées par cette dernière [l'intimée] pour faire fonctionner l'ordinateur» et, également, «En raison des instructions du surintendant des assurances et conformément à l'accord conclu avec L.D.S., la demanderesse n'était pas autorisée à faire des bénéfices ni à subir des pertes calculés d'après les méthodes comptables prescrites pour les compagnies d'assurance-vie.»

Aux pages 64 et 65 de ses motifs de jugement, le juge de première instance décrit la manière dont l'intimée s'y est prise pour surmonter ce problème et respecter la directive du surintendant des assurances en ne produisant aucun bénéfice et en ne subissant aucune perte dans son entreprise d'assurance-vie, de même que les méthodes utilisées par l'intimée pour régler cette question pour les fins de l'impôt sur le revenu des années d'imposition 1975 et 1976:

Pour ses années d'imposition 1975 et 1976, la demanderesse a appliqué cet accord avec sa filiale et, pour les fins de ses exigences comptables en matière d'assurance, elle n'a fait aucun bénéfice, ni subi aucune perte. Dans les états financiers qu'elle a établis pour ces années et qu'elle devait soumettre au surintendant des assurances, elle a indiqué les revenus et dépenses liés à l'entreprise informatique des deux compagnies comme des montants nets qui se compensent parfois dans les catégories des revenus et des dépenses, et les totaux nets de chaque catégorie se compensent intégralement. C'est ce qui devait se faire à la satisfaction du surintendant des assurances.

En déposant ses déclarations d'impôt pour ces mêmes années, la demanderesse n'a toutefois pas déclaré les revenus et dépenses de la même manière qu'elle l'a fait pour le surintendant des assurances. En fait, elle a déclaré à titre de revenu tous les fonds qu'elle a reçus de L.D.S. et à titre de dépenses toutes les dépenses qu'elle considérait comme des dépenses déductibles.

Cela a eu pour conséquence d'augmenter le revenu de la demanderesse ainsi que ses dépenses et a également fait en sorte que la défenderesse a établi une nouvelle cotisation à l'égard de la demanderesse pour ces deux années. La nouvelle cotisation établissait un impôt additionnel pour chaque année en vertu de la Partie XII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, en raison du fait que la défenderesse a réduit les dépenses déductibles en calculant les sommes auxquelles s'appliquait l'impôt prévu sous le régime de la Partie XII.

Part XII of the Act, now repealed [S.C. 1977-78, c. 1, s. 9], contained special provisions for the taxation of investment income of a life insurer arising in the course of its Canadian life insurance business. Subsection 209(2) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 117] also provided for the deduction of expenses incurred in carrying on its life insurance business. Fifty percent of any expense so incurred [sic] was allowed as a deduction and the resultant taxable income was taxed at the rate of 15%. By adding 50% of the gross expenses associated with its income from L.D.S. to 50% of each of the other expenses incurred in carrying on its life insurance business, the plaintiff reduced its taxable income from its life insurance business by an equivalent amount and its tax by 15% of that amount.

It is convenient to recite at this point paragraph 46 of the respondent's written argument (the contents of which are not disputed) so as to better understand how the matter was treated by the respondent in computing its income for tax purposes in the two years in question:

46. In computing its income for its 1975 and 1976 taxation years for purposes of the Act, the Respondent reconciled its net income as shown in its statement prepared for the Superintendent of Insurance with net income for tax purposes on the form T2S(1) in its 1975 and 1976 tax returns. This was done by making the following adjustments:

- (a) showing amount received from Lonlife as revenue,
- (b) increasing the various expense accounts by amounts in the aggregate, equal to the amount received from Lonlife,
- (c) adding back to income all depreciation (as increased in the manner referred to above) charged in its accounts for financial statement purposes,
- (d) claiming capital cost allowance to the extent permitted under the Act and Regulations, and
- (e) adding back to income the notional or fictional amount of head office rent which had also been increased as set out above . . .

The deductions were disallowed by the appellant on the ground that the amounts so shown as income were not income of the respondent but were operating expenses incurred by the respondent on behalf of the subsidiary for which the respondent was reimbursed and, secondly, that even if the amounts received by the respondent from its subsidiary were income from the sale of excess computer capacity, the amounts were income from a business of the respondent other than the respondent's life insurance business and the amount shown as expenses (50% of the total of which were claimed as deductions) were not deductible under the provisions of subsection 209(2) of the Act because they were incurred for

La Partie XII de la Loi, maintenant abrogée [S.C. 1977-78, chap. 1, art. 91], contenait des dispositions particulières concernant l'imposition du revenu de placement d'un assureur sur la vie provenant de son entreprise d'assurance-vie au Canada. Le paragraphe 209(2) [mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 117] prévoyait également la déduction des débours engagés dans l'exploitation de son commerce d'assurance-vie. Cinquante pour cent de tous les débours ainsi engagés pouvaient être déduits, et le revenu imposable qui en découlait était imposé au taux de 15 %. En ajoutant 50 % des débours bruts liés à son revenu provenant de L.D.S. à 50 % de chacune des autres dépenses engagées dans l'exploitation de son commerce d'assurance-vie, la demanderesse a diminué son revenu imposable tiré de ce commerce d'une somme équivalente, et son impôt de 15 % de cette somme.

Afin de mieux comprendre les moyens auxquels les l'intimée a eu recours pour régler cette question dans le calcul de son revenu pour fins d'impôt des deux années en cause, citons à ce point-ci le paragraphe 46 de la plaidoirie écrite de l'intimée (dont le contenu n'est pas contesté):

[TRADUCTION] 46. Lorsqu'elle a calculé son revenu des années d'imposition 1975 et 1976 pour les fins de la Loi, l'intimée a concilié son revenu net figurant dans sa déclaration destinée au surintendant des assurances et son revenu net pour fins d'impôt sur la formule T2S(1) de ses déclarations d'impôt des années 1975 et 1976. Pour ce faire, elle a procédé aux ajustements suivants:

- a) elle a inscrit le montant reçu de Lonlife comme un revenu,
- b) elle a majoré l'ensemble des différents comptes de dépenses de montants totalisant le montant reçu de Lonlife,
- c) elle a rajouté au revenu tous les amortissements (majorés de la manière décrite ci-haut) inscrits au débit de ses comptes pour les fins de ses états financiers,
- d) elle a réclamé la déduction pour amortissement dans la mesure autorisée sous le régime de la Loi et de ses règlements d'application, et
- e) elle a rajouté au revenu le montant fictif du loyer du siège social qui avait également été majoré de la manière décrite ci-haut . . .

Les déductions réclamées ont été refusées par l'appelante, premièrement, au motif que les montants ainsi inscrits au titre du revenu ne constituaient pas un revenu de l'intimée mais des dépenses d'exploitation faites par l'intimée pour le compte de sa filiale et remboursées à l'intimée, et, deuxièmement, au motif que, même en supposant que les montants reçus par l'intimée de sa filiale constituaient un revenu découlant de la vente de sa capacité informatique excédentaire, ces montants étaient un revenu provenant d'une entreprise de l'intimée autre que son entreprise d'assurance-vie, et les montants figurant au titre des dépenses (dont 50 % du total étaient inscrites comme des déductions) n'étaient pas déductibles suivant les

the purpose of earning income from the sale of excess computer capacity and not for the purpose of carrying on its "life insurance business".

In support of his opinion that the appeal should be allowed and the tax assessments for the years in question be referred back to the Minister for reassessment on the basis that amounts received from the subsidiary did not reduce expenses incurred by the respondent deductible under Part XII of the Act, the Trial Judge reached the following conclusions:

1. The amounts received by the respondent from the subsidiary as payment for the excess computer capacity was properly characterized as income of the respondent; the "no profit/no loss" arrangement carried out in accordance with the directive of the Superintendent of Insurance was irrelevant to the issue; the reduction of the respondent's overall costs represented additional income or profits in his hands in a business sense and, likewise, the respondent had a reasonable expectation of making a profit from the arrangement with the result that the revenue received from the subsidiary could be properly characterized as income;
2. The expenses were incurred by the respondent to earn that income were incurred on its own behalf and not on behalf of the subsidiary; practically all of the expenses which went to make up the respondent's annual charge to the subsidiary would have been incurred by the respondent without the existence of the arrangement with the subsidiary and, accordingly, were incurred by the respondent in its own right and not on behalf of the subsidiary; there was no suggestion in the evidence [at page 68]:

... that the salaries of the plaintiff's staff would have been reduced or that the number of employees of the plaintiff would have been reduced if the plaintiff had not entered into the arrangement with L.D.S. Similarly the computer equipment would have required the same amount to maintain and repair it and would have depreciated to the same extent. What was charged by the plaintiff to L.D.S. for the provision of the excess computer capacity was an annual fee calculated in accordance with the guidelines of the Superintendent of Insurance and by reference to percentages of certain costs of the plaintiff allowed as costs under the provisions of the *Canadian and British*

dispositions du paragraphe 209(2) de la Loi puisqu'ils avaient été dépensés dans le but de lui procurer un revenu grâce à la vente de sa capacité informatique excédentaire et non dans le but d'exploiter son «commerce d'assurance-vie».

À l'appui de son opinion que l'appel devait être accueilli et que les cotisations d'impôt des années en cause devaient être renvoyées devant le ministre pour qu'il en fixe de nouvelles en tenant pour acquis que les montants reçus de la filiale ne réduisaient pas les dépenses déductibles en vertu de la Partie XII de la Loi qu'avait engagées l'intimée, le juge de première instance a pris les conclusions suivantes:

1. Les montants reçus par l'intimée de sa filiale à titre de paiement pour sa capacité informatique excédentaire ont été qualifiés à bon droit de revenu de l'intimée; l'accord «aucun bénéfice/ aucune perte» mis en œuvre conformément à la directive du surintendant des assurances n'était pas pertinent à la question soulevée; la réduction de l'ensemble des coûts de l'intimée représentait pour elle un revenu ou un profit additionnel au sens commercial et, dans cette même perspective, l'intimée s'attendait raisonnablement à tirer un profit de l'accord, de sorte que le revenu reçu de sa filiale pouvait à juste titre être qualifié de revenu.
2. Les dépenses engagées par l'intimée pour gagner ce revenu ont été engagées pour son propre compte et non pour le compte de sa filiale; presque toutes les dépenses qui composaient la somme que la filiale devait payer chaque année à l'intimée auraient été engagées par l'intimée sans l'existence de l'accord qu'elle avait conclu avec sa filiale et, en conséquence, elles étaient engagées par l'intimée pour son propre compte et non pour le compte de sa filiale; rien dans la preuve n'indiquait [à la page 68]:

... que les salaires du personnel de la demanderesse auraient été réduits, pas plus que le nombre de ses employés, si elle n'avait pas conclu l'accord avec L.D.S. De même, il aurait fallu verser la même somme pour assurer l'entretien et les réparations du matériel informatique qui se serait déprécié de la même façon. En fournissant à L.D.S. l'excédent de la capacité informatique, la demanderesse lui a fait payer des frais annuels calculés conformément aux lignes directrices du surintendant des assurances et aux pourcentages de certains coûts de la demanderesse alloués à titre de coût sous le régime de la *Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques*.

Insurance Companies Act. The expenses were incurred by the plaintiff in its own right and not on behalf of L.D.S. Indeed the rent and depreciation amounts which were allocated and made up some \$60,000 of the 1976 charge to L.D.S. were not incurred by the plaintiff at all and therefore could not possibly be considered as reimbursed expenses because there was no outlay by the plaintiff and therefore nothing to be reimbursed.

3. Though the question was “most troublesome”, as the expenses in question were incurred by the respondent on its own behalf and not on behalf of the subsidiary and for the purpose of carrying on the life insurance business, they were deductible under paragraph 209(2)(d) of the Act; the excess capacity was needed by the respondent to handle the peak demand loads of its life insurance business; the decision of the Trial Division in *Excelsior (The) Life Insurance Co v The Queen*, [1985] 1 CTC 213; 85 DTC 5164 (F.C.T.D.) was applicable.

As I am in respectful disagreement with the Trial Judge on the third point I need not address the first two. I cannot agree with the respondent's submission that the amounts claimed as expenses were incurred in carrying on its life insurance business in that they were associated with the operation of its computer, the full capacity of which was found by the Trial Judge to be required so as to service peak period demands. In reality, the respondent engaged in both a life insurance business and, additionally, in dealings related to this excess computer capacity. Not being content to see that capacity lie unused during non-peak periods, the respondent chose, instead, to turn it to account in the manner found by the Trial Judge. In this way the respondent, in my view, stepped across the boundary between its life insurance business and an entirely new and different adventure, a fact which, indeed, both the respondent and the Superintendent of Insurance apparently well understood by the “no profit/no loss” arrangement. In my view, the expenses were not related to the life insurance business but to this new adventure. The question before the Trial Judge was one of law, namely, whether the expenses claimed were “deductible under Part I in computing the

La demanderesse a engagé ces dépenses pour son propre compte et non pour le compte de L.D.S. En fait, le loyer et les coûts d'amortissement qui ont été alloués et qui représentaient la somme de 60 000 \$ sur le montant total que L.D.S. devait payer en 1976 n'ont aucunement été engagés par la demanderesse et, en conséquence, ne sauraient être considérés comme des dépenses remboursées parce que la demanderesse n'a pas fait de débours, et qu'il n'y avait donc pas lieu à remboursement.

3. Avec la précision du juge cette question était celle lui ayant «causé le plus de difficultés», les dépenses en cause étaient déductibles sous le régime de l'alinéa 209(2)d) de la Loi parce qu'elles avaient été engagées par l'intimée pour son propre compte et non pour celui de sa filiale, et qu'elles avaient pour objet l'exploitation du commerce d'assurance de l'intimée; l'intimée avait besoin de sa capacité excédentaire pour répondre aux demandes qui lui étaient faites en période de pointe dans le cadre de ses activités d'assurance-vie; la décision prononcée par la Section de première instance dans l'affaire *Excelsior (The) Life Insurance Co v The Queen*, [1985] 1 CTC 213; 85 DTC 5164 (C.F. 1^{re} inst.) était applicable.

Comme, avec déférence, je suis en désaccord avec le juge de première instance en ce qui concerne le troisième point, il ne m'est pas nécessaire de me prononcer sur les deux premiers. Je ne puis souscrire à la prétention de l'intimée que les montants qu'elle a réclamés au titre des dépenses ont été engagés dans l'exercice de ses activités d'assurance-vie en ce qu'elles étaient associées au fonctionnement de son ordinateur, dont la pleine capacité, selon une conclusion du juge de première instance, était nécessaire pour répondre aux demandes faites en période de pointe. En réalité, l'intimée a à la fois œuvré dans l'assurance-vie et pratiqué des activités liées à sa capacité informatique excédentaire. Mécontente de voir sa capacité inexploitée à l'extérieur des périodes de pointe, l'intimée a choisi de la rentabiliser de la manière constatée par le juge de première instance. Ainsi, à mon avis, l'intimée a-t-elle franchi la limite entre son commerce d'assurance-vie et une entreprise entièrement nouvelle et différente, une réalité qui semble avoir été très bien comprise par l'intimée et le surintendant des assurances si l'on se reporte à l'accord [TRADUCTION] «aucun bénéfice, aucune perte». À mon avis, les dépenses visées n'étaient pas reliées au commerce d'assurance-vie mais à

[respondent's] income for the year from carrying on its life insurance business in Canada" within the meaning of subsection 209(2) found in Part XII of the Act. In my opinion they were not. In so concluding I could derive no assistance from the Trial Division's decision in *Excelsior Life*. As the appellant submits, all that was decided there was that the management expenses applicable to "segregated fund" were nevertheless incurred for the purpose of gaining or producing income. The precise question before us in the case at bar was not raised for decision in that case.

In the result, I would

1. allow the first appeal in part without costs and would vary the judgment therein rendered July 28, 1987 (Court File No. A-847-87) by deleting paragraph 2 thereof. In all other respects I would confirm the judgment therein;

2. allow the second appeal with costs both here and in the Trial Division and would set aside the judgment therein rendered July 28, 1987 (Court File No. A-846-87).

HEALD J.A.: I concur.

DESJARDINS J.A.: I concur.

cette nouvelle entreprise. La question soumise au juge de première instance était une question de droit, celle de savoir si les dépenses étaient «dédictees, en vertu de la Partie I, lors du calcul . . . [du] revenu que . . . [l'intimée] a tiré, pour l'année, de l'exploitation au Canada de son commerce d'assurance-vie» au sens du paragraphe 209(2) figurant dans la Partie XII de la Loi. Selon moi, elles ne l'étaient pas. En tirant cette conclusion, je ne pouvais trouver aucun appui dans la décision rendue par la Section de première instance dans l'affaire *Excelsior Life*. Comme le soutient l'appellante, cet arrêt a seulement décidé que les dépenses d'administration applicables à des «fonds réservés» étaient néanmoins engagées dans le but de gagner ou de produire un revenu. La question précise qui nous est soumise en l'espèce n'a pas été soulevée pour être tranchée dans cette affaire.

d En conséquence,

1. j'accueillerais en partie le premier appel, sans adjuger de dépens, et je modifierais, en supprimant son paragraphe 2, le jugement rendu le 28 juillet 1987 (n° de greffe A-847-87) que cet appel conteste; à tous autres égards, je confirmerais le jugement déposé dans ce dossier;

2. j'accueillerais le second appel avec dépens à la fois devant cette Cour et devant la Section de première instance, et j'annulerais le jugement rendu le 28 juillet 1987 (n° de greffe A-846-87) que cet appel conteste.

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

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

A-329-89

A-329-89

Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Minister of Employment and Immigration and William Hoogerdyk (Appellants) (Defendants)

v.

Said Mohamed Kigowa (Respondent) (Plaintiff)

INDEXED AS: KIGOWA v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Mahoney and Desjardins, J.J.A.—Vancouver, January 8; Ottawa, January 26, 1990.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Foreign seaman jumping ship in British Columbia — Detained by immigration officer — Action in damages against immigration officer for unlawful arrest and detention on basis Charter rights violated — Motion to dismiss for want of jurisdiction on basis Charter not “law of Canada” within meaning of Constitution Act, s. 101 — Supreme Court’s threefold test for Federal Court jurisdiction met: Immigration Act federal law upon which respondent’s case based, essential to disposition and nourishing grant of jurisdiction by Federal Court Act, s. 17(5).

Immigration — Foreign seaman jumping ship in British Columbia — Detained by immigration officer acting under Immigration Act — Federal Court having jurisdiction to entertain action in damages against immigration officer for violating Charter rights by unlawful arrest and detention: Immigration Act federal law upon which alien’s case based, essential to disposition and nourishing grant of jurisdiction by Federal Court Act, s. 17(5).

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Immigration officer, acting under Immigration Act, detaining foreign seaman having jumped ship in British Columbia — Action in damages against immigration officer for unlawful arrest and detention as violating Charter ss. 7 and 9 — Motion to dismiss for want of jurisdiction — Constitution and Charter not “laws of Canada” within Constitution Act, s. 101 — However, jurisdiction in Federal Court as meeting Supreme Court of Canada’s threefold test: Immigration Act federal law upon which claim based, essential to disposition and nourishing grant of jurisdiction by Federal Court Act, s. 17(5).

The respondent, a seaman residing in Kenya, jumped ship at Nanaimo, British Columbia. He was arrested by an immigration officer, the appellant, William Hoogerdyk, on March 22, 1987 and detained in custody until the following day. The immigration officer claimed to have acted under subsection

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre de l’Emploi et de l’Immigration et William Hoogerdyk (appelants) (défendeurs)

c.

Said Mohamed Kigowa (intimé) (demandeur)

RÉPERTORIÉ: KIGOWA c. CANADA (C.A.)

Cour d’appel, juges Heald, Mahoney et Desjardins, J.C.A.—Vancouver, 8 janvier; Ottawa, 26 janvier 1990.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Un marin étranger a déserté son navire en Colombie-Britannique — Détenu par un agent d’immigration — Action en dommages-intérêts contre l’agent d’immigration pour arrestation et détention illégales alléguant la violation des droits accordés par la Charte — Requête visant le rejet de l’action pour incompétence au motif que la Charte n’est pas une «loi du Canada» au sens de l’art. 101 de la Loi constitutionnelle — Respect du triple critère énoncé par la Cour suprême pour établir la compétence de la Cour fédérale: la Loi sur l’immigration est une règle de droit fédérale sur laquelle se fonde l’action de l’intimé, elle est essentielle à la solution du litige et elle constitue le fondement de l’attribution de compétence à l’art. 17(5) de la Loi sur la Cour fédérale.

Immigration — Un marin étranger a déserté son navire en Colombie-Britannique — Détenu par un agent d’immigration agissant en application de la Loi sur l’immigration — Compétence de la Cour fédérale pour juger l’action en dommages-intérêts contre l’agent d’immigration pour violation des droits garantis par la Charte à la suite d’une arrestation et d’une détention illégales: la Loi sur l’immigration est une règle de droit fédérale sur laquelle se fonde l’action de l’intimé, elle est essentielle à la solution du litige, et elle constitue le fondement de l’attribution de compétence à l’art. 17(5) de la Loi sur la Cour fédérale.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L’agent d’immigration, agissant en application de la Loi sur l’immigration, a détenu un marin étranger qui avait déserté son navire en Colombie-Britannique — Action en dommages-intérêts contre un agent d’immigration pour arrestation et détention illégales en violation des art. 7 et 9 de la Charte — Requête visant le rejet de l’action pour incompétence — La Constitution et la Charte ne sont pas des «lois du Canada» au sens de l’art. 101 de la Loi constitutionnelle — Cependant, la Cour fédérale a compétence car il y a respect du critère à trois volets: la Loi sur l’immigration est une règle de droit fédérale sur laquelle se fonde l’action de l’intimé, elle est essentielle à la solution du litige et elle constitue le fondement de l’attribution de compétence à l’art. 17(5) de la Loi sur la Cour fédérale.

L’intimé, un marin résidant au Kenya, a déserté son navire à Nanaimo (Colombie-Britannique). Il a été arrêté par un agent d’immigration, l’appelant William Hoogerdyk, le 22 mars 1987, et il a été détenu jusqu’au jour suivant. L’agent d’immigration a soutenu avoir agi en application du paragraphe

104(2) of the *Immigration Act, 1976* which authorized peace officers to arrest and detain a person who is in Canada illegally "where . . . the person poses a danger to the public or would not otherwise appear for the inquiry or for removal from Canada".

The respondent then initiated an action in damages against the immigration officer, alleging that he had no reason to believe that the respondent was a danger to the public or that he would fail to appear for the inquiry and that his arrest and detention were therefore a violation of the Charter rights to liberty (section 7) and not to be arbitrarily detained (section 9). The appellant had moved before the Trial Judge for an order dismissing the action for want of jurisdiction. This was an appeal from the denial of that motion to strike.

Held, the appeal should be dismissed.

Per Mahoney J.A.: Subsection 17(5) of the *Federal Court Act*, giving the Court jurisdiction in proceedings against officers or servants of the Crown, is inherently limited by section 101 of the *Constitution Act, 1867*, which enables the Court to deal with claims that require the administration of the "laws of Canada". And since the courts have decided that the *Constitution Acts, 1867 to 1982*, and therefore the Charter, not having been enacted by the Parliament of Canada, is not a "law of Canada" within the meaning of section 101, the Court would therefore have lacked jurisdiction to hear this case on that ground alone. That left the *Immigration Act, 1976* as a basis for jurisdiction.

A threefold test to determine whether the Federal Court has jurisdiction over a matter has been established by the Supreme Court of Canada: (1) there must be a statutory grant of jurisdiction; (2) there must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction; (3) the law on which the case is based must be a "law of Canada" as the phrase is used in section 101.

Here, the statutory grant of jurisdiction was paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act*. The law essential to disposition will not necessarily be the same as that which nourishes the statutory grant of jurisdiction. It may be that where the third element is supplied by a comprehensive statutory framework, that in itself can be taken as the existing federal law which nourishes the statutory grant to such an extent as to demand little in the way of discrete federal law essential to the disposition of the case.

Subsection 104(2) of the *Immigration Act, 1976* not only defines the authority of immigration officers and others to arrest and detain aliens in Canada for purposes of the Act; it sets a limit on the right of aliens to be at liberty in Canada while awaiting an inquiry or removal. In the case at bar, federal law was both the basis of the respondent's case and essential to its disposition and also nourished the grant of jurisdiction by subsection 17(5) of the *Federal Court Act*.

104(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976* qui autorisait les agents de la paix à arrêter et à détenir toute personne illégalement au Canada qui «constitue une menace pour le public ou qu'à défaut de cette mesure, elle ne se présentera pas à l'enquête ou n'obtempérera pas à l'ordonnance de renvoi».

^a L'intimé a alors engagé une action en dommages-intérêts contre l'agent d'immigration, alléguant que celui-ci n'avait aucun motif de croire que l'intimé constituait une menace pour le public ou qu'il ne se présenterait pas à son enquête, et que par conséquent son arrestation et sa détention violaient le droit à la liberté (article 7) et le droit à la protection contre la détention arbitraire (article 9) garantis par la Charte. L'appellant avait demandé au juge de première instance une ordonnance rejetant l'action pour incompétence. Il s'agissait d'un appel contre le rejet de cette requête en annulation.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté.

^c Le juge Mahoney, J.C.A.: Le paragraphe 17(5) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui donne compétence à la Cour dans les actions contre les fonctionnaires ou préposés de la Couronne, se trouve limité de façon inhérente par l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui permet à la Couronne de juger les demandes qui nécessitent l'administration des «lois du Canada». Et puisque les tribunaux ont statué que les *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*, et par conséquent la Charte, n'ayant pas été adoptées par le Parlement du Canada, ne sont pas des «lois du Canada» au sens de l'article 101, la Cour n'aurait donc pas eu la compétence nécessaire pour être saisie de cette affaire uniquement pour ce motif. Il ne reste donc que la *Loi sur l'immigration de 1976* comme fondement de la compétence contestée.

La Cour suprême du Canada a établi un critère à trois volets applicable à la compétence de la Cour fédérale sur une question quelconque: (1) il doit y avoir attribution de compétence par une loi fédérale; (2) il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence; (3) la loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'article 101.

^g En l'espèce, c'est l'alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui donnait compétence à la Cour. La règle de droit essentielle à la solution du litige ne sera pas nécessairement celle qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence. Il se peut que lorsque le troisième volet est respecté par la présence d'un cadre législatif détaillé, celui-ci peut en soi être considéré comme étant l'ensemble de règles de droit fédérales qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence dans une mesure suffisamment grande pour se passer largement des règles de droit fédérales essentielles à la solution du litige.

^j Le paragraphe 104(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976* ne définit pas seulement le pouvoir des agents d'immigration et d'autres personnes d'arrêter et de garder des étrangers au Canada aux fins de la Loi; il fixe les limites imposées au droit de ces derniers de rester en liberté au Canada en attendant leur enquête ou leur renvoi. Ce sont des règles de droit fédérales qui, en l'espèce, constituent le droit sur lequel se fonde l'action de l'intimé, qui sont essentielles à la solution du litige et aussi qui constituent le fondement de l'attribution légale de compétence au paragraphe 17(5) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Per Heald J.A.: The respondent's right to be in Canada and his right to freedom here emanated entirely from the provisions of the *Immigration Act, 1976*. If the torts of false arrest and false imprisonment alleged here were committed, it was because the plaintiff's right to remain free pursuant to the provisions of the *Immigration Act, 1976* had been interfered with. The plaintiff's right to freedom and liberty came, not from the common law but from the provisions of the Act. Accordingly, the threefold test for jurisdiction had been satisfied.

Per Desjardins J.A.: Although damages had been claimed, the basis of the respondent's action was not a common law right of freedom from illegal arrest. At common law, an alien had no right to enter the country and no right of movement once having entered illegally. Whatever right of movement the respondent may have had was governed by the *Immigration Act, 1976*, a "law of Canada". The threefold test was met.

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. 7, 9.

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 2.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(5)(b).

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 12, 103(2).

Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 27(2)(f), 104(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

ITO—International Terminal Operators v. Miida Electronics et al., [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 92 N.R. 241; *Rhine v. The Queen*; *Prytula v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290.

CONSIDERED:

Northern Telecom Canada Ltd. et al. v. Communication Workers of Canada et al., [1983] 1 S.C.R. 733; (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,048; 48 N.R. 161; *Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.).

Le juge Heald, J.C.A.: Le droit de l'intimé de se trouver au Canada et d'y rester en liberté émanait entièrement des dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Si les délits d'arrestation et d'emprisonnement illégaux ont été commis, c'est parce qu'il y a eu atteinte au droit du demandeur de rester libre qui lui est conféré par les dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Le droit à la liberté du demandeur lui vient non pas de la *common law*, mais des dispositions de la Loi. En conséquence, il y a eu respect du critère à trois volets applicable à la compétence contestée.

Le juge Desjardins, J.C.A.: Bien que l'intimé ait réclamé des dommages-intérêts, son action ne repose pas sur un droit en *common law* à la protection contre l'arrestation illégale. En vertu de la *common law*, un étranger ne jouit d'aucun droit d'entrée au Canada et donc, d'aucun droit d'y circuler après être entré illégalement. Tout droit de circulation auquel pouvait prétendre l'intimé était régi par la *Loi sur l'immigration de 1976*, une «loi du Canada». Il y a eu respect du critère à trois volets.

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 chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, N° 44], art. 7, 9.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), Appendice II, No. 5], art. 101.

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 2.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17(5)(b).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 12, 103(2).

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 27(2)(f), 104(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 92 N.R. 241; *Rhine c. La Reine*; *Prytula c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Northern Telecom Canada Ltée et autre c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada et autre, [1983] 1 R.C.S. 733; (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,048; 48 N.R. 161; *Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149 (C.A.).

REFERRED TO:

McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *Oag v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 658; (1983), 52 A.R. 347; 41 O.R. (2d) 271; 147 D.L.R. (3d) 528; [1984] 1 W.W.R. 191; 29 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.R. (3d) 97; 52 N.R. 258; *Marshall v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 437 (T.D.); *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Azam*, [1973] 2 All ER 741 (C.A.); *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471.

COUNSEL:

Paul F. Partridge for appellants (defendants).

Carolyn McCool for respondent (plaintiff).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellants (defendants).

Legal Services Society of British Columbia, Vancouver, for respondent (plaintiff).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HEALD J.A.: I have read the reasons for judgment in draft prepared by my brother Mahoney J.A. I agree with the result which he proposes.

The respondent (plaintiff) is a seaman who lives in Kenya. He entered Canada as a member of a ship's crew. He abandoned his ship while it was at Nanaimo, British Columbia. Accordingly, at the point in time when he jumped ship, it is alleged that he became a member of the inadmissible class of persons described in paragraph 27(2)(j) of the *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52], i.e.—person who “came into Canada as ... a member of a crew, and, without the approval of an immigration officer, failed to be on the vehicle when it left a port of entry”. The statement of claim asserts that the plaintiff was arrested by the defendant Hoogerdyk, an immigration officer, on March 22, 1987 and was detained in custody until March 23, 1987. The legal basis for the arrest was

DÉCISIONS CITÉES:

McNamara Construction (Western) Ltée et autre c. La Reine, [1977] 2 R.C.S. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; *Oag c. La Reine et autres*, [1983] 1 R.C.S. 658; (1983), 52 A.R. 347; 41 O.R. (2d) 271; 147 D.L.R. (3d) 528; [1984] 1 W.W.R. 191; 29 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.R. (3d) 97; 52 N.R. 258; *Marshall c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 437 (1^{re} inst.); *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Azam*, [1973] 2 All ER 741 (C.A.); *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976), 9 N.R. 471.

AVOCATS:

Paul F. Partridge pour les appelants (défendeurs).

Carolyn McCool pour l'intimé (demandeur).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants (défendeurs).

Legal Services Society of British Columbia, Vancouver, pour l'intimé (demandeur).

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

LE JUGE HEALD, J.C.A.: J'ai lu le projet des motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge Mahoney, J.C.A., et je suis d'accord avec l'issue qu'il propose.

L'intimé (le demandeur) est un marin qui vit au Kenya. Il est entré au Canada en qualité de membre de l'équipage d'un navire. Il a déserté celui-ci alors qu'il mouillait à Nanaimo (Colombie-Britannique). En conséquence de quoi il est allégué que lorsqu'il a déserté son navire, il est devenu membre de la catégorie de personnes non admissibles visée à l'alinéa 27(2)(j) de la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, chap. 52], c'est-à-dire une personne qui «est entrée au Canada à titre de membre de l'équipage d'un véhicule ... et a, sans l'autorisation d'un agent d'immigration, négligé de regagner le véhicule lors de son départ d'un point d'entrée». Selon la déclaration, le demandeur a été arrêté par le défendeur Hoogerdyk, un agent d'immigration, le 22 mars 1987, et il a été détenu sous garde jusqu'au 23 mars 1987. On a donné comme fondement juridi-

said to be subsection 104(2) of the *Immigration Act, 1976*.¹

In my view this respondent had no entitlement, *per se*, to enter and to remain in Canada. His right to be in Canada and his right to be at liberty in Canada existed only so long as he was a member of the ship's crew and so long as the ship remained in Canada. His right to be in Canada and his right to freedom here emanated entirely from the provisions of the *Immigration Act, 1976*. The deprivation of that liberty was also said to be pursuant to the provisions of the *Immigration Act, 1976*.

The issue raised by the statement of claim is a narrow one—namely, whether the defendant Hoogerdyk, in arresting the plaintiff, had reason to believe that the plaintiff posed a danger to the public or would not otherwise appear for the inquiry or for removal from Canada. The statement of claim alleges that the torts of false arrest and imprisonment were committed. If those torts were committed, it was because the plaintiff's right to remain free pursuant to the provisions of the *Immigration Act, 1976* were interfered with. Accordingly, the torts alleged are dependant upon federal law, namely, the provisions of the *Immigration Act, 1976*. The damages alleged to have been suffered would necessarily arise from the deprivation of a right whose only source was a federal statute. The plaintiff's only right to freedom and liberty comes, not from the common law but from the provisions of the *Immigration Act, 1976*. Accordingly, I agree that the threefold test discussed by both of my colleagues has been satisfied and that the appeal should therefore be dismissed with costs.

¹ That subsection reads:

104. ...

(2) Every peace officer in Canada, whether appointed under the laws of Canada or of any province or municipality thereof, and every immigration officer may, without the issue of a warrant, an order or a direction for arrest or detention, arrest and detain or arrest and make an order to detain

(a) for an inquiry, any person who on reasonable grounds is suspected of being a person referred to in paragraph 27(2)(b), (e), (f), (g), (h), (i) or (j), or

(b) for removal from Canada, any person against whom a removal order has been made that is to be executed,

where, in his opinion, the person poses a danger to the public or would not otherwise appear for the inquiry or for removal from Canada.

que de l'arrestation le paragraphe 104(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*.¹

À mon avis, l'intimé n'avait aucun droit, comme tel, d'entrer au Canada et d'y demeurer. Son droit de se trouver au Canada et d'y rester en liberté existait seulement tant qu'il était membre de l'équipage d'un navire, et tant que ce navire restait au Canada. Son droit d'être au Canada et son droit d'y être libre émanait entièrement des dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*. La perte de cette liberté a aussi été attribuée aux dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*.

La question litigieuse soulevée par la déclaration est fort précise, à savoir, le défendeur Hoogerdyk, lorsqu'il a arrêté le demandeur, avait-il des motifs de croire que celui-ci constituait une menace pour le public ou qu'à défaut de cette mesure, il ne se présenterait pas à l'enquête ou n'obtempérerait pas à l'ordonnance de renvoi. Il est allégué dans la déclaration qu'il y a eu délit d'arrestation et d'emprisonnement illégaux. Si ces délits ont été commis, c'est parce qu'il y a eu atteinte au droit du demandeur de rester libre qui lui est conféré par les dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*. Conséquemment, les délits reprochés dépendent d'une loi fédérale, à savoir, la *Loi sur l'immigration de 1976*. Le préjudice qui aurait été infligé découlerait nécessairement de la privation d'un droit dont la seule source est une loi fédérale. L'unique droit à la liberté du demandeur lui vient non pas de la *common law*, mais des dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*. En conséquence, je suis d'accord qu'il a été satisfait au critère à trois volets dont ont parlé mes deux collègues, et que l'appel devrait donc être rejeté avec dépens.

¹ Le paragraphe est libellé comme suit:

104. ...

(2) Tout agent de la paix au Canada, nommé en vertu d'une loi fédérale, provinciale ou d'un règlement municipal, et tout agent d'immigration peuvent, sans mandat, ordre ou directive à cet effet, arrêter et détenir ou arrêter et ordonner la détention

a) aux fins d'enquête, de toute personne soupçonnée, pour des motifs valables, de faire partie de l'une des catégories visées aux alinéas 27(2)b), e), f), g), h), i), ou j), ou

b) aux fins de renvoi du Canada, de toute personne frappée par une ordonnance de renvoi exécutoire,

au cas où ils estiment que ladite personne constitue une menace pour le public ou qu'à défaut de cette mesure, elle ne se présentera pas à l'enquête ou n'obtempérera pas à l'ordonnance de renvoi.

* * *

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.A.: This is an appeal from the refusal of the Trial Division [T-612-89, Collier J., order dated 26/6/89, not yet reported] to dismiss the respondent's action as against the appellant, William Hoogerdyk, for want of jurisdiction in the Federal Court to entertain it. The statement of claim alleges that the respondent is a seaman, resident of Kenya, and that Hoogerdyk is an immigration officer who was, at all material times, manager of the Canada Immigration Centre at Nanaimo, B.C. Hoogerdyk is alleged to have arrested the respondent at about 10:10 a.m. on Sunday, March 22, 1987, and to have caused him to have been detained until about 3:45 p.m., March 23, 1987.

The statement of claim goes on:

5. The defendant Hoogerdyk purported to make this arrest and to cause this detention under the authority of s. 104(2) of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, (as it then was).

6. The defendant Hoogerdyk had no reason to believe, nor did he believe, or have the opinion, that the plaintiff was either

- a) a danger to the public, or
- b) a person who would not otherwise appear for examination, inquiry, or for removal from Canada

within the meaning of s. 104(2) (as it then was) of the *Immigration Act, 1976*.

7. The defendant Hoogerdyk had no authority to arrest or detain the plaintiff except under s. 104(2) (as it then was) of the *Immigration Act, 1976*.

8. The defendant Hoogerdyk had an improper motive in arresting and causing the detention of the plaintiff.

It concludes by alleging that the arrest and detention were each a violation of rights guaranteed him by sections 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and by claiming unspecified general and special damages.

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

^a LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: La Cour est saisie d'un appel interjeté contre le refus de la Section de première instance [T-612-89, juge Collier, ordonnance en date du 26-6-89, encore inédite] de rejeter l'action de l'intimé dans la mesure où elle vise l'appellant, William Hoogerdyk, pour absence de compétence de la part de la Cour fédérale. La déclaration allègue que l'intimé est un marin résident du Kenya, et que Hoogerdyk est un agent d'immigration qui était, à l'époque concernée, directeur du Centre d'Immigration Canada à Nanaimo (C.-B.). Il est allégué que Hoogerdyk a arrêté l'intimé vers 10 h 10 le dimanche, 22 mars 1987 et qu'il l'a fait détenir jusque vers 15 h 45 le ^d 23 mars 1987.

La déclaration ajoute ce qui suit:

[TRADUCTION] 5. Le défendeur Hoogerdyk a prétendu procéder à cette arrestation et imposer cette détention sous le régime du paragraphe 104(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52 (tel qu'il était à l'époque).

6. Le défendeur Hoogerdyk n'avait aucun motif de croire, ni ne croyait ou était d'avis que le demandeur

- a) constituait une menace pour le public, ou
- b) qu'à défaut de cette mesure, il ne se présenterait pas à l'enquête ou n'obtempérerait pas à l'ordonnance de renvoi au sens du paragraphe 104(2) (tel qu'il était à l'époque) de la *Loi sur l'immigration de 1976*.

^g 7. Le défendeur Hoogerdyk n'avait pas l'autorité nécessaire pour arrêter et détenir le demandeur, si ce n'est en vertu du paragraphe 104(2) (tel qu'il était à l'époque) de la *Loi sur l'immigration de 1976*.

^h 8. Le défendeur Hoogerdyk a agi selon un motif irrégulier en arrêtant le demandeur et en le faisant détenir.

Pour terminer, la déclaration allègue que l'arrestation et la détention de l'intimé constituent l'une et l'autre une violation des droits conférés à ce dernier par les articles 7 et 9 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, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, N° 44]] en vertu de quoi des dommages-intérêts généraux non précisés sont réclamés.

The *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, provides:

17. ...

(5) The Trial Division has concurrent original jurisdiction

...
(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of his duties as an officer or servant of the Crown.

Parliament's legislative authority is found in, and defined by, section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]].

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

Thus, notwithstanding Parliament's apparently clear grant of jurisdiction over the respondent's claim against Hoogerdyk by subsection 17(5) of the *Federal Court Act*, that jurisdiction is inherently limited by section 101. It exists only if the claim requires the administration of "the laws of Canada", as that term is employed in section 101.

In *Northern Telecom Canada Ltd. et al. v. Communication Workers of Canada et al.*, [1983] 1 S.C.R. 733; (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,048; 48 N.R. 161, Estey J., for the majority, at pages 744-745 S.C.R., said:

Anglin C.J.C., in *Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Exporters Corporation Ltd.*, [1930] S.C.R. 531, at p. 534, said that the expression "laws of Canada" must mean "... laws enacted by the Dominion Parliament and within its competence". I read the reasons of the Chief Justice of this Court in *McNamara* ([1977] 2 S.C.R. 654), and *Quebec North Shore*, ([1977] 2 S.C.R. 1054), as being to the same effect.

One final note should be added to this jurisdictional discussion. The *Constitution Act, 1867*, as amended, is not of course a "law of Canada" in the sense of the foregoing cases because it was not enacted by the Parliament of Canada. The inherent

La *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, prévoit ce qui suit:

17. ...

(5) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées:

...
b) contre un fonctionnaire ou préposé de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions.

C'est l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), Appendice II, No. 5]] qui accorde au Parlement et qui précise son autorité législative.

101. Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

Donc, bien qu'en vertu du paragraphe 17(5) de la *Loi sur la Cour fédérale*, il semble que le Parlement ait clairement conféré compétence à la Section de première instance à l'égard de l'action de l'intimé, cette compétence se trouve limitée de façon inhérente par l'article 101. Elle n'existe que si l'action nécessite l'administration «des lois du Canada», au sens de cette expression à l'article 101.

Dans l'arrêt *Northern Telecom Canada Ltée et autre c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada et autre*, [1983] 1 R.C.S. 733; (1983), 147 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,048; 48 N.R. 161, le juge Estey, qui se prononçait pour la majorité, a dit ce qui suit aux pages 744 et 745 R.C.S.:

Le juge en chef Anglin, dans l'arrêt *Consolidated Distilleries Ltd. v. Consolidated Exporters Corporation Ltd.*, [1930] R.C.S. 531, à la p. 534, dit que l'expression «lois du Canada» signifie [TRADUCTION] «... les lois adoptées par le Parlement fédéral et qui sont de son ressort.» J'interprète dans le même sens les motifs du Juge en chef de cette Cour dans les arrêts *McNamara* ([1977] 2 R.C.S. 654) et *Quebec North Shore* ([1977] 2 R.C.S. 1054), précités.

Il y a lieu d'ajouter un dernier point à cette discussion de la compétence. La *Loi constitutionnelle de 1867*, et modifications, n'est pas, cela va de soi, une «loi du Canada» dans le sens des exemples qui précèdent parce qu'elle n'a pas été adoptée par le

limitation placed by s. 101, *supra*, on the jurisdiction which may be granted to the Federal Court by Parliament therefore might exclude a proceeding founded on the *Constitution Act*.

It follows that the provisions of the Charter upon which the present action is founded are not laws of Canada in the section 101 sense and that we are left with the *Immigration Act, 1976* as a basis for jurisdiction.

The Supreme Court has had a number of occasions, starting with the *McNamara Construction (Western) Ltd. et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; and *Quebec North Shore Paper Co. et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; (1976), 9 N.R. 471 decisions referred to by Estey, J., to consider the meaning of "laws of Canada" in the section 101 sense since this Court was established in 1970. The presently accepted test was stated by McIntyre J., in *ITO—International Terminal Operators v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241, at page 766 S.C.R. I think it most useful to quote it in its most recent recitation, by Wilson, J., for a unanimous court, in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 92 N.R. 241, at pages 330 ff. S.C.R., because of its context there.

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be a "law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

This test is well established as the one to be applied in every case where the jurisdiction of the Federal Court is in issue.

While there is clearly an overlap between the second and third elements of the test for Federal Court jurisdiction, the second element, as I understand it, requires a general body of federal law covering the area of the dispute, i.e., in this case the law relating to Indians and Indian interests in reserve lands, and the third element requires that the specific law which will be resolute of the dispute be "a law of Canada" within the meaning of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. No difficulty arises in meeting the third element of the test if the dispute is to be determined on the basis of an existing federal statute. As will be seen, problems can, however arise if the law of Canada

Parlement du Canada. La limite inhérente que l'art. 101 précité impose à la compétence que le Parlement peut accorder à la Cour fédérale pourrait donc exclure une procédure fondée sur la *Loi constitutionnelle*.

a Il s'ensuit que les dispositions de la Charte sur lesquelles se fonde la présente action ne sont pas des lois du Canada au sens de l'article 101, et qu'il ne nous reste que la *Loi sur l'immigration de 1976* comme fondement de la compétence contestée.

b La Cour suprême du Canada a eu l'occasion, à commencer par les arrêts *McNamara Construction (Western) Ltée et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; (1977), 75 D.L.R. (3d) 273; 13 N.R. 181; et *Quebec North Shore Paper Co. et autre c. Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054; (1976), 9 N.R. 471 mentionnés par le juge Estey, de rechercher le sens de l'expression «lois du Canada» à l'article 101 depuis que notre Cour a été établie en 1970. Le critère actuellement reconnu a été exposé par le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241, à la page 766 R.C.S. Je crois fort utile de le reproduire tel qu'il a été le plus récemment cité, par le juge Wilson, pour une cour unanime, dans l'arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 92 N.R. 241, aux pages 330 et suivantes R.C.S., en raison de son contexte dans l'espèce.

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

h Ce critère est bien établi comme étant celui qu'il faut appliquer dans toute affaire où la compétence de la Cour fédérale est en cause.

i Bien qu'il y ait nettement un chevauchement entre les deuxième et troisième éléments du critère applicable pour établir la compétence de la Cour fédérale, le deuxième, tel que je le comprends, exige qu'il existe un ensemble de règles de droit fédérales applicables à l'objet de la contestation, en l'espèce le droit relatif aux Indiens et à leurs intérêts dans les terres des réserves, et le troisième, que la loi spécifique qui servira à trancher le litige soit «une loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On n'aura aucune difficulté à respecter le troisième élément du critère si le litige doit être tranché en fonction d'un texte de loi fédéral existant.

which is relied on is not federal legislation but so-called "federal common law" or if federal law is not exclusively applicable to the issue in dispute.

Here, there is no issue that paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act* meets the first element.

In refusing to dismiss this action as against Hoogerdyk, the learned Trial Judge relied on this Court's decision in *Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149, which he characterized as "the closest, among a confusing array of decisions of the Appeal Division of this Court, to the present situation". *Oag* brought an action in tort for damages against the Crown in right of Canada and a number of its servants following a ruling by the Supreme Court of Canada, *Oag v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 658; (1983), 52 A.R. 347; 41 O.R. (2d) 271; 147 D.L.R. (3d) 528; [1984] 1 W.W.R. 191; 29 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.R. (3d) 97; 52 N.R. 258, that the National Parole Board had wrongly revoked his release on mandatory supervision. Stone J., delivering the judgment of this Court held, at pages 520 ff F.C.:

There thus appears, to use the phrase of Laskin, C.J.C., in the *Rhine and Prytula* case, "a detailed statutory framework" of federal law under which the appellant not only acquired the right to be free but also the right to remain so. It must be emphasized that, as he remained under sentence, the quality of freedom he enjoyed was not the same as that possessed by a person not under sentence. Its limits were demarcated by federal statutes. If the torts of false arrest and imprisonment were committed as alleged, they were committed because his right to remain free thus delineated was interfered with. I do not think that law need expressly provide a remedy for such interference for the claims to be governed by it. These torts, in my view depend for their existence upon federal law; any provable damages resulting from their commission are recoverable in the Trial Division. I have concluded that the claims are provided for in the "laws of Canada" or "federal law".

Can it be said that the limits of the respondent's right to remain free, said to have been trespassed upon by Hoogerdyk, were likewise demarcated by the *Immigration Act, 1976*?

Comme on le verra, des problèmes peuvent cependant surgir si la loi du Canada invoquée est non pas un texte de loi fédéral mais ce qu'on appelle de la «*common law fédérale*», ou si la loi fédérale n'est pas la seule applicable à la question en litige.

^a En l'espèce, il n'est pas contesté que l'alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* satisfait au premier critère.

En refusant de rejeter l'action de l'intimé dans ^b la mesure où elle vise Hoogerdyk, le juge de première instance s'est appuyé sur la décision de cette Cour dans l'affaire *Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 430; 73 N.R. 149, dont il a dit «l'affaire *Oag* est celle qui ^c présente le plus d'analogies, parmi un ensemble impressionnant et déroutant de décisions de la Section d'appel de cette Cour, avec la présente situation». *Oag* avait intenté une action en dommages-intérêts contre la Couronne du chef du Canada et certains de ses préposés à la suite d'une affirmation de la Cour suprême du Canada, *Oag c. La Reine et autres*, [1983] 1 R.C.S. 658; (1983), 52 A.R. 347; 41 O.R. (2d) 271; 147 D.L.R. (3d) 528; [1984] 1 W.W.R. 191; 29 Alta. L.R. (2d) 1; 33 C.R. (3d) 97; 52 N.R. 258, voulant que la Commission nationale des libérations conditionnelles ait à tort révoqué sa libération sous surveillance obligatoire. Le juge Stone, qui rendait le jugement de notre Cour, a statué aux pages 520 et suivantes ^f C.F.:

Il en résulte donc, pour utiliser l'expression du juge en chef Laskin dans l'affaire *Rhine et Prytula*, «un cadre législatif détaillé» de droit fédéral en vertu duquel l'appelant a acquis non seulement le droit d'être libre mais également celui de ^g rester. Il faut souligner que, comme il restait sous l'effet d'une condamnation, la liberté dont il jouissait n'était pas la même que celle que possède une personne qui ne fait pas l'objet d'une condamnation. Ses limites étaient fixées par des lois fédérales. S'il y a eu arrestation illégale et emprisonnement arbitraire comme il a été allégué, ces délits ont été commis parce qu'on a ^h porté atteinte au droit de l'appelant, ainsi délimité, de rester libre. Je ne crois pas que la loi ait à prévoir expressément un recours à l'égard d'une telle atteinte pour que les demandes soient régies par elle. L'existence de ces délits, à mon avis, repose sur le droit fédéral; les dommages-intérêts qui résultent de la perpétration de ces délits prouvables peuvent être recou- ⁱ vrés en Division de première instance. J'en suis arrivé à la conclusion que les demandes sont prévues dans les «lois du Canada» ou le «droit fédéral».

Peut-on dire que les limites du droit de l'intimé de ^j rester en liberté, que Hoogerdyk aurait excédées, étaient également fixées par la *Loi sur l'immigration de 1976*?

The provision specifically pleaded is subsection 104(2) of the *Immigration Act, 1976*, now subsection 103(2) of the *Immigration Act, R.S.C., 1985*, c. I-2.

103. ...

(2) Every peace officer in Canada, whether appointed under the laws of Canada or of any province or municipality thereof, and every immigration officer may, without the issue of a warrant, an order or a direction for arrest or detention, arrest and detain or arrest and make an order to detain

(a) for an inquiry, any person who on reasonable grounds is suspected of being a person referred to in paragraph 27(2)(b), (e), (f), (g), (h), (i) or (j), or

(b) for removal from Canada, any person against whom a removal order has been made that is to be executed,

where, in his opinion, the person poses a danger to the public or would not otherwise appear for the inquiry or for removal from Canada.

To date, in its reported decisions, the Supreme Court appears to have recognized two types of cases as involving the necessary application of federal law, absent express federal statutory prescription of the law, so as to engage the Federal Court's jurisdiction. One involves the incorporation by statute into federal law of law other than statute law and the second involves the existence of a federal statutory framework supporting a cause of action even though its resolution may require, largely if not entirely, application of law that is neither federal legislation nor incorporated into federal law by legislation. The first category is exemplified by the *ITO* and *Roberts* decisions; the second by the *Rhine v. The Queen*; *Prytula v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290.

In *ITO*, Canadian maritime law was so found and, in *Roberts*, it was the common law of aboriginal titles. In the former case, the adoption by Parliament, by section 2 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] of a definition which comprehended the non-statute law upon which the cause of action was based was found to suffice.

La disposition expressément invoquée est le paragraphe 104(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, aujourd'hui le paragraphe 103(2) de la *Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985)*, chap. I-2.

a 103. ...

(2) L'agent de la paix, qu'il soit nommé en vertu d'une loi fédérale ou provinciale ou d'un règlement municipal, et l'agent d'immigration peuvent, sans mandat, ordre ou instruction à cet effet, arrêter et garder ou arrêter et faire garder:

b a) aux fins d'enquête, toute personne soupçonnée, pour des motifs raisonnables, de faire partie de l'une des catégories visées aux alinéas 27(2)b), e), f), g), h), i) ou j) et qui, à leur avis, constitue une menace pour la sécurité publique ou se dérobera à l'enquête;

c b) aux fins de renvoi du Canada, toute personne frappée par une mesure de renvoi exécutoire et qui, à leur avis, constitue une menace pour la sécurité publique ou n'obtempérera pas à la mesure.

d

Jusqu'à maintenant, il semble que la Cour suprême ait reconnu, dans ses arrêts publiés, deux genres de situations qui nécessitent l'application du droit fédéral, en l'absence d'une disposition expresse dans une loi fédérale, de façon à entraîner la compétence de la Cour fédérale. La première situation vise l'insertion dans le droit fédéral au moyen d'une loi, du droit autre que le droit écrit, et la seconde implique l'existence d'un cadre législatif fédéral étayant une cause d'action bien que le règlement de cette dernière puisse exiger, dans une grande mesure sinon entièrement, l'application d'un droit qui n'est ni une loi fédérale, ni incorporé dans le droit fédéral par une disposition législative. Les arrêts *ITO* et *Roberts* illustrent la première situation; la seconde se retrouve dans l'arrêt *Rhine c. La Reine et Prytula c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442; (1980), 116 D.L.R. (3d) 385; 34 N.R. 290.

h 290.

Dans l'arrêt *ITO*, il a été statué que le droit maritime canadien relevait de la première catégorie susmentionnée, alors que dans l'arrêt *Roberts*, la même conclusion a été tirée à l'égard de la *common law* du titre aborigène. Dans le premier cas, l'adoption par le Parlement, au moyen de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10], d'une définition qui comprenait le droit non écrit sur lequel reposait la cause d'action a été trouvée suffisante.

j

2. In this Act,

“Canadian maritime law” means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute, or that would have been so administered if that Court had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this or any other Act of Parliament of Canada.

McIntyre J. at page 774 [ITO], expressed the conclusion as follows:

In my view the second part of the s. 2 definition of Canadian maritime law was adopted for the purpose of assuring that Canadian maritime law would include an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters. As such, it constitutes a statutory recognition of Canadian maritime law as a body of federal law dealing with all claims in respect of maritime and admiralty matters. Those matters are not to be considered as having been frozen by *The Admiralty Act, 1934*. On the contrary, the words “maritime” and “admiralty” should be interpreted within the modern context of commerce and shipping. In reality, the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*.

Likewise, in *Roberts* at page 340, Wilson J., stated her reason for concluding that the law of aboriginal title was federal common law.

... the question for us, therefore, is whether the law of aboriginal title is federal common law.

I believe that it is ... While, as was made clear in *Guerin*, ([1984] 2 S.C.R. 335), s. 18(1) of the *Indian Act* did not create the unique relationship between the Crown and the Indians, it certainly incorporated it into federal law by affirming that “reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart”.

Roberts is instructive here in two other respects. It reiterates, at page 338, the proposition, originally stated in *McNamara*, that federal legislative competence is not alone enough to satisfy the third element. It also considered, at pages 331 ff., but expressed no concluded opinion on the “intertwining” basis of jurisdiction propounded by the Trial Division in *Marshall v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 437. It did suggest, at page 334, that “it does not appear to find support in the existing jurisprudence ... nor indeed in the wording of s. 101”. This Court, in *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84

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

«droit maritime canadien» Droit—compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale—dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la *Loi sur l'Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

Le juge McIntyre, à la page 774 [ITO], a exprimé la conclusion suivante:

À mon avis, la seconde partie de la définition que donne l'art. 2 du droit maritime canadien a été adoptée afin d'assurer que le droit maritime canadien comprenne une compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté. À ce titre, elle constitue une reconnaissance légale du droit maritime canadien comme ensemble de règles de droit fédérales portant sur toute demande en matière maritime et d'amirauté. On ne saurait considérer ces matières comme ayant été figées par la *Loi d'amirauté, 1934*. Au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau. En réalité, l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établie par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

De la même façon, à la page 340 de l'arrêt *Roberts*, le juge Wilson a expliqué les raisons pour lesquelles elle en est arrivée à la conclusion que le droit applicable au titre aborigène était de la *common law* fédérale.

... la question à laquelle nous devons donc répondre est donc de savoir si la loi applicable au titre aborigène est de la *common law* fédérale.

Je crois qu'elle l'est ... Bien que, comme le dit clairement l'arrêt *Guerin*, ([1984] 2 R.C.S. 335) le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens* n'ait pas créé la relation unique qui existe entre la Couronne et les Indiens, il l'a certainement incorporée dans la loi fédérale en affirmant que «Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté».

L'arrêt *Roberts* nous éclaire à deux autres égards. Il répète, à la page 338, la proposition exprimée à l'origine dans l'arrêt *McNamara*, voulant que la compétence législative fédérale ne suffise pas à elle seule à satisfaire au troisième volet du critère qui sert à établir la compétence de la Cour fédérale. Il examine également, aux pages 331 et suivantes sans toutefois tirer de conclusion à cet égard, la notion de compétence fondée sur des demandes «étroitement liées» exposée par la Section de première instance dans l'arrêt *Marshall c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 437. Il laisse cependant entendre, à la page 334, que cette notion «ne paraît cependant pas trouver appui dans la jurisprudence

N.R. 163 (C.A.), held *Marshall* to have been wrongly decided.

The other class of cases in which the Supreme Court has found the causes of action to be sustained by the law of Canada in the section 101 sense is exemplified by the *Rhine and Prytula* case referred to by Stone J., in the passage quoted from the *Oag* decision. That case was concerned with the recovery of debts by the Crown in right of Canada from private persons. The debts had been respectively incurred under the provisions of the *Prairie Grain Advance Payments Act*, now R.S.C., 1985, c. P-18, and the *Canada Student Loans Act*, now R.S.C., 1985, c. S-23. In the former, the debt resulted from the direct advance of monies by the Crown; in the latter, from the Crown's guarantee of bank advances. The *ratio* as to grain advances, stated at pages 446 ff, was:

... it is contended that there is simply the enforcement of an ordinary contractual obligation which owes nothing to federal law other than its origin in the statutory authorization to make the advance.

I do not agree that the matter can be disposed of in such simple terms. What we have here is a detailed statutory framework under which advances for prospective grain deliveries are authorized as part of an overall scheme for the marketing of grain produced in Canada. An examination of the *Prairie Grain Advance Payments Act* itself lends emphasis to its place in the overall scheme. True, there is an undertaking or a contractual consequence of the application of the Act but that does not mean that the Act is left behind once the undertaking or contract is made. At every turn, the Act has its impact on the undertaking so as to make it proper to say that there is here existing and valid federal law to govern the transaction which became the subject of litigation in the Federal Court. It should hardly be necessary to add that "contract" or other legal institutions, such as "tort" cannot be invariably attributed to sole provincial legislative regulation or be deemed to be, as common law, solely matters of provincial law.

That was applied, with refinements immaterial to the present discussion because of the guarantee, to the student loans.

existante... ni même dans le texte de l'art. 101». Cette Cour, dans l'arrêt *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.), a statué que la décision rendue dans l'affaire *Marshall* était erronée.

L'arrêt *Rhine et Prytula*, dont fait mention le juge Stone dans le passage précité de l'arrêt *Oag*, illustre l'autre catégorie d'instances dont les causes d'actions, selon les conclusions de la Cour suprême, s'appuient sur les lois du Canada au sens de l'article 101. Cet arrêt traitait du recouvrement de dettes par la Couronne du chef du Canada auprès de particuliers. Les dettes découlaient respectivement des dispositions de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies*, aujourd'hui le chapitre P-18 des L.R.C. de 1985, et de la *Loi fédérale sur les prêts aux étudiants*, aujourd'hui le chapitre S-23 des L.R.C. de 1985. Dans le premier cas, la dette résultait d'un paiement anticipé direct de la Couronne; dans le second cas, elle résultait de la garantie par la Couronne de sommes avancées par la banque. Le considérant de la décision concernant les paiements anticipés pour le grain, énoncé aux pages 445 et suivantes, était le suivant:

... on prétend qu'il s'agit simplement de l'exécution d'une obligation contractuelle ordinaire qui ne relève aucunement de la législation fédérale, si ce n'est qu'elle tire son origine de l'autorisation législative de verser le paiement anticipé.

Je ne peux admettre que l'on puisse régler l'affaire en des termes aussi simples. Nous sommes en présence d'un cadre législatif détaillé qui autorise des paiements anticipés pour des livraisons éventuelles de grain; c'est un élément d'un plan d'ensemble pour la commercialisation du grain produit au Canada. Un examen de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies* elle-même met en lumière la place que celle-ci prend dans le plan d'ensemble. Certes, l'application de la Loi emporte un engagement ou des conséquences contractuelles, mais cela ne veut pas dire que la Loi est mise à l'écart une fois l'engagement pris ou le contrat signé. La Loi a constamment des répercussions sur l'engagement, de sorte que l'on peut dire à bon droit qu'il existe une législation fédérale valide qui régit l'opération, objet du litige devant la Cour fédérale. Est-il nécessaire d'ajouter qu'on ne peut invariablement attribuer les «contrats» ou les autres créations juridiques, comme les délits et quasi-délits, au contrôle législatif provincial exclusif, ni les considérer, de même que la *common law*, comme des matières ressortissant exclusivement au droit provincial.

Cela s'est appliqué, avec des raffinements sans importance pour la présente discussion en raison de la garantie, aux prêts aux étudiants.

I should probably refrain from adding to the array of this Court's confusing decisions but it does seem to me, with respect, that the very recent recognition, in *Roberts*, of the clear overlap between the second and third elements of the test suggests a basis for rational reconciliation of the confusion. The second element requires an existing body of federal law to do two very different things: (1) to be essential to the disposition of the case and (2) to nourish the statutory grant of jurisdiction. It speaks of the same body of law but it seems apparent that the law essential to disposition will not necessarily be the same law as that which may nourish a statutory grant of jurisdiction. Perhaps where, as in *Rhine and Prytula*, the third element is supplied by a comprehensive statutory framework, that in itself can be taken as the existing federal law which nourishes the statutory grant to such an extent as to demand little, if anything, in the way of discrete federal law essential to the disposition of the case. In other words, the relationship between the parties being entirely a creature of federal law, the law to be applied in the resolution of disputes arising out of that relationship is also taken to be federal law even though it is neither expressed nor expressly incorporated by federal statute. That would appear to have been the case in *Rhine and Prytula* where it is nowhere suggested that the law by which the debtors' liability to the Crown would actually be determined was anything other than that by which liability for an ordinary commercial obligation would routinely be determined.

Subsection 103(2) of the *Immigration Act* not only defines the authority of immigration officers and others to arrest and detain aliens in Canada for purposes of that Act; it sets the limit on their right to be at liberty in Canada while awaiting an inquiry or removal, as the case may be. It is federal law which, in the cause of action pleaded here, is the law upon which the respondent's case is based, is essential to its disposition and which also

Je devrais probablement éviter d'ajouter à l'ensemble impressionnant et déroutant de décisions de cette Cour mais il me semble, en toute déférence, que la reconnaissance toute récente, dans l'arrêt *Roberts*, du chevauchement évident des deuxième et troisième volets du critère en cause suggère un fondement à la conciliation rationnelle de la confusion. Le second volet exige l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales qui doit avoir deux vocations tout à fait différentes; il doit être (1) essentiel à la solution du litige et (2) constituer le fondement de l'attribution légale de compétence. Il vise le même ensemble de règles de droit, mais il semble évident que les règles de droit essentielles à la solution du litige ne seront pas nécessairement les mêmes qui constitueront le fondement de l'attribution légale de compétence. Il se peut que lorsque le troisième volet est respecté, comme c'est le cas dans l'arrêt *Rhine et Prytula*, par la présence d'un cadre législatif détaillé, celui-ci peut en soi être considéré comme étant l'ensemble de règles de droit fédérales qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence dans une mesure suffisamment grande pour se passer largement, sinon complètement, des règles de droit fédérales essentielles à la solution du litige. En d'autres termes, le rapport entre les parties découlant uniquement du droit fédéral, le droit applicable au règlement des litiges qui procèdent de ce rapport est aussi considéré comme étant des règles de droit fédérales, bien qu'elles ne soient ni exposées ni expressément incorporées dans une loi fédérale. Il semblerait que cela ait été le cas dans l'arrêt *Rhine et Prytula* qui ne laisse nullement entendre que le droit applicable à la responsabilité du débiteur à l'égard de la Couronne est autre chose que celui qui sert aussi communément à établir la responsabilité d'un débiteur à l'égard d'une dette commerciale ordinaire.

Le paragraphe 103(2) de la *Loi sur l'immigration* ne définit pas seulement le pouvoir des agents d'immigration et d'autres personnes d'arrêter et de garder des étrangers au Canada aux fins de la Loi; il fixe les limites imposées au droit de ces derniers de rester en liberté au Canada en attendant leur enquête ou leur renvoi, selon le cas. Ce sont des règles de droit fédérales qui, dans la cause d'action plaidée en l'espèce, constituent le droit sur lequel se fonde l'action de l'intimé, qui sont essentielles à la solution du litige et aussi qui constituent le

nourishes the grant of jurisdiction by subsection 17(5) of the *Federal Court Act*.

All three elements of the test are met in this case. I would dismiss the appeal with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DESJARDINS J.A.: Said Mohamed Kigowa, the respondent in this case, is a resident of Kenya who jumped ship at Nanaimo, British Columbia. In all likelihood, he was then under a duty to appear at a port of entry.² His arrest by an immigration officer on March 22, 1987 and his detention till the afternoon of March 23, 1987 prompted him to file an action in damages before the Trial Division on March 22, 1989, alleging illegal arrest and detention by the immigration officer.

The issue raised by the appellants is whether the Federal Court of Canada has jurisdiction to hear his case.

I agree with the reasons for judgment of Mahoney J.A. which I had the advantage of reading in draft. I add only one short comment.

Although damages are claimed by way of relief, the basis of the respondent's action does not rest on a common law right of freedom against illegal arrest. Being an alien, he had no right of entry

² Subsection 12(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 provides:

12. (1) Every person seeking to come into Canada shall appear before an immigration officer at a port of entry, or at such other place as may be designated by a senior immigration officer, for examination to determine whether that person is a person who shall be allowed to come into Canada or may be granted admission.

fondement de l'attribution légale de compétence au paragraphe 17(5) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

^a Les trois éléments du critère sont respectés en l'espèce. Je rejetterais l'appel avec dépens.

* * *

b

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

c

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Said Mohamed Kigowa, l'intimé en l'espèce, est un résident du Kenya qui a déserté son navire à Nanaimo (Colombie-Britannique). Vraisemblablement, il était alors tenu de se présenter à un point d'entrée². Son arrestation par un agent d'immigration le 22 mars 1987 et sa détention jusqu'à l'après-midi du 23 mars 1987 l'ont incité à engager une action en dommages-intérêts devant la Section de première instance le 22 mars 1989, au motif qu'il y avait eu arrestation et détention illégales de la part de l'agent d'immigration.

f La question litigieuse soulevée par les appelants vise la compétence de la Cour fédérale du Canada à l'égard de cette affaire.

g Je suis d'accord avec les motifs de jugement du juge Mahoney, J.C.A., dont j'ai eu l'avantage de lire le projet. Je n'ajouterai qu'un bref commentaire.

h

Bien que l'intimé réclame des dommages-intérêts en guise de réparation, son action ne repose pas sur un droit en *common law* à la protection contre l'arrestation illégale. Étant un étranger, il

² Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, prévoit ce qui suit:

12. (1) Quiconque cherche à entrer au Canada est tenu de se présenter devant un agent d'immigration à un point d'entrée ou à tout autre lieu désigné par l'agent principal en vue de l'interrogatoire visant à déterminer s'il est autorisé à entrer au Canada ou s'il peut y être admis.

under the common law,³ consequently, no right of movement once he had entered illegally. The case at bar is distinct from actions in damages under the common law which the respondent might have in common with others. Had the respondent been hurt by a motor vehicle or assaulted, a civil action in tort would have been open to him like any other person in Canada. But here, whatever right of movement the respondent may claim to have and wish to assert is governed by the *Immigration Act*, a "law of Canada".

The threefold test giving rise to the jurisdiction of the Federal Court being met, I would dismiss the appeal with costs.

ne jouissait d'aucun droit d'entrée au Canada en vertu de la *common law*³, et donc, d'aucun droit d'y circuler après être entré illégalement. L'action en l'espèce diffère des actions en dommages-intérêts prévues par la *common law* qui pourraient s'offrir à l'intimé comme à quiconque. Si l'intimé avait été blessé par un véhicule automobile ou agressé, il aurait pu engager une action délictuelle comme toute autre personne au Canada. Mais en l'espèce, tout droit de circulation auquel peut prétendre l'intimé et qu'il souhaite faire respecter est régi par la *Loi sur l'immigration*, une «loi du Canada».

Le critère à trois volets applicable à la compétence de la Cour fédérale étant respecté, je rejette-rais l'appel avec dépens.

³ *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Azam*, [1973] 2 All ER 741 (C.A.), at p. 747.

At common law no alien has any right to enter this country except by leave of the Crown; and the Crown can refuse leave without giving any reason: see *Schmidt v Secretary of State for Home Affairs* ([1969] 2 Ch. 149 at p. 168). If he comes by leave, the Crown can impose such conditions as it thinks fit, as to his length of stay, or otherwise. He has no right whatever to remain here. He is liable to be sent home to his own country at any time if, in the opinion of the Crown, his presence here is not conducive to the public good; and for this purpose, the executive may arrest him and put him on board a ship or aircraft bound for his own country: see *R v Brixton Prison (Governor), ex parte Soblen* ([1963] 2 QB 243 at pp. 300, 301). The position of aliens at common law has since been covered by the various regulations; but the principles remain the same.

³ *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Azam*, [1973] 2 All ER 741 (C.A.), à la p. 747.

[TRADUCTION] En *common law*, aucun étranger n'a le droit d'entrer dans ce pays si ce n'est par autorisation de la Couronne, et celle-ci peut refuser son autorisation sans donner de motif: voir *Schmidt v Secretary of State for Home Affairs* ([1969] 2 Ch. 149, à la p. 168). La Couronne peut imposer à celui qui entre au pays grâce à son autorisation les conditions qu'elle estime indiquées, qu'elles concernent la durée de son séjour ou autre chose. L'étranger ne possède aucun droit de demeurer ici. Il peut être renvoyé dans son propre pays en tout temps si la Couronne estime que sa présence chez nous n'est pas dans l'intérêt public; et à cette fin, l'exécutif peut l'arrêter et le mettre à bord d'un navire ou d'un aéronef en partance pour son propre pays: voir *R v Brixton Prison (Governor), ex parte Soblen* ([1963] 2 QB 243, aux p. 300 et 301). Divers règlements ont depuis traité de la situation des étrangers en *common law*, mais les principes restent les mêmes.

DIGESTS

Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.

Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.

ARMED FORCES

Application to prohibit incarceration pending hearing on merits of prohibition application on grounds ss. 7, 9, 15(1), 24(1) Charter rights breached in sentence appeal—Applicant member of Canadian Armed Forces based in Germany—Convicted of driving while impaired—Sentenced to 4 months' detention—Appeals as to conviction and sentence dismissed—Interim injunction granted—No cause for prejudice to good order and discipline of armed forces—Applicant enjoying so far long and exemplary career—Balance of convenience lying in maintaining *status quo*—Conflicting evidence as to whether certain basic procedural rules not respected—Proceedings in National Defence Act re severity of sentence appeals not yet subjected to Charter challenge—Carrying out of sentence likely requiring transfer to Edmonton—If sentence carried out prior to hearing on merits possible relief under Charter being nugatory—Whether s. 1 of Charter applicable—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 7, 9, 15(1), 24(1).

DUNCAN v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T-2094-89, Joyal J., order dated 13/10/89, 6 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

CHARTER OF RIGHTS

Fundamental Freedoms

Appeal against dismissal of action under R. 419(a)—Appellant member of Quakers—Withholding portion of tax payable pursuant to Income Tax Act approximately equal to percentage of federal budget used for military expenditures and depositing with peace fund—Claiming ss. 2(a) and 15(1) Charter rights infringed—Appeal dismissed—Leave to amend denied—*Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735 and *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441 applied—Adoption of Trial Judge's reasons ([1988] 2 F.C. 371)—Existence or absence of connection between taxes levied and moneys expended for military purposes question of law—Right to exercise freedom of conscience and religion not infringed—Taxes paid not identifying appellant with any functions of Government of Canada—Charter not overriding other provisions of Constitution: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*,

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

[1987] 1 S.C.R. 1148—Charter not overriding power to levy taxes for military purposes under s. 91 of Constitution—Relief sought being legislative and therefore beyond jurisdiction of Court—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 2(a), 15(1)—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1), s. 91—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a).

PRIOR v. CANADA (A-179-88, Marceau J.A., judgment dated 10/10/89, 6 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

EXCISE TAX ACT

Balance of refund claimed for sales taxes paid, under protest, pursuant to s. 27(1) of Act—Plaintiff manufacturing pre-cast concrete septic tanks—Ongoing dispute re sales tax liability thereon—Letter sent by plaintiff advising imposition of sales tax wrongful act—Defendant's district office requiring plaintiff to pay pending review by Justice Department—Following decision of *Superior Pre-Kast Septic Tanks Ltd. v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 612 wherein Court ruled in favour of manufacturer holding septic tanks falling with s. 26(4) exemption of Act, plaintiff filing for refund—Defendant relying on time limitation provisions (s. 44(6),(7) of Act) to justify only partial refund—Plaintiff entitled to full refund of sales tax paid—Letter constituting "application in writing" for purposes of preserving prescribed time limit—Plaintiff continuing to pay tax of dubious legality under protest in compliance with direction not committing error of law, there being no mistake of law or fact—S. 44(7) time limitations not applying: *The Queen v. Premier Mouton Products Inc.*, [1961] S.C.R. 361—Principle of construing strictly and against taxing authorities law imposing taxation applied: *Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. v. M.N.R.* (1985), 9 C.E.R. 1 (F.C.A.)—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 26(4), 27(1) (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 62, s. 1; 1974-75-76, c. 24, s. 13), 44(6),(7), 47(7) (as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 34).

MONARCH CONCRETE PRODUCTS LTD. v. CANADA (T-4010-79, Jerome A.C.J., judgment dated 4/10/89, 8 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

Appeal from trial decision applying clear meaning of s. 59(4) of Act as stood prior to 1980—Appeal dismissed—Although strict application of section of Act not without unfairness in context of shorter limitation period applying to right to contest tax payment as opposed to longer period applying to payment of taxes paid by mistake, statutory provision too explicit not to be given clear meaning—Excise Tax Act, R.S.C., 1970, c. E-13, s. 59(4).

BALADINE INC. v. CANADA (A-756-86, MacGuigan J.A., judgment dated 27/9/89, 1 p.)

ENVIRONMENT

Injunctions—Motion for interlocutory injunction restraining dredging of St. Clair River and dumping of spoil in Lake St. Clair near claimed reserve boundary until further environmental impact study carried out—Application for declaration dumping constituting trespass—Claim dredging contract undertaken without full environmental assessment of toxicity of dredged materials suspected of containing certain contaminants—Applicant relying on Upper Great Lakes Connecting Channels Study—Claiming respondents under positive obligation to conduct further environmental impact study under Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order—Respondents claiming dredging spoil not containing suspected contaminants and all prescribed environmental assessment protocols and procedures followed—Whether applicants meeting threshold test for granting of injunction—Motion dismissed—*American Cyanamid* “serious issue” test and balance of convenience including irreparable harm test applied: *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.); *Manitoba (A.G.) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110—Although serious question test met, applicants failing to prove on balance of probability would suffer greater harm than respondents—Balance of convenience test not met—Trespass not something damages could not adequately compensate—Section of St. Clair River important waterway link for commercial shipping—One respondent standing to lose \$500,000 under contract if injunction granted—Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

WALPOLE ISLAND INDIAN BAND v. CANADA (MINISTER OF ENVIRONMENT) (T-2004-89, McNair J., order dated 18/10/89, 9 pp.)

EXPROPRIATION

Determination respecting state of title of expropriated lands—Three lots (“A”, “B” and “C”) lying above, and one (“D”) below, ordinary high water mark in Shelburne County, Nova Scotia—Required for harbour improvements—Parcels “A”, “B” and “C” found to be owned in fee simple by Stephen J. Lupis and Beatrice S. Lupis, registered owners under warranty deed dated 1975—Parcel “D” owned by Crown in right

EXPROPRIATION—Concluded

of Province of Nova Scotia—Expropriation Act, R.S.C., 1985, c. E-21, s. 18.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. NOVA SCOTIA (T-1347-89, MacKay J., determination dated 1/11/89, 5 pp.)

IMMIGRATION

Application for *certiorari* quashing denial of landing and *mandamus* to process in accordance with Policy Guidelines and law—Applicant citizen of People’s Republic of China—Arriving in Vancouver in transit with exit visa for immigration to Guyana—Receiving visitor’s one-day permit—Overstaying visa—Applying for landing as permanent resident from within Canada—Officer finding insufficient humanitarian and compassionate grounds based on finding of fact escape from China premeditated, applicant never intending to go to Guyana—Applicant claiming Convention refugee status—After interview claiming to have mis-stated income on low side—Officer finding applicant not successfully established, income not sufficient, no foreseen hardship if returned to China—Subsequent information not changing finding—Request for Minister’s permit refused—Present application dismissed—Claims for relief not founded—(1) Officer properly exercising discretion in considering and in finding humanitarian aspects of case insufficient—Reasons for refusal within scope of Policy Guidelines—Officer to consider applicant’s reasons for not applying abroad since reasons could be deciding factor in making judgment—Officer’s failure to elaborate not amounting to improper exercise of discretion—(2) No evidence additional information submitted not considered—Wide discretion given to officer under s. 5 of Regulations: *Kumar v. Minister of Employment and Immigration* (1987), 10 F.T.R. 251 (F.C.T.D.)—Granting of ministerial permits under Act administrative matter: *Minister of Manpower and Immigration v. Hardayal*, [1978] 1 S.C.R. 470—No evidence Minister acting unfairly or with improper motive—Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 9, 37, 115(2)—Refugee Claims Backlog Regulations, SOR/86-701, s. 5(1)(d).

SU v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1918-87, Jerome A.C.J., order dated 20/10/89, 10 pp.)

Appeal from Immigration Board decision based on s. 19(1)(a)(ii) of Immigration Act dismissing appeal from immigration officer’s denial of visa to admit applicant’s father—Medical profile stating “father having medical condition whose prognosis cannot as yet be determined and which may deteriorate requiring repeated hospitalizations and placing an excessive burden on health and social services”—Appeal allowed—Medical profile self-contradictory—Probability as to treatment is deduced by Board from mere possibility as to health deterioration—Although certainty in prognosis not required Act requiring expression of probabilities: *Hiramen v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 65 N.R. 67 (F.C.A.)—Lay opinion by dissenting Board member, questioning medical prognosis, rejected following *Pattar v. Minister of Employment*

IMMIGRATION—Continued

and *Immigration* (1988), 98 N.R. 98 (F.C.A.)—Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 19(1)(a)(ii).

BADWAL V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1193-88, MacGuigan J.A., judgment dated 14/11/89, 5 pp.)

REFUGEE STATUS

Motion for stay to prohibit respondent from proceeding with "credible basis" hearing until Court disposes of application to quash decision insufficient humanitarian and compassionate grounds upon which to accept application for permanent residence—"Credible basis" hearing could result in prompt removal from Canada—Allegation unfair to proceed when humanitarian and compassionate review done on unfair basis and when no existing legislation in place for holding of credible basis hearing—Argument applicant should be afforded benefit of Policy Guidelines concerning citizens of People's Republic of China—Applicant arriving in Canada and claiming refugee status prior to massacre at Tiananmen Square on June 4, 1989—Refugee status claim based on fear of persecution by reason of political opinion, but immigration form not disclosing membership in any military, political, social, youth, student or vocational organizations—"Backlog clearance process" unofficial as not yet established by regulation—Ministerial policy to grant landing on humanitarian and compassionate grounds to claimants arriving from China after massacre—Those making prior claims ineligible under that policy—Also alleging outcome of another case before Federal Court of Appeal, questioning constitutionality of test applied by tribunal, crucial—Seriousness and importance of issues to be adjudicated assumed—Federal law re: immigration in state of imprecision and flux—Absurd and unjust if proceedings rendered nugatory by operation of process—Applicant required to undergo current procedures, but Minister not to make absolute or unconditional order against him—Decision not intended to limit immigration laws in general—Only applies to named applicants, and only because law in state of confusion, lack of pertinent regulations and multitude of Minister's directives—As relief sought under s. 18, required to first obtain leave under s. 83.1—Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 48(4) (as am. by S.C. 1988, c. 35, s. 14), 48.01 (as enacted *idem*), s. 59 (as am. *idem*, s. 18), 83.1 (as enacted *idem*, s. 19), 83.2 (as enacted *idem*)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 26, 28, 30, 50.

YHAP V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (89-T-676, Muldoon J., order dated 12/10/89, 14 pp.)

S. 28 application to review and set aside Immigration Appeal Board decision applicant not Convention refugee—Board dismissing evidence for lack of credibility—Applicant teacher from Ghana—Asserting fear of persecution because of political opinion—Application allowed on two grounds—(1) Board erred in making adverse findings of credibility—Board's reasons sparse—Inferred grounds for Board's disbelief either without merit, irrelevant or inconsequential—Applicant's evidence consistent, neither contradicted nor inherently suspect or improbable—(2) Board's reasons silent as to why evidence not credible—Board has duty to applicant to give reasons for rejecting

IMMIGRATION—Concluded

refugee claim on ground of credibility in clear and unmistakable terms—Duty to state grounds for disbelief must be clearly stated if an appearance of arbitrariness is to be avoided and such duty applies with equal weight to decisions of tribunals: *Re Pitts and Director of Family Benefits Branch of the Ministry of Community and Social Services* (1985), 51 O.R. (2d) 302 (Div. Ct.)—Both subjective and objective components of test set out in *Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (F.C.A.) met—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

ARMSON V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-313-88, Heald J.A., judgment dated 5/9/89, 11 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Capital Cost Allowance

Minister disallowing capital cost allowances for years 1970 and 1971 and adding other undisclosed amounts to income for 1971—Penalties under federal and provincial statutes levied—Plaintiff retiring from law partnership in 1971—Firm statements showing sum paid out of capital account—Further amount paid by firm to plaintiff as one-quarter share of accounts and work-in-progress—Plaintiff alleging statements not conclusive of partnership agreement—Alleging verbal arrangements whereby share of partnership earnings would be discounted with balance credited to capital—Alleging balance paid out on retirement representing return of capital used to buy into partnership—Prior to retiring plaintiff entering into limited partnership with other individuals and one business corporation in 1970—Plaintiff contributing capital of \$500—Business corporation reserving right to purchase plaintiff share for \$100—Plaintiff claiming proportionate share of partnership business losses including capital cost allowance in 1970 and 1971—Defendant disallowing claim for capital cost allowance basing CCA calculation on \$500 capital contribution of plaintiff—Defendant finding capital cost to taxpayer limited to his exposure or risk—Plaintiff disputing grounds of reassessment and raising further issues of reassessment invalidity, threats of fraud and misrepresentation by Crown counsel to plaintiff as instructing counsel in other trial, threats by departmental assessor, allegations of bad faith—At trial further allegations of bribe offered by departmental assessor, of Crown counsel acting in unprofessional and fraudulent manner and of defendant actions being vexatious and scandalous—Appeal against reassessment for 1970 dismissed—Appeal against 1971 reassessment allowed in part—Penalty under both federal and provincial statutes rescinded—Plaintiff failing to make case against defendant's reassessment regarding allowable capital costs—On facts no exposure of liability to plaintiff beyond capital contribution to limited partnership—Any contingent liability of limited partner not to be taken into account until contingency arising—Taxpayer's proportionate interest in asset not basis of calculation—Question to be decided on basis of cost to taxpayer: *Lipper v. Minister of National Revenue* (1979), 79 DTC 5246 (F.C.T.D.); *Paquin v. Minister of National Revenue* (1974), 74 DTC 1142 (T.R.B) and *Raessler v. Minister of*

INCOME TAX—Continued

National Revenue (1984), 84 DTC 1516 (T.C.C.) applied—Although evidence not discounting plausibility of capital payout to plaintiff no corroborative evidence of partnership scheme and no supporting evidence by former partners—Equally plausible plaintiff brought into partnership own clientele, files, work-in-progress and accounts receivable from previous practice—Evidence in firm financial statements of capital contribution serving to raise serious doubt as to whether penalty justified—Defendant not meeting onus of proving false return was made “knowingly” or under circumstances amounting to gross “negligence”—Facts not supporting imposition of penalty as some consistency between plaintiff’s belief and objective evidence before Court—Plaintiff’s accusations bereft of corroboration or evidence—Objective documentary evidence inconsistent with alleged dereliction of duty—Trial delays of plaintiff’s own choosing, plaintiff having carriage of action—Claim of reassessment invalidity rejected—S. 152(8) Income Tax Act stating assessment “deemed to be valid and binding notwithstanding any error, defect or omission therein”—Reassessments valid and of full force and effect: *Minister of National Revenue v. United Auto Parts Ltd.*, [1962] Ex.C.R. 96 and *Swyryda v. Minister of National Revenue* (1981), 81 DTC 5190 (Sask. Q.B.)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 152(8), 163(2), 170(2), 244(13)—British Columbia Income Tax Act 1962, S.B.C. 1962, c. 27, s. 19.

HAZLEWOOD V. CANADA (T-195-77, T-196-77, Joyal J., judgment dated 31/10/89, 14 pp.)

Deductions

Appeal from reassessments for 1979 and 1980, disallowing losses claimed from business of renting aircraft—Plaintiff having business of renting airplanes while employed as coordinator of special education by London Board of Education—Minister alleging no reasonable expectation of profit as required by Income Tax Act, s. 18—Whether reasonable expectation of profit objective determination to be made from all facts: *Moldovan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480—No reasonable business plan—Difficult to characterize plaintiff’s expectations of profit as reasonable upon comparison of actual and projected revenue flying hours—Profit and loss experience in previous years so dismal as to negate any reasonable expectation of profit—Plaintiff not trained to run business—Business operations left in hands of third parties who did nothing toward enhancing profitability for leasing concerns—Plaintiff apparently intending to plod along in succession of losses as not changing course or nature of business operations—Not meeting onus of showing reasonable, objective expectation of profit—Personal use principal reason for acquisition of plane—Entitled to deduct capital cost allowance—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 13(4) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 6), 18—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 1100(1),(15),(17),(18),(19),(20)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 337(2)(b).

POSNO V. CANADA (T-996-84, Muldoon J., judgment dated 21/8/89, 21 pp.)

Appeal of reassessments disallowing claimed rental losses—Plaintiff purchasing condominium and renting property as

INCOME TAX—Continued

MURB by deducting capital cost allowance—Subsequently declaring property as personal residence in income tax return—Taking steps to begin use of condo as second residence—Discovered building “adult oriented” and child not welcome—Deciding to rent again and declaring change of use from personal to business in tax return—Unable to rent due to various factors—Appeal allowed—Property held by plaintiff for purpose of gaining income—Plaintiff had reasonable expectation of profit from property: *Moldovan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480 criteria applied—S. 18(1)(a),(h) limitations not acting to bar proper deductions—Plaintiff evidence credible and reasonable in circumstances—Finding plaintiff would have rented but for largely unexpected negative factors—Defendant’s assumptions inconsistent with issuance of MURB certificate implying acceptance by M.N.R. property used for investment purposes—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 18(1)(a), (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 126, item 26(F)), (h), 172(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58, item 2), 248(1)(a).

MCNEILL V. CANADA (T-578-87, Jerome A.C.J., judgment dated 19/10/89, 7 pp.)

Appeal against reassessments for taxation years 1981 to 1985—Operation of supermarket in Leduc, Alberta—10% owner, B, living in Toronto with wife and four children—Corporation deducting as operating expenses amounts paid to B’s wife and four children as salaries or bonuses during taxation years 1982 to 1985—M.N.R. invoking Income Tax Act ss. 18(1)(a) and 67 and disallowing most of expenses claimed on basis not incurred for purpose of gaining income or as not reasonable in circumstances—Wife and children worked certain amount of time in store each summer—Wife allegedly providing ideas for innovations in store—On evidence, amounts accrued as salaries or bonuses for wife and four children not reasonable in circumstances—Amounts paid to family members completely out of proportion to what others receive for working in store—Slight increase in amounts allowed as expenses, otherwise, appeal dismissed.

MADUKE FOODS LTD. V. CANADA (T-2146-87, Strayer J., judgment dated 26/9/89, 12 pp.)

Farming

Appeal from Tax Court decision that plaintiff farming as sideline, limiting deduction to \$5,000/year under Income Tax Act, s. 31—Plaintiff changing jobs (leaving seniority, pension and security) to have more time and flexibility to start up sheep farm—Continuing to work as cash flow required to finance fledgling farm operation—Circumstances beyond his control i.e. drought, insect infestation and recession, resulting in losses in 1979, 1980 and 1981—Cashed RRSP and sold family holiday tractor and pleasure boat to raise money for farm—Deeply involved in provincial sheep breeders’ associations—30 hours/week devoted to job and 40 to 50 hours/week on farm—Moving family to farm—Still operating farm—Onus on plaintiff to show major preoccupation farming—Applying criteria of time spent, capital committed and profitability, taxpayer not carrying on sideline business—Mode and habit of work truly changed—Most of energy spent on sheep farming—Farming potentially chief source of income—Potentiality, rather than

INCOME TAX—Continued

actuality, important as s. 31 only applies when loss—Plaintiff entitled to deduct all farming losses—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 31 (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 7; 1979, c. 5, s. 9).

GLASS V. CANADA (T-258-85, Dubé J., judgment dated 18/10/89, 13 pp.)

Appeal from trial judgment, [1989] 1 F.C. D-6, holding dentistry chief source of appellant's income and farming sideline—Finding reasonably open to Trial Judge—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 31(1) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 7).

MACRAE V. CANADA (A-1003-88, A-1031-88, A-1032-88, Heald J.A., judgment dated 15/11/89, 2 pp.)

Income or Capital Gain

Acquisitions and sales of real estate by plaintiff—Although many properties held for long term and still held, many sold, perhaps for different reasons—Onus on plaintiff to persuade Court particular transaction should be isolated as acquired with intention other than producing profit from trading in real estate i.e. investment purposes—Overwhelming evidence plaintiff professional trader in real estate—Probably all initial acquisitions acquired with intention of long-term revenue—Acquisition at issue not sufficiently different from others to make distinction—Forming part of overall professional real estate trading enterprise in which plaintiff engaged.

O & M INVESTMENTS LTD. V. CANADA (T-2932-85, Jerome A.C.J., judgment dated 4/5/89, 5 pp.)

SEIZURES

Collection in jeopardy—Application by applicant Satellite Earth Station Technology Inc. (Satellite) under Income Tax Act s. 225.2(8) to set aside Federal Court Trial Division order, following filing of certificate and issuance of writ of *feri facias*, authorizing M.N.R. to take any of actions described in Act s. 225.1(1)(a) to (g) for collection of taxes and arrears, including seizure of 1984 Lake Renegade airplane owned by Satellite—Test established by s. 225.2(2) and by case law (*Danielson v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1987] 1 F.C. 335 (T.D.); *Laframboise v. R.*, [1986] 3 F.C. 521 (T.D.)): whether on balance of probability more likely than not collection would be jeopardized by delay—Instability of business location of company, where due to company's difficulty with several landlords, not basis for concluding delay would jeopardize collection—Taxpayer's reluctance to file tax return and to provide information about research expenditures having no significance in considering risk from delay in collection of taxes and interest—Changes in company's assets and instability in company's operations leading department officials to suspect attempt to evade payment of taxes—However, evidence not permitting to conclude, on balance of probabilities, more likely than not collection of debt due to Crown would be jeopardized by delay in collection process—Application allowed and Court order set aside pursuant to Act s. 225.2(8)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-

INCOME TAX—Concluded

72, c. 63, ss. 225.1 (as enacted by S.C. 1985, c. 45, s. 116(1); as am. by 1986, c. 24, s. 2; 1988, c. 55, s. 169), 225.2 (as enacted by S.C. 1985, c. 45, s. 116; rep. and sub. by 1988, c. 55, s. 170).

CANADA V. SATELLITE EARTH STATION TECHNOLOGY INC. (T-2308-88, MacKay J., order dated 12/10/89, 22 pp.)

LABOUR RELATIONS

Termination of employment—Respondent Cummings dependent contractor, hence employee of applicant, provided vehicle with which carried out work for applicant—Employment terminated—S. 28 application to review Canada Labour Relations Board decision ordering reinstatement of respondent Cummings and awarding him \$25,000, being amount equivalent to remuneration respondent would have received had his employment not been terminated in contravention of Canada Labour Code s. 94(3)(a)(iii) and (v)—Applicant seeking to have estimated cost to respondent of operating vehicle, as well as amount actually earned during that period, deducted from amount awarded—Amount awarded falling precisely within language of Code provision dealing with compensation—No error in Board's refusal to take account of estimated operating costs—And even if Board had erred, interpretation not so patently unreasonable as to demand judicial intervention—Application dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 99(1)(c)(ii).

FREDERICK TRANSPORT LTD. V. U.F.C.W. (A-747-88, Mahoney J.A., judgment dated 17/11/89, 3 pp.)

MARITIME LAW**CONTRACTS**

Motion requiring defendants to furnish complete details of repairs done, without authorization of Court, to vessel under arrest at instance of plaintiff—Action for rescission or right to repudiate contract for purchase of vessel not built to specifications—Defendants claiming little remaining work required to bring vessel within contract specifications—Motion granted—Defendants to answer questions as framed by plaintiff—Appropriate that defendants have opportunity to complete balance of repairs before hearing of action.

CASDEN V. COOPER ENTERPRISES LTD. (T-442-88, Martin J., order dated 18/10/89, 3 pp.)

PAROLE

Application for *certiorari* to quash decision of National Parole Board directing applicant, inmate in Cowansville Penitentiary, not be released prior to expiration of full sentence—Not demonstrating overcoming psychological problems leading to crimes for which convicted (assaults against children)—Case initially reviewed by Correctional Services—Subsequently reviewed by Board—Court not to interfere with administrative decision where imprisonment and privilege of parole involved,

PAROLE—Concluded

unless clear and unequivocal evidence decision unfair and working serious injustice on inmate—Regulations requiring Board to keep voice recording of such hearings—Mere allegation of faulty recording not sufficient to establish serious possibility gap in transcript depriving applicant of ground of review: *R. v. Hayes*, [1989] 1 S.C.R. 44—Transcript giving flavour of hearing, showing good ventilation of issues and giving appearance of fairness—Applicant sufficiently informed as to essence of allegations and given fair opportunity to answer them—All information in Services' possession given to applicant, except certain confidential information and which could have identified sources of information which Board not required to provide—Board's procedure meeting standards of fairness appropriate to situation—Pictures of victims' body parts admissible in either court of law or before administrative tribunal—Available to applicant before hearing—Admissible as substantial probative force in relation to main issue—May operate unfortunately for accused, but not unfairly—Allegation that Board members not English-speaking unsubstantiated and not supported by relevant complaints prior to Board's decision—Board acting fairly, in good faith and without bias—No infringement of Charter rights—Application dismissed—Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, ss. 21.3 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 34, s. 5), 21.4 (as enacted *idem*)—Parole Regulations, SOR/78-428, s. 16.2 (as enacted by SOR/86-817, s. 4), 17(5) (as enacted *idem*)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), s. 7.

DESJARDINS v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD)
(T-1555-89, Pinard J., order dated 5/10/89, 14 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Motion to strike counterclaim for patent invalidity—Objection to pleading of Statute of Monopolies (James I)—Allegations referable to Statute struck from defendant's pleadings without leave to amend—Under penal statute must be clear whether occasion or pretext of monopoly is alleged—Where patent involved Statute not applicable: *Peck & Co. v. Hindes, Ld.* (1898), 15 R.P.C. 113 (Q.B.D.)—If patent not involved Court having no jurisdiction: *Aca Joe International v. 147255 Canada Inc.* (1986), 10 C.P.R. (3d), 301 (F.C.T.D.)—Statute not applicable acts since taking place in Prairie Provinces—Even if Statute part of law adopted by legislatures, Statute not being capable of adoption for purposes of regulating patents—Exclusive jurisdiction of central government—An Act concerning Monopolies and Dispensations of Penal Laws, and Forfeitures thereof (1623), 21 Jac. 1, c. 3, s. 4 (U.K.).

FLEXI-COIL LTD. v. RITE WAY MANUFACTURING LTD.
(T-5768-81, Giles A.S.P., order dated 8/9/89, 4 pp.)

PRACTICE**DISCOVERY***Examination for Discovery*

Motion for discovery under R. 465(19) of person not party and not under Crown control—Alternatively for production and inspection of documents in possession of non-party under R. 464(1)—Non-party resisting appointing one of its members to attend on discovery but offering to produce documents—Discovery under way against nominee of Crown in instant action for damages pursuant to Public Works project contract—Motion for discovery of non-party refused—Declining to following *Lipper v. The Queen*, [1980] 1 F.C. 827 (T.D.)—Order for inspection of documents in possession of non-party by Crown nominee—Order for Crown nominee to reattend for inspection and to fulfill all undertakings—Basic duty of office of Crown in discovery process to fully inform himself—Fullest discovery to prevail particularly where Her Majesty one of litigants—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 464(1), 465(19).

KVN HEAVY CONSTRUCTION v. CANADA (T-585-87,
Jerome A.C.J. order dated 1/11/89, 14 pp.)

DISMISSAL OF PROCEEDINGS*Want of Prosecution*

Appeal from Senior Prothonotary's orders dismissing actions for want of prosecution—Defendant requesting twice in five-month period if plaintiffs' solicitors intended proceeding with actions and if not, advising would be seeking dismissal—No response—One plaintiff changing solicitors upon discovery of pending dismissal applications—New solicitors taking timely steps to oppose—Orders for dismissal issued—No reversible error in Senior Prothonotary's decision—*Schering Canada Inc. v. Berlex Canada Inc.* (1987), 19 C.P.R. (3d) 250 (F.C.T.D.) followed—Evidence before Senior Prothonotary of substantial delay—Whether to dismiss actions or award costs against plaintiffs matter within Senior Prothonotary's discretion—On facts discretion properly exercised—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 440.

WILDER v. CANADA (T-2350-86, Martin J., order dated
18/10/89, 4 pp.)

69464 MANITOBA LTD. v. CANADA (T-2365-86, Martin
J., order dated 18/10/89, 4 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Stay of Execution*

Motion to stay interlocutory injunction order pending disposition of appeal—As judge issuing order fully cognizant of issues and other avenues open to him, must have intended orders as given—Stay of execution would amount to variance of order and to rescission order until appeal heard.

SYNTEX INC. v. APOTEX INC. (T-1436-89, Cullen J.,
order dated 15/11/89, 3 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

Adjudicator holding employer erred in deciding to move December 26, designated paid holiday falling on day of rest as defined in collective agreement, to December 28—Employer of opinion December 28 next scheduled working day under collective agreement—Respondents entitled to “pedagogical break” from December 25 to January 2—Adjudicator correctly holding December 28 not scheduled working day—Pedagogical break not “leave of absence” within meaning of that phrase in collective agreement.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ELLIOTT (A-1072-88, Iacobucci C.J., judgment dated 25/10/89, 2 pp.)

S. 28 application to review Public Service Staff Relations Board decision re grievance under s. 92 of Act dismissed—*Per* Iacobucci C.J. (Desjardins J.A. concurring): Appendix C of collective agreement not having effect of preventing part-time employees from seeking compressed or varied work week on proportionate basis—Although Board member erred in basing decision on clause 37.02, basic entitlement existing under clause 7.11—No language restricting application to full-time employees—*Per* Pratte J.A. (dissenting): Appendix C clearly showing clause 7.11 only available to full-time employees—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 92—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. SKUCE (A-288-89, Iacobucci C.J. (Pratte J.A. dissenting), judgment dated 15/11/89, 3 pp.)

RAILWAYS

Appeal from Agency’s order establishing a Competitive Line Rate (CLR) for appellant railway (CP) under National Transportation Act, at request of shipper Alberta Gas Chemicals Inc. and Alberta Gas Chemicals Ltd. (AGCL)—AGCL shipping methanol by designated continuous route from Medicine Hat, Alberta via CP to Shelby, Montana, U.S.A., through interchange to Burlington Northern Railway (BN) at border—CP and BN both railways exclusively servicing respective portions of continuous designated route—AGCL agreeing with BN on shipping price—Agency establishing CLR for movement between Medicine Hat and border by CP—First and only Competitive Line Rate yet established under new Act—Appeal dismissed—*Per* MacGuigan J.A., (Iacobucci C.J. concurring): Agency making no error of law—Appellant “local carrier” and BN “connecting carrier” within s. 134(1) definition of Act—Parliament giving shippers option to designate local carrier either at point of origin or at point of destination—Once designation made, other designated railway becoming connecting carrier and CLR provisions of Act applying—Authority under Act to establish CLR not weakened by lack of evidence of alternative service—Rate competition between local and connecting carriers sufficient to satisfy notion of competitive line rate—Agency control re responsibilities imposed by Act on connecting carrier exercised through parties subject to jurisdiction in Canada—Furthermore Act not limiting shipper’s power of

RAILWAYS—Concluded

designating point of destination—Shippers free, with one exception, to designate point of destination even if not ultimate destination—Act making distinction between “point” and “ultimate” point of destination—Parliament making choice between perceived danger of railway monopoly and that of unbridled competition in favour of latter—Railways adequately protected by Act—Legislative purpose to compensate for lack of effective bargaining power of captive shippers: *Lor-Wes Contracting Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 1 F.C. 346 (C.A.) applied—*Per* Mahoney J.A. (dissenting)—Agency erred in law by concluding BN connecting carrier—Since both CP and BN serving respective portions of continuous route exclusively both falling within s. 134(1) definition of “local carrier”—Therefore railways not competitive but complementary—Factual basis upon which provisions of Act re competitive line rates engaged not existing—*Sine qua non* of legislative scheme that connecting railway not itself be a monopoly—Act providing other methods for dictating rate failing agreement between parties—National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, ss. 134(1),(2),(3),(4),(5),(6),(7), 135(6), 136(a),(b),(c),(d), 137(1)(a),(b),(8), 138, 139, 140(1),(2)(a),(b), 142, 143.

CANADIAN PACIFIC LTD. v. CANADA (NATIONAL TRANSPORTATION AGENCY) (A-1167-88, MacGuigan J.A. (Mahoney J.A. dissenting), judgment dated 25/10/89, 18 pp.)

RCMP

Appeal from decision rejecting appellants’ claim to pension upon passing from RCMP to Canadian Security Intelligence Service—Appeal dismissed—S. 66(4) of Act not creating mere rebuttable presumption—Appellants obtaining guarantee of continued employment as result of s. 66 enactment—Intention of Parliament clear: no compensation to be paid as result of application of s. 66(4) deeming Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act remaining applicable after assignment to security service—Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21, s. 66.

GINGRAS v. ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE (A-526-86, Pratte J.A., judgment dated 11/9/89, 1 p.)

TRADE MARKS

Motion for interlocutory injunction—Plaintiff owner of trade mark “Sunoco Gold”—Applied to register trade mark “Gold” for use in association with gasoline—Defendant using “Gold” and intending to use with other words in association with its premium gasoline—Application dismissed—No likelihood of confusion or intent to deceive—Word “Gold” used where well-known plaintiff and defendant logos and names prominently displayed—Name “Gold” alone weak trade mark—Applicable tests for granting of injunction applied: *Manitoba (A.G.) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 110; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *Turbo Resources Ltd. v. Petro-Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451

TRADE MARKS—Concluded

(C.A.)—Plaintiff failing to establish irreparable harm—If successful damages adequate compensation—Balance of convenience favouring defendant.

SUNOCO INC. v. SHELL CANADA PRODUCTS LTD. (T-1966-89, Pinard J., order dated 5/10/89, 8 pp.)

INFRINGEMENT

Applications to strike statements of claim—Plaintiff registered user in Canada of defendant owner's trade marks—Plaintiff claiming injunctions for infringement—Relying on agreement granting exclusive right to use defendant trade marks to purchase, import and distribute in Canada products bearing those trade marks—Plaintiff purchasing from defendant and distributing throughout Canada video games bearing trade marks in question—Defendant also selling and distributing in Canada video games bearing trade marks subject to user agreement—Plaintiff claiming defendant using trade marks in manner likely to depreciate goodwill—Applications dismissed—Not plain and obvious action cannot succeed—Case of parallel importation (*Wilkinson Sword (Canada) Ltd. v. Juda* (1966), 51 C.P.R. 55 (Ex. Ct.))—Authorities no more supportive of either side—May be first time plaintiff registered user with separate corporate identity from parent company asserting rights in such legal relationship—Furthermore, definition of use constituting infringement may involve different factors than "use" in context of application for registration as relied on by defendant—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6, 7, 19, 20, 22, 50—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1).

MATTEL CANADA INC. v. PIERCE (T-1133-89, Jerome A.C.J., order dated 12/9/89, 7 pp.)

PRACTICE

In main action appellant attacking Registrar of Trade Marks' order expunging appellant's mark—Motion herein by respondents for right to cross-examine author of affidavit filed on behalf of appellant in support of appeal—Respondents meeting very heavy onus of establishing special circumstances—Ambiguity of several statements in affidavit regarding factual matters essential to establishing use with regard to each of wares specified in registration constituting special circumstances—Trial Judge on this type of appeal should not be left in position of having to guess what factual situation is—Motion allowed.

ADMIRAL SANITATION LTD. v. BIG INDUSTRIES INC. (T-990-89, Addy J., order dated 10/11/89, 2 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application against Umpire's decision reversing Board of Referees by ruling respondent entitled to benefits under Act—Respondent working as cashier average of 32 hours per week—Hours reduced to 4½ hours per week on Saturdays only—First working day at reduced hours falling 7 days after reduction—Umpire ruling portion of s. 37(1) of Regulations invalid by reason of derogation from s. 2(1)(n) definition of Act "insofar as it provides that an interruption of earnings does not occur until 7 days after a lay-off or separation"—Umpire finding respondent constructively laid off and eligible for benefits under s. 17(3)(b) as having an interruption of earnings—Application allowed—S. 37(1) of Regulations valid—S. 58(r) of Act regulation-making power properly exercised—No interruption of earnings within definition of Act, s. 2(1)(n)—Umpire not treating reduction of hours of work as a "prescribed reduction in earnings"—Respondent not falling within definition of "lay-off" and "separation from . . . employment"—In providing in same definition for an "interruption of earnings" brought about by a "lay-off" or by a "separation from . . . employment" Parliament not intending that reduction of hours of work and consequent reduction of earnings amounting to either a "lay-off" or a "separation from . . . employment" whether actual or constructive—Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, ss. 2(1)(n) (as am. by S.C. 1976-77, c. 54, s. 26), 17(3)(b) (as am. by S.C. 1978-79, c. 7, s. 4), 58(r)—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 37(1) (as am. by SOR/82-778, s. 1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. HARTMANN (A-516-88, Stone J.A., judgment dated 2/10/89, 7 pp.)

Application to set aside Umpire's decision confirming Commission's decision applicant not entitled to benefits for certain period because no interruption of earnings as result of receipt of vacation pay at time of separation from employment—*Vennari v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1987] 3 F.C. 129 (C.A.) distinguished—Allocation rules found in Regulations, s. 58 must be applied for determining when interruption of earnings occurs—According to Regulations, s. 37(1) interruption of earnings occurring when person separated from employment for seven or more days in respect of which no earnings arising from that employment payable or paid—S. 37(1) referring to allocation made pursuant to rules in s. 58, which regulate allocation of earnings for purpose of determining whether interruption of earnings has occurred—Application dismissed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 15, 44(q),(r)—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, ss. 37(1) (as am. by SOR/82-778, s. 1), 57(2) (as am. by SOR/78-233, s. 1; SOR/84-32, s. 8), 58(13) (as am. by SOR/85-288, s. 2; SOR/87-614, s. 10).

SCULLY v. CANADA (COMMISSION OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-923-88, Pratte J.A., judgment dated 14/11/89, 4 pp.)

DIGESTS

Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.

Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.

AGRICULTURE

Appeal from decision dismissing application by representatives of Quebec sheep producers asking Court to declare invalid and *ultra vires* part of sheep price stabilization program for 1981 and 1982—Program designed to deduct from federal grant to producer net amount payable under provincial income assurance or price stabilization program—Appellants argued price stabilization programs created by Act independent of provincial programs, which should not be taken into account in determining federal payments—Appeal dismissed—Application of criteria stated in *Jacobs et al. v. Agricultural Stabilization Board*, [1982] 1 S.C.R. 125—Act gives Agricultural Stabilization Board power to take such action as is necessary to stabilize prices, and this power not affected by absence of instructions by Governor in Council or by Minister, or of regulations enacted by Governor in Council, provided Board acts fairly—Powers conferred on Board must be broadly interpreted—Rational connection between program at issue and Board's mandate and courts cannot intervene in exercise of discretionary power conferred on agency by Act—Agricultural Stabilization Act, R.S.C. 1970, c. A-9, ss. 2 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 63, s. 1), 4(5), 7(1) (as am. *idem*, s. 2), (2), 8 (as am. *idem*, s. 3), 8.1, 8.2 (as added *idem*, s. 3), 10 (as am. *idem*, s. 5), 10.1 (as added *idem*, s. 6), 11 (rep. and sub. *idem*, s. 6)—Sheep Stabilization 1981 Regulations, SOR/82-494, s. 4(2).

FÉDÉRATION DES PRODUCTEURS D'AGNEAU ET DE MOUTON DU QUÉBEC v. CANADA (A-744-86, Hugessen J.A., judgment dated 23/6/89, 11 pp.)

CONFLICT OF LAWS

Maritime law—Motion to dismiss action against "Lina Erre" and to declare arrest invalid—Collision between "Lina Erre", Panamanian registered vessel, and "Reefer Manggis", Bahamian registered vessel occurring in Greece—Subsequent to accident, defendant vessel changing ownership and transfer registered in Italy—Arrested in Canada, but released upon posting of security—Whether law of Canada, Greece, Italy or Panama applies—Right to exercise maritime lien extinguished, or time-barred when vessel arrested whether Greek, Italian or Panamanian law applied—Canadian courts only recognizing foreign substantive law—Under Canadian, Greek and Italian law, right to exercise maritime lien substantive—Must look to law of Greece where maritime lien arose—Greek law would apply Italian law, law of port of registry at time of arrest—

CONFLICT OF LAWS—Concluded

Under Italian law, lien expired—Arrest invalid—Action dismissed—Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, ss. 274, 645—Greek Code of Private Maritime Law, arts. 205, 207—Italian Code of Navigation, arts. 552(5), 558, 559.

SEMBAWANG REEFER LINES (BAHAMAS) LTD. v. LINA ERRE (THE) (T-2417-88, Dubé J., order dated 29/6/89, 6 pp.)

CROWN

Plaintiff, seaman, arrested by immigration officer after jumping ship and remaining in custody overnight and part of next day—Claiming unlawful arrest and detention—Motion to strike out defendants and to dismiss action—Dismissed following *Oag v. Canada*, [1987] 2 F.C. 511 (C.A.) (where Court sustained action for false arrest and imprisonment personally against two members of National Parole Board) and *Bradash v. Warren*, [1989] 2 F.C. D-36 (T.D.).

KIGOWA v. CANADA (T-612-89, Collier J., order dated 26/6/89, 4 pp.)

Application to appeal decision of Senior Prothonotary striking out action of plaintiff against Crown on ground that *res judicata*—Previous action also struck out by Senior Prothonotary, as grievance procedure not exhausted—Requirements of last level of grievance procedure (filing of complaint with Governor in Council) met before application at bar filed—Plaintiff dismissed because of his sexual orientation—Application allowed—Senior Prothonotary made error of law in finding that *res judicata*—Criteria required for application of *res judicata* not to be found in two actions—Not clear that action prescribed—Complainant should exhaust remedies provided by legislation before suing Crown—In case at bar, prescription ran from January 1989—Fundamental question was whether plaintiff had reasonable cause of action—Action not doomed to failure since s. 15 of Charter not limited to categories stated: *Smith, Kline and French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359 (C.A.)—Further, Cabinet decisions subject to judicial review under s. 32(1)(a) of Charter and executive branch of Canadian Government has general duty to act in accordance with principles of Charter: *Operation Dismantle v. R.*, [1985] 1 S.C.R. 441—National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 29—Civil Code of Lower Canada, arts. 1241, 2232, 2261(2)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B,

CROWN—Concluded

Canada Act, 1982, 1982 c. 11 (U.K.), ss. 15, 32(1)(a)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a).

BORDELEAU V. CANADA (T-769-89, Dubé J., judgment dated 23/6/89, 9 pp.)

CONTRACTS

Plaintiff claimed \$5,600 as damages resulting from failure to observe contract for rental of eight-room cottage at Manoir Charlevoix Inc. (Quebec)—Cottage rented for one month by RCMP officers to perform their duties (protection of Governor General)—Contract cancelled by RCMP officers after two days because of dilapidated condition of premises, lack of soundproofing and noise in vicinity—Rental governed by arts. 1602 and 1629 Civil Code of Lower Canada—Defendant established plaintiff failed to provide adequate rooms and ensure peaceful enjoyment of leased premises—Plaintiff accordingly did not perform duties imposed on lessor by art. 1604 of Civil Code of Lower Canada—Action dismissed.

1860-3340 **QUÉBEC INC. V. CANADA** (T-1786-87, Pinard J., judgment dated 8/11/89, 9 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**CUSTOMS ACT**

Appeal from trial judgment—Agreement whereby respondents to plead guilty to certain charges under Customs Act in consideration for return of certain seized goods—Trial Judge correctly refusing to enforce agreement, but entitled to use agreement as evidence—Court of Appeal not to interfere with consequent finding of fact—Since Customs Act, s. 150 not compelling view that s. 153 applying to every seizure under Act, and since no evidence Crown complying with ss. 160 to 163, Trial Judge correctly holding this action only means available to review Crown's activities—No reviewable error in fixing proportion of goods to be returned nor in allowing interest—Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 150, 153, 160, 161, 162, 163.

TERRASSE JEWELLERS INC. V. CANADA (A-775-88, Hugessen J.A., judgment dated 12/10/89, 2 pp.)

CUSTOMS TARIFF

Tariff Board classifying "non-portable stereo system comprised of AM/FM stereo receiver with dual cassette tape decks and semi-automatic turntable" under Tariff Item 44524-1 (electrical apparatus and complete parts thereof)—Appeal dismissed—*Per Pratte J.A.*: No reviewable error by Board—*Per Hugessen J.A.* (dissenting): Goods in question cannot be distinguished from those in *Magnasonic Inc. v. The Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1986), 11 T.B.R. 407 which Board properly classified under Tariff Item

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

44534-1—Customs Tariff, R.S.C. 1970, c. C-41, Tariff Items 44524-1, 44533-1, 44534-1.

JUTAN INTERNATIONAL LTD. V. DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE (A-544-88, Pratte J.A. (Hugessen J.A. dissenting), judgment dated 26/9/89, 4 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION**TRIAL DIVISION**

Respondent, international resource commodity broker in Montréal specializing in supplying fertilizer materials, and appellant, Prince Edward Island corporation engaging in business of buying and selling fertilizers, entered into agreement for purchase and sale of prilled urea originating in Soviet Union—Essential terms of contract contained in terse telex—Appeal from Trial Division judgment as to quantity of fertilizer, demurrage costs and cost of renting shore cranes and claims to discharge cargo—Appeal allowed in part—*Per Pratte J.A.*: Appeal allowed with respect to claims for excess cargo and for rental of shore cranes as matters not governed by maritime law—Demurrage costs claim within jurisdiction of Court as relating to maritime law—Claim for excess cargo relates to contract of sale of goods not governed by maritime law and claim for rental of cranes not flowing directly from telex contract—*Per Desjardins J.A.* (concurring in part): Appeal allowed, Trial Judge's decision quashed and action dismissed for want of jurisdiction—Telex evidenced contract for sale of goods where costs of shipping arrangements distributed between buyer and seller—Not maritime contract—Claims relating to excess cargo, crane rental and demurrage costs also of civil nature—*Per Hugessen J.A.* (concurring in part): Appeal dismissed except for purpose of correcting clerical error in formal judgment of Trial Judge—Issues of liability based on justified findings of fact by Trial Judge and not to be interfered with—Main issue matter of jurisdiction of Federal Court (Act ss. 2 "Canadian maritime law", 22(1)): whether action between seller and buyer under agreement for sale of goods, and falling outside scope of Canadian maritime law or between shipper and consignee under contract of carriage by water—*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Milda Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 applied—Telex containing contract of marine insurance and contract of carriage of goods, both falling under Canadian maritime law—Virtually everything in contract relating to sea and maritime activities—And all matters raised in plaintiff's claim bear directly and exclusively on terms of contract of carriage envisaged in telex agreement—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 22(1).

MONK CORP. V. ISLAND FERTILIZERS LTD. (A-980-88, Pratte, Hugessen and Desjardins J.J.A., judgment dated 6/7/89, 18 pp.)

IMMIGRATION**DEPORTATION**

S. 28 application to review deportation order—Equivalency of offences within Immigration Act s. 19(1)(c)—On record, no evidence of nature of offence for which applicant convicted in

IMMIGRATION—Concluded

England—Impossible for Adjudicator to arrive at proper conclusion on issue of equivalency—Application allowed.

WASHINGTON v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-289-89, Heald J.A., judgment dated 14/11/89, 1 p.)

PRACTICE

Application to review decision of Immigration Appeal Board denying applicant reopening of inquiry into his refugee status claim—Board rejected applicant's refugee status claim solely on record, as applicant failed to attend hearing—Applicant, who had failed to advise both Board and his own counsel of his change of address, never received three hearing notices—Board denied application to reopen hearing on ground applicant had only himself to blame—Held (Hugessen J.A. dissenting): application should be allowed—*Per Marceau J.A.*: proceeding too important to deny party concerned opportunity to present his case as punishment for failure to remain in contact with Board—Rule of fundamental justice establishing right to be heard cannot be so brusquely set aside—Board should not have made decision without full information—*Per Desjardins J.A.*: risks run by applicant, assuming claim for refugee's status valid, so significant that, in light of requirements of natural justice and s. 7 Charter, Board should have exercised its discretion in applicant's favour, since he had at least notified Immigration Canada of his change of address—Were it not for this notice, Court should not intervene in this matter—*Per Hugessen J.A.* (dissenting): there can be no denial of natural justice when only person who failed to abide by rules is applicant himself—Court should not intervene in exercise of Board's discretion when refusal based on finding of negligence.

BAMRAH v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1011-88 Marceau and Desjardins J.J.A. (Hugessen J.A. dissenting), judgment dated 11/10/89, 8 pp.)

REFUGEE STATUS

Meaning of "at any time during inquiry" in s. 45(1) Immigration Act, 1976 including period after adjudicator's decision announced but before termination of proceedings or making of formal order of exclusion—Claim made according to law—S. 28 application allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28—Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 45(1).

MONTEIRO v. CANADA (ADJUDICATOR, IMMIGRATION ACT, 1976) (A-798-87, Hugessen J.A., judgment dated 13/7/89, 2 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Deductions*

Plaintiff selling distribution system to Manitoba and claiming difference between selling price and fair market value as gift—Trial Judge correctly finding only one transaction, notwithstanding effort to separate it into two—Commercial transaction of purchase and sale originally devoid of any gift element—Appeal dismissed—Cross-appeal from successful appeal at trial from penalty dismissed.

HUDSON BAY MINING AND SMELTING CO. v. CANADA (A-274-86, Urie J.A., judgment dated 30/10/89, 2 pp.)

Farming

Appeal from Tax Court decision to disallow full deduction of farming losses for 4 successive taxation years—Taxpayer full-time farmer and full-time miner—Unwavering intention to quit mining to become farmer—Acquisition of land and used machinery—Wages from mine needed to meet expenses of developing farm—Whether chief source of income including reasonable expectation of income from farming such as to relieve taxpayer of limitation on losses imposed by s. 31(1) of Income Tax Act—Appeal allowed and three out of four reassessments vacated—Chief source of income from main preoccupation, farming, and some other source, the mine, despite losses—S. 31(1) coming into play only when taxpayer has had farming loss—Application of criteria for establishing "chief source of income" as set out in continually applicable objective and relative test in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480—Although test decidedly not a pure quantum measurement test not excluding quantum measurement—Finding of reasonable expectation of income from farming—Evidence of increasing progression of revenues and production—Objective assessment of evidence and relative importance of income sources—Taxpayer looking to farming for livelihood—Application of same legal principles as in similar fact situation in *The Queen v. Graham*, [1985] 2 F.C. 107 (C.A.) (where *Moldowan* objective and relative test applied)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 31(1) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 7).

PAVLAKOVICH v. M.N.R. (T-1463-85, Muldoon J., judgment dated 30/8/89, 14 pp.)

PRACTICE

Applications for extension of time filed ten months after late filing of notices of objection—Applications dismissed—Failure to act not justified—Applications not filed as soon as circumstances permitted—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 167(5)(c)(ii) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58, Schedule, Item 2)—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

LÉTOURNEAU v. CANADA (TAX COURT) (A-397-88, Hugessen J.A., judgment dated 13/6/89, 1 p.)

INCOME TAX—Concluded**REASSESSMENT**

Share option agreement—Validity of option—Finding of valuable consideration on evidence—Option under seal—Token amount paid—Passing on of rent to giver of option ongoing consideration—Binding for lifetime of grantor—*Williams v. Keyes*, [1971] 5 W.W.R. 561, at page 565.

LANDAU V. CANADA (T-4233-77, Muldoon J., order dated 21/8/89, 4 pp.)

SEIZURES

Objection to seizure by new owner of real property seized—Evidence showed clearly sale of real property by one company to another was manoeuvre by real owner of companies, the same in both cases, in attempt to avoid his liability for taxation—Notices of assessment by Crown antedated sale—Objection dismissed—Seizure declared valid.

2440-1986 QUÉBEC INC. v. 2436-8169 QUÉBEC INC. (ITA-3503-87, order dated 22/9/89, 4 pp.)

JUDICIAL REVIEW**APPLICATIONS TO REVIEW**

Public Service—Appeal Board made no error of law and its interpretation of s. 31 of Public Service Employment Act unimpeachable—Application dismissed.

L'ESPÉRANCE V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (A-1247-88, Marceau J.A., judgment dated 13/10/89, 2 pp.)

PREROGATIVE WRITS***Certiorari***

Applications for *certiorari* and declaratory judgments challenging decision of Revenue Canada prohibiting applicant from placing alcoholic beverages in bonded warehouse at Mirabel airport—Applicant Wardair Canada Inc., interprovincial and international air transport company, offers passengers alcoholic beverage service—Applicant held permit from Revenue Canada customs section and maintained customs bonded warehouse at Mirabel in which it kept inventory of alcoholic beverages and other products sold or distributed "duty free" to passengers on flights—Revenue Canada's decision consequent upon position taken by Quebec Société des Alcools, in accordance with Customs Bonded Warehouse Regulations, adopted in 1986 pursuant to Customs Act, that as Société had sole authority to import, distribute and sell its liquor in province of Quebec, was requiring applicant to obtain its permission to release liquor from bonded warehouse, permission which would not be granted unless applicant paid Société costs, fees or financial charges for all alcoholic beverages imported by applicant into province of Quebec—In January 1989 Société billed applicant for sum of \$96,103.80—In April of same year notified Revenue

JUDICIAL REVIEW—Continued

Canada of conditions it would henceforth be imposing on exercise of any airline's right to place alcoholic beverages in bonded warehouse, and withdrew applicant's right to use bonded warehouse for alcoholic beverages or to supply its flights—Application dismissed—Precedent clearly establishes declaratory judgment cannot be obtained by action—Furthermore, decision made completely and exclusively determined by legislation and in no way involves exercise of discretion—Rules of natural justice accordingly do not apply—Arguments of constitutional nature relating to legitimacy of statutes and regulations at issue can only be heard if applicant begins again by means of action—Customs Bonded Warehouse Regulations, SOR/86-1063, s. 13.

WARDAIR CANADA INC. v. DION (T-1745-89, Joyal J., order dated 28/9/89, 9 pp.)

Mandamus

Tariff Board to be abolished by introduction of Act—Senate passing legislation on condition then Minister give commitment of reasonable compensation to Board members—Respondent Minister's letter stating if such not resolved on case by case basis, government agreeing to refer issue to Federal Court—Plaintiff Board Member alleging severely reduced income—Negotiations over 7-month period not resulting in settlement—Plaintiff's request for referral to Court unanswered—Application for *mandamus* dismissed on basis respondent no longer Minister of State for requisite Ministry—Not in charge of negotiations with applicant—Latter granted leave to re-apply to Court if necessary—Respondent's submission Minister not "federal board, commission or tribunal" rejected—Minister acting as Minister of Crown—Falling within definition of s. 2 Federal Court Act pursuant to functions performed—Commitment valid enforceable obligation by Government: *C.A.E. Industries Ltd. v. The Queen*, [1983] 2 F.C. 616 (T.D.)—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 2—Ministries and Ministers of State Act, R.S.C., 1985, c. M-8, s. 11(2).

BEAUCHAMP V. HOCKIN (T-1127-89, Denault J., order dated 20/7/89, 5 pp.)

Application for injunction and *mandamus* for reissuance of fishing licence—Plaintiff increasing size of vessel in 1982—Licence revoked as enforcement of 1984 amendments to Pacific Fishery Regulations becoming more stringent—Regulations restricting fishermen to size of vessel historically fished with—Applicant put on notice in 1988 to either acquire new vessel or restore present one to original length—Failing that, 1989 licence would not issue—Plaintiff referred to Pacific Licence Appeal Board—No decision to date—Annual income of \$400,000 for owners and livelihood of six crew members at stake—Lack of action by Minister proper case for *mandamus* to issue—Improper delegation by Minister to invalidly constituted Board—Minister to render decision in accordance with duty to act fairly and based on finding of fact that vessel owned and operated by applicant does not exceed initial capacity for which granted licence—1982 alteration safety measure—Purpose of Regulations (conservation) not infringed—Fisheries

JUDICIAL REVIEW—Concluded

Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 43—Pacific Fishery Regulations, 1984, SOR/84-337 (as am. by SOR/84-351).

HARBOUR HOLDINGS LTD. v. CANADA (T-1444-89, Rouleau J., order dated 19/7/89, 6 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application to review Adjudicator's award of compensation for loss of salary suffered as consequence of unjust dismissal—Award clearly authorized by Code s. 61.5(9)(a)—Provision cannot be read down to limit award to amount claimable under common law—Application dismissed—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5(9)(a) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 27, s. 21).

AUTO HAULWAY INC. v. REID (A-1044-88, Pratte J.A., judgment dated 19/10/89, 2 pp.)

PATENTS

Appeal from decision of Commissioner of Patents granting licence to respondent—Requirements of Patent Rule 118 met—No error in issuing licence—Error of law in setting royalty to be paid—Insufficient evidence before Commissioner to make such decision—Whether to grant oral hearing falling solely within discretion of Commissioner—Appeal allowed in part—Patent Rules, C.R.C., c. 1250, R. 118.

ELI LILLY AND CO. v. GENPHARM INC. (A-785-88, MacGuigan J.A., judgment dated 25/10/89, 2 pp.)

INFRINGEMENT

Liquor dispensing system—Counterclaim of patent invalidity due to anticipation by prior publication, use or knowledge and to lack of inventiveness—Action dismissed—Patent invalid by reason of obviousness—Defendants overcoming presumption of validity—Patent is a system, not a particular device—Differences in prior art insignificant and irrelevant—Test of obviousness or lack of inventiveness met on evidence—Distinguished from anticipatory test which was not met—No evidence of prior art—Plaintiff's claim of accuracy not supported on evidence—Claimed inventor and actual inventor both employees of plaintiff company—Question of invalidity of patent on ground of invalidity of assignment not arising—Plaintiff legal representative and rightful assignee of both—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 28(1) (as am. by S.C. 1987, c. 41, s. 8), 36, 55.

DEC INTERNATIONAL, INC. v. A.L. LACOMBE & ASSOCIATES LTD. (T-880-84, Martin J., judgment dated 28/7/89, 25 pp.)

Motion to amend statement of defence and counterclaim adding allegations of (A) "independent development of invention", in context of defence of obviousness, and (B) "predatory pricing"—Proposed amendment A disallowed—Rule as to prior public disclosure applies equally to anticipation and obviousness—Defendant's proposal to plead non-public knowledge or

PATENTS—Concluded

use not disclosing reasonable defence—Proposed amendment B allowed—Belief sufficiently substantiated—Defendant asserting related offence—Discretion of Court to grant relief in equity based on surrounding circumstances, including past conduct—Predatory pricing amendment necessary to determine real question—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 420—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 3—Competition Act, R.S.C. 1970, c. 23, (as am. by S.C. 1986, c. 26, s. 19) ss. 31.1 (as added by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 12), 32 (as am. by S.C. 1986, c. 26, s. 30), 34 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 76, s. 16), 51 (as added by S.C. 1986, c. 26, s. 47)—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 27(1), 61(1).

PROCTER & GAMBLE CO. v. KIMBERLY-CLARK OF CANADA LTD. (T-1493-86, Pinard J., order dated 13/7/89, 7 pp.)

PENITENTIARIES

Application for *mandamus* directing head of Institution to comply with ss. 16 (medical and dental services), 20 (retraining and rehabilitation programs), 40 (dissociation) of Penitentiary Service Regulations—No evidence of failure to comply—Validity of Regulations not questioned—Applicant acknowledging properly placed in dissociation—Application suggesting inmate have access to certain kinds of programs not specified—Application dismissed—*Mandamus* clearly restricted to direction to perform statutory duty—No provision of statute or Regulations capable of being incorporated into order of *mandamus* as no specific programs spelled out therein—Not Court's role to decide and exercise interpretive and administrative responsibility of head of institution—*Mandamus* not lying to dictate or direct a specific conclusion or result—*Mandamus* discretionary remedy in any event—Court not interfering with day to day operation except on clearest ground—Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251, ss. 16, 20, 40.

PEARCE v. EDMONTON INSTITUTION (T-2031-88, Jerome A.C.J., judgment dated 10/2/89, 5 pp.)

Certiorari—Applicant disagreeing with disciplinary court decision—No allegation raised of reviewable error—Application dismissed—Failure of transcript alone not grounds for exceptional relief of *certiorari*—Applicant must at least allege rights trampled on: *Larivière v. Milhaven Institution Disciplinary Board* (1987), 17 F.T.R. 289 (T.D.).

PICTON v. EDMONTON INSTITUTION (T-2282-88, Jerome A.C.J., order dated 16/6/89, 6 pp.)

Practice—Privilege—Transfer of inmate—Appeal from decision of Senior Prothonotary ordering witness to answer certain questions on his affidavit filed in support of transfer and indicating suspicions of conspiracy to escape and discovery of rifle—On cross-examination witness refused to answer questions by counsel for inmate on ground that information came from confidential sources, through informers—Well settled that information likely to disclose identity of informer privileged: *Demaria v. Regional Classification Board*, [1987] 1 F.C. 74

PENITENTIARIES—Concluded

(C.A.)—Appeal allowed and order of Senior Prothonotary reversed.

MILLETTE V. ALARIE (T-2414-88, Joyal J., judgment dated 19/10/89, 6 pp.)

Application for *certiorari* quashing conviction for disciplinary offence and for *mandamus* to grant new hearing—Applicant charged with intermediate offence (doing act calculated to prejudice discipline or good order of institution)—Application dismissed—No affidavit evidence to support relief sought—Warning or reprimand lowest level of punishment for intermediate offence—Applicant's right to counsel dependent upon gravity, nature and complexity of offence: *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642 (C.A.)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324—Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251, ss. 38(3), (5)(a) (as am. by DORS/85-640, s. 1), 38.1(3) (as am. by DORS/80-209, s. 3; DORS/81-940, s. 1; DORS/85-640, s. 3), 39(k) (as am. by DORS/85-640, s. 4)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 7, 10(b), 11(d), 15(1).

JACOBSON V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-262-89, Joyal J., order dated 12/7/89, 5 pp.)

PRACTICE

Appeal from order of Associate Senior Prothonotary by way of application under R. 324(1) (disposition without personal appearance)—Applicant not serving each opposing party—Not filing within time—No application for extension—Application dismissed—Failure to follow procedure under RR. 324, 336(5)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 336(5).

DE KOROMPAY V. ONTARIO HYDRO (T-377-88, Teitelbaum J., order dated 21/9/89, 3 pp.)

Motion for default judgment on grounds defendant failing to file and serve statement of defence within time prescribed by R. 402—Statement of claim issued late November—Defendant filing appearance under R. 402(3) so as not to have Christmas vacation time computed in 30 days allowed for filing statement of defence—Subsequent defendant motion for particulars granted—First plaintiff motion for default judgment dismissed on grounds of insufficient particularity—Plaintiff filing amended statement of claim prior to Long Vacation—Amended statement of claim deleting reference to agreement subject matter of particulars—Defendant maintaining filing of appearance to extend time applicable for subsequent vacation time exclusion—Arguing plaintiff's failure to furnish particulars justification for not pleading—Motion dismissed—Case raising issue of (1) appearance under R. 402(3) and (2) amendment of pleadings—(1) Where defendant actively contesting case appropriate to apply R. 3(1)(b) (allowing for vacation time to be excluded from computation) without analogizing to R. 402(3) (by requiring filing of new appearance)—Since time for filing statement of defence to amended statement of claim not actually prescribed, exception to R. 3(1)(b) in 402(3) not automatically applying—Filing of appearance in earlier vacation period to stop time running factor to be considered when

PRACTICE—Continued

deciding whether to analogize to R. 402(3)—(2) Deleted reference eliminating necessity to plead alleged admission in case where defendant took no step to counter withdrawals nor acted in any way to take advantage of admission—In any event deleted reference not admission—Defendant alleging reference sufficiently imprecise it could not plead over—R. 421 applied: *Warner v. Sampson*, [1959] 1 Q.B. 279 (where disadvantageous pleading properly amended before any step taken relying on it)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 3(1)(b), 402, 421, 437, 439.

OAKWOOD LUMBER & MILLWORK CO. V. CLASSIC MILLWORK CO. (T-2307-88, Giles A.S.P., order dated 17/10/89, 6 pp.)

COSTS

Party and party taxation—Respondent's bill of costs taxed and allowed for \$604.25—Amount awarded under s. 1(1)(c) of Tariff B for taxation of costs (amount claimed \$125; amount awarded \$25) based not so much on criteria of R. 346 but on facts of this proceeding, such as arguments submitted, length and counsel's experience—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 346 (rep. and sub. by SOR/87-221, s. 3).

RABBAT V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1866-85, Daoust T.O., taxation dated 18/8/89, 2 pp.)

Taxation—Action in maritime law—In accordance with criteria stated in R. 346, Tariff B items claimed taxed and allowed at 60 per cent of maximum amounts specified—Plaintiff's bill of costs for \$3,753.82 taxed and allowed for \$2,303.82—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 346 (rep. and sub. by SOR/87-221, s. 3).

NAVIGEST INC. V. BRANDON (THE) (T-1792-86, Daoust T.O., taxation dated 22/8/89, 4 pp.)

Taxation—Action to invalidate patent—\$43,328.92 bill of costs taxed and allowed for \$34,518.67—Solicitor of record used services of counsel expert in area and took secondary role—Services of secondary counsel taxed and allowed for \$1,400—Fees and expenses of expert witness taxed and allowed for \$16,127.19—Costs of travel of two lawyers to New York to meet with expert witness taxed and allowed for \$704.50—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Tariff B (as am. by SOR/87-221, s. 8), s. 1(1)(i), (2)(b).

PRO-VERTIC (1987) INC. V. INTERNATIONAL DIFFUSION CONSOMMATEUR S.A. (T-780-87, Daoust T.O., taxation dated 22/6/89, 7 pp.)

Party and party taxation in writing, without personal appearance of counsel—Court having validly exercised discretion as contemplated by R. 344(1), costs of two hearings allowed—As quantum not disputed, maximum amounts allowed—Bill of costs presented at \$235 taxed and allowed in that amount—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/87-221), RR. 344(1), 346(1.1).

WOODHOUSE V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-1001-88, Smith T.O., taxation dated 18/10/89, 3 pp.)

PRACTICE—Continued

Taxation—Identifying counsel for applicant as one to whom “bill owed”—Objection to defect of form valid—Counsel, absent, contacted by telephone, and bill amended to substitute name of applicant for that of counsel—Objections to amounts claimed—Obligation to take into account Tariffs and Rules does not prevent taxing officer from exercising discretionary power—Power is one he cannot renounce—\$800 bill of costs taxed at \$650.60—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 346 (as am. by SOR/87-221, s. 3), 346.1 (added *idem*, s. 4), Tariff B, s. 1(1)(c),(f),(g),(i) (as am. *idem*, s. 8).

DAWSON V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1537-88, Daoust T.O., taxation dated 10/7/89, 6 pp.)

Party and party taxation—Maximum amounts awarded in view of long and painstaking preparation necessary, complexity of points at issue, amount of money involved and length of hearing—\$5,008.36 bill of costs taxed and allowed for \$4,583.36.

BELL CANADA V. CANADA (RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION) (A-737-86, Daoust T.O., taxation dated 19/10/89, 3 pp.)

DISCOVERY*Examination for Discovery*

Action for patent infringement—Appeal from decision of Senior Prothonotary ordering, after two years of interlocutory proceedings which had still not succeeded in clearing up confusion in this matter, new examination for discovery with production of documents—Appeal dismissed—Senior Prothonotary's decision will assist in clarifying matters—Some information subject to confidentiality order.

PORTES PRESTOFIX INC. V. BOILARD (T-1743-87, Joyal J., judgment dated 22/9/89, 5 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Enforcement*

Motion by employer (CHRC) objecting to seizure in execution of movable property—Seizure in execution of arbitral award “allowing [respondent's] grievance except for the damages, for which no evidence has been presented”—Grievance seeking reinstatement of respondent as hockey commentator, reimbursement of fees and damages—Ground of objection: damages not liquidated—Motion dismissed—Award granting as financial redress fees owed only, not damages—Application for writ of *feri facias* and affidavit in support of application related only to those fees—Sum claimed regarded as liquidated.

ENTREPRISES DE RADIO-DIFFUSION DE LA CAPITALE INC. (CHRC) V. SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE CHRC (T-2514-88, Dubé J., judgment dated 5/7/89, 4 pp.)

PRACTICE—Continued**PLEADINGS***Motion to Strike*

Patents—Action to have patent declared invalid or void as already known or used—Original motion to strike granted in part striking out any reliance on previous conflict proceedings as grounds for action—Impugned amended pleadings not quite identical to offending paragraphs of original statement of claim as not referring to claims examined in previous conflict proceedings but to claims “which ought to have been placed in new conflict”—Amended pleadings raising arguable issue which can only be resolved upon further evidence and argument—Motion dismissed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 61(1)(b).

C-I-L INC. V. CIBA-GEIGY AG (T-1035-89, Joyal J., order dated 20/10/89, 4 pp.)

Particulars

Application to quash decision of Senior Prothonotary dismissing motion by plaintiff for particulars of amended defence in which argued that plaintiff's trade mark invalid—Application allowed—Allegation put forward asserts conclusion of law and must be supported by reference to legislation and statement of material facts on which party relies: RR. 408, 412(2) and 415(1)—Application not premature—Follows from RR. 465(3) that defence must be pleading in accordance with Rules before plaintiff goes ahead with examination—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 408, 412(2), 415(1), 465(3).

SOCIÉTÉ DES PRODUITS MARNIER-LAPOSTOLLE V. RENÉ REY SWISS CHOCOLATES LTD. (T-2086-88, Dubé J., order dated 3/10/89, 4 pp.)

Motion for further and better particulars in patent infringement action allowed—Pleadings not closed—Demand for particulars is pleading—Defendant obliged to provide particulars to support allegations relied upon in patent and trade mark infringement cases before claiming pleadings closed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 415, 431.

HOT SPOT FISHING & LURES LTD. V. O'KI TACKLE MFG. LTD. (T-2365-88, Rouleau J., order dated 18/9/89, 2 pp.)

STAY OF PROCEEDINGS

Application by defendant to enjoin plaintiffs from pursuing patent infringement action initiated against defendant in United States—Plaintiffs alleging defendant inducing Canadian paint manufacturers to infringe Canadian patent, belonging to plaintiffs, relating to polyurethane thickeners—In U.S. action, plaintiffs raising factual and legal issues regarding patent infringement similar to those in Canadian action, arguing, *inter alia*, use in Canada of thickeners manufactured in U.S. infringement of U.S. patent—Defendant alleging issues in U.S. and Canadian actions identical and Federal Court of Canada *forum conveniens*—Application dismissed—Conditions of Federal Court Act s. 50(1)(a) for granting stay of proceedings not met—Canadian and American patents not identical—

PRACTICE—Concluded

Acts complained of by plaintiffs in both actions different—Remedies sought in U.S. action could not be granted in Canadian action—Furthermore, ordering stay of U.S. action could cause injustice to plaintiffs.

ROHM AND HAAS CO. v. NL CHEM CANADA INC. (T-4-88, Jerome A.C.J., order dated 10/11/89, 5 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Whether employee or independent contractor—Tax Court of Canada Judge misunderstood and misapplied applicable criteria—Furthermore, by his interventions Judge did not allow applicant to give certain explanations the latter wished to give—Application allowed.

DUBREUIL v. M.N.R. (A-709-88, Hugessen J.A., judgment dated 11/10/89, 2 pp.)

Application to review Umpire's decision dismissing applicant's appeal on sole ground that he did not have jurisdiction to decide whether she had held insurable employment during week following dismissal, as in his view this question was one exclusively for Minister—Application should be dismissed—Clearly question within Minister's exclusive jurisdiction—In any case, cannot allow applicant's argument that she had held insurable employment during week following dismissal solely because, when left employment, received vacation pay which, under s. 58 Unemployment Insurance Regulations, should be allocated to first week of unemployment.

LÉPINE-DESMARCHAIS v. CANADA (UMPIRE APPOINTED UNDER UNEMPLOYMENT INSURANCE ACT, 1971) (A-907-88, Pratte J.A., judgment dated 24/10/89, 2 pp.)

S. 28 application from decision of Employment and Immigration Commission that additional amounts received by applicant on early retirement were retirement allowance—Application allowed—This was retirement pension—Lifetime periodic allowance, like that at issue here, paid to former employee in consideration of retirement, must be regarded as retirement pension.

ROSE v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-1037-88, Pratte J.A., judgment dated 28/9/89, 2 pp.)

Application to review decision of Umpire on request to backdate and on question of respondent's availability—Disability following accident—Disability benefits—Respondent felt unable to work and declined offers of unemployment made during certain period—When she learned she had in fact been able to work for some six months, made application for benefits asking it be considered as submitted on date when she was in fact

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

able to work—Commission allowed backdating request but denied claim for benefits on ground respondent not available—Board of Referees considered respondent available, since she thought she was unable to work in good faith—Umpire affirmed Board's decision on ground that once backdating request approved, Commission no longer had jurisdiction to dismiss claim for benefits because respondent not available—Application should be allowed—Request to backdate and claim for benefits two separate matters that must be dealt with separately—Fact respondent thought in good faith she was unable to work did not make her available nor unable to obtain employment within the meaning of s. 14(a) of Unemployment Insurance Act—Availability of claimant must be decided objectively.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. JOINT (A-1049-88, Pratte J.A., judgment dated 10/11/89, 3 pp.)

Definition of "employment"—S. 28 application to review and set aside Umpire's holding amount received by respondent not "earnings" within meaning of s. 57(2)(a) Regulations—Sum paid in lieu of salary because of breach of employment contract—Respondent never performing services thereunder—Application allowed—"Employment" as defined in s. 2 of Act and in s. 57(1) of Regulations not dependent upon actual performance of services—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28—Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 2(1) (as am. by S.C. 1976-77, c. 54, s. 26(4))—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, ss. 57(1),(2)(a) (as am. by SOR/84-32, s. 8(1); SOR/88-142, s. 3; SOR/88-277, s. 7).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. FOX (A-1205-88, Iacobucci C.J., judgment dated 14/9/89, 2 pp.)

Application to set aside Umpire's decision—New legislation coming into force April 5, 1987 providing claims for benefits filed before January 5, 1986 will be considered—Whether, under new Act, person retiring before January 5, 1986 but filing claim later can have claim antedated and be reimbursed, especially where late filing due to advice of CEIC official—Purpose of new legislation to eliminate payment of benefits to persons in receipt of pensions (pensions now considered income)—New Act, s. 4 establishing cut-off date—Any ambiguity lifted by comments in House of Commons establishing Government's intention not to deviate from strict application of January 5 deadline—Respondent not entitled to be deemed to have made initial claim for unemployment insurance benefits before January 5, 1986.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MORRIS (A-1206-88, Iacobucci C.J., judgment dated 14/11/89, 1 p.)

DIGESTS

Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.

Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.

CITIZENSHIP

KNOWLEDGE REQUIREMENTS

Appellant demonstrating improvement in knowledge of Canada, laws, customs and geography—Grant of citizenship recommended.

ERFANI-BEHDAN (RE) (T-848-89, Cullen J., judgment dated 20/12/89, 2 pp.)

COPYRIGHT

INJUNCTIONS

Infringement action—Application for interlocutory injunction—Plaintiff owner of registered design and copyright in “dancing dolls”—Serious issue to be tried—Plaintiff relying on registrations by investing substantial amount of money and establishing outlets for sale of product—Defendants, with no investment, seeking to benefit from plaintiff’s effort by undercutting price—Only evidence of irreparable harm or balance of convenience from plaintiff—Defendants notified of plaintiff’s intentions, but taking calculated risk—Defendants’ dolls clearly infringe if registrations upheld—Application granted, although doubtful plaintiff entitled to order requiring defendants to disclose in writing and under oath information sought in notice of motion—Plaintiff required to file bond in amount of \$5,000 for loss of profits or damages that may be suffered by defendants if action ultimately dismissed.

THINKWAY TOYS V. VICKI COLLECTIONS (T-2174-89, Cullen J., order dated 30/11/89, 3 pp.)

CROWN

TORTS

Assessment of damages—Plaintiff suffering trimalleolar fracture and dislocation of ankle when fell on ice at Royal Roads Military College—Treatment involving use of screws which were later removed—Plaintiff making excellent recovery—Judgment already rendered for plaintiff on issue of liability—Out-of-pocket expenses allowed at \$898.47—Not entitled

CROWN—Concluded

to reimbursement for expenses incurred to move back to Winnipeg after accident as move motivated by business considerations—Unable to demonstrate economic loss as accident not altering capacity to earn income—Fracture of joint more complex and more likely to lead to arthritic problems in later years—General damages of \$25,000 awarded.

SAVIGNAC V. CANADA (T-974-87, Jerome A.C.J., judgment dated 1/12/89, 8 pp.)

Plaintiff, supervisor of passenger services with Wardair, claiming damages for injuries sustained when slipped and fell on floor at Lester B. Pearson International Airport in Toronto in course of performing duties—Fall due to slippery floor caused by broken bottle of liquor—To attach liability to defendant, plaintiff must show that defendant was in breach of duty under Occupiers’ Liability Act of Ontario—Defendant has system in place at airport to deal with problems such as liquor spill—System adequate—Act requiring reasonable care be taken—In circumstances of case, duty of care to plaintiff to see airport premises reasonably safe discharged—Action dismissed.

BALL V. CANADA (T-1593-87, Martin J., judgment dated 7/12/89, 9 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

Softwood Lumber Products Export Charge Act—Objection to notice of assessment for charge due under Act—Only point in issue conversion of charge payable under Act into Canadian currency—In its returns plaintiff entered amounts in U.S. currency without so specifying, calculating sum payable based on these amounts and expecting to be able to pay charge in Canadian currency without conversion—Such procedure wholly illogical—Act in any case implying conversion of foreign to Canadian currency—Action dismissed without costs as plaintiff not having had advantage of clarification subsequently made by defendant to form indicating requirement that all amounts be declared in Canadian dollars—Softwood Lumber Products Export Charges Act, S.C. 1987, c. 15, ss. 4, 5(1)(b),(2)(a), 16(1)(i).

PAUL VALLÉE INC. V. CANADA (T-1207-88, Pinard J., judgment dated 27/11/89, 6 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**CUSTOMS ACT**

Property seized at customs for failure to make required declaration—Action to recover \$800 and property seized—Plaintiff argued believed declaration of property received as gift not required—Part of claim relating to amount deposited time barred, as plaintiff failed to bring proceeding within time limit specified by s. 158(2)—Claim for gold earrings and bracelet also dismissed as plaintiff did not establish validity of claim.

DAABOUL v. CANADA (T-4623-81, Teitelbaum J., judgment dated 3/11/89, 10 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

Motion to strike counterclaim for specific and general damages on basis Court lacking jurisdiction—Pursuant to terms of contract, plaintiff advancing funds to defendant and agreeing to purchase and process salmon and salmon roe on board defendant vessel on high seas—Defendant to purchase fish on fishing grounds and to determine price to be paid subject to restricted ceiling as declared by plaintiff when price reaching level where loss could occur at resale—\$1.8 million advanced to purchase fish—Within short time price per pound of salmon increasing to point where plaintiff deeming no longer profitable and terminating agreement—Dispute over ownership of fish on board, funds not yet expended, expenses for processing and exercise of plaintiff's discretion to suspend purchasing—Plaintiff's pleadings including assertion of entitlement to maritime lien against defendant ship according to U.S. law—Motion to strike denied—Issues integrally connected to maritime law: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752—Essence of arrangement that plaintiff to provide funds to defendant and defendant to make vessel available for acquisition and processing of salmon and salmon roe at sea—*Kuhr v. The Friedrich Busse*, [1982] 2 F.C. 709 (T.D.) followed (where Court found to have jurisdiction in similar fact situation)—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 22(1), (2)(i), (m).

SHIBAMOTO & CO. v. WESTERN FISH PRODUCERS, INC. (T-1810-88, Rouleau J., order dated 2/10/89, 8 pp.)

IMMIGRATION

Application for *certiorari* quashing decision to refuse request for permanent residence and *mandamus* directing respondents to consider request in accordance with Act and Regulations—Applicant inadmissible on medical grounds—Hospitalized in England in 1984 and here in 1987 suffering from psychiatric disturbance—Psychiatrist characterizing episodes as mild, brief and responding to medication—Discharge summary indicating prior history of psychiatric illness and suspiciousness since emigration from England—Medical officers of opinion applicant, paranoid-schizophrenic, likely to cause excessive demand on health and social services as potential for recurrent hospitalization and deteriorating employability—Case reviewed upon receipt of letter from applicant's psychiatrist expressing contrary opinion, but original decision confirmed—Application dismissed—Nothing establishing error in diagnosis or in process

IMMIGRATION—Continued

by which arrived at opinions—Opinion based on review of psychiatrist's letter and discharge summary, family physician's report, lab tests and radiological report—Attack on conclusions weakened by conflicting opinions of applicant's own psychiatrist—Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 8(1), 19(1)(a)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. 1-2, s. 8(1), 19(1)(a)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 22 (as am. by SOR/78-316, s. 2).

SALL v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1352-89, Jerome A.C.J., order dated 23/11/89, 10 pp.)

Appeal from Immigration Appeal Board dismissing appeal from refusal to grant permanent resident status to adoptive son—Appellant sponsoring 10-year old niece as adoptive daughter and 14-year old nephew as adoptive son—Application for daughter accepted—Appeal dismissed—Board's finding that adoptive son not meeting definition of "son" in s. 2(1) of Regulations correct—S. 2(1) of Regulations *intra vires* as falling within parameters of s. 115(b) of Immigration Act, 1976—Regulations describing classes of persons eligible for sponsorship sufficiently wide to cover classes of sons described in s. 2(1)(a),(b)—S. 15(1) Charter not applicable since date of refusal preceding date of coming into force of s. 15 on April 17, 1985—Determining events occurring prior to critical date—Case law establishing Charter provisions not applying retroactively—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, c. 11 (U.K.), s. 15(1)—Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 115(b)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1)(a),(b) (as am. by SOR/85-225, s. 2(1)).

DHAMI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-566-87, Heald J.A., judgment dated 14/12/89, 7 pp.)

Appeal from Immigration Appeal Board's dismissal of appeal from Minister's refusal to allow application for landing of appellant's biological parents—Minister considering them inadmissible as outside family class according to definitions of "mother" and "father" in Immigration Regulations, 1978 as amended effective May 1, 1985—Definitions exclude biological parents "with respect to any person who has been adopted"—Appellant legally adopted as child—At time sponsorship application and undertaking of assistance submitted, definitions not yet in effect—Regulations as stood in March 1985 (date of sponsorship application and undertaking of assistance received) govern—Board erred in applying s. 2(1) definitions of "father" and "mother"—Regulations, read in absence of those definitions, including biological parents notwithstanding legal adoption—Only biological father still living—Nothing in Act suggesting intention to permit reference to Alberta Child Welfare Act to determine issue—Express intention to make provincial laws applicable conspicuously absent—No limiting words to undefined terms "father" and "mother" appearing in s. 5(1) of Regulations so as to render normal or ordinary meaning of those terms inapplicable—Appeal allowed—Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 19(2)(d), 79 (as am. by S.C. 1986, c. 14, s. 6; 1988, c. 35, s. 33), 84 (as am. by S.C. 1988, c. 35, s. 19)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss.

IMMIGRATION—Continued

2(1) (as am. by SOR/85-225, s. 1), 5(1)—The Child Welfare Act, R.S.A. 1970, c. 45, s. 60.

TRAN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-532-88, Stone J.A., judgment dated 13/12/89, 7 pp.)

Applications to review—Immigration Appeal Board clearly misunderstanding meaning of testimony—Death threats received by director of theatre company to which applicant belonged included applicant as made against entire company—Commission's decision accordingly quashed as based on erroneous finding of fact without regard to all evidence.

LEGERME V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1181-88, Pratte J.A., judgment dated 23/11/89, 2 pp.)

DEPORTATION

S. 28 application to set aside deportation order—Inquiry—Claim to refugee status—Minister determined applicant not refugee—Appeal to Immigration Appeal Board—Applicant failed to appear at hearing of application for redetermination of claim to refugee status—Board thereupon dismissed application for want of prosecution—Inquiry resumed and deportation ordered—Adjudicator could make deportation order only if applicant had been determined by Board not to be Convention refugee—Board's dismissal not determination—Application allowed.

SAGGI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-938-88, Pratte J.A., judgment dated 27/11/89, 3 pp.)

PRACTICE

S. 28 application to set aside Immigration Appeal Board decision refusing to re-open refugee determination application and to revoke order dismissing application for want of prosecution—Neither applicant nor solicitor appearing at Board hearing—Application apparently signed by applicant containing no residential address but indicating counsel of record—Notices sent to solicitor's address in his name and in applicant's name—Grounds neither receiving notice of hearing—Application allowed—*Per* Urie J.A.: Board wrong in concluding proper procedures for service of documents as set out in Immigration Appeal Board Rules (Appellate) 1981 followed—No evidence whatsoever of proper service before Court or in Board file—Onus on respondent to show compliance in face of sworn testimony—*Per* Stone J.A.: Prior to Board exercising jurisdiction and as a condition to so doing, due service of hearing notice in manner prescribed by Rules required to be made—Court engaged in review process ought not to be left to speculate on whether or not service effected—*Per* Pratte J.A. (concurring in the result): Board not deciding, as it should have, whether claim well founded—Rule precluding Board from reconsidering and rescinding own decisions not applying—When tribunal dismissing application without considering merits on sole ground of

IMMIGRATION—Concluded

failure to appear, open to tribunal to rescind dismissal and reopen hearing where valid excuse for not appearing clearly existing—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, s. 28—Immigration Appeal Board Rules (Appellate), 1981, SOR/81-419, ss. 5, 6, 21.

SINGH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-847-88, Pratte, Urie and Stone J.J.A., judgment dated 27/11/89, 11 pp.)

REFUGEE STATUS

Application to set aside Immigration Appeal Board's rejection of application for redetermination based on lack of credibility—Application allowed—Fair reading of evidence not supporting Board's assertions.

SIDDIQUE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1137-88, Pratte J.A., judgment dated 23/11/89, 2 pp.)

Application to set aside Immigration Appeal Board's refusal of Convention refugee status—Board doubting applicant's credibility as provided more details at hearing held 2½ years after escape than at examination under oath held six months after escape—Application allowed—Parts of story independently corroborated—Facts so established satisfy on *prima facie* basis subjective and objective elements of test for refugee status.

MENSAH V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1173-88, Hugessen J.A., judgment dated 23/11/89, 3 pp.)

INCOME TAX**CORPORATIONS**

Taxpayer incurring losses in operation of Florida corporation of which he was sole shareholder—Meeting losses with funds from Ontario corporation of which also majority shareholder—Reassessment based upon conclusion funds appropriations under Income Tax Act, s. 15(1), or deemed benefit under s. 80.4—Minister disputing taxpayer's right to deduct Florida losses as business losses—Intention in acquiring Florida business to establish and own business, as opposed to leasing business—From 1979 to 1982 taxpayer and Ontario corporation investing \$255,568.19 in Florida business—Notices of assessment adding \$111,350 appropriations from Ontario corporation to taxpayer's income—Income Tax Act, s. 15(1) including (a) value of corporation's property appropriated for benefit of shareholder or (b) benefit conferred on shareholder by corporation in computing income of shareholder—Plaintiff arguing no "benefit" to him as Florida company never profitable and business problems causing health problems—S. 80.4 deeming benefit to taxpayer who becomes indebted to company in which shareholder—Corporations having identity independent from shareholders and separate and independent from each other—That shares in one or more corporations owned by same shareholder not destroying independent identity—Losses in one corporation cannot be set off against gains in another except where

INCOME TAX—Continued

money deemed to flow through hands of shareholder—Sums advanced by Ontario corporation to Florida corporation income in hands of plaintiff under s. 15(1)(b) or 56(2)—Concept of benefit for income tax purposes relating only to fiscal, not physical state of taxpayer—Value of benefits equal to absolute value of money, notwithstanding plaintiff suffering ultimate decrease in value—Plaintiff involved in adventure in nature of trade—Intended and tried to set up business could sell in future—Money spent and amounts imputed to plaintiff losses suffered in course of adventure in nature of trade and deductible—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 64, ss. 15(1), (9) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 8; as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 7), 56(2), 80.4 (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 35; as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 44), 172(2) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58).

VINE ESTATE v. CANADA (T-2423-85, Jerome A.C.J., judgment dated 3/11/89, 24 pp.)

INCOME CALCULATION

Plaintiff reporting total income of \$9,280 for 1982—On investigation Department of National Revenue finding plaintiff's personal bank accounts disclosing unexplained source of funds, loaned to various companies, justifying increase of income by \$98,922.53—Plaintiff arguing ex-husband using her as figurehead to cover irregularities under his management by appointing her sole shareholder and manager when forming new companies—In such cases plaintiff must challenge basis of assessment as faulty—In case at bar plaintiff unable to persuade Court acting as figurehead *vis-à-vis* third parties or under domestic arrangement—Not showing basic error in notice of assessment—Action dismissed.

BOURRET v. CANADA (T-1136-87, Denault J., judgment dated 12/12/89, 7 pp.)

Deductions

RRSP—Plaintiff's income of \$20,930.15 derived from interest on term deposits and treasury bills plus \$134 rental income—Contributing \$5,500 to RRSP, thereby reducing net income to \$15,565—Under reassessment, RRSP premiums adjusted to maximum allowable of \$26—Deductions of RRSP contributions governed by Income Tax Act, s. 146(5)—Plaintiff not meeting requirement of s. 146(5)(a)—Entitlement to deduct contributions governed by s. 146(5)(b)—Limited to lesser of \$5,500 or 20% of "earned income"—Interest or investment income not within definition of "earned income", although rental income is—Charter, ss. 7 and 15 not applicable—As no other Charter infringements or inconsistencies between Income Tax Act and Canadian Constitution established, Charter ss. 24 and 52 not applicable—As plaintiff failing to pay quarterly instalments required by Income Tax Act, s. 156(1), subject to instalment interest—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 146(1)(c) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 50; 1974-75-76, c. 26, s. 99; 1980-81-82-83, c. 140, s. 98), (5) (as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 56; 1980-81-82-83, c. 140, s. 98), 156(1) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 55; 1984, c. 45, s. 61), (3) (as am.

INCOME TAX—Continued

by S.C. 1973-74, c. 14, s. 55), 161(2) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 86)—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 15(1)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 7, 15, 24—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) s. 52—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, ss. 4300, 5301(1) (as am. by SOR/84-948, s. 14).

ANDROWICH v. CANADA (T-2716-86, Teitelbaum J., judgment dated 20/12/89, 9 pp.)

Under Preferred Employees Stock Option Plan, employees had optioned 126,370 company shares exercisable over period of time—Upon selling 11 million shares of plaintiff's stock, parent company undertaking, on behalf of plaintiff, to attempt to eliminate any outstanding options held under Plan by offering to make cash payment to option holders—Payment of \$2,772,217 by plaintiff to buy back optioned shares in taxation year 1978 pursuant to terms of Plan—Action against reassessment refusing to consider payment current and deductible expense and including payment as outlay or payment on account of capital—Issue one of employer-employee relationships—Once established, Plan created term and condition of employment for employees covered by Plan—Common sense dictating salaries, wages, bonuses and commissions paid to employees proper charges against revenue—True character one of taxable compensation to employees in lieu of taxable benefit which employees would otherwise have enjoyed—Action allowed.

KAISER PETROLEUM LTD. v. CANADA (T-1180-87, Joyal J., judgment dated 4/12/89, 16 pp.)

Appeal by M.N.R. from Trial Division judgment ((1985), 85 DTC 5014) dismissing appeal by M.N.R. from Tax Review Board decision allowing respondent and others to deduct amounts paid to Toronto-Dominion Bank—MerBan in business of merchant banking—In 1972, became interested in participating in investments surrounding Mackenzie River Pipeline Project—Decided to invest in transport company operating in N.W.T.—Incorporated subsidiaries to purchase shares and finance purchase—\$2,250,000 loan obtained from T.D. Bank—MerBan claimed \$405,000 as interest expense—T.R.B. and F.C.T.D. held amounts properly deducted—Whether Trial Judge erred in ignoring separate existence of MerBan from its subsidiaries in transactions undertaken by them—Whether Trial Judge erred in holding disputed payments were incurred for business purpose and not necessary to determine which section of Act permitted deduction of amounts—Whether amounts deductible in any event—Appeal should be allowed—Separate existence of parent and subsidiary corporations herein should not be disregarded—Subsidiaries not "clones" or "artificialities"—No "sham", "agency" or "nominee" relationship to justify disregarding separate corporate existence—Trial Judge should have specified under which section deduction permissible—MerBan payments within provisions of s. 18(1)(b) as capital outlays or expenditures and therefore not deductible—Respondent cannot avail itself of exempting provisions of s. 20 as money on which interest paid not borrowed by taxpayer, as

INCOME TAX—Concluded

required by s. 20(1)(c) and (e)(ii), but by subsidiaries—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 18(1)(a),(b), 20(1)(c),(e).

CANADA v. MERBAN CAPITAL CORP. (A-1522-84, Iacobucci C.J., judgment dated 21/8/89, 21 pp.)

JUDICIAL REVIEW**APPLICATIONS TO REVIEW**

Application to terminate proceedings—Decision of Human Rights Tribunal—In denying applicants opportunity of submitting additional evidence for consideration of appeal against initial decision on discrimination complaint, Tribunal only making incidental decision not final in nature and not disposing of complaint it was authorized to consider—Application allowed—Proceedings accordingly terminated, as decision not immediately reviewable and autonomous under s. 28.

GRAVEL v. CANADA (HUMAN RIGHTS TRIBUNAL) (A-1164-88, Marceau J.A., judgment dated 8/12/89, 2 pp.)

LABOUR RELATIONS

S. 18 application to set aside Labour Minister's decision appointing adjudicator to proceed with adjudication of complaint of unjust dismissal—Whether error in law depriving adjudicator of jurisdiction under Code s. 61.5—Appointment of adjudicator almost purely administrative decision—Under Code s. 61.5(3), no complaint to be considered where employee laid off because of discontinuance of function—Minister failed to determine whether lay-off due to discontinuance of function—Because of failure to make such determination, Minister could not clothe adjudicator with jurisdiction—Application allowed.

CALGARY BROADCASTING CO. v. CHARTRAND (T-930-87, Jerome A.C.J., order dated 11/10/88, 8 pp.)

MARITIME LAW**PRACTICE**

Limitation of actions—Application under s. 572(1),(3) Canada Shipping Act to extend 2-year time limit for bringing action for damages arising out of collision between plaintiff fishing vessel and Canadian Coast Guard vessel—Plaintiff giving notice of claim 7 months after collision—Defendant denying liability one month before 2-year limitation period expiring—Plaintiff filing statement of claim over 3 years after cause of action arising—Motion dismissed—While confirming its unfettered discretion to decide "as it thinks fit" under s. 572(3) of Act (*Kelloway v. Engineering Consultants Ltd.*, [1972] F.C. 932 (T.D.), *C.F. Todd (The) v. Tanu Warrior (The)*, [1982] 2 F.C. 696 (T.D.)), Court finding plaintiff not discharging onus of showing reason for delay—No explanation offered for solicitor's 15-month further delay before bringing application when had knowledge of expiration—Not enough to say limitation

MARITIME LAW—Concluded

period missed and prejudice would result unless time extended—Court rejecting more stringent test requiring "sufficient reason" to extend time, as applied in English cases—Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 572(1),(3).

BATH v. CANADA (T-1494-87, Martin J., order dated 1/12/89, 8 pp.)

NATIVE PEOPLES**ELECTIONS**

Main action to set aside December 1988 election of one chief and four counsellors for each of Goodstone, Bearspaw and Chiniki Bands, together forming Stoney Indian Tribe—Motions herein (1) to strike statement of claim as disclosing no cause of action; (2) for summary judgment dismissing action on basis of admissions in affidavits and cross-examination of plaintiffs; (3) to pay security for costs—Plaintiffs applying for interim injunctions preventing defendants from performing functions and receiving salaries—Motions to strike dismissed as plaintiffs' case not so deficient as to deserve to be struck—Motion for summary judgment not based on sufficient evidence—Motion for security for costs dismissed as requiring security would effectively prevent plaintiffs, unemployed students, from pursuing action—Motions for interim injunctions denied as irreparable harm not established: no allegations of misconduct or dissipation of assets or misappropriation of band's funds.

STONEY INDIAN TRIBE v. GOODSTONE INDIAN BAND (T-646-89, Martin J., order dated 4/12/89, 7 pp.)

PAROLE

Suspension of parole while applicant on mandatory supervision—Evidence of experienced officer that applicant waived both right to hearing and to 14-day time limit—Applicant, veteran of prison system, claiming confusion as to meaning of waiver—Question of waiver one of credibility, particularly as objective evidence inconclusive—On balance of probabilities, applicant waived right to hearing and to time limit—Attack on revocation decision fails—Board's denial of request for re-hearing constituting failure to observe duty of fairness in light of confusion as to meaning of waiver—Request granted.

CARLSON v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-1904-89, Jerome A.C.J., judgment dated 6/10/89, 6 pp.)

PATENTS

Application for interlocutory injunction to prevent defendant from manufacturing "Efferzyme" tablets used to clean and disinfect contact lenses—Patent infringement action—Patent relating to use of proteolytic enzyme tablets and peroxide together in one step as cleaning and disinfecting procedure—Application dismissed—Strong *prima facie* case, but irreparable harm not shown—Plaintiff aware defendant marketing

PATENTS—Concluded

peroxide-active proteolytic enzyme one-step tablets since 1987—Defendant having 8.2% market share and plaintiff 21.1%—Product market stable—In January 1989, defendant redesigning package, renaming product and beginning aggressive marketing campaign—Change in level of activity not amounting to new circumstances justifying issue of injunction not previously justified—Financial size and stability of plaintiff not leading to conclusion of irreparable financial damage—Because of market stability, loss of market position constituting irreparable harm to defendant if prohibited from selling product—Detailed records of sales under licensing agreement whereby defendant paying royalties with respect to each tablet sold.

ALLERGAN, INC. v. BAUSCH & LOMB CANADA, INC.
(T-564-89, Reed J., order dated 4/12/89, 8 pp.)

INFRINGEMENT

Action for patent infringement re machine and method for harvesting and processing trees in limited forest area—Patent previously subject of conflict action with final determination made by Federal Court of Appeal (*Koehring Canada Ltd. v. Owens-Illinois Inc. et al.* (1980), 52 C.P.R. (2d) 1)—Validity of patent not finally determined in conflict proceedings under Patent Act, s. 45(8)—Case law to effect finding by Court of priority of invention not confirming validity of claims in conflict beyond fact Commissioner of Patents must issue patent containing claims to party to whom claims awarded—Validity matter of determination only in action for infringement or impeachment if such proceedings be taken—Defendants herein different from ones in conflict proceedings—Upon construction of patent and on evidence, patent valid, albeit claims reduced, but not infringed by other similar machine.

NEKOOSA PACKAGING CORP. v. AMCA INTERNATIONAL LTD. (T-1848-82, Cullen J., judgment dated 30/10/89, 31 pp.)

POSTAL SERVICE

Application to set aside denial of appeal from Canada Post Corporation's refusal of second class mail registration for applicant's publication, *Physicians Guide for Travel and Meetings*—Regulations requiring newspaper or periodical be aimed at dissemination of news or articles relating to other topics of interest to general public to be registered as second class mail—Chairman finding since only small portion of contents devoted to travel articles of interest to general public and majority of contents relating to lists of conventions of interest only to physicians, not within s. 3.1(a)(iii) of Regulations—Finding of fact open to Chairman to make—Chairman also holding news items required to be in article form—Looking to dictionary definition of English word in order to interpret meaning of "articles" as appears in French version of Regulations—When "articles" not given narrower meaning and read in harmony with intent of legislation, encompasses any form of writing—Not restricted to "normal sentences and paragraphs"—Restrictive interpretation of "articles" reviewable error of law—Chairman holding news

POSTAL SERVICE—Concluded

not including announcement of future events—Publications in evidence containing substantial "news" component—That some material of interest only to segment of general public not altering character as "news"—Reviewable error of law in adoption of unacceptably narrow definition of "news"—Although earlier application for second class mail privileges in which meaning of "news" raised refused, and refusal upheld by this Court, issue estoppel not applicable due to problems with record—Complete subject-matter of first application not before Court—Application allowed—Second Class Mail Regulations, C.R.C., c. 1294, s. 3.1 (as am. by SOR/82-33, s. 2; SOR/83-56, s. 1).

DAYCAL PUBLISHING INC. v. CANADA POST CORP.
(A-806-88, Heald J.A., judgment dated 18/12/89, 10 pp.)

PRACTICE**DISCOVERY***Examination for Discovery*

R. 465(19) application for examination for discovery of 8 members of plaintiff Indian Band—Action instituted in 1986 for declaration surrender of reserve lands invalid as no surrender meeting taking place as required by s. 39(1)(h) Indian Act—Plaintiff's representative for discovery band chief who was 10 years old at time of purported meeting in 1962-63—Numerous contested motions re discovery—Discovery thrice adjourned for chief to find answers—Defendants having documentary evidence of meeting showing names of 2 of 8 band members on surrender documents—All 8 members appearing in record of surrender meeting as present and voting in favour—Application granted—Requirements of R. 465(19) as discussed in *Sperry Corporation v. John Deere Ltd. et al.* (1984), 82 C.P.R. (2d) 1 (F.C.T.D.) met—"Special reasons in exceptional case" existing as events occurring over 25 years ago and of people involved, only 8 left—No longer young—Applicant denied full and fair discovery—Plaintiff's representative not fulfilling duty of fully informing himself—Answers filtered, incomplete, sometimes inaccurate—Plaintiff's argument supplemental affidavits filed sufficient, not founded—Affidavit evidence no substitute for discovery—Granting of extensive discovery favouring less costs, expedited trial process and possible settlement—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 465(19).

MUCHALAHT INDIAN BAND v. CANADA (T-2283-86, Reed J., order dated 7/9/89, 15 pp.)

Production of Documents

Application under R. 464 for production of documents in possession of third parties, namely Quebec Minister of Public Safety, Quebec Minister of Justice and Quebec Fire Marshal—In May 1984, this Court dismissed earlier request for documents on ground they were not identified, and indicated conditions necessary for production order—In view of lack of clarity of statement of claim and absence of third parties from hearing of application, Court considered fair to order production of documents, except for those third parties regarded as confidential or privileged—Relevance of documents to be decided by

PRACTICE—Continued

judge presiding at hearing of the case—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 464.

LANCÔT V. CANADA (T-859-83, Dubé J., order dated 19/9/89, 4 pp.)

DISMISSAL OF PROCEEDINGS*Want of Prosecution*

Application to dismiss for want of prosecution—Statement of claim filed July 1979 for damages resulting from contracts with defendant for building cleaning services—Since filing of statement of defence record indicating little activity to advance claim or trial of action—Letter dated September 6, 1989 advising plaintiff if not settling date for discovery by October 15, 1989, defendant intending to move for dismissal—Subject heading of letter indicating wrong reference number to action but containing correct style of cause and correct number of plaintiff's file—Plaintiff not responding—Application allowed—Motion not premature, irregular and unfounded—Letter constituting appropriate notice within meaning of R. 440(2), despite error—Error in one of three factors used to identify subject of letter ought not to have misled or confused plaintiff—Reasonable to conclude plaintiff on notice of defendant's position—Delay of over 5 years in prosecuting action unreasonable in both length of delay and lack of reasons submitted therefor—Difficulty of plaintiff's solicitor to obtain instructions from client for over one year not portending well for speedy prosecution—Defendant's case would be prejudiced by delay—Nature of case relating to quality of work performed or not performed over twelve years ago—Establishment of such normally depending on testimony of witnesses—Of five witnesses defendant intending to rely upon, one has died and three others no longer in defendant's employ—Memory no longer clear—Costs to defendant for motion only—Casual approach to action by both parties mitigating against award of costs—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 440.

KNIGHT MAINTENANCE LTD. V. CANADA (PUBLIC WORKS) (T-3517-79, MacKay J., order dated 30/11/89, 6 pp.)

"GAP" RULE

Appeal from order quashing subpoena requiring attendance to give evidence before court reporter—Appellants invoking R. 5 Federal Court Act and R. 39.03 Ontario Rules of Civil Procedure to supply evidence in support of motions to stay action and strike out portions of statement of claim—Appeal dismissed—No "gap" existing—Federal Court Rules providing for supplying such evidence though not in fashion permitted by Ontario Rule—Federal Court R. 5 terms "a matter not provided for" and "a procedure not provided for" not synonymous—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 5—Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, R. 39.03.

SMITH V. CONDUX INTERNATIONAL INC. (A-123-89, Mahoney J.A., judgment dated 30/11/89, 2 pp.)

PRACTICE—Continued**JUDGMENTS AND ORDERS***Default Judgment*

Cooper Canada Ltd. unilaterally cancelling discovery dates and unwilling to fix new date—One action (T-1754-88) dismissed without prejudice to Cooper filing new statement of claim—In other action (T-1698-88), Cooper's defence struck out and placing it in same position as if no defence filed.

D & N SPORTS ENTERPRISES LTD. V. COOPER CANADA LTD. (T-1698-88, Cullen J., order dated 18/12/89, 3 pp.)

COOPER CANADA LTD. V. D & N SPORTS ENTERPRISES LTD. (T-1754-88, Cullen J., order dated 18/12/89, 3 pp.)

PARTIES*Intervention*

Application by Pacific Fishermen's Alliance Society for order adding it as party or intervenor—Action seeking declaration Heiltsuk Indian Band having exclusive aboriginal right to fishing licences—If action successful, legitimate expectations and livelihood of applicant's members affected as no other licences would be issued—Society having clear and direct interest in outcome of litigation and must be authorized to intervene in some way—Declaratory action as constituted between parties not permitting joinder as party—Society allowed to intervene, but on terms set out in *Tsartlip Indian Band v. Pacific Salmon Foundation*, [1990] 1 F.C. 609 (T.D.)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 1010, 1310, 1716(2)(b).

HEILTSUK INDIAN BAND V. CANADA (T-1265-89, Denault J., order dated 1/12/89, 5 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Statement of claim pursuant to R. 419(1)(a),(e)—Plaintiff inmate claiming damages for emotional distress because of classification as sexual offender for correctional purposes—Never convicted of sexual offence—Not denying molested some of victims—Self-confessed convicted murderer of eleven children—Motion granted—No allegation of negligence or breach of legal duty owed—No allegation of defamation—No supporting facts pleaded—No allegation of improper or objectionable treatment—Past actions and conduct properly taken into account—Claim scandalous and vexatious—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 324, 419(1)(a),(e).

OLSON V. CANADA (T-1093-89, Addy J., order dated 15/11/89, 3 pp.)

Particulars

Appeal from Senior Prothonotary's decisions requiring plaintiff to file within 14 days documents and particulars referred to in defendants' demand for particulars—Plaintiff totally failing

PRACTICE—Concluded

to establish any of specific grounds alleged in notice of motion—Motion dismissed.

UNILENS OPTICAL CORP. v. LABORATORIES BLANCHARD ET SOCIÉTÉ (T-941-89, Pinard J., order dated 22/12/89, 4 pp.)

PUBLIC SERVICE**LABOUR RELATIONS**

S. 28 application to set aside decision of Public Service Staff Relations Board dismissing reference alleging violation of collective agreements and complaint of unfair labour practice under ss. 99 and 23 of Public Service Staff Relations Board Act respectively—Dispute concerning federal government employees working in Statistics Canada—Applicant, P.S.A.C., bargaining agent for employees—Terms and conditions of employment governed by collective agreements negotiated by parties—Without concurrence of applicant, respondent implementing Incentive Plan whereby employees sharing in productivity gains by earning bonus credits based on work unit's performance—Credits exchanged for leave with pay—Plan participation "optional"—Possibility of relocation within Department for employees opting out—Applicant claiming unlawful interference in representation of employees as prohibited under s. 8 of Act—Board finding conduct of employer permitted by wording in Agreement provision governing granting of leave—Application allowed—Board erred in interpretation of s. 21.13(b) of Agreement—Although Plan may be mutually advantageous, unilateral implementation not authorized and in contravention of exclusivity principle—Principle of exclusivity of bargaining agent fundamental to labour relations law—Individual arrangements between employer and employees illegitimate except where permitted by collective agreement—In ascertaining intention of parties, context, effect on parties, collective bargaining relationship as well as wording, pertinent—Elaborate provisions of Incentive Plan normally part of negotiated leave provisions of collective agreement—Incentive Plan material alteration in terms and conditions of employment—Respondent's disclaimers that Plan not intending to modify agreement or rights self-serving—Plan not optional since redeployment possible—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28—Public Service Staff Relations Board Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 8, 23, 99.

P.S.A.C. v. CANADA (TREASURY BOARD) (A-57-89, Iacobucci C.J., judgment dated 23/11/89, 14 pp.)

Occupational safety and health—Application to vacate decision of regional safety officer affirming direction given by safety officer under Part II of Canada Labour Code following respondent's refusal to work for safety reasons—Respondent, employed by Employment and Immigration Commission, refused to accompany and escort inmate from St-Jérôme prison to hospital on ground in danger of contracting serious and contagious disease he thought inmate had—Superior at once contacted physician who had examined inmate and confirmed no danger of contagion—Respondent persisted in refusal—Safety officer sent by Department of Labour investigated even though other officers had already taken inmate to hospital—Safety

PUBLIC SERVICE—Concluded

officer made decision directing Commission to take steps forthwith to protect employees against danger presented by transporting inmate suffering from hepatitis B—Regional safety officer reviewing matter affirmed direction: hence application at bar—Application allowed—Function of safety officer not to decide whether employee right in refusing to work in his workplace but whether, at time officer did investigation, condition existed in workplace constituting danger to employee—All relevant provisions concern workplace—In case at bar danger not in any way connected with workplace—Additionally, danger did not exist at time safety officer did investigation—Regional officer should therefore have quashed direction.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BONFA (A-138-89, Pratte J.A., judgment dated 18/12/89, 9 pp.)

SELECTION PROCESS

Correctional Service employment—Selection board using certain medical reports in service record referring to applicant's dismissal for medical disability in assessing her qualifications for new position with similar duties in same section—Practice consistent with purpose of reports compiled within meaning of s. 7(a) of Privacy Act—S. 28 application to review dismissed—*Per Desjardins J.A.*, dissenting: Application should be allowed—With insufficient information before it appeal board not justified in concluding applicant's former and prospective positions similar enough to warrant consultation of reports under s. 7(a) of Act.

MERCIER v. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION APPEAL BOARD) (A-1071-88, Hugessen J.A. (Desjardins J.A. dissenting), judgment dated 18/12/89, 4 pp.)

RESTITUTION

Income tax—Seizure and sheriff's sale by Department of National Revenue of land in province of Quebec held in undivided co-ownership for failure to pay taxes—Co-owners were plaintiff and one Smith—Latter failed to pay taxes—Crown knew land held in undivided co-ownership—However plaintiff not notified either of seizure or sale—By this action plaintiff called on defendant to return property to him or equivalent, and sought award of damages for illegal seizure and sale of his property—Buyer pleaded as *mis-en-cause*—Under Quebec civil law each co-owner's ownership right is right covering real property taken as whole—Sale of portion of land belonging to another is sale of property belonging to another—Sale void but nullity relative—Crown liable for damages for unjustified seizure and sale of property owned by plaintiff—However Crown did not act in bad faith—As prescription only runs from date plaintiff learned property sold in sheriff's sale, plaintiff's action not time-barred—Plaintiff should have proceeded against buyer, but as Crown pleaded buyer made it possible for plaintiff to claim property from buyer—Under Quebec civil law, therefore, (1) *mis-en-cause* must reconvey to plaintiff undivided half of land representing plaintiff's portion; (2) plaintiff may then register judgment to have effect of title for his portion; (3) *mis-en-cause* owner of other undivided half of land;

RESTITUTION—Concluded

(4) plaintiff and mis-en-cause undivided co-owners of land; (5) Crown must pay plaintiff, as damages, costs incurred in recovering ownership title plus interest, as well as interest under art. 1056(c) of Civil Code, and costs; (6) Crown must pay mis-en-cause, as damages, half price of sale plus interest, half municipal and school taxes plus interest, half difference between selling price and present value of land plus interest, as well as interest under art. 1056(c) of Civil Code, and costs.

LOVELL V. CANADA (T-293-88, Rouleau J., judgment dated 14/12/89, 50 pp.)

TRADE MARKS**EXPUNGEMENT**

Appeal pursuant to s. 55 of Trade Marks Act from decision of Registrar of Trade Marks expunging mark "Boutiques ProGolf and design" on ground appellant did not show mark used in form required by Act—At most evidence showed mark used as trade name on business card, some cheques, an order form and some letters—Evidence did not establish used as trade mark in connection with goods indicated in registration—Appeal therefore dismissed with costs.

BOUTIQUES PROGOLF INC. V. CANADA (REGISTRAR OF TRADE MARKS) (T-344-89, Denault J., judgment dated 18/12/89, 7 pp.)

Allegations of infringement of trade mark in association with knife—Application for interlocutory injunction—Very serious question of law as to whether colour and design of knife handle alone can be subject of trade mark protection and be subject of trade mark infringement—Marks not identical—Action attacking constitutional validity of Trade-marks Act s. 7—No irreparable harm—Injury compensable in damages—Questions raised require comprehensive analysis of trial with appropriate factual underpinning and extensive legal argument—Interlocutory injunction denied.

RUSSELL HARRINGTON CUTLERY, INC. V. J.A. HENCKELS ZWILLINGSWERK CANADA LTD. (T-1022-89, Jerome A.C.J., order dated 20/9/89, 8 pp.)

INFRINGEMENT

Application for interlocutory injunction to restrain defendant from infringing plaintiff's trade mark for naproxen sodium tablets oval in shape and blue in colour—Identical situation dealt with one year ago when Novopharm Ltd. did same thing as defendant—Plaintiff applied for and obtained interlocutory injunction against Novopharm: *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.*, [1989] 3 F.C. D-36 (T.D.)—Both parties represented by same counsel and making basically same arguments—MacKay J.'s reasons for order comprehensive and compendious—Factual and legal situation being same in both cases, Mackay J.'s conclusions adopted and interlocutory injunction granted.

SYNTEX INC. V. APOTEX INC. (T-1436-89, Dubé J., order dated 2/11/89, 4 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Umpire's decision set aside as not reconcilable with *Attorney General of Canada v. Blanchet*, [1977] 2 F.C. 590 (C.A.)—Condition re: portability of indemnity plan not met since, under plan in question, employees covered only if remain in employ of employer in specified group—Disability benefits received by respondent derived from disability wage-loss indemnity plan that was group plan within Regulations, s. 57—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 57 (as am. by SOR/82-673, s. 1; SOR/84-32, s. 8(1),(2); SOR/86-58, s. 1(2); SOR/88-142, s. 3; SOR/88-277, s. 7).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. BRUNET (A-892-88, Pratte J.A., judgment dated 12/12/89, 2 pp.)

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CHARBONNEAU (A-894-88, Pratte J.A., judgment dated 12/12/89, 2 pp.)

Application to review Umpire's decision dismissing appeal by Commission from decision of Board of Referees allowing claimant's appeal—Respondent held two jobs: one full-time, at \$400 a week, and other part-time, at \$90 a week—On losing full-time job on January 23, 1987 filed claim for unemployment insurance benefits—Respondent continued part-time work—Respondent did not become eligible for benefits until May 7, once severance pay, sick leave and vacation pay used up, pay which counted as earnings and was to be allocated under Regulations—Board and Umpire concluded in calculating benefit rate only lost employment should be considered—Twenty qualifying weeks would then precede January 23—Commission however thought should take into account any "insurable" employment, which includes part-time work—According to Commission, 20 qualifying weeks should be calculated commencing January 23—Issue effect of holding two insurable employments concurrently on application of benefit allocation rules provided by Act—Review application dismissed—Umpire's decision not in error but reasoning not persuasive—*Per Marceau J.A.*: For purposes of applying allocation rules, two employments held concurrently must be treated separately—Act does not directly or indirectly authorize cumulative treatment of concurrent employments—*Per Hugessen J.A.*: It follows from ss. 57(2) and 58(5) of Regulations as they stood before 1988 amendment that earnings from insurable employment include not only earnings from part-time employment but also pay received by respondent at time of departure—*Per Pratte J.A.* (dissenting): Benefit rate should be so calculated as to allow claimant who has lost one of two employments to receive benefits in amount proportional to loss of wages—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28—Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 24(2) Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 13(2)—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, ss. 57(2)(a) (as am. by SOR/84-32, s. 8(1); SOR/85-288, s. 2(1)), 58(5) (as am. by SOR/82-778, s. 3(1)).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. FORTIN (A-897-88, Marceau and Hugessen J.J.A. (Pratte J.A., dissenting), judgment dated 30/11/89, 18 pp.)

Appeal from decision in which Tax Court of Canada found no master servant relationship between respondent and person retaining services—Evidence not supporting conclusion—Application allowed and matter referred back to Tax Court to

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued
be decided on basis facts establishing existence of true contract
of service.

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded
CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. MASSICOTTE
(A-99-89, Marceau J.A., judgment dated 5/12/89, 3 pp.)

&

DIGESTS

Copies of the reasons for judgment may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Halifax, Montréal, Toronto and Vancouver.

Reasons for judgment digested are those not selected for full text or abridged publication in the Canada Federal Court Reports.

CITIZENSHIP

RESIDENCY REQUIREMENTS

Appeal from Citizenship Judge's refusal of citizenship on ground appellant not meeting residency requirements—During four years immediately preceding date of application, appellant in Canada 81 days and absent 1,240 days, completing medical studies in Hong Kong—Evidence supporting grant of citizenship—Appellant's parents and two sisters now Canadian citizens—Implicitly understood by immigration officials upon arrival in Canada appellant would be returning to Hong Kong to complete medical studies—Appellant did nothing to abandon permanent resident status and did all ordinarily expected of one still dependent upon parents and continuing studies abroad to establish residence here with family—Intended to return to Canada upon completion of studies and did so—Appeal allowed.

CHEUNG (RE) (T-691-89, MacKay J., judgment dated 10/1/90, 11 pp.)

COMBINES

Appeal against grant of leave to Tosoh Canada Ltd. to intervene in proceeding before Competition Tribunal—Not demonstrated Tribunal erred in principle in exercise of discretion under s. 9(3) of Act—Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985, (2nd Supp.), c. 19, s. 9(3).

CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH) V. NUTRASWEET CO. (A-495-89, Mahoney J.A., judgment dated 19/12/89, 2 pp.)

CROWN

Action by originating notice of motion under Federal Court Act s. 17(3)(a) for determination of reasonable compensation to be paid respondent upon termination of employment as Tariff Board member when 1988 legislation (Bill C-110) created Canadian International Trade Tribunal (CITT) and abolished Tariff Board—Bill s. 59(5) providing members of existing Boards not entitled to any compensation for loss of employment—Respondent has been appointed "during good behaviour" in October 1983 as bilingual member of Board for fixed ten-year period—When employment terminated in

CROWN

December 1988, 4.5 years remaining on fixed term of employment—In September 1988, Crown gave commitment members of existing Boards would be considered for appointment to CITT and that, if not appointed, reasonable compensation would be offered on case-by-case basis—Age (60), salary and expected pension at end of ten-year term considered—No evidence respondent considered for appointment to CITT—Offers were made to respondent, final being 70-week's pay—Respondent made efforts to find employment and mitigate damages—1977 Order in Council setting limit of 104 weeks severance pay for persons appointed under Public Service Commission or Governor in Council appointments—Respondent entitled to two and one-half years salary commencing in 1990, minus applicable income tax, pension premiums and pay-back premiums—In view of Crown's refusal to make interim payment, failure to meet undertaking to consider respondent for appointment and failure to make reasonable attempt to negotiate, respondent entitled to costs on solicitor and client basis, except with respect to accountant called as respondent's expert witness: serious error in calculations rendered report useless and resulted in trial taking much longer than required.

CANADA V. BEAUCHAMP (T-2025-89, Cullen J., order dated 22/1/90, 29 pp.)

CONTRACTS

Claim for \$6,986.32 with interest from January 1986 as consequence of cancellation by Crown of printing and manufacturing contract for at least 2,700 copies of annual statistical review—Copies delivered as requested but Supply and Services considered work not acceptable and required be redone and completed properly—Plaintiff refused and demanded additional \$1,500 to complete it—Defendant accordingly terminated contract—Way binding covered text of some dozen pages serious departure from accepted printing practice—Fundamental obligation to deliver acceptable copies of publication concerned not even partly performed—General conditions of contract authorized defendant to terminate contract with no payment to plaintiff—Though radical solution, termination approved by writers and case law—Action accordingly dismissed.

IMPRIMERIE HÉON & NADEAU LTÉE V. CANADA (T-1415-86, Pinard J., judgment dated 3/1/90, 10 pp.)

CROWN—Concluded

Claim for payment of interest pursuant to road construction contract (8.6 km of Alaska Highway)—Parties negotiated settlement re plaintiff's claim for extra payment arising out of changes in soil conditions and delay—Issue whether interest payable on sums negotiated in settlement of plaintiff's claims—Interest provisions of main construction contract not applicable as settlement agreement clear and unambiguous: "\$448,000 as full and final payment"—To allow interest would fundamentally alter agreement—Action dismissed.

SPRING POINT MANAGEMENT LTD. v. CANADA (T-1018-88, Pinard J., judgment dated 12/1/90, 11 pp.)

REAL PROPERTY

Reference under Federal Court Act, s. 17(3)(a) to determine fair rental value of Indian Reserve lands leased by defendant under renewable 20-year terms—Lands part of Semiahmoo Indian Reserve in British Columbia—Amount of rent renegotiable for each five-year period—Clause providing Federal Court to determine rent if parties fail to agree—Rent for five-year period commencing September 1, 1984—Events subsequent to September 1984 not excluded from Court's consideration—Based on expert evidence, comparable properties, actual and possible use, annual rent set at \$28,500 for period from September 1, 1984 to August 31, 1989.

CANADA v. MEYER (T-92-85, Martin J., assessment dated 19/1/90, 18 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**CUSTOMS ACT**

Action under Act s. 135 asking Court to declare seizure and confiscation by defendant illegal and to obtain reimbursement of \$10,604.11 for customs duties, sales tax and penalty imposed—Purchase of boat and trailer in Florida—Plaintiff told Canadian Customs had paid U.S. \$22,000—Defendant's agents seized boat and trailer for false declaration—Plaintiff had to pay \$18,194.61 for release of seizure—Amount later confiscated—According to evidence filed, U.S.\$34,000 paid for boat—Declaration therefore false—Plaintiff's argument based on *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, that defendant's agents infringed his fundamental rights by not telling him of his right to assistance of lawyer guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms, not valid—In that case appellant made to undergo strip search at customs—Search in case at bar quite different, made without detention of person—Moreover, Chief Justice said in *Simmons* would be absurd to suggest that for type of search affecting plaintiff Varey in case at bar person should have right to be told of right to assistance of counsel—Action dismissed.

VAREY v. M.N.R. (T-1691-87, Pinard J., judgment dated 3/1/90, 16 pp.)

ENERGY

Expropriation—Appeal from decision of Trial Division Judge ([1989] 2 F.C. D-14), acting pursuant to National Energy Board Act, s. 75.23, holding that compensation payable as consequence of compulsory taking of land, for purpose of constructing and operating pipeline, governed by provisions of Act in effect when land acquired, not by provisions of Act in effect at time steps taken to set compensation—In 1982, when land at issue acquired, National Energy Board Act provided expropriations governed by Railway Act, which in turn provided that if agreement not reached compensation paid in lump sum and set by Superior Court judge—When negotiations began in 1983 National Energy Board Act had been amended: gave jurisdiction over matter to Board and provided that, if no agreement, negotiator or arbitration committee determined compensation, payable in lump sum or periodic payments, subject to five-yearly review—Respondent raised arbitration committee's lack of jurisdiction before committee—Committee found it had jurisdiction and set compensation—Matter appealed to Trial Division, which first rejected preliminary objection to its own jurisdiction and held expropriation procedure was whole, which in case at bar was governed by Act in effect at time proceeding began—Appeal should be dismissed—*Per Desjardins J.A.*: New provisions so designed that in case at bar, if arbitration committee had jurisdiction, impossible for respondent to obtain title to lands at issue—Accordingly compulsory acquisition of land cannot be regarded as separate stage in determining compensation in case at bar—Method of acquisition should be considered as whole, from service of notice of expropriation and compulsory taking order of Superior Court to determination of compensation by judge—Required by scheme of Act, in both old and present versions—As transitional provision, s. 73 had no application to case at bar—In making offer authorizing periodic payments, respondent did not waive application of old provisions—Arbitration committee thus had no power to act—*Per Marceau J.A.*: Not possible to use provisions of new Act to complete expropriation half complete which had reached stage of proceeding at issue here—If provisions of new Act applied, acquisition of expropriated rights by expropriating party could never be formally confirmed—Under new system confirmation assured from outset by order of immediate possession, whereas under old system would not occur until final stage, specifically that of voluntary or judicial determination of compensation—Jurisdiction of Trial Division affirmed: Parliament intended when Act came into effect enabling arbitration committees to be set up, decisions of those committees would be appealable through procedure of new s. 75.23—Nothing illogical or unreasonable in Act applying to challenge decision of committee, and not to complete and perfect pending expropriation—Appeal should therefore be dismissed—National Energy Board Act, R.S.C. 1970, c. N-6, s. 73 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 80, s. 5), 75(1) (as am. *idem*), 75.13 (as enacted *idem*), 75.2(2) (as enacted *idem*), 75.23 (as enacted *idem*), 75.28 (as enacted *idem*), 75.29 (as enacted *idem*)—Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 145 to 184, 186.

GAZODUC TRANS QUÉBEC & MARITIMES INC. v. NICOLETTI (A-981-88, Marceau and Desjardins J.J.A., judgment dated 11/1/90, 21 pp.)

EXPROPRIATION

Determination respecting state of title—Land consisting of three lots situated at Shag Harbour, Nova Scotia—Clayton Shand owner of parcel no. 1 at time of death in 1953—As dying intestate, under Nova Scotia Descent of Property Act, property held in fee simple descending to ten surviving children in equal shares—Shares continuing to be vested in surviving children who were alive on date of filing of notice of confirmation of intention to expropriate, and shares of any children alive in 1953 who have since died passing to any devisees under wills, or if dying intestate then to any surviving spouse and children in accord with Intestate Succession Act—Uncertainty about possible interests in parcel no. 2 arising because of uncertainty about common boundary line—Clayton Shand's heirs and Shag Harbour Fisheries each owning about one half of property used for access to public wharf—No record of conveyance of parcel no. 3, lands lying below ordinary high water mark and covered by water, containing public wharf—The Queen in Right of Nova Scotia owner of parcel no. 3 immediately prior to filing of notice of confirmation of intention to expropriate—Descent of Property Act, R.S.N.S. 1954, c. 69, s. 2—Intestate Succession Act, R.S.N.S. 1967, c. 153—Expropriation Act, R.S.C., 1985, c. E-21, s. 18.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. SHAND ESTATE (T-910-89, MacKay J., determination dated 16/11/89, 16 pp.)

IMMIGRATION

Appeal under s. 84 of Act from decision of Immigration Appeal Board allowing appeal from refusal to approve respondent's sponsored applications for landing of family members—Appeal allowed—Decision of Board cannot be reconciled with Court's decision in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Sihota*, [1989] 1 F.C. D-27 (C.A.)—Costs on solicitor and client basis to respondent pursuant to s. 85 of Act—Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 84, 85 (as am. by S.C. 1988, c. 35, s. 19).

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. DHALIWAL (A-575-88, Pratte J.A., judgment dated 8/12/89, 1 p.)

PRACTICE

Motion on behalf of applicant for leave pursuant to Immigration Act, s. 82.1 to commence proceeding under Federal Court Act, s. 18 for *certiorari* to quash decision to continue "credible basis" hearing held pursuant to Immigration Act and for prohibition enjoining tribunal from proceeding with hearing—Applicant has failed to meet test for granting leave as material filed not raising arguable issue of law nor establishing fairly arguable case, nor serious question to be determined—Leave denied.

ANGELES v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (89-T-712, Pinard J., order dated 10/1/90, 3 pp.)

IMMIGRATION—Concluded**REFUGEE STATUS**

Appeal from decision of Immigration Appeal Board dismissing application—Applicant alleged feared persecution because of past union activities—Application dismissed—As Board's decision based on assessment of credibility, Court cannot review it.

PALMA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1064-88, Pratte J.A., judgment dated 6/11/89, 2 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Deductions*

Mortgage interest expenses—Appellant using entire proceeds from second mortgage on rental property for deposit on purchase price of principal residence—Not entitled to claim mortgage interest on second mortgage as deduction under Income Tax Act, s. 20(1)(c)(i)—Not interest on borrowed money used for purpose of earning income from property—Business expenses not deductible as no records or receipts produced—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 23, s. 20(1)(c)(i).

HOLOTNAK v. CANADA (A-1119-87, Heald J.A., judgment dated 15/11/89, 2 pp.)

Income or Capital Gain

Appeal from tax reassessment for 1979 and 1980 taxation years in which M.N.R. treated as income gains realized from disposition of employee stock options (mostly), founder's shares, few promoters' warrants and few bonus shares—Taxpayer professional mining engineer disposed of shares in four junior resource companies for which he was then working, in three out of four cases, as president—Gains of \$117,000 in 1979 and \$560,000 in 1980—Manner of acquiring shares irrelevant; manner of dealing with shares determinative—If taxpayer actively trading in shares acquired under employee stock options, disposition income from trading venture—Numerous transactions involving shares of four companies extending over several years—In present case, stock options shares cannot be treated differently from purchase of large amount of securities by any taxpayer and disposed of rapidly in pursuit of profit—Plaintiff's share transactions sufficiently akin to those of ordinary trader in securities to constitute adventure in nature of trade with view to profit—Appeals dismissed.

POLLOCK v. CANADA (T-2399-86, T-2400-86, McNair J., judgment dated 19/1/90, 19 pp.)

PRACTICE

S. 28 application to review Tax Court's refusal to grant time extension for filing notice of objection—Tax Court Judge not

INCOME TAX—Concluded

satisfied on evidence application brought as soon as circumstances permitted—Application dismissed—Discretion exercised well within parameters set out in *Pennington v. Minister of National Revenue* (1987), 87 DTC 5107 (F.C.A.)—No material error in facts found or in appreciation of relevant law—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 167(1),(3),(5)(c)(ii),(iii) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58).

DURISH v. M.N.R. (A-537-88, Stone J.A., judgment dated 16/11/89, 3 pp.)

REASSESSMENT

Defendant and wife running grain farming operation—Returns filed on basis of partnership—In reassessment, amounts reallocated in accordance with s. 74(5)—Defendant objecting on basis s. 74(5) repealed—Reassessments confirmed under different sections—Definition of “assessment” including “reassessment”—Assessment summation of all factors representing tax liability, ascertained in variety of ways: *Pure Spring Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] Ex.C.R. 471—Ministerial discretion to decide how to ascertain and fix liability of taxpayer: *Provincial Paper Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1954] Ex.C.R. 33—Income Tax Act, s. 152(3) providing liability for tax not affected by incorrect or incomplete assessment—S. 152(8) deeming assessment valid notwithstanding error, defect or omission, subject to variation or being vacated on objection or appeal—S. 166 providing assessment not to be vacated or varied on appeal only by reason of error in observation of any directory provision of Act—Cases limiting preceding provisions, recognizing certain substantial and fundamental errors not subject to shelter—Cases establishing liability for tax not affected by incorrect or incomplete assessment—Error matter of degree—Ss. 152(3),(8) and 166 indicating error not fatal as not substantial or fundamental—Act and cases establishing valid assessment even if original reasons therefor erroneous or Minister initially availed himself of wrong section—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 3, 9(1), 74(5) (rep. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 46), 152(3),(8), 166, 248—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 419, 474(1)(a).

RIENDEAU v. M.N.R. (T-329-86, Cullen J., order dated 27/11/89, 9 pp.)

INJUNCTIONS

Application for interlocutory injunction in action for patent and trade mark infringement and passing off—Patent and trade mark re flasher with hooked lure for use in trolling for fish—Defendant's flasher practically identical to plaintiff's—Also, packing creating likelihood of confusion—*American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.) applied—Serious question to be tried—Damages would not be adequate remedy—Balance of convenience in favour of plaintiff—

INJUNCTIONS—Concluded

Defendants attempting to “springboard” into market towards end of life of plaintiff's patent—Application allowed.

HOT SPOT FISHING & LURES LTD. v. O'KI TACKLE MFG. LTD. (T-2365-88, Collier J., order dated 1/2/90, 7 pp.)

PATENTS

Validity—Patent for new “tri-nip” configuration of press section of paper machine, with three dewatering nips before open draw, supporting wet web on all sides—Validity impeached on basis of prior knowledge and prior publication—Patent already found valid by Federal Court of Appeal in case involving different parties: *Beloit Canada Ltd. et al. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.)—However, issues of *res judicata*, abuse of process and privity between Valmet Oy, Valmet-Dominion and Voith suspended until issues of validity and infringement determined—Pursuant to s. 60 and 62 of Patent Act, finding of invalidity would be good against whole world ensuring to benefit of other plaintiffs, and would have effect of nullifying arguments of *res judicata* and abuse of process—Should patent be found valid, *res judicata* and abuse of process could be raised in assessment of damages and costs—On evidence, claims of Beloit patent contained in Voith research machine as portrayed in paper presented at international conference on paper-making in Stockholm, Sweden by Christian Schiel, manager of engineering concepts and developments for paper machinery division of Voith—Anticipation and prior art established—On evidence, Schiel paper “printed” within Patent Act s. 27(1)(b)—Prior knowledge and use also established—Patent also void for not clearly stating invention as required by Act s. 34—Although issue not raised, invention clearly obvious to anyone skilled in the art at that time—Defendants' infringement actions T-1450-86 against V.D.I., T-1607-86 against Voith and T-2253-86 against C.G.E. dismissed—Impeachment actions by V.D.I. (T-1268-86) and Voith (T-1350-86) and counterclaims against Beloit allowed—Patent declared void.

J.M. VOITH GMBH v. BELOIT CORP. (T-1350-86, Rouleau J., judgment dated 17/11/89, 67 pp.)

Compulsory licences granted to respondent Medichem Inc. in respect of naproxen and naproxen sodium under nineteen Canadian patents owned by appellant—Appeal from Trial Division decision dismissing Federal Court Act, s. 18 application to prohibit Commissioner of Patents from considering and making decision as to respondent's licence application—Decision in related appeal A-407-86 setting aside licence and referring matter back to Commissioner to reprocess application and to fix royalty in manner indicated—Appeal dismissed—Parties not disputing appeal has become moot.

SYNTEX PHARMACEUTICALS INTERNATIONAL LTD. v. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS) (A-245-86, Urie J.A., judgment dated 15/1/90, 1 p.)

PATENTS—Concluded

INFRINGEMENT

Patent relating to line protector for communications circuit—Protector operating so as to ground current—Protecting telephone company equipment from damage and personnel from electric shock in overvoltage or overcurrent situations—Invention claimed novel arrangement of standardized parts to allow various forms of protection with minimum modification—Plaintiffs claiming essence of invention arrangement of elements of protector in such way as to allow for “interchangeability” of components—Interchangeability referring to choice between carbon block unit or gas tube as overvoltage protective means—Heat coil or no heat coil and a spacer possible as second component in protector device—Action dismissed—Claim 1, on which others in suit depend, invalid as being ambiguous and lacking in specificity—Principles relating to ambiguity of claims followed in: *Minerals Separation North American Corp. v. Noranda Mines, Ltd.* (1952), 69 R.P.C. 81 (P.C.); *Electric and Musical Industries Ltd. v. Lissen, Ltd.* (1939), 56 R.P.C. 23 (H.L.)—Difficulty is finding alleged interchangeability invention in claims in issue—While claims to be read with mind willing to understand and in context of patent as a whole, claims must set out substance of invention: *International Pediatric Products Ltd. et al. v. Lambert et al.* (1966), 34 Fox Pat. C. 58 (B.C.C.A.); *TRW Inc. v. Walbar of Canada Inc. et al.* (1986), 10 C.P.R. (3d) 184 (F.C.T.D.)—Claim not fully describing invention of interchangeability—Heat coil and overcurrent protection not in claim—Claim only addressing overvoltage protective device—Terms in claim “in spaced relationship” and “second means”, not defined—No reference to “interchangeability of elements” (heat coil or spacer, gas tube or carbon block unit)—No mention in claim of statement in description of objects of invention that “a minimum of modification” is required to produce various versions of protector—Other defences raised considered—(a) Obviousness and anticipation—Evidence of prior art—Difficulty in determining whether existing, due to ambiguity of requirement that overvoltage protective means be in a “spaced relationship to the base” and to initial finding claim itself ambiguous—(b) Infringement—Defendant devices line protectors for communications circuits—Different in configuration—Different placement of paired protectors—Ground terminal of defendant devices not going through base of module—Ground mechanism not ground pin but E bar—Grounding occurring through side—Clear on this ground alone no textual infringement of plaintiff patent by defendant modules—If “spaced relationship to base” meaning not “some distance” but “enough distance to allow for heat coil in order to provide for interchangeability of heat coils and spacers”, then far too much distance existing between defendant overvoltage protective device and base—Difficult to conclude any textual infringement of plaintiff main claim—Difficult to assess whether defendant devices having components sufficiently interchangeable to infringe alleged substance of plaintiff patent—Alleged interchangeability invention not clearly set out in claims.

RELiance ELECTRIC INDUSTRIAL CO. v. NORTHERN TELECOM LTD. (T-566-84, Reed J., judgment dated 23/10/89, 21 pp.)

PRACTICE

Application to set aside discontinuance filed by applicant's former counsel and to reopen s. 28 application—Inappropriate to grant application—Even if it were allowed, there would be no substantive case on applicant's behalf in absence of reasons by Immigration Appeal Board.

AHMED v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-1091-88, MacGuigan J.A., order dated 19/1/90, 1 p.)

PLEADINGS

Motion to Strike

Applicants seeking: (1) order re presentation of evidence and argument at trial, (2) order pursuant to R. 419(1)(a) to (d) to strike portion of amended statement of defence and counterclaim of respondent Comstock—Orders relating to trial of two actions to be tried together involving same parties—Original action by respondents claiming declaration registration of industrial design in name of Electec invalid—Second action by applicants seeking declaration Hyde inventor and Electec sole owner of invention for which patent now registered in names of Comstock companies is invalid—Third action, not in issue, by Comstock in Supreme Court of Ontario for damages for loss incurred from breach of fiduciary duty owed by Hyde—Action suspended pending outcome of two trials in this Court—Hyde former senior employee of Comstock when electrical systems for building construction developed and becoming part of patent and industrial design registrations in issue—Portions to be struck in patent action alleging improper and *mala fides* acts by Hyde while employee of Comstock—Applicants firstly pleading to objected parts in reply and defence to counterclaim—(1) Order re trial presentation on consent—(2) Motion to strike denied on merits after finding no procedural principle for not considering merits—Although general principle pleading not to be struck where other party pleading over or where lengthy delay between delivery of pleadings and bringing of motion to strike exists, R. 491(1)(a) providing exception where pleading disclosing no reasonable cause of action or defence—Exception especially apt where delay not lengthy as here—Respondents maintaining arguable basis for including matters objected to—Heavy onus on applicant upon motion to strike—Onus not discharged herein—Trial Judge in best position to assess factors relevant to findings—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 491(1)(a).

COMSTOCK CANADA v. ELECTEC LTD. (T-1313-86, MacKay J., order dated 1/12/89, 6 pp.)

Motion to strike portions of third party's statement of defence—Plaintiff and third party, co-owners of patent, representing themselves in infringement action—Defendant's solicitors including certified specialist—Pleadings not yet closed—Motion allowed—Portions of statement of defence struck for redundancy, for including allegations of evidence, references to other pleadings, arguments and comments on facts and on nature of case—Assistant Senior Prothonotary striking portions of impugned paragraphs so as to leave what may be pleadings third party would have filed if experienced—Leave to amend in case resultant statement of defence not outlining case third

PRACTICE—Concluded

party wishing to plead—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.

DE KOROMPAY V. ONTARIO HYDRO (T-377-88, Giles A.S.P., order dated 29/11/89, 7 pp.)

REFERENCES

Motion for reference after trial under Federal Court R. 480 seeking to obtain evidence and complete disclosure of certain of respondent's documents—Original proceeding seeking expungement of respondent's trade marks "Expo", "Expo 86" and "86"—Motion for reference presented at expungement hearing and adjourned *sine die* as premature—On August 29, 1988, Trial Division ([1988] 3 F.C. D-50) dismissed application to expunge "Expo" and "Expo 86" trade marks but ordered expungement of trade mark "86"—Appeals by both sides pending—Action for infringement against applicant pending before Supreme Court of British Columbia—Applicant misconceived R. 480 as reference referred to therein not applicable to expungement proceedings—Plaintiff in effect trying to obtain production of documents and evidence to assist in B.C.S.C. proceedings—Motion dismissed.

MIHALJEVIC V. BRITISH COLUMBIA (T-441-86, Collier J., order dated 22/1/90, 5 pp.)

PRIVACY

Motion for order under s. 41 Privacy Act granting extension of time to apply for review of decision refusing applicant access to personal information under s. 12(1) of Act—Application allowed—Circumstances favouring general purpose of Act for individuals seeking access to personal information maintained about them by government—Applicant having formed, while right to apply for review continuing, *bona fide* intent to seek review—Not applying within time by reason of incarceration, limited personal resources and unfamiliarity with legislation and legal process—Application not appearing frivolous or without some prospect of success—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 12(1), 41.

ANDREW V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (89-T-656, MacKay J., order dated 21/11/89, 2 pp.)

SECURITY INTELLIGENCE

Application for interim and interlocutory orders restraining Security Intelligence Review Committee (SIRC) from further investigating applicant's security status pending trial of action wherein Committee's procedures alleged to be contrary to Charter, ss. 7, 11 and 14—Applicant arriving in Canada in 1985 as visitor and remaining without authorization upon expiry of status—Applications for permanent residence refused and no decision on 1986 application under administrative review program because of security status—Two years after notification of report to SIRC, receiving statement of circumstances giving rise to making of report by Ministers to SIRC—Closed session hearings commenced—Procedural issue:

SECURITY INTELLIGENCE—Concluded

Whether applicant's failure to apply for leave in accordance with new ss. 50 and 83.1 of Immigration Act, 1976 depriving Court of jurisdiction—S. 50 Immigration Act, 1976 applicable as matter herein "application or other proceeding commenced under s. 18 Federal Court Act"—Informal advice through Registry in absence of formal motion for leave not implying leave granted—Circumstances of case herein resulting in leave being implicitly sought when matter heard—Proceedings taking place in time of transition—Standard for granting leave (serious issue to be tried) met—Unnecessary to fix specific start date for s. 83.1 15-day limitation period as applicant's concerns relating to ongoing process of Committee—Interlocutory injunction dismissed—Although serious issue to be tried in relation to violations of principle of fairness in Committee proceedings, irreparable harm from inquiry by SIRC unlikely and balance of convenience, after considering public interest, favouring denial of interlocutory injunction—Granting of interlocutory injunction against public authority, which is deemed to act lawfully until determined otherwise in action, would result in irreparable harm to public interest—Committee having responsibility under Constitution Act, 1982, s. 52(1) to apply law and to avoid application of law infringing Charter—Charter, s. 14, guaranteeing right to interpreter, not infringed by Chairman's refusal to proceed slowly enough to permit verbatim translation whether directed to applicant or not—Charter, s. 11 procedural protections to person charged with offence not applicable to inquiry as applicant not charged with offence—Charter, s. 7 guarantee of life, liberty and security not infringed as Committee hearings not depriving subject of inquiry of rights assured by s. 7—Committee's function to investigate and report—Issues may be fully resolved at trial—Laws enacted by legislature to be respected and enforced until by trial found to be unconstitutional—Well established regular proceedings under statute should not be suspended pending resolution of constitutional arguments—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) ss. 1, 7, 11, 14, 24—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982 c. 11 (U.K.), s. 52—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18—Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 19(1)(e), 27, 39 (as am. by S.C. 1984, c. 21, s. 80), 40 (as am. *idem*), 50, 83.1 (as enacted by S.C. 1988, c. 35, s. 19)—Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21, ss. 34, 37, 38, 39, 43, 46, 48, 50, 52, 54, 55.

BRAR V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-407-89, MacKay J., order dated 11/12/89, 32 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application to review Umpire's decision money paid to applicant on ceasing work not exempt under Regulations s. 57(3)(h)—Applicant laid off after date collective agreement expired—New agreement not yet signed—Payments made in accordance with clause of agreement by which conditions of employment continue to apply until date of renewal—Application for review dismissed—Money received at time employment ceased constituted earnings and Regulations s. 57(3)(h) not applicable—*Per Hugessen J.A.*: Applicants cannot benefit from s. 57(3)(h)(i) since laid off after originally established expiry

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

date of collective agreement, which is date provided in agreement for expiry—When source of payment is collective agreement, application of s. 57(3)(h)(ii) excluded—*Per Pratte J.A.*: Very clear distinction made in labour law between expiry date of collective agreement and date on which it ceases to have any consequences—Cannot be said policy existed prior to December 31, 1984 as required by s. 57(3)(h) of Regulations, as agreement did not state that policy which would be followed after originally established expiry date had definitely ceased—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 57(3)(h)(i),(ii) (as am. by SOR/82-673, s. 2; SOR/82-778, s. 2; SOR/85-288, s. 1; SOR/86-58, s. 1(5)).

LAPORTE V. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-1118-88, Pratte and Hugessen JJ.A., judgment dated 18/12/89, 10 pp.)

VETERANS

S. 28 application to review Veterans Appeal Board determination, under Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act, s. 32, applicant not entitled to pension—Proper application of Pension Act s. 108 requiring Board to conclude applicant's disability entirely attributable to service in RCMP—Application allowed.

NOLAN V. CANADA (VETERANS APPEAL BOARD) (A-119-89, Mahoney J.A., judgment dated 10/1/90, 2 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs du jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande à l'encontre de la décision par laquelle un juge-arbitre a infirmé la décision du conseil arbitral en statuant que l'intimée avait droit à des prestations en vertu de la Loi—L'intimée travaillait à titre de caissière en moyenne 32 heures par semaine—Ses heures de travail ont été réduites à 4½ heures par semaine effectuées les samedis seulement—Le premier jour ouvrable comportant cet horaire tombait sept jours suivant la réduction du nombre d'heures—Le juge-arbitre a statué qu'une partie de l'art. 37(1) du Règlement n'est pas valide car elle va à l'encontre de la définition de l'art. 2(1)n) de la Loi «dans la mesure où il prévoit qu'un arrêt de rémunération ne se produit pas avant 7 jours après une mise à pied ou une cessation d'emploi»—Le juge-arbitre a décidé que l'intimée avait été contrainte à une mise à pied implicite et était admissible aux prestations en vertu de l'art. 17(3)b) parce qu'elle avait fait face à un arrêt de rémunération—Demande accueillie—L'art. 37(1) du Règlement est valide—Le pouvoir de réglementation prévu à l'art. 58r) de la Loi a été exercé de façon appropriée—Il n'y a pas eu arrêt de rémunération au sens de l'art. 2(1)n) de la Loi—Le juge-arbitre n'a pas considéré la réduction des heures de travail comme une «réduction de rémunération telle que prescrite»—Le cas de l'intimée ne correspond pas à la définition de «mise à pied» et «toute autre raison»—En prévoyant dans la même définition un «arrêt de rémunération» occasionné par une «mise à pied» ou «pour toute autre raison», le législateur n'a pas voulu qu'une réduction des heures de travail et qu'une réduction conséquente de la rémunération constituent une «mise à pied» ou «toute autre raison», qu'elle soit réelle ou implicite—Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 2(1)n) (mod. par S.C. 1976-77, chap. 54, art. 26), 17(3)b) (mod. par S.C. 1978-79, chap. 7, art. 4), 58r)—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 37(1) (mod. par DORS/82-778, art. 1).

CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) C. HARTMANN (A-516-88, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 2-10-89, 7 p.)

Demande d'annulation de la décision du juge-arbitre qui a confirmé la décision de la Commission selon laquelle le requérant n'avait pas droit à des prestations, pendant une certaine période, en raison de l'inexistence d'un arrêt de rémunération par suite de la réception d'une paye de vacances au moment de la cessation d'emploi—Distinction faite d'avec la décision *Vennari c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1987] 3 C.F. 129 (C.A.)—Les règles de répartition qu'on trouve à l'art. 58 du Règlement doivent s'appliquer pour

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

déterminer le moment de l'arrêt de rémunération—En vertu de l'art. 37(1) du Règlement, un arrêt de rémunération survient lorsqu'une personne cesse d'être au service de son employeur pendant une période de sept jours ou plus, à l'égard de laquelle aucune rémunération provenant de cet emploi ne lui est payable ni attribuée—L'art. 37(1) fait état de la répartition faite selon les règles figurant à l'art. 58, qui réglemente la répartition de la rémunération aux fins de déterminer si un arrêt de rémunération s'est produit—Demande rejetée—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1, art. 15, 44q),r)—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 37(1) (mod. par DORS/82-778, art. 1), 57(2) (mod. par DORS/78-233, art. 1; DORS/84-32, art. 8), 58(13) (mod. par DORS/85-288, art. 2; DORS/87-614, art. 10).

SCULLY C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-923-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 14-11-89, 4 p.)

BREVETS

PRATIQUE

Requête en radiation de la demande reconventionnelle selon laquelle le brevet est invalide—Objection visant le moyen relatif au Statute of Monopolies (Jacques 1^{er}) (ci-après la «loi»)—Les allégations dans lesquelles est mentionnée la loi sont radiées des plaidoiries de la défenderesse sans qu'il soit permis de les modifier—En vertu de cette loi de nature pénale, il faut expliquer clairement si une revendication de monopole est alléguée—Lorsqu'un brevet est en cause, la loi ne s'applique pas: *Peck & Co. v. Hindes, Ld.* (1898), 15 R.P.C. 113 (Q.B.D.)—Si un brevet n'est pas en cause, la Cour n'a pas compétence: *Aca Joe International v. 147255 Canada Inc.* (1986), 10 C.P.R. (3d) 301 (C.F. 1^{re} inst.)—La loi ne s'applique pas parce que les actes ont eu lieu dans les provinces des Prairies—Même si la loi fait partie de celles adoptées par les législatures, elle ne peut être adoptée pour réglementer les brevets—Compétence exclusive du gouvernement central—An Act concerning Monopolies and Dispensations of Penal Laws, and Forfeitures thereof (1623), 21 Jac. 1, chap. 3, art. 4 (R.-U.).

FLEXI-COIL LTD. C. RITE WAY MANUFACTURING LTD. (T-5768-81, protonotaire-chef adjoint Giles, ordonnance en date du 8-9-89, 4 p.)

CHEMINS DE FER

Appel de l'ordonnance par laquelle l'Office a établi un prix de ligne concurrentiel (PLC) pour le chemin de fer appelant (CP) en vertu de la Loi nationale sur les transports, sur demande de l'expéditeur Alberta Gas Chemicals Inc. et Alberta Chemicals Ltd. (AGCL)—AGCL envoi du méthanol, un parcours continu ayant été désigné, de Medicine Hat (Alberta) par CP à Shelby, Montana (É.-U.), jusqu'au lieu de la correspondance avec la Burlington Northern Railway (BN) à la frontière—CP et BN sont tous deux des chemins de fer qui desservent exclusivement les parties respectives du parcours continu désigné—AGCL a conclu avec BN une entente sur le prix de transport—L'Office a établi un PLC à l'égard du transport entre Medicine Hat et la frontière par CP—C'est le premier et unique prix de ligne concurrentiel établi en vertu de la nouvelle Loi—Appel rejeté—Le juge MacGuigan, J.C.A. (avec l'appui du juge en chef Iacobucci): L'Office n'a commis aucune erreur de droit—L'appelante est un «transporteur local» et BN, un «transporteur de liaison», au sens de la définition de l'art. 134(1) de la Loi—Le Parlement donne aux expéditeurs l'option de désigner un transporteur local soit au point d'origine soit au point de destination—Une fois la désignation effectuée, tout autre chemin de fer désigné devient un transporteur de liaison, et les dispositions concernant le PLC de la Loi s'appliquent—Le pouvoir conféré par la Loi pour établir un PLC ne se trouve pas affaibli par le défaut de preuve de l'existence d'une autre ligne de chemin de fer—La concurrence à l'égard des prix livrée entre le transporteur local et les transporteurs de liaison est suffisante pour satisfaire à la notion de prix de ligne concurrentiel—Le contrôle par l'Office en matière de responsabilités imposées par la Loi au transporteur de liaison est exercé par l'intermédiaire des parties assujetties à la compétence que l'Office détient au Canada—De plus, la Loi ne limite pas le pouvoir de l'expéditeur de désigner les points de destination—Il est loisible, à part une exception, aux expéditeurs de désigner le point de destination même s'il ne s'agit pas de la destination finale—La Loi fait une distinction entre le «point» de destination et la destination «finale»—Le Parlement, entre le danger qu'il associait à l'existence d'un monopole en matière de chemins de fer et les risques qui lui semblaient découler d'une concurrence débridée, a déjà opté pour cette dernière solution—Les chemins de fer se trouvent adéquatement protégés par la Loi—La loi vise à compenser le défaut de pouvoir de négociation efficace des expéditeurs captifs: application de la décision *Lor-Wes Contracting Ltd. c. M.R.N.*, [1986] 1 C.F. 346 (C.A.)—Le juge Mahoney, J.C.A. (dissident)—L'Office a commis une erreur de droit en concluant que BN est un transporteur de liaison—Puisque tant CP que BN desservent les parties respectives d'un parcours continu exclusivement, tous les deux relèvent de la définition de «transporteur local» figurant à l'art. 134(1)—En conséquence, leurs services ne sont pas concurrentiels mais complémentaires—Les faits qui déclenchent l'application des dispositions de la Loi ayant trait aux prix de ligne concurrentiels ne sont pas présents—La seule condition absolue posée par le cadre législatif est que le chemin de fer de liaison ne détienne pas lui-même un monopole—La Loi prévoit d'autres méthodes selon lesquelles un prix peut être imposé en l'absence d'une entente entre les parties—Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 28, art.

CHEMINS DE FER—Fin

134(1),(2),(3),(4),(5),(6),(7), 135(6), 136(a),b),c),d), 137(1a),b),8), 138, 139, 140(1),(2)a),b), 142, 143.

CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C. CANADA (OFFICE NATIONAL DES TRANSPORTS) (A-1167-88, juge MacGuigan, J.C.A. (juge Mahoney, J.C.A., dissident), jugement en date du 25-10-89, 23 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Réclamation du solde d'un remboursement relativement à des taxes de vente payées, sous protêt, en vertu de l'art. 27(1) de la Loi—La demanderesse fabrique des fosses septiques préfabriquées en béton—Différend non réglé au sujet des taxes de vente dues sur ces produits—Lettre envoyée par le demandeur pour aviser que l'imposition de taxes de vente était un acte illégal—Le bureau de district de la défenderesse a informé la demanderesse qu'elle était tenue de payer jusqu'à ce que l'affaire soit examinée par le ministère de la Justice—Par suite de l'arrêt *Superior Pre-Kast Septic Tanks Ltd. c. La reine*, [1978] 2 R.C.S. 612, où la Cour a statué en faveur du fabriquant, décidant que les fosses septiques étaient visées par l'exemption prévue à l'art. 26(4) de la Loi, le demandeur a présenté une demande de remboursement—La défenderesse s'appuie sur les dispositions relatives au délai (art. 44(6),(7) de la Loi) pour justifier son remboursement partiel—Le demandeur a le droit de se faire rembourser intégralement le montant des taxes de vente payé—La lettre constitue une «demande par écrit» aux fins d'empêcher le délai prescrit de courir—Le demandeur qui continue de payer sous protêt une taxe dont la légalité est douteuse pour obtempérer à l'ordre qui lui a été donné ne commet pas d'erreur de droit, puisqu'il n'existe aucune erreur de droit ou de fait—Les délais prévus à l'art. 44(7) ne s'appliquent pas: *The Queen v. Premier Mouton Products Inc.*, [1961] R.C.S. 361—Le principe d'interprétation stricte, contre le fisc, d'une loi fiscale s'applique: *Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. c. M.R.N.* (1985), 9 C.E.R. 1 (C.A.F.)—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 26(4), 27(1) (mod. par S.C. 1970-71-72, chap. 62, art. 1; 1974-75-76, chap. 24, art. 13), 44(6),(7), 47(7) (mod. par S.C. 1986, chap. 9, art. 34).

MONARCH CONCRETE PRODUCTS LTD. C. CANADA (T-4010-79, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 4-10-89, 9 p.)

Appel d'une décision de première instance qui a appliqué le sens clair de l'art. 59(4) de la Loi dans sa version antérieure à 1980—Appel rejeté—Bien que l'application stricte de cet article de la Loi crée une certaine injustice en raison d'un délai de prescription plus court applicable au droit de contester le paiement d'une taxe par opposition à celui plus long qui s'applique au paiement de taxes effectué par erreur, cette disposition législative est trop explicite pour qu'on ne lui donne pas son sens évident—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 59(4).

BALADINE INC. C. CANADA (A-756-86, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 27-9-89, 2 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

Libertés fondamentales

Appel du rejet de l'action fondée sur la Règle 419a)—L'appelante est membre des Quakers—Elle a retenu la portion de l'impôt qu'elle devait payer en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu et qui correspondait approximativement au pourcentage du budget fédéral affecté aux dépenses militaires, et elle a versé cette somme dans un fonds établi aux fins de promouvoir la paix—Elle prétend qu'il y a eu atteinte aux droits prévus aux art. 2a) et 15(1) de la Charte—Appel rejeté—Autorisation de modifier refusée—Application des arrêts *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735 et *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441—Adoption des motifs du juge de première instance ([1988] 2 C.F. 371)—L'existence ou l'absence de lien entre les impôts prélevés et les sommes dépensées à des fins militaires est une question de droit—Le droit d'exercer la liberté de conscience et de religion n'est pas violé—L'impôt que l'appelante a versé ne l'associe d'aucune façon à l'une ou l'autre des fonctions du gouvernement du Canada—La Charte n'a pas primauté sur les autres dispositions de la Constitution: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148—La Charte n'a pas primauté sur le pouvoir de lever des impôts pour des fins militaires en vertu de l'art. 91 de la Constitution—La réparation demandée étant de nature législative, elle excède la compétence de la Cour—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, chap. 11 (R.-U.), art. 2a), 15(1)—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1), art. 91—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1)a).

PRIOR C. CANADA (A-179-88, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 10-10-89, 6 p.)

DROIT MARITIME

CONTRATS

Requête introduite pour qu'il soit enjoint aux défendeurs de fournir des détails complets sur les réparations faites, sans l'autorisation de la Cour, sur le navire saisi à la requête du demandeur—Action en résiliation du contrat d'achat du navire qui n'a pas été construit selon les stipulations du contrat—Les défendeurs prétendent qu'il reste peu à faire pour que le navire soit conforme aux prescriptions du contrat—Requête accueillie—Les défendeurs doivent répondre aux questions formulées par le demandeur—Il convient que les défendeurs aient la possibilité de terminer le reste des travaux de réparation avant l'instruction de la présente action.

CASDEN C. COOPER ENTERPRISES LTD. (T-442-88, juge Martin, ordonnance en date du 18-10-89, 3 p.)

ENVIRONNEMENT

Injonctions—Requête en injonction interlocutoire interdisant le dragage de la rivière Sainte-Claire et l'immersion de résidus de dragage dans le lac Sainte-Claire près de ce qu'on prétend être les limites de la réserve et ce, jusqu'à ce qu'une autre étude sur les répercussions environnementales ait été menée—Demande visant à obtenir un jugement déclaratoire portant que l'immersion de résidus de dragage constitue une intrusion—Il est allégué que le contrat de dragage a été entrepris sans que l'on procède à une évaluation environnementale complète de la toxicité des résidus de dragage dont on croit qu'ils contiennent des contaminants—Le requérant s'appuie sur l'Étude sur les chenaux reliant les Grands Lacs d'amont—Il prétend que, en vertu du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, les intimés sont tenus à l'obligation positive de mener une autre étude sur les conséquences environnementales—Les intimés soutiennent que les résidus de dragage ne contiennent pas de contaminants soupçonnés et que tous les protocoles et toutes les procédures d'évaluation environnementale prescrits ont été suivis—Il s'agit d'examiner si les requérants ont respecté le critère préliminaire exigé pour l'octroi d'une injonction—Requête rejetée—Application du critère de la «question sérieuse à trancher» de l'arrêt *American Cyanamid* et du critère de la balance des inconvénients dont fait partie le critère du préjudice irréparable: *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 (C.A.); *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110—Bien que le critère de la question sérieuse à trancher ait été respecté, les requérants n'ont pas prouvé, par prépondérance de preuve, qu'ils subiraient un préjudice plus grand que celui des intimés—Le critère de la balance des inconvénients n'est pas rempli—L'intrusion n'est pas quelque chose pour lequel des dommages-intérêts ne constitueraient pas une réparation suffisante—La partie pertinente de la rivière Sainte-Claire constitue une importante voie navigable de liaison pour la navigation commerciale—Un intimé risque de perdre 500 000 \$ selon le contrat si l'injonction est accordée—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

BANDE INDIENNE DE WALPOLE ISLAND C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-2004-89, juge McNair, ordonnance en date du 18-10-89, 11 p.)

EXPROPRIATION

Décision relative à l'état des titres afférents à des biens-fonds expropriés—Dans le comté de Shelburne (Nouvelle-Écosse), trois parcelles («A», «B» et «C») sont situées au-dessus de la laisse ordinaire des hautes eaux, et une parcelle («D»), sous la laisse ordinaire des hautes eaux—Elles sont requises aux fins de travaux d'amélioration des installations portuaires—Stephen J. Lupis et Beatrice S. Lupis, propriétaires inscrits en vertu d'un acte de garantie daté de 1975, sont déclarés propriétaires en fief simple des parcelles «A», «B» et «C»—La parcelle «D» appartient à la Couronne du chef de la province de la Nouvelle-Écosse—Loi sur l'expropriation, L.R.C. (1985), chap. E-21, art. 18.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. NOUVELLE-ÉCOSSE (T-1347-89, juge MacKay, décision en date du 1-11-89, 6 p.)

FONCTION PUBLIQUE

RELATIONS DU TRAVAIL

L'arbitre a statué que l'employeur avait eu tort de décider de reporter le 26 décembre, jour désigné comme jour férié qui coïncidait avec un jour de repos au sens de la convention collective, au 28 décembre—L'employeur était d'avis que le 28 décembre était le prochain jour de travail prévu à l'horaire en vertu de la convention collective—Les intimés avaient droit à un «arrêt pédagogique» du 25 décembre au 2 janvier—L'arbitre a à juste titre décidé que le 28 décembre n'était pas un jour de travail prévu à l'horaire—L'arrêt pédagogique n'était pas une «autorisation d'absence» au sens donné à cette expression dans la convention collective.

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. ELLIOTT (A-1072-88, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 25-10-89, 3 p.)

La demande fondée sur l'art. 28 et tendant à la révision d'une décision rendue par la Commission des relations de travail dans la Fonction publique relativement à un grief présenté en vertu de l'art. 92 de la Loi est rejetée—Le juge en chef Iacobucci (avec l'appui du juge Desjardins, J.C.A.): L'annexe C de la convention collective n'a pas pour effet d'empêcher les employés à temps partiel de bénéficier, sur une base proportionnelle, de la semaine de travail comprimée ou modifiée—Même si le membre de la Commission a commis une erreur en fondant sa décision sur la clause 37.02, le droit fondamental existe en vertu de la clause 7.11—Celle-ci ne contient aucune mention limitant son application aux employés à temps plein—Le juge Pratte, J.C.A. (dissident): Il ressort clairement de l'annexe C que les employés à temps plein sont les seuls à pouvoir bénéficier de la clause 7.11—Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 92—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. SKUCE (A-288-89, juge en chef Iacobucci (juge Pratte, J.C.A., dissident), jugement en date du 15-11-89, 4 p.)

FORCES ARMÉES

Demande d'interdiction d'incarcérer en attendant l'audition sur le fond de la demande de prohibition pour le motif qu'on a porté atteinte aux droits reconnus par les art. 7, 9, 15(1), 24(1) de la Charte dans l'appel de la peine—Le requérant est membre des Forces armées canadiennes stationnées en Allemagne—Il a été déclaré coupable d'avoir conduit avec des facultés affaiblies—Il a été condamné à quatre mois de détention—Les appels de la condamnation et de la peine ont été rejetés—Une injonction provisoire a été accordée—Le bon ordre et la discipline des Forces armées canadiennes ne sont pas atteints—Le requérant jouit d'une carrière longue et exemplaire—La balance des inconvénients penche en faveur du maintien du statu quo—La preuve est contradictoire quant à la question de savoir si certaines règles de procédure ont été ou non respectées—La procédure d'appel de la sévérité de la peine prévue par la Loi sur la défense nationale n'a pas encore fait l'objet d'une contestation fondée sur la Charte—L'exécution de la sentence va probablement exiger un transfert à Edmonton—Si la sentence est exécutée avant l'audition sur le fond, il se peut que la

FORCES ARMÉES—Fin

réparation sous le régime de la Charte soit inefficace—La question est de savoir si l'art. 1 de la Charte s'applique—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, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 7, 9, 15(1), 24(1).

DUNCAN C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE), (T-2094-89, juge Joyal, ordonnance en date du 13-10-89, 6 p.)

GRC

Appel de la décision qui a rejeté la prétention des appelants à une pension lorsqu'ils ont été affectés de la GRC au Service canadien du renseignement de sécurité—Appel rejeté—L'art. 66(4) de la Loi fait plus que créer une présomption simple—Les appelants ont obtenu une garantie quant au maintien de leur emploi par suite de l'entrée en vigueur de l'art. 66—L'intention du législateur est claire: aucune indemnité ne doit être payée en raison de l'application de l'art. 66(4) qui considère la Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada toujours applicable après l'affectation au service de sécurité—Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, chap. 21, art. 66.

GINGRAS C. GENDARMERIE ROYALE DU CANADA (A-526-86, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 11-9-89, 2 p.)

IMMIGRATION

Demande visant à obtenir un bref de *certiorari* annulant le rejet de la demande de droit d'établissement, et un bref de *mandamus* enjoignant l'examen de celle-ci conformément aux lignes directrices et à la loi—Le requérant est citoyen de la République populaire de Chine—Il est arrivé à Vancouver en transit muni d'un visa de sortie pour immigrer en Guyane—Il a obtenu un visa de visiteur pour un jour—Il est demeuré plus longtemps que le lui permettait son visa—Il a présenté, au Canada, une demande de droit d'établissement comme résident permanent—Un agent a conclu qu'il n'existait pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire compte tenu du fait que l'évasion du requérant de la Chine était préméditée et qu'il n'avait jamais l'intention de se rendre en Guyane—Le requérant a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention—Après l'entrevue, il a prétendu qu'il avait indiqué un revenu inférieur à ce qu'il était en réalité—L'agent estimait que le requérant ne s'était pas établi avec succès au Canada, que ses revenus étaient insuffisants et qu'il ne subirait pas un préjudice indu s'il devait retourner en Chine—Les renseignements supplémentaires fournis ne modifiaient pas la décision—Demande de permis ministériel rejetée—La présente demande est rejetée—Les demandes de réparation ne sont pas fondées—1) L'agent a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon appropriée en tenant compte des considérations d'ordre humanitaire dans le cas du requérant et en jugeant que celles-ci étaient insuffisantes pour les fins des lignes directrices—Les motifs invoqués pour le refus sont visés par les lignes directrices—L'agent doit examiner les raisons pour lesquelles le requérant

IMMIGRATION—Suite

n'a pas présenté sa demande à l'étranger, puisque ces motifs pourraient constituer l'élément déterminant de la décision—L'omission par l'agent d'être plus explicite n'équivaut pas à un exercice incorrect de son pouvoir discrétionnaire—2) Rien ne prouve que les renseignements additionnels soumis n'ont pas été examinés—L'agent tient de l'art. 5 du Règlement un large pouvoir discrétionnaire: *Kumar c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1987), 10 F.T.R. 251 (C.F. 1^{re} inst.)—La délivrance des permis ministériels en vertu de la Loi est un acte de nature administrative: *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Hardayal*, [1978] 1 R.C.S. 470—Il n'existe aucun élément de preuve indiquant que le ministre n'a pas agi équitablement et pour des motifs légitimes—Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 9, 37, 115(2)—Règlement sur l'arriéré des revendications du statut de réfugié, DORS/86-701, art. 5(1)d).

SU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1918-87, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 20-10-89, 11 p.)

Appel de la décision par laquelle la Commission de l'immigration a, en vertu de l'art. 19(1)a(ii) de la Loi sur l'immigration, rejeté l'appel formé contre le refus par un agent de délivrer un visa d'admission au père de la requérante—D'après le profil médical, «il est impossible à l'heure actuelle de faire un pronostic au sujet de la maladie du père. Il se peut que son état se détériore nécessitant des hospitalisations répétées et entraînant un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé»—Appel accueilli—Le profil médical est contradictoire—La Commission déduit la probabilité d'un traitement de la simple possibilité que l'état de santé se détériore—Même s'il n'est pas obligatoire que le pronostic soit certain, la Loi exige une expression de la probabilité: *Hiramen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1986), 65 N.R. 67 (C.A.F.)—L'opinion profane exprimée par un membre dissident de la Commission, qui mettait en doute le pronostic médical, est rejetée compte tenu de l'arrêt *Pattar c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 98 N.R. 98 (C.A.F.)—Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 19(1)a(ii).

BADWAL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1193-88, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 14-11-89, 6 p.)

STATUT DE RÉFUGIÉ

Requête en suspension introduite pour interdire à l'intimée de procéder à l'audition relative au «minimum de fondement» jusqu'à ce que la Cour ait tranché la demande d'annulation de la décision selon laquelle il n'y avait pas suffisamment de considérations d'ordre humanitaire et de motifs de commisération pour faire droit à une demande de résidence permanente—L'audition concernant «le minimum de fondement» pourrait entraîner un renvoi immédiat du Canada—Il est allégué qu'il est injuste de poursuivre la procédure lorsque l'examen des considérations d'ordre humanitaire et des motifs de commisération a été fait de façon injuste et qu'il n'existe aucun règlement concernant la tenue d'une audition relative au minimum de fondement—Il est invoqué le motif selon lequel on devrait faire bénéficier le requérant des politiques et directives concernant les

IMMIGRATION—Suite

citoyens de la République populaire de Chine—Le requérant est arrivé au Canada et il a revendiqué le statut de réfugié avant le massacre à la place Tienanmen le 4 juin 1989—Sa revendication du statut de réfugié reposait sur une crainte de persécution en raison d'opinions politiques, mais la formule d'immigration ne révèle pas qu'il est membre d'un organisme militaire, politique, social, étudiant, professionnel ou de jeunesse—Le «processus d'élimination de l'arriéré» n'est pas officiel et n'a pas encore fait l'objet d'un règlement—La politique ministérielle vise à accorder le droit d'établissement, pour des motifs d'ordre humanitaire et de commisération, aux revendicateurs provenant de Chine après le massacre—Ceux qui ont fait des revendications antérieurement ne sont pas admissibles en vertu de cette politique—Il est également allégué que l'issue d'une autre affaire devant la Cour d'appel fédérale, mettant en doute la constitutionnalité du critère appliqué par le tribunal, est cruciale—En l'espèce, on peut admettre la gravité et l'importance des points litigieux à résoudre—Le droit fédéral en matière d'immigration se trouve dans un état d'imprécision et d'inconstance—Il est absurde et injuste que le déroulement du processus rende inopérantes les instances—Le requérant doit se soumettre à la procédure actuelle, mais le ministre ne prononcera aucune ordonnance absolue ou inconditionnelle contre lui—La présente décision n'a pas pour effet de restreindre l'application des lois sur l'immigration en général—Elle ne s'applique qu'aux requérants nommément désignés, et seulement en raison de l'état de confusion où se trouve la loi, de l'absence de règlements pertinents et de la multitude de directives ministérielles—Puisqu'il s'agit d'une réparation demandée sous le régime de l'art. 18, il faut au préalable obtenir l'autorisation prévue à l'art. 83.1—Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 48(4) (mod. par S.C. 1988, chap. 35, art. 14), 48.01 (édicte idem), art. 59 (mod. idem, art. 18), 83.1 (édicte idem, art. 19), 83.2 (édicte idem)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18, 26, 28, 30, 50.

YHAP C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (89-T-676, juge Muldoon, ordonnance en date du 12-10-89, 17 p.)

La demande fondée sur l'art. 28 tend à la révision et à l'annulation de la décision par laquelle la Commission d'appel de l'immigration a statué que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—La Commission a rejeté le témoignage rendu pour défaut de crédibilité—Le requérant enseignait au Ghana—Il affirme avoir fait l'objet de persécution en raison de ses opinions politiques—Demande accueillie pour deux motifs—1) La Commission a eu tort de tirer des conclusions défavorables quant à la crédibilité—Les motifs de la Commission sont peu détaillés—Les motifs invoqués par la Commission pour ne pas croire le témoignage rendu sont sans fondement, non pertinents ou sans conséquence—Le témoignage du requérant est cohérent, n'est pas contredit et n'est pas en soi suspect ou invraisemblable—2) Les motifs de la Commission ne disent pas pourquoi le témoignage n'est pas crédible—La Commission a envers le requérant l'obligation de justifier en termes clairs et explicites qu'elle rejette sa revendication du statut de réfugié pour des motifs de crédibilité—L'obligation de donner les motifs pour lesquels le témoignage est écarté doit être énoncée clairement si l'on veut éviter une apparence d'arbitraire, et cette obligation s'applique avec autant de rigueur aux décisions des

IMMIGRATION—Fin

tribunaux: *Re Pitts and Director of Family Benefits Branch of the Ministry of Community and Social Services* (1985), 51 O.R. (2d) 302 (C. div.)—Les éléments subjectifs et objectifs du critère exposé dans l'arrêt *Rajudeen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 55 N.R. (C.A.F.) sont présents dans les circonstances de l'espèce—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

ARMSON C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION (A-313-88, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 5-9-89, 12 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Allocation du coût en capital*

Le ministre a rejeté les déductions pour amortissement réclamées pour les années 1970 et 1971, et il a ajouté des sommes non révélées au revenu de 1971—Le demandeur a quitté la société d'avocats en 1971—Les états de la société indiquent qu'une somme a été payée par imputation sur un compte de capital—La société a payé au demandeur une autre somme en tant que quote-part d'un quart des comptes et des travaux en cours—Le demandeur prétend que ces états ne reflètent pas l'entente d'association conclue—Il allègue l'existence d'ententes verbales aux termes desquelles sa participation aux bénéfices serait actualisée et le solde porté au crédit du capital—Il prétend que le solde qui lui a été versé au moment où il s'est retiré de la société représente le remboursement du capital utilisé pour acquérir sa part dans la société—Antérieurement à son retrait de la société, il a, avec d'autres particuliers et une compagnie, formé une société en commandite en 1970—Le demandeur a fait un apport de capital de 500 \$—La compagnie se réserve le droit d'acheter la part du demandeur pour la somme de 100 \$—Le demandeur a réclamé la déduction de sa part proportionnelle des pertes d'entreprise notamment la déduction pour amortissement en 1970 et 1971—La défenderesse a rejeté la demande de déduction pour amortissement, fondant le calcul de cette déduction sur l'apport en capital de 500 \$ fait par le demandeur—La défenderesse a conclu que le coût en capital supporté par le demandeur se limitait à son risque—Le demandeur conteste le fondement de la nouvelle cotisation et soulève d'autres questions, à savoir l'invalidité de la nouvelle cotisation, les menaces d'accusations de fraude et de fausses déclarations proférées par l'avocat de la Couronne à l'égard du demandeur en tant qu'avocat commis au dossier dans un autre procès, les menaces de la part du répartiteur ministériel, les allégations de mauvaise foi—Au procès, d'autres allégations ont été faites, savoir que le répartiteur ministériel avait sollicité un pot-de-vin, que l'avocat de la Couronne avait agi d'une manière non professionnelle et frauduleuse et que les actes de la défenderesse avaient été vexatoires et scandaleux—Appel de la nouvelle cotisation établie pour 1970 rejeté—Appel de la nouvelle cotisation établie pour 1971 accueilli en partie—Pénalité en vertu de la loi fédérale et de la loi provinciale annulée—Le demandeur n'a pas réussi à établir le bien-fondé des arguments qu'il a invoqués à l'encontre de la nouvelle cotisation établie par la défenderesse à l'égard des coûts en capital déductibles—Compte tenu des faits, la responsabilité du demandeur se limitait à l'apport de capital

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

qu'il a fait à la société en commandite—Toute obligation éventuelle d'un commanditaire ne saurait entrer en ligne de compte avant la survenance de l'éventualité—L'intérêt proportionnel du contribuable dans le bien ne saurait servir de fondement au calcul—La question doit être jugée en fonction de ce qu'il en coûte au contribuable: application des décisions *Lipper c. Ministre du Revenu national* (1979), 79 DTC 5246 (C.F. 1^{re} inst.); *Paquin c. Ministre du Revenu national* (1974), 74 DTC 1142 (C.R.I.) et *Raessler c. Ministre du Revenu national* (1984), 84 DTC 1516 (C.C.I.)—Bien que la preuve tienne compte de la vraisemblance du paiement de capital fait au demandeur, il n'existe aucune preuve qui puisse corroborer le système d'association utilisé, et les anciens associés du demandeur n'ont pas témoigné pour appuyer ses prétentions—Il est également vraisemblable que le demandeur a apporté à la société sa propre clientèle, les dossiers, les travaux en cours et les comptes clients provenant de son ancien cabinet—Les éléments de preuve contenus dans les états financiers de la société concernant l'apport de capital servent à susciter un doute sérieux quant au bien-fondé de la pénalité—La défenderesse ne s'est pas acquittée de l'obligation de prouver qu'un faux énoncé a été fait «sciemment» ou dans des circonstances équivalant à une «faute» lourde—Les faits n'appuient pas l'imposition de la pénalité puisque l'opinion du demandeur est compatible avec les éléments de preuve objectifs dont dispose la Cour—Les accusations du demandeur n'étaient aucunement corroborées ni n'étaient appuyées par des éléments de preuve—La preuve documentaire objective contredit les manquements au devoir allégués—Les délais qu'a connus l'instruction résultaient des choix du demandeur lui-même—La prétention que les nouvelles cotisations ne sont pas valides est rejetée—L'art. 152(8) de la Loi de l'impôt précise que la cotisation est «réputée valide et exécutoire nonobstant toute erreur, vice de forme ou omission dans cette cotisation»—Les nouvelles cotisations sont valides et pleinement exécutoires: *Minister of National Revenue v. United Auto Parts Ltd.*, [1962] R.C.É. 96 et *Swyryda v. Minister of National Revenue* (1981), 81 DTC 5190 (B.R. Sask.)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 152(8), 163(2), 170(2), 244(13)—British Columbia Income Tax Act 1962, S.B.C. 1962, chap. 27, art. 19.

HAZLEWOOD C. CANADA (T-195-77, T-196-77, juge Joyal, jugement en date du 31-10-89, 16 p.)

Déductions

Appel des nouvelles cotisations établies pour les années 1979 et 1980, qui ont rejeté les pertes réclamées relativement à l'exploitation d'une entreprise de location d'avions—Le demandeur exploitait une entreprise de location d'avions pendant qu'il travaillait, à titre de coordonnateur chargé de l'enfance en difficulté, pour la London Board of Education—Le ministre prétend qu'il n'y a pas eu expectative raisonnable de profit comme l'exige l'art. 18 de la Loi de l'impôt sur le revenu—La question de savoir s'il existe une expectative raisonnable de profit est une détermination objective qui doit être faite en tenant compte de tous les faits: *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480—Aucun plan d'exploitation raisonnable—Il est difficile de qualifier de raisonnables les expectatives de profit du demandeur lorsqu'on compare les heures de revenus de vol réellement

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

faites et celles projetées—L'état des profits et pertes pour les années antérieures était à ce point alarmant qu'il réduisait à néant toute expectative raisonnable de profit—Le demandeur n'a pas reçu de formation pour exploiter une entreprise—Activités laissées aux mains de tiers qui n'ont rien fait pour en accroître la rentabilité—Le demandeur s'acheminait manifestement vers une succession de pertes, puisqu'il n'a pas modifié l'orientation ou la nature de ses activités—Il ne s'est pas acquitté de l'obligation de prouver une expectative raisonnable, objective de profit—C'est principalement en vue de son usage personnel que le demandeur a fait l'acquisition de son avion—Le demandeur a droit à une déduction pour amortissement—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 13(4) (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 6), 18—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., chap. 945, art. 1100(1), (15), (17), (18), (19), (20)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 337(2)b.

POSNO C. CANADA (T-996-84, juge Muldoon, jugement en date du 21-8-89, 25 p.)

Appel des nouvelles cotisations qui ont rejeté les pertes locatives réclamées—Le demandeur a acheté un appartement en copropriété et a loué celui-ci à titre d'IRLM pour réclamer la déduction pour amortissement—Il a par la suite déclaré cet appartement comme résidence personnelle dans sa déclaration d'impôt sur le revenu—Il a pris des dispositions afin d'utiliser l'appartement comme résidence secondaire—Il a découvert que l'immeuble était «conçu pour les adultes» et que la présence d'enfants n'était pas la bienvenue—Il a décidé de louer l'appartement de nouveau et, dans sa déclaration d'impôt, il a reconnu qu'il y avait eu changement dans l'utilisation du bien qui avait cessé d'être utilisé à des fins personnelles pour l'être à des fins commerciales—Il n'a pu louer l'appartement à cause de divers facteurs—Appel accueilli—Le demandeur a détenu le bien en vue d'en tirer un revenu—Il avait l'espoir raisonnable d'en tirer profit: application du critère énoncé dans l'arrêt *Moldovan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480—Les limitations prévues à l'art. 18(1)a) et h) n'interdisent les déductions légitimes—Le témoignage du demandeur est crédible et raisonnable dans les circonstances—La Cour conclut que le demandeur aurait donné son bien en location n'eussent été des facteurs largement imprévisibles—Les postulats sur lesquels s'appuie la défenderesse sont incompatibles avec la délivrance d'une attestation de la classification du bien dans les IRLM, qui implique l'acceptation par le M.R.N. que le bien soit utilisé à des fins de placement—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 18(1)a), (mod. par S.C. 1985, chap. 45, art. 126, n° 26F), h), 172(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58, n° 2), 248(1)a).

MCNEILL C. CANADA (T-578-87, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 19-10-89, 7 p.)

Appel des nouvelles cotisations établies pour les années d'imposition 1981 à 1985—Exploitation d'un supermarché à Leduc (Alberta)—Détenteur de 10% des actions, B vivait à Toronto avec sa femme et ses quatre enfants—La compagnie a déduit, à titre de dépenses d'exploitation, les sommes versées à la femme de B et à ses quatre enfants sous forme de salaires ou de primes au cours des années d'imposition 1982 à 1985—Le

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

M.R.N. s'est fondé sur les art. 18(1)a) et 67 pour rejeter la plupart des dépenses réclamées parce qu'elles n'ont pas été engagées pour tirer un revenu ou parce qu'elles n'étaient pas raisonnables eu égard aux circonstances—Chaque été, la femme et les quatre enfants travaillaient pendant quelque temps au magasin—La femme aurait fourni des idées en vue d'apporter des innovations au magasin—Selon la preuve, les sommes accumulées à titre de salaires ou de primes pour la femme et les quatre enfants n'étaient pas raisonnables eu égard aux circonstances—Les sommes payées aux membres de la famille sont complètement disproportionnées à ce que reçoivent les autres pour leur travail au magasin—Légère augmentation des sommes accordées à titre de dépenses; appel rejeté à d'autres égards.

MADUKE FOODS LTD. C. CANADA (T-2146-87, juge Strayer, jugement en date du 26-9-89, 15 p.)

Entreprise agricole

Appel de la décision de la Cour de l'impôt selon laquelle le demandeur faisait de l'agriculture à titre d'entreprise secondaire, ce qui limite la déduction à 5 000 \$ en vertu de l'art. 31 de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le demandeur a changé d'emplois (renonçant à l'ancienneté, à la pension et à la sécurité d'emploi) pour avoir plus de temps et de flexibilité pour l'exploitation d'une ferme d'élevage de moutons—Il a continué à travailler pour avoir les liquidités nécessaires au financement de son entreprise agricole en voie de développement—Des circonstances indépendantes de sa volonté, à savoir la sécheresse, l'infestation par des insectes et la récession ont entraîné des pertes en 1979, 1980 et 1981—Il s'est fait rembourser son fonds de retraite R.E.É.R. et a vendu la remorque dont la famille se servait pour ses vacances et son bateau de plaisance pour se procurer de l'argent pour son exploitation agricole—Il a joué un rôle actif au sein d'associations provinciales d'éleveurs de moutons—Il consacrait 30 heures par semaine à son travail et de 40 à 50 heures par semaine aux travaux de la ferme—Il a installé sa famille à la ferme—Il exploite encore celle-ci—Il incombe au demandeur de prouver que sa préoccupation principale est l'agriculture—Compte tenu des critères du temps consacré, des capitaux engagés et de la rentabilité, le contribuable n'exploitait pas une entreprise secondaire—Il a vraiment changé ses habitudes et sa façon coutumière de travailler—Il a consacré la plupart de ses efforts à l'élevage de moutons—L'agriculture était en puissance sa principale source de revenu—La possibilité plutôt que la réalité est d'importance puisque l'art. 31 ne s'applique qu'en présence d'une perte—Le demandeur est en droit de déduire toutes ses pertes agricoles—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 31 (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 7; 1979, chap. 5, art. 9).

GLASS C. CANADA (T-258-85, juge Dubé, jugement en date du 18-10-89, 14 p.)

Appel du jugement de première instance, [1989] 1 C.F. F-9, qui a conclu que la pratique dentaire était la source principale de revenu de l'appelant, et que l'agriculture était une activité secondaire—Le juge de première instance pouvait raisonnablement arriver à cette conclusion—Appel rejeté—Loi de l'impôt

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 31(1) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 7).

MACRAE C. CANADA (A-1003-88, A-1031-88, A-1032-88, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 15-11-89, 2 p.)

Revenu ou gain en capital

La demanderesse achète et vend des biens immeubles—Bien que plusieurs biens-fonds aient été détenus pour une longue période et soient encore détenus, il y en a plusieurs qui ont été vendus, peut-être pour diverses raisons—Il appartient à la demanderesse de persuader la Cour qu'une transaction donnée devrait être considérée isolément, puisque l'acquisition en question a été effectuée avec une intention autre que celle de tirer un bénéfice du commerce des immeubles, c.-à-d. pour des fins d'investissement—Il y a la preuve accablante que la demanderesse est une négociante professionnelle en immeubles—Il est probable que toutes les premières acquisitions ont été effectuées dans le dessein d'en tirer à long terme des revenus—L'acquisition en cause n'est pas suffisamment différente d'autres acquisitions pour qu'elle fasse l'objet d'une distinction—Elle s'inscrit dans le cadre global de l'entreprise de commerce immobilier exploitée par la demanderesse.

O & M INVESTMENTS LTD. C. CANADA (T-2932-85, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 4-5-89, 5 p.)

SAISIES

Recouvrement compromis—Demande présentée par la requérante Satellite Earth Station Technology Inc. (Satellite) en vertu de l'art. 225.2(8) pour faire annuler une ordonnance de la Section de première instance de la Cour fédérale, à la suite du dépôt d'un certificat et de la délivrance d'un bref de *fieri facias* autorisant le M.R.N. à prendre l'une quelconque des mesures prévues à l'art. 225.1(1a) à g) pour le recouvrement des impôts et des arriérés, y compris la saisie d'un avion Lake Renegade de 1984 que possédait Satellite—Critère établi par l'art. 225.2(2) et par la jurisprudence (*Danielson c. Canada (sous-procureur général)*, [1987] 1 C.F. 335 (1^{re} inst.); *Laframboise c. R.*, [1986] 3 C.F. 521 (1^{re} inst.): il s'agit de savoir si, selon la prépondérance des probabilités, l'octroi d'un délai compromettrait selon toute vraisemblance le recouvrement—L'instabilité de l'emplacement des bureaux de la compagnie, due à ses difficultés avec plusieurs propriétaires, ne permet pas de conclure que l'octroi d'un délai compromettrait le recouvrement—La répugnance de la contribuable à produire des déclarations d'impôt et à fournir des renseignements relatifs aux frais de recherche n'a aucune incidence lorsqu'il s'agit d'examiner le risque que comporterait l'octroi d'un délai dans le recouvrement des impôts et des intérêts—Le changement qui s'est produit dans les avoirs de la compagnie et l'instabilité des opérations de celle-ci amènent les fonctionnaires du ministère à soupçonner une tentative de se soustraire à l'impôt—Toutefois, la preuve ne permet pas de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'octroi d'un délai dans le processus de recouvrement compromettrait vraisemblablement le recouvrement de la créance de la Couronne—La demande est accueillie, et

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

l'ordonnance de la Cour est annulée, conformément à l'art. 225.2(8) de la Loi—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 225.1 (édicte par S.C. 1985, chap. 45, art. 116(1); mod. par 1986, chap. 24, art. 2; 1988, chap. 55, art. 169), 225.2 (édicte par S.C. 1985, chap. 45, art. 116; abrogé et remplacé par 1988, chap. 55, art. 170).

CANADA C. SATELLITE EARTH STATION TECHNOLOGY INC. (T-2308-88, juge MacKay, ordonnance en date du 12-10-89, 28 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande visant à obtenir un bref de *certiorari* qui annulerait la décision par laquelle la Commission nationale des libérations conditionnelles a ordonné que le requérant, détenu au pénitencier de Cowansville, ne soit pas mis en liberté avant l'expiration de sa peine d'emprisonnement—Le requérant n'a pas démontré qu'il avait réglé ses problèmes psychologiques qui ont conduit aux crimes dont il avait été déclaré coupable (agressions contre des jeunes enfants)—Son cas a initialement été examiné par le Service correctionnel—Puis il a été réexaminé par la Commission—Lorsque l'emprisonnement et le privilège de la libération conditionnelle sont visés, la Cour ne doit pas intervenir dans une décision administrative en l'absence d'éléments de preuve clairs et non équivoques que cette décision est inéquitable et entraîne une injustice à l'égard du détenu—Le Règlement exige que la Commission garde un enregistrement d'une audition comme celles tenues en l'espèce—La simple allégation qu'il y a eu un enregistrement défectueux ne suffit pas à établir la possibilité sérieuse qu'une lacune dans la transcription ait privé le requérant d'un moyen d'examen: *R. c. Hayes*, [1989] 1 R.C.S. 44—La transcription rend l'essence de l'audience, donne un bon aperçu des questions en litige et fait ressortir l'apparence d'équité—Le requérant était suffisamment au courant de la nature des allégations, et on lui a donné une occasion équitable d'y répondre—Tous les renseignements dont disposait le Service ont été donnés au requérant, sauf certains renseignements confidentiels qui n'auraient servi qu'à identifier les sources de renseignements et que la Commission n'était pas tenue de fournir—La procédure adoptée par la Commission satisfait aux normes d'équité que requiert la situation—Les photos des membres des victimes sont admissibles devant un tribunal judiciaire ou devant un tribunal administratif—Le requérant a eu l'occasion de voir ces photos avant l'audition—Celles-ci sont admissibles parce qu'elles constituent une grande force probante relative au point litigieux principal—Elles peuvent avoir un effet défavorable à l'accusé, sans être inéquitables—L'allégation que les membres de la Commission n'étaient pas anglophones est injustifiée et n'est pas appuyée par des plaintes pertinentes antérieures à la décision de la Commission—La Commission a agi de façon équitable, de bonne foi et sans partialité—Il n'y a pas eu violation des droits garantis par la Charte—Demande rejetée—Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), chap. P-2, art. 21.3 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 34, art. 5), 21.4 (édicte idem)—Règlement sur la libération conditionnelle, DORS/78-428, art. 16.2 (édicte par DORS/86-817, art. 4), 17(5) (édicte idem)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 7.

DESJARDINS C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-1555-89, juge Pinard, ordonnance en date du 5-10-89, 13 p.)

MARQUES DE COMMERCE

Requête en injonction interlocutoires—La demanderesse est propriétaire de la marque de commerce «Sunoco Or»—Elle a présenté une demande d'enregistrement de la marque de commerce «Or» devant être employée en liaison avec de l'essence—La défenderesse utilise le mot «Or» et a l'intention de l'utiliser avec d'autres mots en liaison avec son essence super—Demande rejetée—On ne décèle aucune probabilité de créer de la confusion ni aucune intention de tromper—Le mot «Or» est utilisé là où les logos et les noms bien connus de la demanderesse et de la défenderesse sont bien en vue—Le nom «Or» en lui-même constitue une faible marque de commerce—Application des critères pertinents pour l'octroi d'une injonction: *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 110; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *Turbo Resources Ltd. c. Petro-Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 (C.A.)—La demanderesse n'a pas établi l'existence d'un préjudice irréparable—Si la demanderesse a gain de cause, des dommages-intérêts constituent une indemnisation adéquate—La balance des inconvénients penche en faveur de la défenderesse.

SUNOCO INC. C. SHELL CANADA PRODUCTS LTD. (T-1966-89, juge Pinard, ordonnance en date du 5-10-89, 7 p.)

CONTREFAÇON

Demandes de radiation des déclarations—La demanderesse est l'utilisateur inscrit au Canada des marques de commerce de la titulaire défenderesse—Elle conclut à des injonctions pour contrefaçon—Elle invoque l'accord qui confère le droit exclusif d'employer les marques de commerce de la défenderesse pour acheter, importer et distribuer au Canada des produits portant ces marques de commerce—La demanderesse a acheté à la défenderesse des jeux vidéo et a distribué partout au Canada des jeux vidéo portant les marques de commerce en cause—La défenderesse vend et distribue également au Canada des jeux vidéo portant les marques de commerce qui font l'objet d'un accord conclu avec l'utilisateur—La demanderesse prétend que la défenderesse a employé les marques de commerce d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de la clientèle—Demandes rejetées—Il n'est pas évident que l'action ne saurait aboutir—Affaire portant sur une situation d'importation parallèle (*Wilkinson Sword (Canada) Ltd. v. Juda* (1966), 51 C.P.R. 55 (C. de l'É))—La jurisprudence n'appuie pas plus la cause de l'une que celle de l'autre partie—Il se peut qu'il s'agisse en l'espèce du premier procès dans lequel une partie demanderesse se trouvant dans la situation d'un usager inscrit et possédant une personnalité morale distincte de celle de sa société mère semble faire valoir ses droits dans le cadre d'une telle relation juridique—De plus, la définition d'un emploi qui

MARQUES DE COMMERCE—Fin

constitue une contrefaçon peut faire appel à des facteurs différents de ceux tels que l'«emploi» dans le contexte d'une demande d'enregistrement qu'invoque la défenderesse—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 6, 7, 19, 20, 22, 50—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1).

MATTEL CANADA INC. C. PIERCE (T-1133-89, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 12-9-89, 9 p.)

PRATIQUE

Dans l'action principale, l'appelante attaque l'ordonnance portant radiation de sa marque rendue par le registraire des marques de commerce—La requête en l'espèce est introduite par les intimés en vue d'obtenir le droit de contre-interroger l'auteur de l'affidavit déposé pour le compte de l'appelante à l'appui de l'appel—Les intimés se sont acquittés du fardeau très lourd d'établir l'existence de circonstances spéciales—L'ambiguïté des diverses déclarations dans l'affidavit concernant des questions de fait qui s'imposent pour prouver l'usage à l'égard de chacune des marchandises précisées dans l'enregistrement constitue une circonstance spéciale—À l'égard de ce type d'appel, on ne devrait pas laisser le juge de première instance dans une situation où il doit deviner la situation factuelle—Requête accueillie.

ADMIRAL SANITATION LTD. C. BIG INDUSTRIES INC. (T-990-89, juge Addy, ordonnance en date du 10-11-89, 2 p.)

PRATIQUE**COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE***Interrogatoire préalable*

Requête en interrogatoire préalable, en vertu de la Règle 465(19) d'une personne qui n'est pas partie à l'action et qui ne relève pas de la Couronne—Subsidièrement, il est demandé la production et l'examen de documents qui se trouvent en la possession de la partie qui est étrangère au procès, en vertu de la Règle 464(1)—La partie étrangère au procès refuse de nommer un membre de sa direction pour qu'il compare à l'interrogatoire préalable, mais elle offre de produire des documents—Interrogatoire préalable en cours contre un représentant de la Couronne dans la présente action en dommages-intérêts en vertu d'un marché concernant un projet de mis sur pied par Travaux publics—La requête en interrogatoire préalable de la partie qui est étrangère au procès est rejetée—Refus d'appliquer la décision *Lipper c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 827 (1^{re} inst.)—Ordonnance portant examen par le représentant de la Couronne de documents qui se trouvent en la possession de la partie qui est étrangère au procès—Ordonnance portant que le représentant de la Couronne devra comparaître de nouveau en vue de l'examen et pour remplir tous les engagements pris—L'obligation fondamentale du représentant de la Couronne est de s'informer en profondeur—L'enquête la plus complète doit

PRATIQUE—Suite

prévaloir lorsque Sa Majesté est l'une des parties—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 464(1), 465(19).

KVN HEAVY CONSTRUCTION C. CANADA (T-585-87, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 1-11-89, 18 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Suspension d'exécution*

Requête en suspension d'exécution d'une ordonnance interlocutoire en attendant qu'il soit statué sur l'appel—Comme le juge qui a rendu l'ordonnance avait pleinement connaissance des points litigieux et d'autres possibilités qui s'offraient à lui, il doit avoir voulu la rendre dans sa forme actuelle—Une suspension d'exécution équivaldrait à une modification de l'ordonnance et à son annulation jusqu'à l'audition de l'appel.

SYNTEX INC. C. APOTEX INC. (T-1436-89, juge Cullen, ordonnance en date du 15-11-89, 3 p.)

REJET DES PROCÉDURES*Défaut de poursuivre*

Appel des ordonnances du protonotaire-chef rejetant les actions pour défaut de poursuivre—Au cours d'une période de cinq mois, la défenderesse a demandé à deux reprises si les procureurs des demandeurs entendaient donner suite aux actions, sinon elle en demanderait le rejet—Aucune réponse—Un des demandeurs a changé de procureurs lorsqu'il a appris que des requêtes en rejet étaient pendantes—Les nouveaux procureurs ont fait diligence pour contester les requêtes—Ordonnances de rejet rendues—Aucune erreur justifiant l'annulation de la décision du protonotaire-chef n'a été commise—*Schering Canada Inc. c. Berlex Canada Inc.* (1987), 19 C.P.R. (3d) 250 (C.F. 1^{re} inst.) suivie—Le protonotaire-chef disposait d'éléments de preuve indiquant un retard important—La question de savoir

PRATIQUE—Fin

s'il y a lieu de rejeter les actions ou de condamner les demandeurs aux dépens relève de la discrétion du protonotaire-chef—Compte tenu des faits, cette discrétion a été exercée de façon appropriée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 440.

WILDER C. CANADA (T-2350-86, juge Martin, ordonnance en date du 18-10-89, 4 p.)

69464 MANITOBA LTD. C. CANADA (T-2365-86, juge Martin, ordonnance en date du 18-10-89, 4 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Cessation d'emploi—L'intimé Cummings, entrepreneur indépendant, donc employé de la requérante, fournissait un véhicule pour l'exécution du travail pour la requérante—Il a été mis fin à son emploi—La demande fondée sur l'art. 28 tend à la révision de la décision par laquelle le Conseil canadien des relations du travail a ordonné la réintégration de l'intimé Cummings et lui a accordé la somme de 25 000 \$, qui est équivalente au montant de la rémunération que l'intimé aurait reçu si on n'avait pas mis fin à son emploi contrairement à l'art. 94(3a)(iii) et (v)—La requérante cherche à faire déduire de la somme accordée le montant estimatif qu'il en aurait coûté à l'intimé pour faire fonctionner son véhicule, ainsi que la somme réellement gagnée au cours de cette période—La somme adjugée correspond précisément à ce qui est prévu par la disposition relative à l'indemnité du Code—Le Conseil n'a commis aucune erreur en ne tenant pas compte des coûts estimatifs d'exploitation—Et même si le Conseil avait eu tort, l'interprétation n'était pas si déraisonnable au point d'exiger que la Cour intervienne—Demande rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 99(1)c)(ii).

FREDERICK TRANSPORT LTD. C. S.I.T.U.A.C. (A-747-88, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 17-11-89, 3 p.)

FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs du jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

AGRICULTURE

Appel d'une décision rejetant la demande des représentants des producteurs de mouton du Québec de faire déclarer invalide et *ultra vires* une partie du programme de paiements pour la stabilisation du prix du mouton pour les années 1981 et 1982—Ce programme visait à déduire de la subvention fédérale versée au producteur, le montant net payable en vertu d'un programme provincial d'assurance-revenu ou de stabilisation des prix—Les appelants prétendent que les programmes de stabilisation des prix prévus par la Loi sont indépendants des programmes provinciaux qui eux ne devraient pas figurer dans l'équation des paiements fédéraux—Appel rejeté—Application des critères établis dans *Jacobs et autres c. l'Office de stabilisation des prix agricoles*, [1982] 1 R.C.S. 125—La Loi donne à l'Office de stabilisation des prix agricoles le pouvoir de prendre les mesures nécessaires pour stabiliser les prix et ce pouvoir demeure sans entrave en l'absence d'instructions du gouverneur en conseil ou du ministre ou de règlements édictés par le gouverneur en conseil pourvu que l'Office agisse équitablement—Il faut interpréter de façon libérale les pouvoirs conférés à l'Office—Il existe un lien rationnel entre le programme en litige et le mandat de l'Office et les tribunaux ne sauraient intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que la Loi accorde à cet organisme—Loi sur la stabilisation des prix agricoles, S.R.C. 1970, chap. A-9, art. 2 (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 63, art. 1), 4(5), 7(1) (mod. idem, art. 2), (2), 8 (mod. idem, art. 3), 8.1, 8.2 (ajoutés idem, art. 3), 10 (mod. idem, art. 5), 10.1 (ajouté idem, art. 6), 11 (abrogé et rempl. idem, art. 6).—Règlement de 1981 sur la stabilisation du prix du mouton, DORS/82-494, art. 4(2).

FÉDÉRATION DES PRODUCTEURS D'AGNEAU ET DE MOUTON DU QUÉBEC C. CANADA (A-744-86, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 23-6-89, 11 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Employé ou entrepreneur indépendant?—Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a mal compris et mal appliqué les critères applicables—En outre, le juge, par ses interventions, n'a pas permis au requérant de fournir certaines explications que celui-ci désirait apporter—Demande accueillie.

DUBREUIL C. M.R.N. (A-709-88, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 11-10-89, 2 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE—Suite

Demande de révision de la décision du juge-arbitre rejetant l'appel de la requérante au seul motif qu'il n'avait pas la compétence de juger si elle avait exercé un emploi assurable pendant la semaine suivant son licenciement, cette question étant, selon lui, du ressort exclusif du ministre—La demande devrait être rejetée—C'était bien une question de la compétence exclusive du ministre—De toute façon, on ne saurait retenir l'argument de la requérante qu'elle avait exercé un emploi assurable pendant la semaine suivant son congédiement au seul motif qu'elle avait reçu, en quittant son emploi, une paye de vacance qui, suivant l'art. 58 du Règlement sur l'assurance-chômage, devait être répartie sur sa première semaine de chômage.

LÉPINE-DESMARCAIS C. CANADA (JUGE-ARBITRE NOMMÉ EN VERTU DE LA LOI DE 1971 SUR L'ASSURANCE-CHÔMAGE) (A-907-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 24-10-89, 2 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 attaquant une décision de la Commission de l'emploi et de l'immigration considérant que les sommes supplémentaires reçues par la requérante à la suite de sa retraite anticipée étaient une allocation de retraite—Demande accueillie—Il s'agit ici d'une pension de retraite—On ne peut nier le caractère de pension de retraite à une allocation périodique viagère, comme celle dont il s'agit ici, qui est payée à un ancien employé en considération de sa mise à la retraite.

ROSE C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1037-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 28-9-89, 2 p.)

Demande de révision d'une décision d'un juge-arbitre sur une demande d'antidatation et sur la question de la disponibilité de l'intimée—Incapacité à la suite d'un accident—Prestations de maladie—L'intimée se croyant incapable de travailler refusa les offres d'emploi qui lui furent faites pendant une certaine période—Lorsqu'elle apprit qu'elle avait en fait été apte à travailler depuis environ six mois, elle fit une demande de prestations en demandant qu'elle soit considérée comme ayant été soumise la date à laquelle elle avait en fait été apte au travail—La Commission accepta la demande d'antidatation mais refusa la demande de prestations au motif que l'intimée n'avait pas été disponible—Le conseil arbitral fut d'avis que l'intimée avait été disponible puisque c'était de bonne foi qu'elle s'était crue incapable de travailler—Le juge-arbitre confirma la décision du conseil au motif qu'une fois la demande d'antidatation acceptée, la Commission n'avait plus la compétence pour rejeter la demande de prestations en raison de la non-disponibilité de

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

l'intimée—La demande devrait être accueillie—La demande d'antidatation et la demande de prestations sont deux questions distinctes qui doivent être jugées séparément—Et le fait que l'intimée se soit crue de bonne foi incapable de travailler ne la rendait ni disponible ni incapable d'obtenir un emploi au sens de l'art. 14a) de la Loi sur l'assurance-chômage—La disponibilité d'un prestataire doit être jugée objectivement.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. JOINT (A-1049-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 10-11-89, 3 p.)

Définition du mot «emploi»—Demande fondée sur l'art. 28 et tendant à la révision et à l'annulation de la décision par laquelle le juge-arbitre a statué que le montant reçu par l'intimée n'avait pas valeur de «rémunération» au sens de l'art. 57(2a) du Règlement—Le montant a été payé en remplacement du salaire perdu en raison de la violation d'un contrat de travail—À l'égard de ce contrat, l'intimée n'a jamais fourni de services—Demande accueillie—L'existence de l'«emploi», mot défini à l'art. 2 de la Loi et à l'art. 57(1) du Règlement, ne dépend pas de l'exécution effective des services—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28—Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 2(1) (mod. par S.C. 1976-77, chap. 54, art. 26(4))—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 57(1), (2a) (mod. par DORS/84-32, art. 8(1); DORS/88-142, art. 3; DORS/88-277, art. 7).

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. FOX (A-1205-88, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 14-9-89, 3 p.)

Demande d'annulation de la décision d'un juge-arbitre—La nouvelle loi, qui est entrée en vigueur le 5 avril 1987, prévoit que les demandes de prestations déposées avant le 5 janvier 1986 seront examinées—La question se pose de savoir si, en vertu de la nouvelle Loi, une personne qui a pris sa retraite avant le 5 janvier 1986 mais qui a déposé sa demande plus tard peut faire antidater celle-ci et se faire rembourser, surtout lorsque le dépôt tardif est dû à l'avis d'un fonctionnaire de la CEIC—La nouvelle Loi vise à éliminer le versement de prestations aux personnes qui reçoivent des pensions (les pensions sont maintenant considérées comme un revenu)—L'art. 4 de la nouvelle Loi établit la date limite—Toute ambiguïté se trouve dissipée par les commentaires faits à la Chambre des communes et qui établissent l'intention du gouvernement de ne pas s'écarter de l'application stricte de la date limite, soit le 5 janvier—L'intimé n'a pas le droit d'être réputé avoir déposé sa demande initiale de prestations d'assurance-chômage avant le 5 janvier 1986.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL DU CANADA) C. MORRIS (A-1206-88, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 14-11-89, 1 p.)

BREVETS

Appel de la décision par laquelle le commissaire des brevets a accordé une licence à l'intimée—Les exigences de la Règle 118 des Règles sur les brevets sont respectées—Aucune erreur n'entache la délivrance de la licence—Erreur de droit dans la

BREVETS—Suite

fixation de la redevance à verser—Le commissaire ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants pour rendre une telle décision—Il appartient entièrement au commissaire de décider s'il y aura lieu d'accorder une audience orale—Appel accueilli en partie—Règles sur les brevets, C.R.C., chap. 1250, Règle 118.

ELI LILLY AND CO. C. GENPHARM INC. (A-785-88, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 25-10-89, 3 p.)

CONTREFAÇON

Système débiteur de spiritueux—Demande reconventionnelle présentée pour faire déclarer l'invalidité en raison d'une publication, d'une utilisation ou d'une connaissance antérieures et en raison du défaut de valeur inventive—Action rejetée—Le brevet est invalide en raison de l'évidence—Les défendeurs sont venus à bout de la présomption de validité—Le brevet est un système et non un appareil précis—Les différences dans l'état antérieur de la technique sont sans importance et ne sont pas pertinentes—Le critère de l'évidence ou du défaut de valeur inventive a été rempli selon la preuve—Distinction faite avec le critère de l'antériorité auquel on n'a pas satisfait—Aucune preuve de réalisations antérieures—La prétention de la demanderesse quant à la précision n'est pas étayée par la preuve—Le prétendu inventeur et le véritable inventeur sont tous deux des employés de la société demanderesse—La question de l'invalidité du brevet en raison de l'invalidité de la cession ne se pose pas—La demanderesse est la représentante légale et la cessionnaire légitime de tous les deux—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 28(1) (mod. par L.C. 1987, chap. 41, art. 8), 36, 55.

DEC INTERNATIONAL, INC. C. A.L. LACOMBE & ASSOCIATES LTD. (T-880-84, juge Martin, jugement en date du 28-7-89, 36 p.)

Requête en modification de la défense et de la demande reconventionnelle pour y ajouter des allégations concernant A) «la mise au point indépendante de l'invention» quant à la défense fondée sur l'évidence et B) «la fixation des prix malhonnêtes»—La modification projetée A est rejetée—La règle quant à la divulgation antérieure au public s'applique également à l'antériorité et à l'évidence—L'intention de la défenderesse d'invoquer une connaissance non publique ou un usage non public ne révèle pas une défense raisonnable à l'action—La modification projetée B est accueillie—La croyance est suffisamment justifiée—La défenderesse affirme qu'une infraction connexe a été commise—La Cour a le pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation en *equity* compte tenu des faits pertinents, dont le comportement passé—Les modifications relatives à la fixation des prix malhonnêtes s'imposent pour trancher la véritable question—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 420—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 3—Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, chap. 23 (mod. par S.C. 1986, chap. 26, art. 19) art. 31.1 (ajouté par S.C. 1974-75-76, chap. 76, art. 12), 32 (mod. par S.C. 1986, chap. 26, art. 30, 34 (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 76, art.

BREVETS—Fin

16), 51 (ajouté par S.C. 1986, chap. 26, art. 47)—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 27(1), 61(1).

PROCTER & GAMBLE CO. C. KIMBERLY-CLARK OF CANADA LTD. (T-1493-86, juge Pinard, ordonnance en date du 13-7-89, 7 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE**

L'intimée, entreprise internationale de courtage en marchandises de Montréal, se spécialise dans la fourniture de matières fertilisantes et l'appelante, entreprise de l'Île-du-Prince-Édouard œuvrant dans l'achat et la vente de matières fertilisantes, ont conclu une entente prévoyant l'achat et la vente d'urée perlée de l'Union Soviétique—Les conditions essentielles du contrat se trouvent dans un télex loconique—Appel du jugement de la Section de première instance quant à la quantité d'engrais, aux frais de surestaries et aux frais de location des grues de quai et des bennes preneuses qui ont servi à décharger la cargaison—Appel accueilli en partie—Le juge Pratte, J.C.A.: appel accueilli à l'égard des demandes relatives à la cargaison excédentaire et à la location de grues de quai puisque ces questions ne sont pas régies par le droit maritime—La demande de surestaries relève de la compétence de la Cour puisqu'elle se rapporte au droit maritime—La demande relative à la cargaison excédentaire se rapporte à un contrat de vente de marchandises non régi par le droit maritime, et celle relative à la location de grues ne découle pas directement du contrat constaté par le télex—Le juge Desjardins J.C.A., (motifs concourants en partie): l'appel est accueilli, la décision du juge de première instance annulée et l'action rejetée pour défaut de compétence—Le contrat constaté par le télex est un contrat de vente de marchandises dans lequel les frais des arrangements relatifs à l'expédition se trouvaient répartis entre le vendeur et l'acheteur—Il ne s'agit pas d'un contrat maritime—Les demandes ayant trait à la cargaison excédentaire, à la location des grues et aux frais de surestaries sont également de nature civile—Le juge Hugessen, J.C.A. (motifs concourants en partie): appel rejeté sauf aux fins de corriger une faute de copiste dans le jugement formel du juge de première instance—Les décisions sur la responsabilité reposaient sur les conclusions de fait valables tirées par le juge de première instance, et il n'y a pas lieu de les modifier—La principale question porte sur la compétence de la Cour fédérale (art. 2 «droit maritime canadien», 22(1) de la Loi: s'agit-il d'une action entre le vendeur et l'acheteur qui découle d'un contrat de vente de marchandises et qui ne relève pas du droit maritime canadien, ou d'une action entre l'expéditeur et le consignataire qui résulte d'un contrat de transport par mer—Application de l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres*, [1986] 1 R.C.S. 752—Le télex contient un contrat d'assurance maritime et un contrat de transport de marchandises, et ces deux contrats relèvent du droit maritime canadien—Tous les aspects du contrat conclu sont en fait reliés à la mer et aux activités maritimes—Toutes les questions soulevées dans la demande de la

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—
Fin**

demanderesse portent directement et exclusivement sur les conditions du contrat de transport visé dans l'entente du télex—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2, 22(1).

MONK CORP. C. ISLAND FERTILIZERS LTD. (A-980-88, juges Pratte, Hugessen et Desjardins, J.C.A., jugement en date du 6-7-89, 22 p.)

CONFLIT DE LOIS

Droit maritime—Requête en rejet de l'action intentée contre le «Lina Erre» et en jugement déclarant invalide la saisie de ce dernier—L'abordage entre le «Lina Erre», navire enregistré au Panama, et le «Reefer Manggis», navire enregistré aux îles Bahamas, a eu lieu en Grèce—Ultérieurement à l'accident, la propriété du navire défendeur a changé de mains et le transfert a été dûment enregistré en Italie—Le navire a été saisi au Canada, mais sa saisie a été levée par suite du dépôt d'une garantie—Il s'agit d'examiner si le droit canadien, le droit grec, le droit italien ou le droit panaméen s'applique—Le droit d'exercer le privilège maritime était éteint ou prescrit lorsque le navire a été saisi, que l'on applique le droit grec, le droit italien ou le droit panaméen—Les tribunaux canadiens ne reconnaissent que le droit positif étranger—En vertu du droit canadien, du droit grec et du droit italien, le droit d'exercer un privilège maritime fait partie du droit positif—La Cour doit examiner le droit de la Grèce, où le privilège maritime est né—Le droit grec appliquerait le droit italien, le droit du port d'immatriculation au moment de la saisie—En droit italien, le privilège s'était éteint—Saisie invalide—Action rejetée—Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, chap. S-9, art. 274, 645—Code grec de droit maritime privé, art. 205, 207—Code italien de la navigation, art. 552(5), 558, 559.

SEMBAWANG REEFER LINES (BAHAMAS) LTD. C. LINA ERRE (LE) (T-2417-88, juge Dubé, ordonnance en date du 29-6-89, 7 p.)

CONTRÔLE JUDICIAIRE**BREVS DE PRÉROGATIVE***Certiorari*

Demandes de *certiorari* et de jugements déclaratoires attaquant une décision de Revenu Canada interdisant à la requérante toute entrée de boissons alcoolisées dans l'entrepôt de stockage de l'aéroport de Mirabel—La requérante, Wardair Canada Inc, société de transport aérien interprovincial et international, offre à ses passagers un service de boissons alcoolisées—Munie d'un permis de la section des douanes de Revenu Canada, la requérante maintenait à Mirabel un entrepôt de stockage des douanes où elle conservait son inventaire de boissons alcoolisées ainsi que d'autres produits vendus ou distribués «hors taxes» à ses passagers au cours des vols—La décision de Revenu Canada faisait suite à la position prise par la Société des Alcools du Québec, en application du Règlement sur les entrepôts de stockage des douanes adopté en 1986 sous le régime de la Loi sur les douanes, qu'étant seule autorisée à

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Suite

importer, distribuer et vendre ses boissons dans la province de Québec, la Société obligeait la requérante à obtenir sa permission pour libérer ses boissons de l'entrepôt de stockage, permission qui ne saurait être accordée à moins que la requérante verse à la Société des frais, des droits ou des charges financières pour toute boisson alcoolisée importée par la requérante dans la province de Québec—En janvier 1989, la Société facturait la requérante pour un montant de 96 103,80 \$—En avril de la même année, elle avisait Revenu Canada des conditions qu'elle devait désormais imposer sur l'exercice du droit de toute compagnie de mettre des boissons alcoolisées en entrepôt de stockage et qu'elle retirait à la requérante le privilège d'utiliser l'entrepôt de stockage pour fins de boissons alcoolisées ou pour en approvisionner ses voles—La requête est rejetée—La jurisprudence établit clairement qu'un jugement déclaratoire ne peut être obtenu par voie d'action—En outre, la décision prise est complètement et exclusivement liée à un texte législatif et ne comporte aucunement l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire—Les règles de justice naturelle ne s'appliquent donc pas—Les arguments d'ordre constitutionnel et portant sur la légitimité des lois et règlements en cause ne pourront être entendus que si la requérante recommence par voie d'action—Règlement sur les entrepôts de stockage des douanes, DORS/86-1063, art. 13.

WARDAIR CANADA INC. C. DION (T-1745-89, juge Joyal, ordonnance en date du 28-9-89, 9 p.)

Mandamus

L'abolition de la Commission du tarif est prévue à l'occasion de l'introduction de la Loi—Le Sénat a adopté la loi à condition que le ministre d'alors prenne l'engagement selon lequel une indemnité raisonnable serait versée aux membres de la Commission—Une lettre du ministre intimé indiquait que s'il n'y avait pas règlement cas par cas, le gouvernement conviendrait de déférer la question à la Cour fédérale—Le demandeur membre de la Commission prétend que son revenu est extrêmement réduit—Sept mois de négociation n'ont pas donné lieu à un règlement—La demande de renvoi à la Cour présentée par le demandeur n'a pas reçu de réponse—La demande de *mandamus* est rejetée parce que l'intimé n'est plus ministre d'État du ministère en cause—Il n'est plus responsable des négociations avec le requérant—Ce dernier est autorisé à présenter une nouvelle demande à la Cour si cela est nécessaire—L'argument de l'intimé selon lequel le ministre n'est pas un «office fédéral» est rejeté—Le ministre agissait en qualité de ministre de la Couronne—Relevant de la définition de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale en vertu de fonctions assumées—L'engagement constitue une obligation valide et susceptible d'exécution de la part du gouvernement: *C.A.E. Industries Ltd. c. La Reine*, [1983] 2 C.F. 616 (1^{re} inst.)—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 2—Loi sur les départements et ministres d'État, L.R.C. (1985), chap. M-8, art. 11(2).

BEAUCHAMP C. HOCKIN (T-1127-89, juge Denault, ordonnance en date du 20-7-89, 6 p.)

Demande d'injonction et de *mandamus* en vue d'une nouvelle délivrance de permis de pêche—La demanderesse a, en 1982, allongé son bateau—Permis révoqué parce que l'application des modifications de 1984 apportées au Règlement sur la pêche

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin

dans le Pacifique est devenue plus stricte—En vertu du Règlement, les pêcheurs ont dû s'en tenir à des bateaux de la même longueur qu'auparavant—En 1988, on a avisé la requérante qu'elle devait acquérir un autre bateau ou redonner à son bateau sa longueur initiale—À défaut de cela, aucun permis ne serait délivré—La demanderesse a saisi la Commission d'appel des permis du Pacifique de l'affaire—Jusqu'à ce jour, aucune décision n'a été rendue—Sont mis en jeu un revenu annuel de 400 000 \$ pour les propriétaires du bateau ainsi que le gain-pain de six membres d'équipage—Il y a lieu à bref de *mandamus* en raison de l'inaction du ministre—Délégation abusive de pouvoir par le ministre à une commission qui n'était pas valablement constituée—Le ministre doit rendre une décision conformément à son devoir d'agir équitablement et selon la conclusion de fait que le bateau propriété de la requérante et exploité par elle ne dépasse pas sa capacité initiale pour laquelle un permis a été délivré—Les modifications de 1982 constituent une mesure de sécurité—Il n'y a pas eu atteinte à l'objectif du Règlement (protection de l'environnement)—Loi sur les pêcheries, L.R.C. (1985), chap. F-14, art. 43—Règlement sur la pêche dans le Pacifique, 1984, DORS/84-337 (mod. par DORS/84-351).

HARBOUR HOLDINGS LTD. C. CANADA (T-1444-89, juge Rouleau, ordonnance en date du 19-7-89, 7 p.)

DEMANDES DE RÉVISION

Fonction publique—Le Comité d'appel n'a commis aucune erreur de droit et son interprétation de l'art. 31 de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique est irréfutable—Demande rejetée.

L'ESPÉRANCE C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (A-1247-88, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 13-10-89, 2 p.)

COURONNE

Le demandeur, marin, a été arrêté par un fonctionnaire de l'immigration après qu'il eut déserté son navire, et il a été détenu pendant la nuit et une partie du jour suivant—Il prétend que l'arrestation et la détention étaient illégales—La requête en radiation de l'intitulé de la cause des noms de défendeurs et en rejet de l'action est rejetée compte tenu de l'arrêt *Oag c. Canada*, [1987] 2 C.F. 511 (C.A.) (où la Cour a accueilli l'action en arrestation illégale et en emprisonnement arbitraire intentée personnellement contre deux membres de la Commission nationale des libérations conditionnelles) et de la décision *Bradash c. Warren*, [1989] 2 C.F. D-36 (1^{re} inst.).

KIGOWA C. CANADA (T-612-89, juge Collier, ordonnance en date du 26-6-89, 4 p.)

Requête en appel d'une décision du protonotaire-chef radiant l'action du demandeur contre la Couronne pour motif de chose jugée—L'action précédente a également été radiée par le protonotaire-chef, la procédure applicable au grief n'ayant pas été épuisée—Il a été satisfait aux exigences du dernier palier de la procédure de grief (présentation d'une demande au gouverneur en conseil) avant le dépôt de la présente requête—Demandeur

COURONNE—Fin

congédié à cause de son orientation sexuelle—Requête accueillie—Le notaire a commis une erreur de droit en invoquant le motif de la chose jugée—Les critères nécessaires à l'application de l'autorité de la chose jugée ne se retrouvent pas dans les deux actions—Il n'est pas clair que l'action est prescrite—Le justiciable doit épuiser les moyens de redressement que lui fournit le législateur avant de poursuivre la Couronne—En l'espèce, la prescription court à compter de janvier 1989—La question fondamentale consiste à savoir si le demandeur a une cause raisonnable d'action—L'action n'est pas vouée à l'échec puisque l'art. 15 de la Charte n'est pas limité aux catégories énumérées: *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359 (C.A.)—De plus, les décisions du Cabinet sont assujetties au contrôle judiciaire en vertu de l'art. 32(1)a) de la Charte et l'exécutif du gouvernement canadien a l'obligation générale d'agir conformément aux principes de la Charte: *Operation Dismantle c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441—Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 29—Code civil du Bas-Canada, art. 1241, 2232, 2261(2)—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, chap. 11 (R.-U.), art. 15, 32(1)a)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1)a).

BORDELEAU C. CANADA (T-769-89, juge Dubé, jugement en date du 23-6-89, 9 p.)

CONTRATS

La demanderesse réclame la somme de 5 600 \$ à titre de dommages résultant du défaut de respecter un contrat de location d'un chalet de huit chambres au Manoir Charlevoix Inc. (Québec)—Chalet loué pour un mois par des agents de la GRC pour l'exercice de leurs fonctions (protection du gouverneur général)—Location annulée après deux jours par les agents de la GRC en raison de l'état pitoyable des lieux, l'insonorisation déficiente et les bruits environnants—Loyer régi par les art. 1602 et 1629 du Code civil du Bas-Canada—La défenderesse a établi que la demanderesse avait fait défaut de fournir aux agents des chambres adéquates et de leur procurer la jouissance paisible des lieux loués—La demanderesse n'a donc pas respecté les obligations imposées au locateur par l'art. 1604 du Code civil du Bas-Canada—Action rejetée.

1860-3340 QUÉBEC INC. C. CANADA (T-1786-87, juge Pinard, jugement en date du 8-11-89, 9 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LES DOUANES**

Entente en vertu de laquelle les intimés s'engageaient à plaider coupable à l'égard de certaines accusations portées en vertu de la Loi sur les douanes contre la remise de certaines des marchandises saisies—Le juge de première instance a à bon droit refusé d'exécuter l'entente, mais il pouvait se servir de l'entente comme preuve—La Cour d'appel ne modifie pas la conclusion de fait tirée—Puisqu'il ne découle pas nécessairement de l'art. 150 que l'art. 153 s'applique à toute saisie en vertu de la Loi, et

DOUANES ET ACCISE—Fin

puisqu'il n'existait aucune preuve que la Couronne avait respecté les art. 160 à 163, le juge de première instance a à juste titre conclu que la présente action était le seul moyen disponible qui permettrait d'examiner les activités de la Couronne—Aucune erreur donnant lieu à révision n'entache la fixation de la proportion des marchandises à rendre et l'octroi des intérêts—Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-40, art. 150, 153, 160, 161, 162, 163.

TERRASSE JEWELLERS INC. C. CANADA (A-775-88, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 12-10-89, 2 p.)

TARIF DES DOUANES

La Commission du tarif a classifié «une chaîne stéréo non portative composée d'un récepteur stéréophonique MA/MF avec platine à double cassette et d'un tourne-disque semi-automatique» sous le numéro tarifaire 44524-1 (appareils électriques et leurs pièces achevées)—Appel rejeté—Le juge Pratte, J.C.A.: la Commission n'a commis aucune erreur donnant lieu à révision—Le juge Hugessen, J.C.A. (dissident): les biens en question ne peuvent se distinguer des biens dont la même commission, dans *Magnasonic Inc. v. The Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1986), 11 T.B.R. 407, a conclu à bon droit qu'ils devaient être classifiés sous le numéro tarifaire 44534-1—Tarif des douanes, S.R.C. 1970, chap. C-41, numéros tarifaires 44524-1, 44533-1, 44534-1.

JUTAN INTERNATIONAL LTD. C. SOUS-MINISTRE DU REVENU NATIONAL, DOUANES ET ACCISE (A-544-88, juge Pratte, J.C.A. (juge Hugessen, J.C.A., étant dissident), jugement en date du 26-9-89, 3 p.)

IMMIGRATION**EXPULSION**

La demande fondée sur l'art. 28 tend à la révision d'une ordonnance d'expulsion—Équivalence des infractions au sens de l'art. 19(1)c) de la Loi sur l'immigration—Compte tenu du dossier, il n'existe aucune preuve de la nature de l'infraction pour laquelle le requérant a été reconnu coupable en Angleterre—Il est impossible pour l'arbitre d'arriver à une conclusion valable sur la question de l'équivalence—Demande accueillie.

WASHINGTON C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-289-89, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 14-11-89, 1 p.)

PRATIQUE

Demande de révision d'une décision de la Commission d'appel de l'immigration refusant au requérant de rouvrir l'enquête sur sa demande de statut de réfugié—La Commission a refusé au requérant sa demande de statut de réfugié sur la seule base du dossier, le requérant ne s'étant pas présenté à l'audition—Le requérant, qui avait négligé d'aviser tant la Commission que ses propres avocats de son changement d'adresse, n'avait jamais reçu les trois avis d'audition—La

IMMIGRATION—Fin

Commission refusa la demande de réouverture d'enquête au motif que le requérant était responsable de son malheur—Arrêt (le juge Hugessen, J.C.A., dissident): la demande devrait être accueillie—Le juge Marceau, J.C.A.: la procédure est trop importante pour qu'on refuse à l'intéressé, comme sanction de sa négligence à rester en contact avec la Commission, la possibilité de se faire entendre—Le principe de justice fondamentale du droit d'être entendu ne saurait être mis de côté si rapidement—La Commission n'aurait pas dû prendre de décision sans être pleinement éclairée—Le juge Desjardins, J.C.A.: les risques que court le requérant, si sa revendication du statut de réfugié est fondée, sont si considérables que, compte tenu des principes de justice naturelle et de l'art. 7 de la Charte, la Commission se devait d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur du requérant, vu qu'il avait au moins notifié Immigration Canada de son changement d'adresse—N'eût été cet avis, il n'y aurait pas lieu d'intervenir en l'espèce—Le juge Hugessen, J.C.A. (dissident): il ne peut y avoir de déni de justice naturelle quand la seule personne à avoir enfreint les règlements est le requérant lui-même—La Cour ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission lorsque le refus est fondé sur une constatation de négligence.

BAMRAH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1011-88, juges Marceau et Desjardins, J.C.A. (juge Hugessen, J.C.A., dissident), jugement en date du 11-10-89, 8 p.)

STATUT DE RÉFUGIÉ

L'expression «au cours de l'enquête» figurant à l'art. 45(1) de la Loi sur l'immigration de 1976 comprend la période postérieure à l'annonce par l'arbitre de sa décision mais antérieure à l'acte de mettre fin à l'instance ou au prononcé d'une ordonnance d'exclusion formelle—La revendication a été faite selon la loi—La demande fondée sur l'art. 28 est accueillie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28—Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 45(1).

MONTEIRO C. CANADA (ARBITRE, LOI SUR L'IMMIGRATION DE 1976) (A-798-87, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 13-7-89, 2 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Entreprise agricole*

Appel de la décision par laquelle la Cour de l'impôt a rejeté la pleine déduction de pertes agricoles pour quatre années d'imposition successives—Le contribuable travaillait à temps plein comme agriculteur et mineur—Son intention était toujours de quitter la mine pour devenir agriculteur—Acquisition d'un terrain et de machines usagées—Le salaire tiré du travail à la mine s'imposait pour couvrir les dépenses d'exploitation de la ferme—S'agit-il d'une principale source de revenu avec une expectative raisonnable de revenu tiré de l'agriculture telle

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

qu'elle soustrairait le contribuable à la limite imposée aux pertes par l'art. 31(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu?—Appel accueilli et trois des quatre nouvelles cotisations sont annulées—Principale source de revenu tirée d'une préoccupation principale, soit l'agriculture, et d'une autre source, la mine, malgré les pertes—L'art. 31(1) entre en jeu seulement lorsque le contribuable a eu une perte agricole—Application du critère d'établissement d'une "principale source de revenu" énoncé dans le test relatif et objectif sans cesse applicable adopté dans *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480—Bien que ce test ne soit incontestablement pas une simple question de proportion, il n'exclut pas la question de proportion—Conclusion d'une expectative raisonnable de revenu tiré de l'agriculture—Preuve d'une progression dans les revenus et dans la production—Évaluation objective des éléments de preuve et de l'importance relative des sources de revenu—Le contribuable fait de l'agriculture pour son gagne-pain—Application des mêmes principes de droit que ceux appliqués dans une affaire ayant une situation factuelle semblable, l'affaire *La Reine c. Graham*, [1985] 2 C.F. 107 (C.A.) où le test objectif et relatif de l'arrêt *Moldowan* a été appliqué—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 31(1) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 7).

PAVLAKOVICH C. M.R.N. (T-1463-85, juge Muldoon, jugement en date du 30-8-89, 18 p.)

Déductions

La demanderesse a vendu au Manitoba un réseau de distribution, et elle a réclamé la différence entre le prix de vente et la juste valeur marchande à titre de don—Le juge de première instance a à juste titre conclu à l'existence d'une seule opération, malgré la tentative de la décomposer en deux parties—Ce marché ne comportait à l'origine aucun don à titre d'élément de la contrepartie—Appel rejeté—L'appel incident de l'appel formé contre la pénalité et qui a été accueilli en première instance est rejeté.

HUDSON BAY MINING AND SMELTING CO. C. CANADA (A-274-86; juge Urie, J.C.A., jugement en date du 30-10-89, 2 p.)

NOUVELLE COTISATION

Entente sur l'option d'achat d'actions—Validité de l'option—Conclusion selon laquelle il existe une contrepartie de valeur selon la preuve—Option revêtue du sceau—Somme symbolique payée—Transmission du loyer à l'optionnaire, ce qui constitue une contrepartie continue—De son vivant, le cédant se trouve lié par l'option—*Williams v. Keynes*, [1971] 5 W.W.R. 561, à la page 565.

LANDAU C. CANADA (T-4233-77, juge Muldoon, ordonnance en date du 21-8-89, 4 p.)

PRATIQUE

Demandes de prorogation du délai présentées dix mois après le dépôt tardif des avis d'opposition—Demandes rejetées—Le

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

défaut d'agir n'est pas justifié—Les demandes n'ont pas été présentées aussitôt que les circonstances l'ont permis—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 167(5)c)(ii) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58, annexe, n° 2)—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28.

LÉTOURNEAU C. CANADA (COUR DE L'IMPÔT)
(A-397-88, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 13-6-89, 1 p.)

SAISIES

Opposition à saisie par le nouveau propriétaire de l'immeuble saisi—La preuve démontre clairement que la vente de l'immeuble d'une société à une autre était une manœuvre de la part du propriétaire réel de ces sociétés, le même dans les deux cas, de tenter de se soustraire à ses responsabilités vis-à-vis le fisc—Les avis de cotisation de la Couronne étaient antérieures à la vente—Opposition rejetée—Saisie déclarée bonne et valable.

2440-1986 QUÉBEC INC. C. 2436-8169 QUÉBEC INC.
(ITA-3503-87, ordonnance en date du 22-9-89, 4 p.)

PÉNITENCIERS

Demande visant à obtenir un bref de *mandamus* qui enjoindrait au chef de l'établissement de respecter les art. 16 (soins médicaux et dentaires), 20 (programme de recyclage et de réadaptation), 40 (isolement) du Règlement sur le service des pénitenciers—Il n'existe aucune preuve d'une inobservation à cet égard—La validité du Règlement n'est pas contestée—Le requérant reconnaît qu'il a à juste titre été placé en isolement—La demande laisse entendre que le détenu a accès à certains programmes alors qu'aucun n'est mentionné—Demande rejetée—Un bref de *mandamus* n'est, à l'évidence, décerné que pour forcer l'exécution d'un devoir prévu par la loi—Aucune disposition de la loi ou du Règlement ne peut être incorporée dans une ordonnance de *mandamus* puisqu'aucun programme n'y est expressément mentionné—Il n'appartient pas à la Cour de prendre les décisions et d'exercer les responsabilités interprétatives et administratives du chef de l'établissement—On ne peut, par un bref de *mandamus*, dicter ou ordonner une conclusion ou un résultat particulier—Quoi qu'il en soit, le bref de *mandamus* est un recours de nature discrétionnaire—La Cour n'intervient pas dans le fonctionnement journalier sauf pour les raisons les plus évidentes—Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C., chap. 1251, art. 16, 20, 40.

PEARCE C. ÉTABLISSEMENT D'EDMONTON (T-2031-88, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 10-2-89, 5 p.)

Certiorari—Le requérant n'accepte pas la décision du tribunal disciplinaire—Aucune allégation d'erreur susceptible de contrôle judiciaire n'a été faite—Demande rejetée—L'absence de transcription à elle seule ne justifie pas d'accorder un bref de *certiorari* qui est un recours extraordinaire—Le requérant doit au moins alléguer que ses droits ont été bafoués: *Larivière c.*

PÉNITENCIERS—Fin

Comité de discipline l'Établissement de Milhaven (1987), 7 F.T.R. 289 (1^{re} inst.).

PICTON C. ÉTABLISSEMENT D'EDMONTON (T-2282-88, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 16-6-89, 5 p.)

Pratique—Privilège—Transfert de détenu—Appel d'une décision du protonotaire-chef ordonnant à un témoin de répondre à certaines questions sur son affidavit déposé à l'appui du transfert et faisant état de soupçons de complot d'évasion et de découverte d'une carabine—À son contre-interrogatoire, le témoin a refusé de répondre aux questions du procureur du détenu au motif que ces informations venaient de sources confidentielles, par voie d'indicateurs—Il est bien établi que les informations susceptibles de révéler l'identité d'un indicateur sont privilégiées: *Demaria c. Comité régional de classement des détenus*, [1987] 1 C.F. 74 (C.A.)—Appel accueilli et ordonnance du protonotaire-chef infirmée.

MILLETTE C. ALARIE (T-2414-88, juge Joyal, jugement en date du 19-10-89, 6 p.)

Demande visant à obtenir un bref de *certiorari* qui annulerait la déclaration de culpabilité prononcée à l'égard d'une infraction à la discipline et un bref de *mandamus* qui accorderait une nouvelle audience—Le requérant est accusé d'avoir commis une infraction de gravité moyenne (commettant un acte propre à nuire à la discipline ou au bon ordre de l'institution)—Demande rejetée—Aucun élément de preuve par voie d'affidavit n'étaye la réparation demandée—L'avertissement ou la réprimande est la plus légère des peines prévues pour une infraction de gravité moyenne—Le droit du requérant à la présence d'un avocat est fonction de la gravité, de la nature et de la complexité de l'infraction: *Howard c. L'Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 324—Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C., chap. 1251, art. 38(3), (5)a) (mod. par DORS/85-640, art. 1), 38.1(3) (mod. par DORS/80-209, art. 3; DORS/81-940, art. 1; DORS/85-640, art. 3), 39k) (mod. par DORS/85-640, art. 4)—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, chap. 11 (R.-U.), art. 7, 10b), 11d), 15(1).

JACOBSON C. CANADA (SOLLCITEUR GÉNÉRAL)
(T-262-89, juge Joyal, ordonnance en date du 12-7-89, 5 p.)

PRATIQUE

Appel d'une ordonnance du protonotaire-chef adjoint au moyen d'une demande fondée sur la Règle 324(1) (décision sans comparution en personne)—La requérante n'a pas fait de signification à la partie adverse—Le dépôt qu'elle a fait n'a pas été effectué dans le délai imparti—Aucune demande de prorogation n'a été faite—Demande rejetée—Défaut de suivre la procédure prévue aux Règles 324, 336(5)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 324, 336(5).

DE KOROMPAY C. HYDRO ONTARIO (T-377-88, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 21-9-89, 3 p.)

PRATIQUE—Suite

Requête visant à obtenir un jugement par défaut au motif que la défenderesse n'a pas produit et signifié de défense dans le délai prescrit par la Règle 402—La déclaration a été déposée vers la fin de novembre—La défenderesse a, en vertu de la Règle 402(3), déposé un acte de comparution pour qu'on ne compte pas les jours qui tombent dans la période des vacances de Noël dans le calcul du délai de 30 jours imparti pour déposer une défense—Par la suite, la requête en précisions de la défenderesse a été accueillie—La première requête en jugement par défaut introduite par la demanderesse a été rejetée en raison de l'insuffisance de précisions—La demanderesse a déposé une déclaration modifiée avant les grandes vacances—Dans cette déclaration modifiée, on a omis de mentionner l'entente au sujet de laquelle des précisions ont été ordonnées—La défenderesse maintient un acte de comparution pour faire proroger le délai applicable en vue de l'exclusion du délai au cours d'une période de vacances subséquente—Il est allégué que le défaut par la demanderesse de donner des précisions justifie le défaut de plaider—Requête rejetée—L'affaire soulève la question 1) de la comparution sous le régime de la Règle 402(3) et 2) de la modification des actes de procédure—(1) Lorsque le défendeur a activement contesté l'action, il convient d'appliquer la Règle 3(1*b*) (qui permet d'exclure du calcul les périodes de vacances) sans établir une analogie avec la Règle 402(3) (en exigeant le dépôt d'un nouvel acte de comparution)—Puisque le délai prévu pour déposer une défense en réponse à une déclaration modifiée n'est pas réellement prescrit, l'exception à la Règle 3(1*b*) que l'on trouve au paragraphe 402(3) ne s'applique pas automatiquement—Le dépôt d'un acte de comparution au cours d'une période de vacances antérieure pour empêcher le délai de courir est un facteur dont il faut tenir compte pour décider s'il y a lieu d'appliquer la Règle 402(3) par analogie—(2) la mention supprimée élimine la nécessité de plaider l'aveu présumé lorsque le défendeur n'a pris aucune mesure pour s'opposer à la rétractation et qu'il n'a pas agi de façon à tirer profit de l'aveu—Quoi qu'il en soit, la mention supprimée ne constitue pas un aveu—La défenderesse prétend que la mention est suffisamment vague qu'elle ne peut y répondre—Application de la Règle 421: *Warner v. Sampson*, [1959] 1 Q.B. 279 (où un acte de procédure désavantageux a pu être modifié avant que ne fût prise une mesure sur son fondement)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 3(1*b*), 402, 421, 437, 439.

OAKWOOD LUMBER & MILLWORK CO. C. CLASSIC MILLWORK CO. (T-2307-88, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 17-10-89, 8 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Interrogatoire préalable

Action en contrefaçon de brevet—Appel de la décision du protonotaire-chef ordonnant, après deux ans de procédures interlocutoires qui n'avaient toujours pas réussi à dissiper la confusion dans cette affaire, un nouvel interrogatoire préalable avec production de documents—Appel rejeté—La décision du

PRATIQUE—Suite

protonotaire-chef permettra de clarifier les choses—Ordonnance de confidentialité touchant certains renseignements.

PORTES PRESTOFIX INC. C. BOILARD (T-1743-87, juge Joyal, jugement en date du 22-9-89, 5 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Taxation entre parties—Le mémoire de frais de la partie intimée est taxé et alloué au montant de 604,25 \$—Le montant accordé en vertu de l'art. 1(1)(c) du tarif B pour la taxation des frais (montant réclamé: 125 \$; montant accordé: 25 \$) ne dépend pas tellement des critères de la Règle 346 mais plutôt des faits concernant cet exercice, tels les arguments présentés, sa durée et l'expérience du procureur—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 346 (abrogé et rempl. par DORS/87-221, art. 3).

RABBAT C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1866-85, officier taxateur Daoust, taxation en date du 18-8-89, 2 p.)

Taxation—Action en droit maritime—Compte tenu des critères prévus à la Règle 346, les articles du tarif B réclamés sont taxés et alloués à 60 % des montants maximums prévus—Mémoire de frais de la partie demanderesse au montant de 3 753,82 \$ taxé et alloué au montant de 2 303,82 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 346 (abrogé et rempl. par DORS/87-221, art. 3).

NAVIGEST INC. C. BRANDON (LE) (T-1792-86, officier taxateur Daoust, taxation en date du 22-8-89, 4 p.)

Taxation—Action en invalidation de brevet—Mémoire de frais de 43 328,92 \$ taxé et alloué au montant de 34 518,67 \$—Le procureur au dossier a eu recours à un avocat expert en ce domaine et a pris le rôle de second—Les services d'avocat en second sont taxés et alloués au montant de 1 400 \$—Les honoraires et dépens du témoin expert sont taxés et alloués au montant de 16 127,19 \$—Les frais de voyage de deux avocats à New York pour rencontrer le témoin expert sont taxés et alloués au montant de 704,50 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, tarif B (mod. par DORS/87-221, art. 8), art. 1(1)(i),(2)(b).

PRO-VERTIC (1987) INC. C. INTERNATIONAL DIFFUSION CONSOMMATEUR S.A. (T-780-87, officier taxateur Daoust, taxation en date du 22-6-89, 7 p.)

Taxation entre parties par écrit sans comparution des procureurs—La Cour ayant valablement exercé la discrétion qui lui est conférée aux termes de la Règle 344(1), les dépens pour les deux auditions sont accordés—Vu l'absence de toute contestation au sujet des montants soumis, les sommes maximales sont accordées—Le mémoire de frais est taxé à la somme demandée de 235 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663 (mod. par DORS/87-221, Règles 344(1), 346(1.1)).

WOODHOUSE C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-1001-88, officier taxateur Smith, taxation en date du 18-10-89, 3 p.)

PRATIQUE—Suite

Taxation—Mémoire de frais identifiant l'avocat du requérant comme étant celui à qui «le mémoire était dû»—L'objection portant vice de forme est fondée—Le procureur, absent, est rejoint séance tenante par téléphone et le mémoire modifié afin de substituer le nom du requérant à celui du procureur—Objections aux montants réclamés—L'obligation de tenir compte des tarifs et des Règles n'empêche pas l'officier taxateur d'exercer son pouvoir discrétionnaire—Il s'agit d'un pouvoir auquel il ne peut renoncer—Mémoire de frais de 800 \$ taxé à 650,60 \$—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 346 (mod. par DORS/87-221, art. 3), 346.1 (ajoutée par idem, art. 4) tarif B, art. 1(1)(c), (f), (g), (i) (mod. par idem art. 8).

DAWSON C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1537-88, officier taxateur Daoust, taxation en date du 10-7-89, 6 p.)

Taxation entre parties—Montants maximums accordés compte tenu de la préparation longue et minutieuse exigée, de la complexité des points en litige, du montant d'argent en jeu et de la durée de l'audition—Mémoire de frais de 5 008,36 \$ taxé et alloué au montant de 4 583,36 \$.

BELL CANADA C. CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS) (A-737-86, officier taxateur Daoust, taxation en date du 19-10-89, 3 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Exécution*

Requête de l'employeur (CHRC) en opposition d'une saisie-exécution mobilière—Saisie pratiquée à la suite d'une sentence arbitrale «accueillant le grief [de l'intimé] sauf les dommages dont la preuve n'a pas été faite»—Grief visant la réintégration de l'intimé comme analyste de matchs de hockey, le remboursement de cachets et des dommages-intérêts—Motif d'opposition: non-liquidation des dommages—Requête rejetée—Sentence n'accordant comme redressement financier que les cachets dus, non les dommages-intérêts—La requête en bref de *fieri facias* et l'affidavit à l'appui de cette requête ne visaient que ces cachets—Somme réclamée considérée comme liquidée.

ENTREPRISES DE RADIO-DIFFUSION DE LA CAPITALE INC. (CHRC) C. SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE CHRC (T-2514-88, juge Dubé, jugement en date du 5-7-89, 4 p.)

PLAIDOIRIES*Détails*

Requête en cassation d'une décision du protonotaire-chef rejetant une demande de détails faite par la demanderesse relativement à une défense modifiée dans laquelle il a été plaidé l'invalidité de la marque de commerce de la demanderesse—Requête accueillie—L'allégation d'invalidité affirme une conséquence juridique et doit obligatoirement être étayée d'une référence à la législation et d'un exposé des faits essentiels sur lesquels le plaideur se fonde: Règles 408, 412(2) et 415(1)—La requête n'est pas prématurée—Il découle de la Règle 465(3) que la défense doit être une plaidoirie conforme aux Règles

PRATIQUE—Suite

avant que le demandeur ne procède à l'interrogatoire—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 408, 412(2), 415(1), 465(3).

SOCIÉTÉ DES PRODUITS MARNIER-LAPOSTOLLE C. RENÉ REY SWISS CHOCOLATES LTD., (T-2086-88, juge Dubé, ordonnance en date du 3-10-89, 4 p.)

La requête en détails plus amples et plus précis dans une action de contrefaçon de brevet est accueillie—La contestation n'était pas liée—La requête en détails est un acte de procédure—Dans les litiges en contrefaçon de brevet et de marque de commerce, le défendeur est tenu de fournir des détails pour appuyer les allégations sur lesquelles il se fonde avant de prétendre que la contestation est liée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 415, 431.

HOT SPOT FISHING & LURES LTD. C. O'KI TACKLE MFG. LTD. (T-2365-88, juge Rouleau, ordonnance en date du 18-9-89, 2 p.)

Requête en radiation

Brevets—Action intentée pour faire déclarer un brevet invalide ou nul parce qu'il était déjà connu ou utilisé—La requête initiale en radiation a été accueillie en partie, et il a été ordonné de radier toute référence aux procédures de conflit de priorité comme fondement de l'action—Les plaidoiries modifiées qui sont contestées ne sont pas tout à fait identiques aux paragraphes fautifs de la déclaration initiale parce qu'elles ne font pas état de revendications examinées dans des procédures de conflit antérieures, mais de revendications «qui auraient dû faire l'objet de nouvelles procédures de conflit»—Les plaidoiries amendées soulèvent une question susceptible de donner lieu à un débat qui ne pourra être tranché qu'après la présentation de nouvelles preuves et de nouvelles plaidoiries—Requête rejetée—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 61(1)(b).

C-I-L INC. C. CIBA-GEIGY AG (T-1035-89, juge Joyal, ordonnance en date du 20-10-89, 5 p.)

SUSPENSION D'INSTANCE

Demande présentée par la défenderesse pour qu'il soit interdit aux demanderesse de continuer l'action en contrefaçon intentée contre elle aux États-Unis—Les demanderesse prétendent que la défenderesse a amené les fabricants de peinture canadiens à contrefaire leur brevet relatif à des épaississants de polyuréthane—Dans l'action intentée aux États-Unis, les demanderesse soulèvent des questions de fait et de droit concernant la contrefaçon de brevet semblables à celles soulevées dans l'action intentée au Canada, prétendant notamment que l'usage au Canada d'épaississants fabriqués aux É.-U. constitue une contrefaçon du brevet américain—La défenderesse fait valoir que les questions soulevées dans l'action canadienne et dans l'action américaine sont identiques, et que la Cour fédérale du Canada est le *forum conveniens*—Demande rejetée—Les conditions posées par l'art. 50(1)a) de la Loi sur la Cour fédérale pour l'octroi d'une suspension d'instance ne sont pas remplies—Le brevet canadien et le brevet américain ne sont pas

PRATIQUE—Fin

identiques—Les actes reprochés par les demanderesses dans les deux actions sont différents—Les réparations demandées dans l'action américaine ne sauraient être accordées dans l'action canadienne—De plus, ordonner la suspension de l'action américaine pourrait causer une injustice aux demanderesses.

ROHM AND HAAS CO. C. NL CHEM CANADA INC.
(T-4-88, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 10-11-89, 5 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande de révision de l'octroi par l'arbitre d'une indemnité pour la perte de salaire subie à la suite d'un congédiement injuste—Cette indemnité était clairement autorisée par l'art. 61.5(9)a) du Code—On ne saurait restreindre la portée de cette disposition de façon à limiter l'indemnité au montant qui pourrait être réclamé en vertu de la *common law*—Demande rejetée—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 61.5(9)a) (édicte par S.C. 1977-78, chap. 27, art. 21).

AUTO HAULAWAY INC. C. REID (A-1044-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 19-10-89, 2 p.)

FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs du jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

ASSURANCE-CHÔMAGE

La décision du juge-arbitre est annulée puisqu'elle est incompatible avec l'arrêt *Procureur général du Canada c. Blanchet*, [1977] 2 C.F. 590 (C.A.)—La condition relative à la transférabilité du régime d'assurance n'est pas remplie puisque, en vertu du régime en question, les employés ne sont couverts que s'ils demeurent au service de l'employeur d'un groupe précisé—Les prestations d'invalidité reçues par l'intimé découlaient d'un régime d'assurance-salaire qui était un régime collectif au sens de l'art. 57 du Règlement—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 57 (mod. par DORS/82-673, art. 1; DORS/84-32, art. 8(1),(2); DORS/86-58, art. 1(2); DORS/88-142, art. 3; DORS/88-227, art. 7).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BRUNET (A-892-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 12-12-89, 2 p.)

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CHARBONNEAU (A-894-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 12-12-89, 2 p.)

Demande de révision d'une décision du juge-arbitre qui a rejeté l'appel de la Commission à l'encontre d'une décision du conseil arbitral accueillant l'appel de la prestataire—L'intimée occupait deux emplois: un à temps plein, pour lequel elle était rémunérée 400 \$ par semaine et l'autre à temps partiel, pour lequel elle était rémunérée 90 \$ par semaine—Ayant perdu son emploi à temps plein le 23 janvier 1987 elle présenta une demande de prestations d'assurance-chômage—L'intimée continua à travailler à temps partiel—L'intimée ne devint admissible aux prestations que le 7 mai, c.-à-d. une fois écoulées les indemnités de départ, de maladie et de vacances lesquelles avaient valeur de rémunération et devaient être réparties selon le Règlement—Le conseil et le juge-arbitre étaient d'avis que pour les fins de calcul du taux des prestations, il fallait considérer uniquement l'emploi perdu—Les 20 semaines de référence précéderaient alors le 23 janvier—La Commission, par contre, pensait devoir tenir compte de tout emploi «assurable», ce qui comprend le travail à temps partiel—Selon la Commission, les 20 semaines de référence seraient calculées à partir du 23 janvier—La question est de savoir quelle incidence a, sur l'application des règles d'attribution des bénéfices prévues par la Loi, le fait d'exercer concurremment deux emplois assurables—La demande de révision est rejetée—La décision du juge-arbitre n'est pas erronée mais son raisonnement n'est pas convaincant—Le juge Marceau, J.C.A.: Pour les fins de l'application des règles d'attribution, il faut traiter les 2 emplois, exercés concurremment, séparément—La Loi n'autorise ni directement

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

ni indirectement le traitement cumulatif d'emplois concurrents—Le juge Hugessen, J.C.A.: Il découle des art. 57(2) et 58(5) du Règlement, tels qu'ils étaient libellés avant leur modification en 1988, que la rémunération provenant des emplois assurables comprend non seulement la rémunération découlant de l'emploi à temps partiel mais également les indemnités versées à l'intimée au moment de son départ—Le juge Pratte, J.C.A. (dissident): Il faut calculer le taux des prestations de façon à permettre au prestataire qui a perdu l'un de ses deux emplois de recevoir des prestations d'un montant proportionnel à la perte de salaire qu'il subit—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28—Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 24(2)—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1, art. 13(2)—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 57(2)a) (mod. par DORS/84-32, art. 8(1); DORS/85-288, art. 2(1)), 58(5) (mod. par DORS/82-778, art. 3(1)).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. FORTIN (A-897-88, juges Marceau et Hugessen, J.C.A. (juge Pratte, J.C.A., dissident), jugement en date du 30-11-89, 18 p.)

Appel de la décision dans laquelle la Cour canadienne de l'impôt arrivait à la conclusion qu'il n'existait pas de lien de subordination entre l'intimée et la personne qui retenait ses services—La preuve ne justifiait aucunement cette conclusion—La demande est accueillie et l'affaire est retournée à la Cour canadienne de l'impôt pour qu'elle soit décidée en tenant pour acquis que les faits attestent de l'existence d'un véritable contrat de louage de services.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MASSICOTTE (A-99-89, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 5-12-89, 3 p.)

BREVETS

Demande d'injonction interlocutoire pour empêcher la défense de fabriquer des comprimés «Efferzyme» utilisés pour le nettoyage et la désinfection des lentilles cornéennes—Action en contrefaçon de brevet—Le brevet réside dans l'utilisation conjointe de peroxyde et de comprimés d'enzyme protéolytique comme méthode de nettoyage et de désinfection en une seule étape—Demande rejetée—Il existe des «recours apparemment fondés» mais la preuve d'un préjudice irréparable n'a pas été

BREVETS—Fin

rapportée—La demanderesse sait que la défenderesse commercialise depuis 1987 des comprimés de nettoyage à enzyme protéolytique réactif au peroxyde en une seule étape—La défenderesse détient 8,2 % du marché, et la demanderesse, 21 %—Les parts du marché dans cette industrie sont stables—En janvier 1989, la défenderesse a modifié la conception de l'emballage de son produit, a donné un autre nom à celui-ci et elle a commencé un programme de commercialisation agressive—Le changement relatif au degré d'activité n'équivaut pas à des faits nouveaux donnant lieu à la délivrance d'une injonction qui n'était pas auparavant justifiée—L'importance et la stabilité financières de la demanderesse ne permettent pas de conclure à l'existence d'un préjudice irréparable—En raison de la stabilité du marché, la perte du marché constituerait un préjudice irréparable pour la défenderesse si elle n'a pas le droit de vendre son produit—Il existe des registres complets des ventes effectuées en vertu d'un accord d'octroi de licence prévoyant que la défenderesse payait des redevances pour chaque comprimé vendu.

ALLERGAN, INC. C. BAUSCH & LOMB CANADA, INC.
(T-564-89, juge Reed, ordonnance en date du 4-12-89, 8 p.)

CONTREFAÇON

Action en contrefaçon de brevet relativement à un engin et à une méthode de récolte et de façonnage des arbres sur une superficie limitée de la forêt—Le brevet a auparavant fait l'objet d'une action relative à un conflit sur laquelle la Cour d'appel fédérale a statué de façon définitive (*Koehring Canada Ltd. c. Owens-Illinois Inc. et autres* (1980), 52 C.P.R. (2d) 1)—La validité du brevet n'a pas été définitivement déterminée dans les procédures de conflit intentées en vertu de l'art. 45(8) de la Loi sur les brevets—Il ressort de la jurisprudence que la conclusion du tribunal relativement à la priorité d'invention ne cautionne pas la validité des revendications opposées si ce n'est qu'elle oblige le commissaire des brevets à délivrer un brevet à la partie à laquelle elles ont été accordées—La question de la validité ne peut être tranchée que dans une action en contrefaçon ou en invalidation si une telle poursuite devait être engagée—Les défenderesses en l'espèce diffèrent de celles qui étaient parties aux procédures de conflit—Il ressort de l'interprétation du brevet et de la preuve que le brevet est valide, quoique les revendications soient réduites; il n'est pas contrefait par un autre engin semblable.

NEKOOSA PACKAGING CORP. C. AMCA INTERNATIONAL LTD. (T-1848-82, juge Cullen, jugement en date du 30-10-89, 41 p.)

CITOYENNETÉ**CONNAISSANCES REQUISES**

L'appelante a démontré qu'elle avait une meilleure connaissance du Canada, de ses lois, coutumes et de sa géographie—L'octroi de la citoyenneté est recommandé.

ERFANI-BEHDAN (RE) (T-848-89, juge Cullen, jugement en date du 20-12-89, 2 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Requête en radiation de la demande reconventionnelle de dommages-intérêts particuliers et généraux en raison de l'incompétence de la Cour—En vertu des stipulations du contrat, la demanderesse devait avancer des fonds à la défenderesse et s'engageait à acheter et à transformer du saumon et des œufs de saumon à bord du navire défendeur en haute mer—La défenderesse devait acheter le poisson sur les lieux de pêche et déterminer le prix à payer sous réserve d'un plafond fixé par la demanderesse lorsque le prix atteignait un niveau susceptible d'entraîner une perte à la revente—Une somme de 1,8 million de dollars a été avancée pour l'achat du poisson—En peu de temps, le prix d'une livre de saumon a augmenté au point où la demanderesse a constaté que le seuil de non-rentabilité avait été atteint, et elle a mis fin à l'entente—Le litige porte sur la propriété du poisson à bord du navire, les fonds pas encore utilisés, les dépenses engagées dans la transformation et sur l'exercice par la demanderesse du pouvoir discrétionnaire de suspendre les achats—Les plaidoiries de la demanderesse comprennent l'affirmation selon laquelle elle a un privilège maritime contre le navire défendeur selon le droit des É.-U.—La requête en radiation est rejetée—Questions entièrement liées au droit maritime: *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752—L'entente prévoyait essentiellement que la demanderesse devait fournir des fonds à la défenderesse et que celle-ci devait rendre son navire disponible pour l'achat et la transformation du saumon et des œufs de saumon en mer—Décision suivie: *Kuhr c. Le Friedrich Busse*, [1982] 2 C.F. 709 (1^{re} inst.) (où la Cour s'est déclarée compétente dans une situation factuelle similaire)—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 22(1),(2)(i),m).

SHIBAMOTO & CO. C. WESTERN FISH PRODUCERS, INC.
(T-1810-88, juge Rouleau, ordonnance en date du 2-10-89, 9 p.)

CONTRÔLE JUDICIAIRE**DEMANDES DE RÉVISION**

Requête pour mettre fin aux procédures—Décision du tribunal des droits de la personne—En refusant aux requérantes la possibilité de soumettre des preuves additionnelles pour la considération de leur appel contre la décision initiale rendue sur leur plainte de discrimination, le tribunal ne prenait qu'une décision incidente qui n'avait pas de caractère de finalité et ne disposait pas de la demande qu'il avait mandat de considérer—La requête est accueillie—Il sera donc mis fin aux procédures intentées, la décision n'étant pas révisable de façon immédiate et autonome en vertu de l'art. 28.

GRAVEL C. CANADA (TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE) (A-1164-88, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 8-12-89, 2 p.)

COURONNE**RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE**

Évaluation des dommages-intérêts—La demanderesse a subi une fracture trimalléolaire et une luxation de sa cheville

COURONNE—Fin

lorsqu'elle a fait une chute sur la glace au Royal Roads Military College—Le traitement a nécessité l'utilisation de vis qui ont plus tard été enlevées—La demanderesse s'est bien rétablie—Un jugement a déjà été rendu en faveur de la demanderesse au sujet de la responsabilité—Des débours de 898,47 \$ ont été accordés—Elle n'est pas en droit de se faire rembourser les dépenses qu'elle a engagées pour déménager à Winnipeg après l'accident puisqu'il s'agissait d'une décision de nature commerciale—Elle n'a pas pu rapporter la preuve d'une perte économique puisque l'accident n'a pas diminué sa capacité de gain—La fracture touchant l'articulation est plus complexe et davantage susceptible de créer des problèmes d'arthrite plus tard—Une somme de 25 000 \$ est accordée à titre de dommages-intérêts généraux.

SAVIGNAC C. CANADA (T-974-87, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 1-12-89, 8 p.)

La demanderesse, superviseur des services aux passagers chez Wardair, réclame des dommages-intérêts pour le préjudice corporel qu'elle a subi lorsqu'elle a glissé et est tombée sur le sol à l'aéroport international Lester B. Pearson de Toronto dans l'exercice de ses fonctions—La chute est due au sol glissant, cet état ayant été causé par une bouteille d'alcool brisée—Pour qu'il y ait lieu à la responsabilité de la défenderesse, la demanderesse doit prouver que celle-ci ne s'est pas acquittée de son obligation prévue à la Loi sur la responsabilité des occupants de l'Ontario—À l'aéroport, la défenderesse dispose d'un système pour faire face à des problèmes causés par des spiritueux qui se répandent—Ce système est suffisant—La Loi exige une obligation de prudence—En l'espèce, l'obligation de prudence envers la demanderesse de voir à ce que les locaux de l'aéroport soient raisonnablement sûrs a été acquittée—Action rejetée.

BALL C. CANADA (T-1593-87, juge Martin, jugement en date du 7-12-89, 12 p.)

DOUANES ET ACCISE

Loi sur le droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre—Opposition à un avis de cotisation relatif aux droits dus en vertu de cette Loi—La seule question en litige portait sur la conversion en devises canadiennes du droit payable en vertu de la Loi—Dans ses déclarations, la demanderesse inscrivait, sans le préciser, les montants en devises américaines, calculait la somme payable sur la base de ces montants et s'attendait à pouvoir payer le droit en devises canadiennes, sans faire la conversion—C'était tout à fait illogique de procéder ainsi—En outre, le Loi implique semblable conversion de devises étrangères en devises canadiennes—Action rejetée sans adjudication de dépens car la demanderesse n'avait pas eu le bénéfice de la clarification apportée subséquemment par la défenderesse à sa formule quant à la nécessité de déclarer tous les montants en dollars canadiens—Loi sur le droit à l'exportation de produits de bois d'œuvre, L.C. 1987, chap. 15, art. 4, 5(1b), (2a), 16(1f).

PAUL VALLÉE INC. C. CANADA (T-1207-88, juge Pinard, jugement en date du 27-11-89, 6 p.)

DOUANES ET ACCISE—Fin**LOI SUR LES DOUANES**

Biens saisis aux douanes pour avoir omis de faire la déclaration requise—Action en récupération de 800 \$ et en recouvrement de biens saisis—La demanderesse fait valoir qu'elle croyait qu'elle n'était pas tenue de déclarer les biens reçus en cadeau—La partie de la réclamation relative à la somme consignée est prescrite, la demanderesse ayant négligé d'entamer les procédures dans les délais prescrits par l'art. 158(2)—La réclamation relative à des boucles d'oreilles et à un bracelet en or est également rejetée, la demanderesse n'ayant pas établi le bien-fondé de sa réclamation.

DAABOUL C. CANADA (T-4623-81, juge Teitelbaum, jugement en date du 3-11-89, 10 p.)

DROIT D'AUTEUR**INJONCTIONS**

Action en violation du droit d'auteur—Demande d'injonction interlocutoire—La demanderesse est propriétaire du dessin et du droit d'auteur enregistrés portant sur les «poupées dansantes»—Question sérieuse à trancher—La demanderesse s'est fondée sur ses enregistrements en investissant une somme d'argent importante et en ouvrant des points de vente pour ses produits—Sans faire de placements, les défendeurs cherchent à tirer profit des efforts de la demanderesse en vendant moins cher qu'elle—Le seul élément de preuve concernant le préjudice irréparable ou la balance des inconvénients provient de la demanderesse—La demanderesse a avisé les défendeurs de ses intentions, mais ceux-ci ont couru un risque calculé—Si les enregistrements sont confirmés, les poupées des défendeurs sont des produits contrefaits—La demande est accueillie, bien qu'il soit douteux que la demanderesse ait droit à une ordonnance forçant les défendeurs à divulguer par écrit et sous serment les renseignements demandés dans l'avis de requête—La demanderesse est tenue de verser un cautionnement de 5 000 \$ pour le manque à gagner ou les dommages que les défendeurs pourraient subir advenant le rejet de la présente action à l'issue du procès.

THINKWAY TOYS C. VICKI COLLECTIONS (T-2174-89, juge Cullen, ordonnance en date du 30-11-89, 4 p.)

DROIT MARITIME**PRATIQUE**

Prescription—Demande présentée en vertu de l'art. 572(1), (3) de la Loi sur la marine marchande du Canada pour faire proroger le délai dans lequel le demandeur devait intenter une action en dommages-intérêts découlant de l'abordage entre son bateau de pêche et un navire de la Garde côtière canadienne—Le demandeur a donné un avis de réclamation 7 mois après l'abordage—La défenderesse a nié sa responsabilité un mois avant que le délai de prescription n'expire—La demanderesse a déposé sa déclaration plus de 3 ans après la naissance de la cause d'action—Requête rejetée—Bien qu'elle ait confirmé son pouvoir discrétionnaire sans entraves de décider «comme

DROIT MARITIME—Fin

elle juge convenable» en vertu de l'art. 572(3) de la Loi (*Kelloway c. Engineering Consultants Ltd.*, [1972] C.F. 932 (1^{re} inst.), *C.F. Todd (Le) c. Tanu Warrior (Le)*, [1982] 2 C.F. 696 (1^{re} inst.)), la Cour a conclu que le demandeur ne s'était pas acquitté de son obligation de justifier le retard—Le procureur du demandeur n'a donné aucune explication concernant un autre retard de 15 mois dans la présentation de la demande alors qu'il avait connaissance de l'expiration—Il ne suffit pas de dire qu'on a oublié le délai de prescription et qu'il y aurait lieu à un préjudice grave si le délai n'était pas prorogé—La Cour rejette le critère plus rigoureux exigeant une «raison suffisante» pour la prorogation du délai, qui s'applique dans la jurisprudence anglaise—Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), chap. S-9, art. 572(1), (2).

BATH C. CANADA (T-1494-87, juge Martin, ordonnance en date du 1-12-89, 12 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PROCÉDURE DE SÉLECTION**

Emploi au Service correctionnel—Le jury de sélection a utilisé certains rapports médicaux se trouvant au dossier du Service et se rapportant au renvoi de la requérante pour incapacité médicale pour apprécier ses qualités pour un nouveau poste, avec des tâches similaires, au sein du même service—Cet usage est compatible avec les fins auxquelles ces rapports ont été recueillis au sens de l'art. 7a) de la Loi sur la protection des renseignements personnels—La demande de révision fondée sur l'art. 28 doit donc être rejetée—Le juge Desjardins, J.C.A., dissidente: la demande devrait être accueillie—Le comité d'appel ne pouvait, à la lumière des renseignements insuffisants dont il disposait, conclure que le poste qu'avait occupé la requérante et celui qu'elle postulait étaient suffisamment semblables pour autoriser la consultation des rapports en vertu de l'art. 7a) de la Loi.

MERCIER C. CANADA (COMITÉ D'APPEL DE LA COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE) (A-1071-88, juge Hugessen, J.C.A. (juge Desjardins, J.C.A., dissidente), jugement en date du 18-12-89, 4 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

La demande fondée sur l'art. 28 tend à l'annulation de la décision par laquelle la Commission des relations de travail dans la Fonction publique a rejeté un renvoi portant sur la violation des conventions collectives et sur une plainte de pratique déloyale de travail en vertu des art. 99 et 23 de la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique respectivement—Le litige concerne les employés du gouvernement fédéral qui travaillent à Statistique Canada—La requérante A.F.P.C. est l'agent négociateur de ces employés—Les conditions d'emploi sont régies par les conventions collectives négociées par les parties—Sans l'assentiment de la requérante, l'intimée a mis en application un plan d'encouragement en milieu de travail en vertu duquel les employés partageaient les gains de productivité en acquérant des crédits à titre de prime, calculés en fonction du rendement de leur service—Ces crédits pouvaient être

FONCTION PUBLIQUE—Suite

échangés contre des congés payés—La participation au programme était «facultative»—Les employés qui ne voulaient pas y adhérer pouvaient être réaffectés au sein du service—La requérante prétend qu'il y a eu une immixtion illégale dans la représentation des employés, pratique interdite par l'art. 8 de la Loi—La Commission a conclu que la conduite de l'employeur était permise par la disposition de la Convention régissant l'octroi de congés—Demande accueillie—La Commission a mal interprété l'art. 21.13 de la Convention—Quoique le programme soit mutuellement avantageux, une mise en application unilatérale n'était pas autorisée et transgressait le principe sanctionnant le droit exclusif de négociier—Le principe sanctionnant le droit exclusif de l'agent négociateur est essentiel aux relations de travail—Les conventions individuelles entre l'employeur et les employés sont illégitimes excepté si la convention collective les autorise—Pour déterminer l'intention des parties, il faut étudier le contexte, l'effet sur les parties, le jeu des négociations ainsi que les termes de la disposition en cause—Les dispositions détaillées du programme d'encouragement en milieu de travail auraient, en temps normal, fait partie des clauses négociées touchant les congés qui figurent dans la convention collective—Le programme représente une modification importante des conditions d'emploi—Les déclarations de l'intimée selon lesquelles le programme ne vise pas à modifier la convention ou des droits sont des déclarations intéressées—Le programme n'est pas facultatif puisqu'un redéploiement est possible—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28—Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 8, 23, 99.

A.F.P.C. C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (A-57-89, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 23-11-89, 17 p.)

Sécurité et santé au travail—Demande d'annulation d'une décision d'un agent régional de sécurité confirmant les instructions émises par un agent de sécurité sous le régime de la Partie II du Code canadien du travail à la suite du refus de travailler de l'intimé pour des motifs de sécurité—L'intimé, employé à la Commission de l'emploi et de l'immigration, a refusé d'accompagner et d'escorter un détenu de la prison de St-Jérôme à l'hôpital au motif qu'il risquerait de contacter une maladie grave et contagieuse dont il croyait que le détenu était atteint—Le supérieur communiqua aussitôt avec le médecin qui venait d'examiner le détenu et confirma que le danger de contagion n'existait pas—L'intimé persista dans son refus—L'agent de sécurité envoyé par le ministère du Travail fit enquête même si d'autres agents avaient entre-temps conduit le détenu à l'hôpital—Celui-ci conclut en ordonnant à la Commission de prendre immédiatement des mesures propres à protéger les employés contre les dangers que présente le transport d'un détenu atteint d'une hépatite B—L'agent régional de sécurité saisi de l'affaire confirma les instructions, d'où la présente demande—La demande est accueillie—Le rôle de l'agent de sécurité est de juger non pas si l'employé a eu raison de refuser de travailler à son lieu de travail, mais plutôt si, au moment où l'agent fait son enquête, il y a danger pour l'employé de travailler dans le lieu en cause—Toutes les dispositions pertinentes concernent le lieu de travail—Or, en l'espèce, le danger n'était aucunement lié à un lieu de travail—En outre, le danger était inexistant au

FONCTION PUBLIQUE—Fin

moment où l'agent de sécurité fit son enquête—L'agent régional aurait donc dû annuler des instructions.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BONFA (A-138-89, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 18-12-89, 9 p.)

IMMIGRATION

Demande visant à obtenir un bref de *certiorari* qui annulerait la décision de rejeter la demande de résidence permanente et un bref de *mandamus* qui enjoindrait aux intimés d'examiner la demande conformément à la Loi et au Règlement—Le requérant a été jugé inadmissible pour des raisons médicales—Souffrant de trouble psychiatrique, il a été hospitalisé en Angleterre en 1984 et au Canada en 1987—Selon un psychiatre, il s'agissait de brefs épisodes de troubles légers qui ont été contrôlés grâce à la médication—Il ressort d'une note de départ que le requérant avait déjà souffert de problèmes d'ordre psychiatrique et qu'il a démontré un comportement méfiant depuis son départ d'Angleterre—Des médecins ont estimé que le requérant souffrait de schizophrénie paranoïde et qu'il causerait vraisemblablement un fardeau excessif pour les services sociaux et les services de santé compte tenu des risques d'hospitalisation fréquents et de détérioration de son employabilité liés à son état—Le cas du requérant a été examiné à la réception de la lettre de son psychiatre dans laquelle celui-ci a donné un avis contraire, mais la décision initiale a été confirmée—Demande rejetée—Rien ne prouve qu'une erreur a été commise dans le diagnostic établi ou dans la démarche suivie pour l'établir—Opinion reposant sur l'examen de la lettre du psychiatre, sur la note de départ, sur le rapport du médecin de famille, sur le rapport des tests de laboratoire et des examens radiologiques—Compte tenu des avis contradictoires du psychiatre même du requérant, il est difficile d'accorder de l'importance à la contestation des conclusions tirées—Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 8(1), 19(1a)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 8(1), 19(1a)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 22 (mod. par DORS/78-316, art. 2).

SALL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1352-89, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 23-11-89, 10 p.)

Appel du rejet par la Commission d'appel de l'immigration de l'appel formé contre le refus d'accorder le statut de résident permanent à un fils adoptif—L'appelant a parrainé une nièce âgée de 10 ans qui est sa fille adoptive et un neveu de 14 ans qui est son fils adoptif—La demande relative à sa fille a été accueillie—Appel rejeté—La conclusion de la Commission selon laquelle le cas du fils adoptif ne correspondait pas à la définition de «fils» figurant à l'art. 2(1) du Règlement est fondée—L'art. 2(1) du Règlement est *intra vires* puisqu'il tombe sous le coup de l'art. 115b) de la Loi sur l'immigration de 1976—Le Règlement qui décrit les catégories de personnes pouvant être parrainées a une portée suffisamment large pour englober les catégories de fils visées aux alinéas 2(1a),b)—L'art. 15(1) de la Charte ne s'applique pas puisque la date du refus a précédé la date de l'entrée en vigueur de l'art. 15, soit le 17 avril 1985—Les faits décisifs se sont produits antérieurement à la date cruciale—Il ressort de la jurisprudence que les dispositions de la

IMMIGRATION—Suite

Charte ne peuvent avoir d'effet rétroactif—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, chap. 11 (R.-U.), art. 15(1)—Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 115b)—Règlement sur l'immigration, 1978, DORS/78-172, art. 2(1a),b) (mod. par DORS/85-225, art. 2(1)).

DHAMI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-566-87, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 14-12-89, 7 p.)

Appel du rejet par la Commission d'appel de l'immigration de l'appel formé contre le refus du ministre d'accueillir la demande de droit d'établissement présentée par les parents biologiques de l'appelant—Le ministre a statué qu'ils ne pouvaient appartenir à la catégorie de la famille selon les définitions de «mère» et «père» figurant dans le Règlement sur l'immigration de 1978 tel que modifié le 1^{er} mai 1985—Ces définitions excluent les parents biologiques «par rapport à une personne qui a été adoptée»—L'appelant a légalement été adopté lorsqu'il était enfant—À l'époque où la demande de parrainage et l'engagement de fournir de l'aide ont été soumis, ces définitions n'étaient pas encore en vigueur—Le Règlement dans sa version en mars 1985 (date de la réception de la demande de parrainage et de l'engagement de fournir de l'aide) s'appliquait—La Commission a commis une erreur en appliquant les définitions de «père» et «mère» figurant à l'art. 2(1)—Le Règlement, interprété en l'absence de ces définitions, inclut les parents biologiques en dépit de l'adoption légalement faite—Seul le père biologique est encore en vie—Rien dans la Loi ne dénote l'intention de permettre de recourir à la Alberta Child Welfare Act pour trancher la question en litige—Absence manifeste de toute intention de rendre le droit provincial applicable—Les mots «père» et «mère» utilisés sans définition au paragraphe 5(1) du Règlement n'ont pas ainsi été restreints de façon à les vider de leur sens normal ou ordinaire—Appel accueilli—Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 19(2d), 79 (mod. par S.C. 1986, chap. 14, art. 6; 1988, chap. 35, art. 33), 84 (mod. par L.C. 1988, chap. 35, art. 19)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/85-225, art. 1), 5(1)—The Child Welfare Act, R.S.A. 1970, chap. 45, art. 60.

TRAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-532-88, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 13-12-89, 7 p.)

Demandes de révision—La Commission d'appel de l'immigration s'est clairement méprise sur le sens d'un témoignage—Les menaces de mort reçues par le directeur de la troupe de théâtre dont faisait partie la requérante visaient aussi car elles visaient tous les membres de la troupe—La décision de la Commission est donc cassée car elle était fondée sur une constatation de fait erronée qui ne tenait pas compte de toute la preuve.

LEGERME C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1181-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 23-11-89, 2 p.)

IMMIGRATION—Suite**EXPULSION**

La demande fondée sur l'art. 28 tend à l'annulation d'une ordonnance d'expulsion—Enquête—Revendication du statut de réfugié—Le ministre a décidé que le requérant n'était pas un réfugié—Appel formé devant la Commission d'appel—Le requérant ne s'est pas présenté à l'audience tenue pour statuer sur sa demande de réexamen de la revendication du statut de réfugié—La Commission a donc rejeté sa demande pour défaut de poursuite—L'enquête a été reprise et l'ordonnance d'expulsion a été rendue—L'arbitre ne pouvait rendre une ordonnance d'expulsion que si la Commission avait décidé que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le rejet par la Commission ne constitue pas une telle décision—Demande accueillie.

SAGGI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-938-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 27-11-89, 2 p.)

PRATIQUE

La demande fondée sur l'art. 28 tend à l'annulation de la décision par laquelle la Commission d'appel de l'immigration a refusé la réouverture de la demande de réexamen de la revendication du statut de réfugié et la révocation de l'ordonnance portant rejet de la demande pour défaut de poursuivre—Ni le requérant ni son procureur ne se sont présentés à l'audience tenue devant la Commission—La demande, apparemment signée par le requérant, ne contenait aucune adresse, mais elle indiquait le nom du procureur inscrit—Des avis ont été envoyés à l'adresse du procureur en son nom et au nom du requérant—On a invoqué le motif que ni l'un ni l'autre n'avait reçu d'avis d'audition—Demande accueillie—Le juge Urie, J.C.A.: la Commission a eu tort de conclure que les procédures prescrites par les Règles de 1981 de la Commission d'appel de l'immigration (procédures d'appel) ont été suivies—Rien dans le dossier de la Cour ni dans celui de la Commission ne prouve que la signification a été faite de façon appropriée—Il appartient à l'intimé d'établir qu'il s'est conformé à la règle en dépôt du témoignage fait sous serment—Le juge Stone, J.C.A.: la signification de l'avis d'audition suivant le mode prescrit par les Règles est une condition préliminaire à l'exercice par la Commission de sa compétence—Un tribunal exerçant son pouvoir de contrôle ne devrait pas être laissé dans l'incertitude quant à la question de savoir s'il y a eu ou non signification—Le juge Pratte, J.C.A. (motifs concourant au résultat): la Commission n'a pas décidé, comme elle aurait dû le faire, si la revendication était bien fondée—La règle qui empêche la Commission de réexaminer et d'annuler ses propres décisions ne s'applique pas—Lorsqu'un tribunal a rejeté une demande sans en examiner le bien-fondé pour le seul motif qu'il n'y pas eu comparution, il peut annuler ce rejet et rouvrir l'audition s'il existe une excuse légitime pour la non-comparution—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, art. 28—Règles de 1981 de la Commission d'appel de l'immigration (procédures d'appel), DORS/81-419, art. 5, 6, 21.

SINGH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-847-88, juges Pratte, Urie et Stone, J.C.A., jugement en date du 27-11-89, 11 p.)

IMMIGRATION—Fin**STATUT DE RÉFUGIÉ**

Demande d'annulation du rejet par la Commission d'appel de l'immigration de la demande de réexamen en raison du défaut de crédibilité—Demande accueillie—Une juste interprétation du témoignage n'étaye pas les affirmations de la Commission.

SIDDIQUE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1137-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 23-11-89, 2 p.)

Demande d'annulation du refus par la Commission d'appel de l'immigration d'accorder le statut de réfugié au sens de la Convention—La Commission a douté de la crédibilité du requérant puisqu'il a donné plus de détails à l'audience tenue deux ans et demi après l'évasion qu'à l'interrogatoire sous serment tenu six mois après celle-ci—Demande accueillie—Certaines parties de son témoignage ont été corroborées de façon indépendante—Les faits ainsi établis satisfont à première vue les éléments tant subjectifs qu'objectifs du critère relatif au statut de réfugié.

MENSAH C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1173-88, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 23-11-89, 3 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU**

Pour l'année 1982, la demanderesse avait déclaré un revenu total de 9 280 \$—À la suite d'une enquête, le ministère du Revenu national a déterminé que les comptes de banque personnels de la demanderesse révélaient une provenance de fonds inexplicables, prêtés à diverses compagnies, justifiant une augmentation de son revenu de 98 922,53 \$—La demanderesse prétend qu'en fondant des compagnies dont il la nommait seule actionnaire et administratrice, son ex-mari l'utilisait comme prête-nom pour camoufler des irrégularités dans son administration—Dans des causes semblables, il incombe au demandeur d'attaquer les fondements de la cotisation et de prouver qu'ils sont erronés—En l'espèce, la demanderesse n'a pas réussi à convaincre la Cour qu'elle agissait, face aux tiers, comme prête-nom ou en vertu d'un mandat domestique—Elle n'a pas démontré que les fondements de l'avis de cotisation étaient erronés—L'action est rejetée.

BOURRET C. CANADA (T-1136-87, juge Denault, jugement en date du 12-12-89, 7 p.)

Déductions

REÉR—Le revenu de 20 930,15 \$ du demandeur provenait de l'intérêt sur des dépôts à terme, des bons du Trésor et du revenu des loyers de 134 \$—Il a contribué 5 500 \$ au REÉR, ce qui a réduit son revenu net à 15 565 \$—La nouvelle cotisation a rajusté les contributions au REÉR pour accorder un maximum de 26 \$—La déduction des contributions au REÉR est régie par l'art. 146(5) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le demandeur ne remplit pas la condition posée par l'art. 146(5)a)—Le droit de déduire les contributions est régi par l'art. 146(5)b)—La

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

déduction est limitée au moins élevé des montants suivants: 5 500 \$ ou 20 % du «revenu gagné»—Le revenu en intérêts ou de placement n'est pas visé par la définition de «revenu gagné», bien que le revenu des loyers le soit—Les art. 7 et 15 de la Charte ne s'appliquent pas—Puisqu'il n'a pas été établi qu'une autre disposition de la Charte a été violée ou qu'une autre incompatibilité existe entre la Loi de l'impôt sur le revenu et la Constitution canadienne, les art. 24 et 52 de la Charte ne s'appliquent pas—Le demandeur n'ayant pas versé d'acomptes provisionnels trimestriels comme l'exige l'art. 156(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, il doit payer un intérêt sur acomptes provisionnels—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 146(1)c) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 50; 1974-75-76, chap. 26, art. 99; 1980-81-82-83, chap. 140, art. 98), (5) (mod. par S.C. 1976-77, chap. 4, art. 56; 1980-81-82-83, chap. 140, art. 98), 156(1) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 55; 1984, chap. 45, art. 61), (3) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 55), 161(2) (mod. par S.C. 1984, chap. 1, art. 86)—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), chap. I-21, art. 15(1)—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, chap. 11 (R.-U.), art. 7, 15, 24—Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 52—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., chap. 945, art. 4300, 5301(1) (mod. par DORS/84-948, art. 14).

ANDROWICH C. CANADA (T-2716-86, juge Teitelbaum, jugement en date du 20-12-89, 9 p.)

En vertu d'un régime d'options d'achat d'actions pour certains employés, les employés avaient obtenu des options à l'égard de 126 370 actions de l'entreprise, lesquelles pouvaient être levées pendant un certain temps—Après avoir vendu 11 millions d'actions du stock de la demanderesse, la société mère s'est engagée, au nom de la demanderesse, à tenter d'éliminer toutes les options en circulation détenues en vertu du régime en offrant à ses titulaires d'options un paiement en espèces—Dans l'année d'imposition 1978, la demanderesse a effectué un paiement de 2 772 217 \$ pour racheter les actions faisant l'objet d'une option aux termes du régime—Action intentée contre la nouvelle cotisation qui a refusé de considérer le paiement comme une dépense courante et déductible et qui l'a inclus comme un débours ou un paiement à titre de capital—Il s'agit d'un litige concernant des relations employeur-employé—Une fois établi, le régime a créé une condition d'emploi pour les employés visés par le régime—Selon le bon sens, les salaires, gratifications et commissions versés aux employés constituent des frais pouvant être déduits du revenu—Le paiement constitue véritablement une rétribution imposable entre les mains des employés en remplacement d'un avantage imposable que les employés auraient autrement reçu—Action accueillie.

KAISER PETROLEUM LTD. C. CANADA (T-1180-87, juge Joyal, jugement en date du 4-12-89, 16 p.)

Appel formé par le M.R.N. de la décision par laquelle la Section de première instance ((1985), 85 DTC 5014) a rejeté l'appel interjeté par le ministre de la décision de la Commission de révision de l'impôt qui a permis à l'intimée et à d'autres de déduire les sommes versées à la Banque Toronto-Dominion—MerBan faisait affaires comme banque d'investissement—En

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

1972, elle était intéressée à participer à des investissements concernant le Projet du pipeline sur le MacKenzie—Elle a décidé d'investir dans une société de transport qui faisait affaires dans l'Ouest canadien et dans les Territoires du Nord-Ouest—Elle a constitué des filiales pour acheter les actions et financer l'achat—Un prêt de 2 250 000 \$ a été obtenu de la Banque T.D.—MerBan a réclamé 405 000 \$ à titre de frais d'intérêt—La C.R.I. et la C.F. 1^{re} inst. ont statué que les sommes versées avaient été déduites à juste titre—Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en ne tenant pas compte de l'existence distincte de MerBan vis-à-vis de ses filiales relativement aux opérations qu'elles ont été faites?—Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en statuant que les paiements contestés avaient été faits à des fins commerciales et qu'il n'était pas nécessaire de déterminer quel article de la Loi permettait de déduire les sommes en cause?—Les montants étaient-ils déductibles de toute façon?—L'appel devrait être accueilli—On devrait tenir compte en l'espèce de l'existence distincte de la société mère et des filiales—Les filiales ne sont pas des «prolongements» ou des «entités artificielles»—Il n'y avait ni «trompe-l'œil», ni «mandat» ni «désignation» qui permettrait de ne pas tenir compte de l'existence distincte des sociétés concernées—Le juge de première instance aurait dû préciser l'article en vertu duquel la déduction pouvait être faite—Les paiements effectués par MerBan sont visés par les dispositions de l'art. 18(1)b) en qualité de débours ou de dépense de capital et ne sont donc pas déductibles—L'intimée ne saurait se prévaloir des dispositions d'exemption de l'art. 20 puisque l'argent sur lequel un intérêt a été payé a été emprunté, non pas par la contribuable, comme l'exige les art. 20(1)c) et e)(ii), mais par les filiales—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 18(1)a), b), 20(1)c), e).

CANADA C. MERBAN CAPITAL CORP. (A-1522-84, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 21-8-89, 24 p.)

CORPORATIONS

Le contribuable a subi des pertes dans l'exploitation d'une compagnie de Floride dont il était le seul actionnaire—Il a fait face à ces pertes avec les capitaux d'une compagnie ontarienne dont il était également actionnaire majoritaire—La nouvelle cotisation repose sur la conclusion que les capitaux constituent une attribution en vertu de l'art. 15(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, ou un avantage réputé selon l'art. 80.4—Le ministre conteste le droit du contribuable de déduire les pertes de sa compagnie de Floride à titre de pertes d'entreprise—L'intention du contribuable était d'acquérir une entreprise en Floride pour en devenir propriétaire et non locataire—De 1979 à 1982, le contribuable et sa compagnie ontarienne ont investi 255 568,19 \$ dans l'entreprise de Floride—Dans les avis de cotisation, on a ajouté au revenu du contribuable la somme de 111 350 \$ à titre d'attributions reçues de la compagnie ontarienne—L'art. 15(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu inclut a) la valeur des biens d'une corporation attribués à un actionnaire et qui doivent servir à son profit ou b) un avantage accordé à un actionnaire par une corporation dans le calcul du revenu de l'actionnaire—Le demandeur prétend qu'il n'a reçu aucun «avantage» puisque la compagnie de Floride n'a jamais fait de profits et que des difficultés commerciales ont donné lieu à des

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

problèmes de santé—En vertu de l'art. 80.4, le contribuable qui contracte une dette envers une compagnie dont il est actionnaire est réputé avoir reçu un avantage—Les compagnies ont une identité distincte de celle de leurs actionnaires et de celle de chacune d'entre elles—Le fait que les actions d'une ou de plusieurs compagnies appartiennent au même actionnaire ne détruit pas cette identité distincte—Les bénéfices réalisés dans une compagnie ne peuvent être utilisés pour compenser les pertes subies dans une autre compagnie sauf lorsque l'argent est réputé être transféré à l'actionnaire—Les sommes avancées par la compagnie ontarienne à la compagnie de Floride constituent un revenu entre les mains du demandeur en vertu de l'art. 15(1)b ou 56(2)—Sur le plan fiscal, le concept d'avantage ne concerne que la situation fiscale du contribuable et non son état de santé—La valeur des avantages est égale à la valeur absolue de l'argent, bien que le demandeur ait finalement subi une diminution de valeur—Le demandeur s'est engagé dans une affaire de caractère commercial—Il projetait et essayait de créer une compagnie qu'il pourrait vendre dans le futur—L'argent qu'il a dépensé et les sommes qui lui ont été imputées constituent des pertes subies dans le cadre de son affaire de caractère commercial et sont donc déductibles—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 64, art. 15(1),(9) (édité par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 8; mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 7), 56(2), 80.4 (édité par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 35; mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 44), 172(2) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58).

VINE, SUCCESSION C. CANADA (T-2423-85, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 3-11-89, 28 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Suspension de la libération conditionnelle pendant que le requérant était sous surveillance obligatoire—Témoignage d'un agent expérimenté selon lequel le requérant a renoncé au droit à une audition et au délai de 14 jours—Le requérant, vétéran du système carcéral, prétend qu'il y a eu confusion quant au sens de la renonciation—La question de renonciation est une question de crédibilité, particulièrement lorsque la preuve objective n'est pas concluante—Selon la prépondérance des probabilités, le requérant a renoncé à son droit à l'audition et au délai—La contestation de la décision de révocation est rejetée—Le rejet par la Commission de la demande de nouvelle audition constitue une inobservation de l'obligation d'équité compte tenu de la confusion quant au sens de la renonciation—Requête accueillie.

CARLSON C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-1904-89, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 6-10-89, 6 p.)

MARQUES DE COMMERCE**CONTREFAÇON**

Allégations de contrefaçon d'une marque de commerce utilisée en liaison avec des couteaux—Demande d'injonction interlocutoire—Une question de droit très importante qui se pose est de savoir si la couleur et la conception du manche du couteau seules peuvent faire l'objet de la protection de la marque de

MARQUES DE COMMERCE—Fin

commerce et d'une contrefaçon de marque de commerce—Les marques ne sont pas identiques—Action en contestation de la constitutionnalité de l'art. 7 de la Loi sur les marques de commerce—Inexistence d'un préjudice irréparable—Préjudice pouvant être compensé au moyen de dommages-intérêts—Les questions soulevées exigent une analyse approfondie et une présentation du contexte factuel ainsi qu'un exposé détaillé des arguments juridiques—La demande d'injonction interlocutoire est rejetée.

RUSSELL HARRINGTON CUTLERY, INC. C. J.A. HENCKELS ZWILLINGSWERK CANADA LTD. (T-1022-89, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 20-9-89, 5 p.)

Demande visant à obtenir une injonction interlocutoire qui interdirait à la défenderesse de contrefaire la marque de commerce de la demanderesse relativement à des comprimés de naproxène sodique de forme ovale et portant la couleur bleue—Une situation identique a été tranchée il y a un an lorsque Novopharm Ltd. a fait la même chose en tant que défenderesse—La demanderesse a demandé et obtenu une injonction interlocutoire contre Novopharm: *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.*, [1989] 3 C.F. D-36 (1^{re} inst.)—Les deux parties étaient représentées par les mêmes avocats que dans la présente espèce, et les arguments invoqués étaient les mêmes que ceux présentés en l'espèce—Les motifs de l'ordonnance rendue par le juge MacKay sont complets et concis—La situation concernant les faits et le droit étant les mêmes dans les deux affaires, les conclusions du juge MacKay sont adoptées et l'injonction interlocutoire demandée est accordée.

SYNTEX INC. C. APOTEX INC. (T-1436-89, juge Dubé, ordonnance en date du 2-11-89, 4 p.)

RADIATION

Appel en vertu de l'art. 55 de la Loi sur les marques de commerce d'une décision du registraire des marques de commerce qui a radié la marque «Boutiques Progolf & dessin» au motif que l'appelante n'avait pas établi l'emploi ou l'usage de la marque en la forme requise par la Loi—La preuve établit tout au plus que cette marque était utilisée comme nom commercial sur une carte d'affaires, quelques chèques, une formule de commande et quelques lettres—La preuve n'établit pas qu'on s'en soit servi comme marque de commerce en liaison avec les marchandises indiquées dans l'enregistrement—L'appel est donc rejeté avec dépens.

BOUTIQUES PROGOLF INC. C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (T-344-89, juge Denault, jugement en date du 18-12-89, 7 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES**ÉLECTIONS**

L'action principale tend à l'annulation de l'élection de décembre 1988 du chef et des quatre conseillers de chacune des

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

bandes Goodstoney, Bears paw et Chiniki qui forment collectivement la tribu indienne Stoney—Introduction des requêtes (1) en radiation de la déclaration parce qu'elle ne révèle pas de cause raisonnable d'action; (2) en jugement sommaire rejetant l'action en raison des aveux contenus dans les affidavits et le contre-interrogatoire des demandeurs; (3) en versement d'une garantie pour les dépens—Les demandeurs sollicitent des injonctions interlocutoires interdisant aux défendeurs d'accomplir leurs fonctions et de recevoir une rémunération—Les requêtes en radiation sont rejetées puisque la cause des demandeurs n'est pas si imparfaite au point de devoir être radiée—La requête en jugement sommaire ne repose pas sur suffisamment d'éléments de preuve—La requête en versement d'une garantie pour les dépens est rejetée puisqu'exiger de fournir une garantie empêcherait en fait les demandeurs, qui sont des étudiants en chômage, de donner suite à l'action—Les requêtes en injonctions provisoires sont rejetées puisque la preuve d'un préjudice irréparable n'a pas été établie: aucune allégation d'inconduite ou de dilapidation des biens ou de détournement des fonds de la bande n'a été faite.

TRIBU INDIENNE STONEY C. BANDE INDIENNE GOODSTONEY (T-646-89, juge Martin, ordonnance en date du 4-12-89, 9 p.)

POSTES

Demande d'annulation de l'appel formé contre le refus par la Société canadienne des postes d'enregistrer comme objet de la deuxième classe la publication de la requérante *Physicians Guide for Travel and Meetings*—Le Règlement exige que le journal ou le périodique vise à la diffusion de nouvelles ou d'autres sujets d'actualité intéressant le public en général afin qu'il puisse être enregistré comme objet de la deuxième classe—Le président a conclu que, puisque seulement une petite partie du contenu était consacrée aux articles de voyage intéressant le public en général et que la majorité du contenu portait sur des listes de conventions intéressant uniquement les médecins, le contenu n'était pas visé par l'art. 3.1a)(iii) du Règlement—Il était loisible au président de tirer cette conclusion de fait—Le président a également décidé que les éléments de nouvelles devaient être sous forme d'articles—Recours à la définition, donnée dans les dictionnaires, du mot anglais pour interpréter le sens d'«articles» figurant dans la version française du Règlement—Lorsqu'on ne donne pas au mot «articles» un sens plus restreint et qu'on l'interprète conformément à l'intention du législateur, il comprend toute forme d'écrit—Il n'est pas limité aux «phrases et aux paragraphes normaux»—Une interprétation restrictive du mot «articles» constitue une erreur de droit susceptible de contrôle—Le président a conclu que les nouvelles ne comprenaient pas l'annonce d'événements futurs—Les publications produites en preuve comportent une partie importante de «nouvelles»—Le fait qu'une partie du contenu de la publication n'intéresse qu'un secteur du public en général ne modifie pas son caractère de «nouvelles»—Une erreur de droit entache l'adoption d'une définition excessivement restreinte—Bien qu'une demande antérieure visant à obtenir les privilèges des

POSTES—Fin

objets de la deuxième classe, dans laquelle le sens du mot «nouvelles» a été soulevé, ait été rejetée, et que le rejet ait été confirmé par cette Cour, l'*issue estoppel* ne s'applique pas en raison des problèmes en matière de dossiers—La Cour n'est pas saisie de l'objet tout entier de la première demande—Demande accueillie—Règlement sur les objets de la deuxième classe, C.R.C., chap. 1294, art. 3.1 (mod. par DORS/82-33, art. 2; DORS/83-56, art. 1).

DAYCAL PUBLISHING INC. C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES (A-806-88, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 18-12-89, 11 p.)

PRATIQUE

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Interrogatoire préalable

La demande fondée sur la Règle 465(19) tend à l'obtention d'un interrogatoire préalable de 8 membres de la bande indienne demanderesse—Une action a été intentée en 1986 pour obtenir un jugement déclarant invalide la cession de terres de réserve, puisqu'aucune assemblée relative à la cession n'a eu lieu comme l'exige l'art. 39(1)h) de la Loi sur les Indiens—Le représentant de la demanderesse à l'interrogatoire préalable est le chef de la bande qui avait dix ans à l'époque de la prétendue assemblée en 1962-63—Il y a eu contestation de plusieurs requêtes en interrogatoire préalable—L'interrogatoire préalable a à trois reprises été ajourné pour que le chef trouve des réponses—Les défenderesses disposent d'une preuve documentaire d'une assemblée indiquant les noms de 2 des huit membres de la bande sur les documents relatifs à la cession—Il ressort du procès-verbal de l'assemblée relative à la cession que tous les huit membres y étaient présents et ont voté en faveur de la cession—Demande accueillie—Les exigences de la Règle 465(19) discutées dans *Sperry Corporation c. John Deere Ltd. et autres* (1984), 82 C.P.R. (2d) 1 (C.F. 1^{re} inst.) sont respectées—La condition «pour des raisons spéciales mais exceptionnellement» existe puisque les événements se sont produits il y a plus de 25 ans, et des personnes en cause il ne reste que huit—Ils ne sont plus jeunes—La requérante s'est vu refuser une communication préalable pleine et équitable—Le représentant de la demanderesse ne s'est pas acquitté de l'obligation de s'informer—Les réponses sont filtrées, incomplètes et parfois inexactes—L'argument de la demanderesse selon lequel les affidavits supplémentaires déposés suffisent n'est pas fondé—La preuve sous forme d'affidavit ne remplace pas l'interrogatoire préalable—Accorder un interrogatoire préalable étendu permet de limiter des coûts, d'accélérer le procès et d'entraîner un règlement possible—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 465(19).

BANDE INDIENNE MUCHALAHT C. CANADA (T-2283-86, juge Reed, ordonnance en date du 7-9-89, 17 p.)

PRATIQUE—Suite*Production de documents*

Requête fondée sur la Règle 464 visant la production de documents en la possession de tiers, soit le ministre de la Sécurité publique du Québec, le ministre de la Justice du Québec et le Commissaire des incendies du Québec—En mai 1984, cette Cour avait refusé une demande antérieure pour obtenir des documents au motif que ces documents n'étaient pas identifiés et avait précisé les conditions requises pour l'obtention d'une ordonnance de production—Vu le manque de limpidité de la déclaration et l'absence des tiers à l'audition de la requête, la Cour estime juste et équitable de prescrire la production des documents, à l'exception de ceux que les tiers considèrent comme étant confidentiels ou privilégiés—La pertinence des documents sera décidée par le juge qui présidera à l'instruction de l'affaire—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 464.

LANCTÔT C. CANADA (T-859-83, juge Dubé, ordonnance en date du 19-9-89, 4 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Jugement par défaut

Cooper Canada Ltd. a unilatéralement annulé les dates de l'interrogatoire préalable et n'était pas disposée à en fixer de nouvelles—Une action (T-1754-88) a été rejetée sans qu'il soit porté atteinte au droit de Cooper de déposer une nouvelle déclaration—Dans l'autre action (T-1698-88), la défense de Cooper a été radiée, ce qui l'a placée dans la même position que celle où aucune défense n'a été déposée.

D & N SPORTS ENTERPRISES LTD. C. COOPER CANADA LTD. (T-1698-88, juge Cullen, ordonnance en date du 18-12-89, 3 p.)

COOPER CANADA LTD. C. D & N SPORTS ENTERPRISES LTD. (T-1754-88, juge Cullen, ordonnance en date du 18-12-89, 3 p.)

PARTIES

Intervention

Demande présentée par la Pacific Fishermen's Alliance Society en vue d'obtenir une ordonnance qui la constituerait partie ou intervenante—Action en jugement déclaratoire portant que la bande indienne Heiltsuk a le droit ancestral exclusif d'avoir des permis de pêche—Si l'action aboutissait, cela aurait des incidences sur les espérances et sur le gagne-pain des membres de la requérante puisqu'aucun autre permis ne serait délivré—La société a un intérêt évident et direct à l'égard de l'issue du présent procès et doit être autorisée à intervenir d'une certaine manière dans le procès—L'action déclaratoire formée entre les parties ne permet pas à la requérante d'être jointe comme partie—La société peut intervenir, mais selon les conditions fixées dans *Bande indienne Tsartlip c. Fondation du saumon du Pacifique*, [1990] 1 C.F. 609 (1^{re} inst.)—Règles de

PRATIQUE—Suite

la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 5, 1010, 1310, 1716(2)b).

BANDE INDIENNE HEILTSUK C. CANADA (T-1265-89, juge Denault, ordonnance en date du 1-2-89, 6 p.)

PLAIDOIRIES

Détails

Appel des décisions du pronotaire-chef exigeant de la demanderesse qu'elle dépose dans un délai de 14 jours des documents et des précisions mentionnés dans la demande de précisions des défenderesses—La demanderesse a complètement omis d'établir l'un quelconque des motifs particuliers invoqués dans l'avis de requête—Requête rejetée.

UNILENS OPTICAL CORP. C. LABORATOIRES BLANCHARD ET SOCIÉTÉ (T-941-89, juge Pinard, ordonnance en date du 22-12-89, 4 p.)

Requête en radiation

De la déclaration en vertu de la Règle 419(1)a),e)—Le demandeur, un détenu, réclame des dommages-intérêts pour détresse émotionnelle parce qu'on l'a classé dans la catégorie des délinquants sexuels aux fins correctionnelles—Il n'a jamais été déclaré coupable d'infraction d'ordre sexuel—Il ne nie pas avoir attenté à la pudeur de certaines de ses victimes—De son propre aveu, il a été déclaré coupable d'avoir assassiné onze enfants—Requête accueillie—Aucune allégation de négligence ou de manquement à l'obligation légale due—Aucune allégation de diffamation—Aucun fait justificatif n'a été articulé—Aucune allégation de traitement inapproprié ou contestable—Les gestes et la conduite passés ont convenablement été pris en compte—La demande est scandaleuse et vexatoire—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 324, 419(1)a),e).

OLSON C. CANADA (T-1093-89, juge Addy, ordonnance en date du 15-11-89, 3 p.)

RÈGLE DES «LACUNES»

Appel d'une ordonnance annulant une citation à comparaître pour témoigner devant un sténographe judiciaire—Les appelantes invoquent la Règle 5 des Règles de la Cour fédérale et la Règle 39.03 des Règles de procédure civile de l'Ontario pour fournir des éléments de preuve à l'appui des requêtes en suspension de l'action et en radiation des parties de la déclaration—Appel rejeté—La Cour fédérale prévoit la production de tels éléments de preuve mais non pas de la manière autorisée par la Règle de l'Ontario—L'expression «une question non visée» figurant à la Règle 5 des Règles de la Cour fédérale et l'expression «une procédure non visée» ne sont pas synonymes—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 5—Rules of Civil Procedure, Reg. O. 560/84, Règle 39.03.

SMITH C. CONDUX INTERNATIONAL INC. (A-123-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 30-11-89, 2 p.)

PRATIQUE—Fin**REJET DES PROCÉDURES***Défaut de poursuite*

Demande de rejet pour défaut de poursuivre—La demanderesse a déposé sa déclaration le 19 juillet 1979 pour réclamer des dommages-intérêts dans le cadre de contrats conclus avec la défenderesse pour la prestation de services de nettoyage dans des immeubles—Le dossier fait état d'une activité relativement faible depuis le dépôt de la défense dans la poursuite de la réclamation ou la mise en état de l'action—La lettre datée du 6 septembre 1989 avisait la demanderesse que si elle ne fixait pas une date de communication de la preuve avant le 15 octobre 1989, la défenderesse avait l'intention de demander à la Cour de rejeter l'action—À la mention objet, cette lettre faisait état d'un mauvais numéro de greffe, mais contenait l'intitulé exact de la cause et le numéro exact du dossier de la demanderesse—La demanderesse n'a pas répondu—Demande accueillie—La requête n'est pas prématurée, irrégulière et dénuée de fondement—La lettre constituait un avis approprié au sens de la Règle 440(2), malgré l'erreur—Une erreur parmi les trois facteurs utilisés pour identifier l'objet de la lettre n'aurait pas dû induire en erreur ou embrouiller la demanderesse—Il est raisonnable de conclure que la demanderesse a été avisée de la position de la défenderesse—Le retard de plus de 5 ans dans la poursuite de l'action est déraisonnable, étant à la fois trop long et non motivé—Les difficultés de l'avocat de la demanderesse dans l'obtention des directives de sa cliente ne permettent pas d'augurer une poursuite rapide—La position de la défenderesse serait affaiblie par le retard—Le litige en l'espèce porte sur la qualité des travaux exécutés ou inexécutés il y a plus de douze ans—La preuve de ces faits dépendrait normalement des dépositions des témoins—Des cinq témoins sur lesquels comptait la défenderesse, un est mort et trois autres ne sont plus au service de la défenderesse—La mémoire de ceux-ci n'est plus exacte—Les dépens sont adjugés à la défenderesse pour ce qui est de la requête seulement—L'attitude apparemment désinvolte des deux parties à l'égard de l'action milite contre l'adjudication des dépens—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 324, 440.

KNIGHT MAINTENANCE LTD. C. CANADA (TRAVAUX PUBLICS) (T-3517, juge MacKay, ordonnance en date du 30-11-89, 8 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

La demande fondée sur l'art. 18 tend à l'annulation de la décision par laquelle le ministre du Travail a nommé un arbitre pour statuer sur une plainte de congédiement injuste—Une erreur de droit prive-t-elle l'arbitre de la compétence qu'il tient de l'art. 61.5 du Code?—La nomination d'un arbitre est une décision de nature presque entièrement administrative—En vertu de l'art. 61.5(3) du Code, aucune plainte ne doit être reçue lorsque l'employé a été mis à pied par suite de la cessation d'une fonction—Le ministre n'a pas déterminé si la mise à pied

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

était due à la cessation d'une fonction—N'ayant pas fait une telle détermination, le ministre ne saurait attribuer une compétence à l'arbitre—Demande accueillie.

CALGARY BROADCASTING CO. C. CHARTRAND (T-930-87, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 11-10-88, 5 p.)

RESTITUTION

Impôt sur le revenu—Saisie et vente en justice par le ministre du Revenu national d'un terrain situé dans la province de Québec et détenu en copropriété indivise pour défaut d'acquitter des impôts—Les copropriétaires étaient le demandeur et un certain M. Smith—C'est ce dernier qui omit d'acquitter ses impôts—La Couronne savait que le terrain était détenu en copropriété indivise—Le demandeur ne fut pourtant avisé ni de la saisie ni de la vente—Par cette action, le demandeur somme la défenderesse de lui restituer sa propriété ou l'équivalent et demande que des dommages lui soient accordés pour saisie et vente illégale de sa propriété—L'adjudicataire est joint aux présentes à titre de mis-en-cause—Selon le droit civil québécois, le droit de propriété de chacun des copropriétaires est un droit portant sur l'ensemble de l'immeuble pris comme un tout—Vendre une quote-part d'un terrain appartenant à un autre c'est vendre la chose d'autrui—Cette vente est nulle de nullité relative—La Couronne est civilement responsable de la saisie et de la vente sans droit de la propriété appartenant au demandeur—La Couronne n'a cependant pas agi de mauvaise foi—La prescription ne courant que de la date où le demandeur a appris que sa propriété avait été vendue par voie judiciaire, le recours du demandeur n'est pas prescrit—C'est l'adjudicataire que le demandeur aurait dû poursuivre, mais la Couronne ayant fait entrer l'adjudicataire dans le dossier, elle a permis que le demandeur puisse revendiquer sa propriété de l'adjudicataire—En vertu du droit civil québécois, donc, (1) le mis-en-cause devra rétrocéder au demandeur la demie indivise du terrain représentant la quote-part du demandeur; (2) le demandeur pourra faire enregistrer ce jugement pour valoir comme titre relativement à sa quote-part; (3) le mis-en-cause est propriétaire de l'autre demie indivise du terrain; (4) le demandeur et le mis-en-cause sont copropriétaires indivis du terrain; (5) la Couronne devra payer au demandeur, à titre de dommages-intérêts, les frais encourus relativement à la récupération de son titre de propriété plus les intérêts, de même que les intérêts en vertu de l'art. 1056c) du Code civil et les dépens; (6) la Couronne devra payer au mis-en-cause, à titre de dommages-intérêts, la moitié du prix de l'adjudication plus les intérêts, la moitié des taxes municipales et scolaires plus les intérêts, la moitié de la différence entre le prix de l'adjudication et la valeur actuelle du terrain plus les intérêts de même que les intérêts en vertu de l'art. 1056c) du Code civil et les dépens.

LOVELL C. CANADA (T-293-88, juge Rouleau, jugement en date du 14-12-89, 50 p.)



FICHES ANALYTIQUES

On peut demander une copie des motifs du jugement au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Halifax, Montréal, Toronto et Vancouver.

Les fiches analytiques sont les résumés des motifs de jugement qui n'ont pas été choisis pour publication intégrale ou publication sous forme abrégée dans les Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada.

ANCIENS COMBATTANTS

La demande, fondée sur l'art. 28, sollicite l'examen d'une décision du Tribunal d'appel des anciens combattants rendue en vertu de l'art. 32 de la Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada qui a statué que le requérant n'avait pas droit à une pension—S'il avait appliqué l'art. 108 correctement, le Tribunal aurait dû conclure que l'invalidité du requérant était entièrement attribuable à son service dans la GRC—Demande accueillie.

NOLAN C. CANADA (TRIBUNAL D'APPEL DES ANCIENS COMBATTANTS) (A-119-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 10-1-90, 2 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de révision de la décision du juge-arbitre que les sommes versées au requérant lors de sa cessation d'emploi ne font pas l'objet de l'exemption prévue à l'art. 57(3)(h) du Règlement—Le requérant a été mis à pied après la date d'expiration de la convention collective—Une nouvelle convention n'avait pas encore été signée—Paiements faits conformément à la clause de la convention selon laquelle les conditions de travail continuent à s'appliquer jusqu'à la date de son renouvellement—Demande de révision rejetée—Les sommes reçues au moment de la cessation de l'emploi ont valeur de rémunération et l'art. 57(3)(h) du Règlement ne s'applique pas—Le juge Hugessen, J.C.A.: les requérants ne peuvent pas bénéficier de l'art. 57(3)(h)(i) puisqu'ils ont été mis à pied après la date d'expiration initiale de la convention collective qui est la date prévue par celle-ci pour son expiration—Lorsqu'un paiement trouve sa source dans une convention collective, l'application de l'art. 57(3)(h)(ii) est exclue—Le juge Pratte, J.C.A.: Il y a une distinction très nette en droit du travail entre la date d'expiration d'une convention collective et la date à laquelle celle-ci cesse de produire ses effets—L'on ne peut pas dire qu'une politique existait avant le 31 décembre, 1984 tel qu'exigé par l'art. 57(3)(h) du Règlement, la convention ne constatant pas que la politique qui serait suivie après la date initiale d'expiration était définitivement arrêtée—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 57(3)(h)(i),(ii) (mod. par SOR/82-673, art. 2; SOR/82-778, art. 2; SOR/85-288, art. 1; SOR/86-58, art. 1(5)).

LAPORTE C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1118-88, juges Pratte et Hugessen, J.C.A., jugement en date du 18-12-89, 10 p.)

BREVETS

Validité—Brevet relatif à un nouveau montage à trois pinces pour la section des presses d'une machine à papier, avec trois pinces essoreuses avant le tirage, soutenant une bande humide de tous côtés—Validité contestée en raison d'une connaissance et d'une publication antérieures—La Cour d'appel fédérale a déjà déclaré le brevet valide dans une affaire mettant en cause diverses parties: *Beloit Canada Ltd. et al. c. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.)—Toutefois, les questions de l'autorité de la chose jugée, d'abus de procédure et de lien entre Valmet Oy, Valmet-Dominion et Voith ont été suspendues jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la validité et la contrefaçon—En vertu des art. 60 et 62 de la Loi sur le brevet, la décision selon laquelle il y a invalidité sera opposable à tous et profitera aux autres demanderesse, et elle aurait pour effet d'annuler les arguments relatifs à l'autorité de la chose jugée et à l'abus de procédure—Si le brevet était déclaré valide, l'autorité de la chose jugée et l'abus de procédure pourraient être soulevés dans le contexte de la détermination des dommages-intérêts et des dépens—Selon la preuve, les revendications du brevet de Beloit figurait dans la machine expérimentale de Voith représentée dans un mémoire présenté à une conférence internationale sur la fabrication du papier à Stockholm (Suède) par Christian Schiel, directeur du bureau d'études de la Division des machines à papier de Voith—La preuve de l'antériorité et des réalisations antérieures a été établie—Selon la preuve, le mémoire de Schiel a été «imprimé» au sens de l'art. 27(1)b) de la Loi sur les brevets—L'existence d'une connaissance et d'une utilisation antérieures ont également été établies—Le brevet est également nul pour n'avoir pas clairement énoncé l'invention comme l'exige l'art. 34 de la Loi—Bien que la question n'ait pas été soulevée, l'invention est clairement évidente pour une personne versée dans l'art à l'époque—Les actions en contrefaçon T-1450-86 contre V.D.I., T-1607-86 contre Voith et T-2253-86 contre C.G.E. intentées par les défenderesses sont rejetées—Il est fait droit aux actions en invalidation intentées par V.D.I. (T-1268-86) et par Voith (T-1350-86), ainsi qu'aux demandes reconventionnelles dirigées contre Beloit—Le brevet est déclaré nul.

J.M. VOITH GMBH C. BELOIT CORP. (T-1350-86, juge Rouleau, jugement en date du 17-11-89, 80 p.)

Des licences obligatoires ont été accordées par Medichem Inc. à l'égard du naproxen et du naproxen sodique en vertu de dix-neuf brevets canadiens appartenant à l'appelante—Un appel a été interjeté de la décision de la Section de première instance qui a rejeté la demande fondée sur l'art. 18 de la Loi sur

BREVETS—Suite

la Cour fédérale qui voulait interdire au commissaire aux brevets d'examiner et de juger la demande de licence de l'intimée—La décision rendue dans l'appel n° A-407-86, qui est lié au présent appel, a annulé la licence et a renvoyé la question devant le commissaire pour qu'il réentende la demande et qu'il fixe les redevances applicables de la manière qui s'y trouve indiquée—Les parties ne contestant pas que l'appel a perdu tout intérêt pratique, celui-ci est rejeté.

SYNTEX PHARMACEUTICALS INTERNATIONAL LTD. C. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS) (A-245-86, juge Urie, J.C.A., jugement en date du 15-1-90, 1 p.)

CONTREFAÇON

Brevet concernant un protecteur de ligne pour circuits de communications—Le protecteur dérive le courant vers la terre—Lorsqu'il y a surtension ou surintensité, il évite à l'équipement de la compagnie de téléphone d'être endommagé et au personnel de subir des chocs électriques—L'invention revendiquée consiste dans la disposition d'une façon nouvelle d'éléments standard permettant d'assurer divers mécanismes de protection avec un minimum de modifications—Les demanderesse prétendent que le cœur de l'invention réside dans l'interchangeabilité des éléments du protecteur—Cette interchangeabilité ou souplesse dans le choix des options permet de choisir un dispositif de protection à électrodes de carbone ou à tube à gaz et de lui intégrer ou non une bobine thermique (la bobine thermique, lorsqu'il n'y en a pas, est remplacée par une cale)—Demande rejetée—La revendication 1, dont dépendent les autres revendications litigieuses, est invalide parce qu'elle est ambiguë et insuffisamment précise—Principes relatifs à l'ambiguïté des revendications suivis dans: *Minerals Separation North American Corp. v. Noranda Mines, Ltd.* (1952), 69 R.P.C. 81 (P.C.); *Electric and Musical Industries Ltd. v. Lissen, Ltd.* (1939), 56 R.P.C. 23 (H.L.)—La difficulté en l'espèce consiste à trouver dans les revendications en cause la prétendue interchangeabilité—Certes, il faut lire les revendications avec l'intention d'en comprendre le sens, et les interpréter dans le contexte du brevet dans sa totalité, mais encore faut-il qu'elles décrivent l'essentiel de l'invention: *International Pediatric Products Ltd. et al. v. Lambert et al.* (1966), 34 Fox Pat. C. 58 (C.A.C.-B.); *TRW Inc. c. Walbar of Canada Inc. et al.* (1986), 10 C.P.R. (3d) 184 (C.F. 1^{re} inst.)—La revendication ne décrit pas pleinement le principe d'interchangeabilité—La présence d'une bobine thermique et d'un dispositif de protection contre les surintensités n'est nulle part mentionnée dans la revendication—La revendication traite uniquement de moyens de protection contre les surtensions—Les expressions figurant dans la revendication «à une certaine distance de» et «deuxième partie du dispositif» ne sont pas définies—Il n'est nullement fait mention de l'«interchangeabilité des composants» (bobine thermique ou cale, tube à gaz ou dispositif à électrodes de carbone)—On ne fait mention nulle part dans la revendication de l'expression, utilisée dans la définition des objets de l'invention, «réduire au minimum les modifications» nécessaires pour produire diverses versions du dispositif de protection—Examen des autres moyens de défense soulevés—a) Évidence et antériorité—Preuve des réalisations antérieures—Il est difficile de se prononcer sur

BREVETS—Fin

l'antériorité ou sur l'évidence en raison de l'ambiguïté de l'exigence selon laquelle le dispositif de protection contre les surtensions doit se trouver «à une certaine distance de la base», et de la conclusion initiale selon laquelle la revendication elle-même est ambiguë—b) Contrefaçon—Les dispositifs de la défenderesse sont des protecteurs de ligne pour circuits de communications—Ils sont différents de par leur configuration—La différence réside dans le fait que les protecteurs appariés sont montés en série—La borne de terre des dispositifs de la défenderesse ne traverse pas la base du module—Le dispositif de mise à terre n'est pas une broche de terre mais est remplacé par une barre en E—La mise à terre se fait par la face latérale—Ne serait-ce que pour cette raison, il est clair que le module de la défenderesse ne constitue pas une contrefaçon textuelle du brevet de la demanderesse—Si l'expression «à une certaine distance de la base» ne signifie pas «une certaine distance» mais «suffisamment d'espace pour placer des bobines thermiques afin de permettre l'interchangeabilité des bobines thermiques et des cales», il existe alors une distance trop grande entre le dispositif de protection contre les surtensions de la défenderesse et la base—Il est difficile de conclure à une contrefaçon textuelle de la principale revendication de la demanderesse—Il est difficile de décider si le module de la défenderesse comporte des éléments dont l'interchangeabilité est suffisante pour qu'on puisse dire qu'il constitue une contrefaçon du dispositif breveté par la demanderesse—La prétendue interchangeabilité n'est pas clairement mentionnée dans les revendications.

RELIANCE ELECTRIC INDUSTRIAL CO. C. NORTHERN TELECOM LTD. (T-566-84, juge Reed, jugement en date du 23-10-89, 25 p.)

CITOYENNETÉ**CONDITIONS DE RÉSIDENCE**

Appel est interjeté de la décision d'un juge de la citoyenneté refusant la citoyenneté au motif que l'appelante ne satisfaisait pas aux conditions de résidence—Au cours des quatre années ayant immédiatement précédé la date de la demande, l'appelante s'est trouvée au Canada pendant 81 jours et en a été absente pendant 1 240 jours, alors qu'elle complétait des études médicales à Hong Kong—La preuve présentée appuie l'attribution de la citoyenneté—Les parents et les deux sœurs de l'appelante sont à présent citoyens canadiens—L'appelante était à la charge de ses parents pour son bien-être et ses aliments—Au moment de l'arrivée de l'appelante au Canada, les officiers de l'immigration savaient implicitement qu'elle retournerait à Hong Kong pour terminer ses études de médecine—L'appelante n'a rien fait pour renoncer au statut de résidente permanente, et elle a fait tout ce que l'on pourrait normalement attendre d'une personne qui est toujours à la charge de ses parents et qui poursuit des études à l'étranger, pour établir sa résidence au pays avec sa famille—Elle avait l'intention de revenir au Canada à la fin de ses études, ce qu'elle a fait—Appel accueilli.

CHEUNG (RE) (T-691-89, juge MacKay, jugement en date du 10-1-90, 11 p.)

COALITIONS

Appel de l'autorisation accordée à Tosoh Canada Ltd. pour qu'elle intervienne devant le Tribunal de la concurrence—On n'a pas rapporté la preuve que le Tribunal a commis une erreur en exerçant le pouvoir discrétionnaire qu'il tient de l'art. 9(3) de la Loi—Loi sur le tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 19, art. 9(3).

CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES)
C. NUTRASWEET CO. (A-495-89, juge Mahoney, J.C.A.,
jugement en date du 19-12-89, 2 p.)

COURONNE

Intentée au moyen d'un avis introductif d'instance sous le régime de l'art. 17(3)a) de la Loi sur la Cour fédérale, l'action sollicite de la Cour qu'elle détermine l'indemnité raisonnable qui est due à l'intimé à la suite de la cessation de son emploi de membre de la Commission du tarif, cessation qui a eu lieu lorsqu'une loi de 1988 (le projet de loi C-110) a créé le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) et aboli la Commission du tarif—L'art. 59(5) du projet de loi prévoit que les membres des commissions existantes n'ont droit à aucune indemnité pour la perte de leur emploi—L'intimé avait été nommé membre bilingue de la Commission en octobre 1983; sa nomination était faite «à titre inamovible» et pour une période fixe de 10 ans—Lorsqu'il a été mis fin à cet emploi en décembre 1988, la période fixée pour celui-ci avait encore 4 années et demie à courir—En septembre 1988, la Couronne a pris les engagements suivants: les membres des commissions existantes seraient considérés lors de la nomination des membres du TCCE; une indemnité raisonnable, déterminée cas par cas, serait offerte à ceux des membres qui ne seraient pas nommés à ce tribunal—L'âge (60 ans), le salaire et la pension attendue au bout de la période de dix ans sont pris en considération—La preuve n'établit pas que la nomination de l'intimé au TCCE ait été considérée—Des offres ont été faites à l'intimé, dont la dernière, définitive, prévoyait une indemnité équivalant au salaire de 70 semaines—L'intimé a fait certains efforts en vue de trouver de l'emploi et de réduire les dommages qu'il subissait—Un arrêté en conseil prononcé en 1977 a établi une limite de 104 semaines en ce qui concerne l'indemnité de départ payable à des personnes dont la nomination a été faite par la Commission de la fonction publique ou par le gouverneur en conseil—L'intimé a droit à deux années et demie de salaire à partir de 1990, une somme dont seront soustraits l'impôt sur le revenu, les primes de pension et les primes de récupération de pension—Considérant le refus de la Couronne d'effectuer un paiement provisoire, le défaut de la Couronne de respecter son engagement de considérer la nomination de l'intimé et le défaut de la Couronne de faire des efforts raisonnables pour négocier avec l'intimé, celui-ci a droit à des dépens sur la base procureur et client, sauf en ce qui concerne le comptable qui a été cité à titre de témoin expert de l'intimé: ses calculs comportent une erreur grave, qui a rendu son rapport inutile et qui a allongé sans bonne raison la durée du procès.

CANADA C. BEAUCHAMP (T-2025-89, juge Cullen, ordonnance en date du 22-1-90, 29 p.)

COURONNE—Suite

BIENS IMMEUBLES

Un renvoi est effectué conformément à l'art. 17(3)a) de la Loi sur la Cour fédérale aux fins de déterminer la valeur locative équitable de terres d'une réserve indienne louées par le défendeur pour des périodes renouvelables de 20 ans—Les terres en question font partie de la réserve indienne Semiahmoo de la Colombie-Britannique—Le montant du loyer peut être renégoциé à l'égard de chaque période de cinq ans—Une clause prévoit que la Cour fédérale détermine le loyer lorsque les parties ne s'entendent pas sur cette question—Le loyer à fixer est celui de la période de cinq ans ayant commencé le 1^{er} septembre 1984—Les événements postérieurs à septembre 1984 peuvent être pris en considération par la Cour—Considérant les témoignages d'experts, les propriétés comparables à celle visée, ainsi que l'utilisation actuelle et les utilisations effectives et possibles des terrains en cause, le loyer annuel est fixé à 28 500 \$ pour la période s'étendant du 1^{er} septembre 1984 au 31 août 1989.

CANADA C. MEYER (T-92-85, juge Martin, fixation de loyer en date du 19-1-90, 23 p.)

CONTRATS

Réclamation de 6 986,32 \$ avec intérêts à compter de janvier 1986 par suite de la résiliation par la Couronne d'un contrat d'impression et de fabrication d'au moins 2 700 copies de la «Revue Statistique Annuelle»—Les copies ont été livrées tel que prévu mais Approvisionnement et Services, considérant l'ouvrage inacceptable, exigea que l'ouvrage soit repris et complété de façon appropriée—La demanderesse refusa, exigeant plutôt 1 500 \$ pour s'exécuter—La défenderesse résilia donc le contrat—L'empiètement de la reliure sur le texte d'une douzaine de pages est un affront sérieux aux règles de l'art de l'imprimerie—Il n'y a pas eu exécution, même partielle, de l'obligation fondamentale de livrer des copies acceptables de la revue concernée—Les conditions générales du contrat autorisaient la défenderesse à résilier le contrat sans aucun remboursement à la demanderesse—Quoique radicale, la résiliation est une sanction reconnue par les auteurs et la jurisprudence—L'action est donc rejetée.

IMPRIMERIE HÉON & NADEAU LTÉE C. CANADA
(T-1415-86, juge Pinard, jugement en date du 3-1-90,
10 p.)

La demande sollicite le paiement d'intérêts en vertu d'un marché relatif à la construction de routes (un tronçon de 8,6 km de la route de l'Alaska)—Les parties ont négocié un règlement au sujet d'une demande de paiement supplémentaire présentée par la demanderesse en raison de changements survenus dans les conditions du sol et en raison du retard—La question est celle de savoir si des intérêts doivent être payés sur les sommes négociées dans le cadre du règlement des demandes de la demanderesse—Les dispositions sur l'intérêt du contrat de construction principal ne sont pas applicables puisque la convention prévoyant le règlement est claire et non ambiguë:

COURONNE—Fin

«448 000 \$ à titre de paiement intégral et libérateur»—Accorder les intérêts demandés modifierait fondamentalement la convention—Action rejetée.

SPRING POINT MANAGEMENT LTD. C. CANADA
(T-1018-88, juge Pinard, jugement en date du 12-1-90, 12 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LES DOUANES**

Action fondée sur l'art. 135 de la Loi tendant à faire déclarer illégales la saisie et la confiscation faites par le défendeur et à obtenir le remboursement de la somme de 10 604,11 \$ pour des droits de douanes, une taxe de vente et une pénalité imposée—Achat d'un bateau et d'une remorque en Floride—Aux douanes canadiennes, le demandeur déclara qu'il les avait payés 22 000 \$ US—Les agents du défendeur saisirent le bateau et la remorque pour fausse déclaration—Le demandeur dut payer 18 194,61 \$ pour obtenir main-levée de la saisie—Cette somme fut plus tard confisquée—D'après la preuve produite, le bateau a été payé 34 000 \$ US—La déclaration était donc fausse—Quant à la prétention du demandeur, fondée sur l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, que les agents du défendeur ont violé ses droits fondamentaux en ne l'informant pas de son droit à l'assistance d'un avocat garanti par la Charte canadienne des droits et libertés, elle n'est pas fondée—Dans cette affaire, l'appelante avait dû subir une fouille à nu aux douanes—Ici, c'est un tout autre genre de fouille, effectué sans détention de la personne—D'ailleurs, le juge en chef avait précisé, dans *Simmons*, qu'il serait absurde de prétendre que pour le type de fouille qu'a subi le demandeur Varey en l'espèce, une personne devrait avoir le droit d'être informée de son droit à l'assistance d'un avocat—Action rejetée.

VAREY C. M.R.N. (T-1691-87, juge Pinard, jugement en date du 3-1-90, 16 p.)

ÉNERGIE

Expropriation—Appel d'une décision d'un juge de la Section de première instance [[1989] 2 C.F. F-18], agissant sous l'autorité de l'art. 75.23 de la Loi sur l'Office national de l'énergie, portant que l'indemnité payable à la suite d'une prise de possession forcée de terrains pour des fins de construction et d'exploitation d'un pipeline était régie par les dispositions de la Loi en vigueur lors de l'acquisition des terrains et non par les dispositions de la Loi en vigueur au moment où les démarches furent entreprises pour fixer l'indemnité—En 1982, au moment de l'acquisition des terrains en cause, la Loi sur l'Office national de l'énergie prévoyait que les expropriations étaient régies par la Loi sur les chemins de fer qui, à son tour, prévoyait que, à défaut d'entente, l'indemnité, payable en un seul versement, était fixée par un juge de la Cour supérieure—En 1983, au moment où les négociations ont commencé, la Loi sur l'Office national de l'énergie avait été modifiée: elle attribuait la compétence en la matière à l'Office et prévoyait que, à défaut d'entente, un négociateur ou un comité d'arbitrage fixait l'indemnité, payable en un seul versement ou en versements

ÉNERGIE—Fin

périodiques, qui était désormais sujette à un examen quinquennal—C'est devant le comité d'arbitrage que l'intimée souleva l'incompétence du comité—Le comité statua qu'il avait compétence et fixa l'indemnité—La Section de première instance, saisie de l'appel, a d'abord écarté une objection préliminaire quant à sa propre compétence et a décidé que le processus d'expropriation était un tout qui, en l'espèce, devait être régi par la Loi en vigueur au moment où le processus a commencé—L'appel doit être rejeté—Le juge Desjardins, J.C.A.: les nouvelles dispositions sont ainsi conçues qu'en l'espèce, si le comité d'arbitrage devait avoir compétence, il serait impossible à l'intimée d'obtenir un titre sur les terrains en cause—L'acquisition forcée de terrains ne peut donc, en l'espèce, être considérée comme une étape distincte de la fixation de l'indemnité—La méthode d'acquisition doit être considérée comme un tout, de la signification de l'avis d'expropriation en passant par l'ordonnance de mise en possession forcée de la Cour supérieure jusqu'à la détermination de l'indemnité par le juge-arbitre—Ainsi le veut l'économie de la Loi, autant dans son ancienne version que dans sa nouvelle—L'art. 73, à titre de disposition transitoire, n'a aucune application dans la présente affaire—L'intimée, en faisant une offre avec possibilité de versements périodiques, n'a pas renoncé à l'application des anciennes dispositions—Le comité d'arbitrage n'a donc pas compétence pour agir—Le juge Marceau, J.C.A.: il n'est pas possible d'avoir recours aux dispositions de la nouvelle Loi pour parfaire une expropriation à moitié complétée et rendue au stade où se trouvait celle-ci en cause—Si on avait recours aux dispositions de la nouvelle Loi, l'acquisition par l'expropriation des droits expropriés ne pourrait jamais être formellement confirmée—Cette confirmation, sous le nouveau régime, est assurée dès le départ par l'ordre de possession immédiate, alors qu'elle ne devait survenir, sous le régime antérieur, que lors de la dernière étape, soit celle de la fixation volontaire ou judiciaire de l'indemnité—La compétence de la Section de première instance est confirmée: le Parlement entendait que, dès la mise en vigueur de la Loi permettant la mise sur pied de comités d'arbitrage, les décisions de ces comités seraient soumises à appel selon la procédure du nouvel art. 75.23—Il n'y a rien d'illogique ou d'irraisonnable à ce que la Loi s'applique pour contester la décision du comité, et non pour compléter et parfaire l'expropriation en cours—L'appel devrait donc être rejeté—Loi sur l'Office national de l'énergie, S.R.C. 1970, chap. N-6, art. 73 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 80, art. 5), 75(1) (mod. idem), 75.2(2) (édicte, idem), 75.23 (édicte, idem), 75.28 (édicte, idem), 75.29 (édicte, idem)—Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 145 à 184, 186.

GAZODUC TRANS QUÉBEC & MARITIMES INC. C. NICOLETTI (A-981-88, juges Marceau et Desjardins, J.C.A., jugement en date du 11-1-90, 21 p.)

EXPROPRIATION

Décision relative à l'état du titre—Biens-fonds composés de trois terrains situés à Shag Harbour (Nouvelle-Écosse)—Clayton Shand était propriétaire de la parcelle n° 1 au moment de son décès en 1953—Comme il est mort intestat, en vertu de la Descent of Property Act de la Nouvelle-Écosse, la propriété, ayant été détenue en fief simple, a été transmise par hérédité

EXPROPRIATION—Fin

aux enfants survivants en parts égales—Ces parts continuaient à appartenir aux enfants survivants qui étaient vivants à la date de l'enregistrement de l'avis de confirmation de l'intention d'exproprier; les enfants qui étaient vivants en 1953 mais qui sont décédés depuis ont transmis leurs parts à leurs légataires, ou s'ils sont morts intestat, à leurs conjoints et enfants survivants conformément à la Intestate Succession Act—Une incertitude subsiste quant aux droits possibles sur la parcelle 2 parce qu'on ignore où se trouve la ligne de démarcation commune—Les héritiers de Clayton Shand étaient propriétaires de la moitié du terrain utilisé pour l'accès au quai public, et Shag Harbour Fisheries, de l'autre moitié—Aucune cession n'a été enregistrée relativement à la parcelle n° 3 qui comprend les terres submergées se situant sous la laisse ordinaire des hautes eaux et le quai public—La Reine du chef de la Nouvelle-Écosse est propriétaire de la parcelle n° 3 immédiatement avant l'enregistrement de l'avis de confirmation de l'intention d'exproprier—Descent of Property Act, R.S.N.S. 1954, chap. 69, art. 2—Intestate Succession Act, R.S.N.S. 1967, chap. 153—Loi sur l'expropriation, L.R.C. (1985), chap. E-21, art. 18.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. SHAND, SUCCESSION (T-910-89, juge MacKay, décision en date du 16-11-89, 19 p.)

IMMIGRATION

Appel formé sous le régime de l'art. 84 de la Loi contre la décision par laquelle la Commission d'appel de l'immigration a rejeté les demandes parrainées présentées par l'intimé pour obtenir le droit d'établissement pour les membres de sa famille—Appel accueilli—La décision de la Commission est incompatible avec l'arrêt de la Cour Canada (*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*) c. *Sihota*, [1989] 1 C.F. F-36 (C.A.)—En vertu de l'art. 85 de la Loi, il est accordé à l'intimé les frais sur la base procureur et client—Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 84, 85 (mod. par S.C. 1988, chap. 35, art. 19).

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. DHALIWAL (A-575-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 8-12-89, 1 p.)

PRATIQUE

Présentée au nom du requérant, la requête en l'espèce sollicite, conformément à l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration, l'autorisation d'introduire une instance aux termes de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale aux fins d'obtenir un bref de *certiorari* qui casserait la décision de poursuivre l'audience relative au «minimum de fondement» tenue conformément à la Loi sur l'immigration, et aux fins d'obtenir un bref de prohibition qui interdirait au tribunal de tenir l'audience—Le requérant n'a pas satisfait au critère selon lequel l'autorisation doit être accordée: les éléments qu'il a produits ne soulèvent pas une question de droit défendable, et ils ne montrent pas que ses

IMMIGRATION—Fin

arguments sont assez défendables ou qu'il y a une question sérieuse à trancher—Autorisation refusée.

ANGELES C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (89-T-712, juge Pinard, ordonnance en date du 10-1-90, 3 p.)

STATUT DE RÉFUGIÉ

Appel d'une décision de la Commission d'appel de l'immigration rejetant la demande—Le requérant prétendait craindre la persécution en raison de ses activités syndicales passées—Demande rejetée—La décision de la Commission ayant été fondée sur une appréciation de la crédibilité, la Cour ne peut la réviser.

PALMA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1064-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 6-11-89, 2 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Frais d'intérêt hypothécaire—L'appelant a utilisé la totalité du produit de la deuxième hypothèque contractée sur un immeuble locatif pour verser un acompte sur le prix d'achat de sa résidence principale—Il n'est pas en droit de réclamer la déduction de l'intérêt hypothécaire sur cette deuxième hypothèque en vertu de l'art. 20(1)c)(i)—Il ne s'agit pas d'un intérêt sur l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'un bien—Les dépenses d'entreprise réclamées ne sont pas déductibles puisqu'aucun document ni aucun reçu n'ont été produits—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 23, art. 20(1)c)(i).

HOLOTNAK C. CANADA (A-1119-87, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 15-11-89, 2 p.)

Revenu ou gain en capital

Appel est interjeté d'une nouvelle cotisation d'impôt relative aux années d'imposition 1979 et 1980 dans laquelle le M.R.N. a considéré comme un revenu les gains en capital réalisés par la disposition de certaines options d'achat accordées aux employés (la plus grande partie des gains), d'actions de fondateur, de quelques actions de promoteur et de quelques actions gratuites—Le contribuable, ingénieur des mines, a disposé des actions de quatre sociétés minières pour lesquelles il travaillait—Dans trois de celles-ci, les fonctions qu'il exerçait étaient celles de président—Des gains de 117 000 \$ ont été réalisés en 1979 et des gains de 560 000 \$ ont été réalisés en 1980—La façon dont il a acquis les actions n'est pas pertinente; sa manière d'en disposer est déterminante—Si un contribuable fait activement le

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

commerce d'actions acquises en vertu d'options d'achat accordées aux employés, le revenu résultant de cette vente doit provenir d'un risque à caractère commercial—Les nombreuses transactions visant les actions des quatre sociétés ont été réparties sur plusieurs années—En l'espèce, les actions acquises par les options d'achat ne peuvent être traitées différemment d'autres valeurs mobilières acquises par un contribuable en grosses quantités et revendues rapidement afin de réaliser un profit—Les transactions effectuées par le demandeur à l'égard des actions en cause sont suffisamment apparentées à celles d'un courtier en valeurs ordinaire pour représenter un risque à caractère commercial visant à faire un profit—Appels rejetés.

POLLOCK C. CANADA (T-2399-86, T-2400-86, juge McNair, jugement en date du 19-1-90, 22 p.)

NOUVELLE COTISATION

Le défendeur et sa femme exploitaient une entreprise agricole céréalière—Déclarations produites sur le fondement d'une société de personnes—Dans la nouvelle cotisation, les sommes ont été réaffectées conformément à l'art. 74(5)—Le défendeur a fait opposition en invoquant l'abrogation de l'art. 74(5)—Les nouvelles cotisations ont été ratifiées en vertu d'articles différents—Une «nouvelle cotisation» est assimilée à une «cotisation»—La cotisation est la somme de tous les facteurs représentant l'obligation fiscale, laquelle est déterminée de diverses façons: *Pure Spring Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1946] R.C.É. 471—Pouvoir discrétionnaire du ministre de décider comment établir et fixer l'impôt à payer par le contribuable: *Provincial Paper Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1954] R.C.É. 33—L'art. 152(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu prévoit qu'une cotisation incorrecte ou incomplète n'a aucune incidence sur l'assujettissement à l'impôt—En vertu de l'art. 152(8), une cotisation est réputée valide nonobstant toute erreur, vice de forme ou omission, sous réserve de modifications qui peuvent y être apportées ou d'annulation qui peut être prononcée lors d'une opposition ou d'un appel—L'art. 166 prévoit qu'une cotisation ne doit pas être annulée ni modifiée lors d'un appel uniquement par suite d'erreur dans l'observation d'une disposition simplement directrice de la Loi—La jurisprudence qui limite les dispositions précédentes reconnaît que certaines erreurs substantielles et fondamentales ne devraient pas être protégées—Il ressort de la jurisprudence que le fait qu'une cotisation est incorrecte ou incomplète n'a pas d'incidence sur l'assujettissement à l'impôt—L'erreur est une question de degré—Il résulte des art. 152(3),(8) et 166 que l'erreur n'est pas fatale puisqu'elle n'est ni substantielle ni fondamentale—La Loi et la jurisprudence montrent qu'une cotisation peut être valide même si les motifs initialement invoqués étaient erronés ou même si le ministre s'est d'abord prévalu d'un mauvais article—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 3, 9(1), 74(5) (abrogé par S.C. 1980-81-82-83, chap. 48, art. 46), 152(3),(8), 166, 248—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 419, 474(1)a).

RIENDEAU C. M.R.N. (T-329-86, juge Cullen, ordonnance en date du 27-11-89, 9 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**PRATIQUE**

La demande fondée sur l'art. 28 tend à la révision du refus par la Cour de l'impôt d'accorder une prorogation du délai pour le dépôt de l'avis d'opposition—La preuve n'a pas convaincu le juge de la Cour de l'impôt que la demande avait été présentée aussitôt que les circonstances l'avaient permis—Demande rejetée—Le pouvoir discrétionnaire a été exercé dans les limites établies par l'arrêt *Pennington c. Ministre du Revenu national* (1987), 87 DTC 5107 (C.A.F.)—Aucune erreur substantielle n'entache les conclusions de fait ni l'appréciation du droit applicable—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 167(1),(3),(5)c(ii),(iii) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58).

DURISH C. M.R.N. (A-537-88, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 16-11-89, 4 p.)

INJONCTIONS

Il s'agit d'une demande sollicitant une injonction interlocutoire dans le cadre d'une action en *passing off* et en contrefaçon d'un brevet et d'une marque de commerce—Le brevet et la marque de commerce visés concernent un dandineur scintillant accompagnant un leurre muni d'un hameçon qui est utilisé dans la pêche à la traîne—Le dandineur scintillant de la défenderesse est pratiquement identique à celui de la demanderesse—De plus, l'emballage crée vraisemblablement de la confusion—L'arrêt *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.) est appliqué—Il existe une question sérieuse à trancher—L'adjudication de dommages-intérêts ne constituerait pas une réparation adéquate—La balance des inconvénients penche en faveur de la demanderesse—Le brevet de la demanderesse étant près d'expirer, les défendeurs ont tenté d'attaquer le marché de front—Demande accueillie.

HOT SPOT FISHING & LURES LTD. C. O'KI TACKLE MFG. LTD. (T-2365-88, juge Collier, ordonnance en date du 1-2-90, 7 p.)

PRATIQUE

La demande sollicite l'annulation du désistement déposé par l'ancien avocat du requérant et la réouverture de la demande fondée sur l'art. 28—Il serait inapproprié d'accueillir la demande—Même si celle-ci était accueillie, on ne pourrait faire valoir des arguments de fond pour le compte du requérant en l'absence de motifs de la Commission d'appel de l'immigration.

AHMED C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-1091-88, juge MacGuigan, J.C.A., ordonnance en date du 19-1-90, 1 p.)

PLAIDOIRES**Requête en radiation**

Les requérants cherchent à obtenir: (1) une ordonnance portant sur l'ordre de présentation de la preuve et des plaidoyers au

PRATIQUE—Suite

cours de l'instance, (2) une ordonnance, en vertu des Règles 419(1)a) à d), portant radiation d'une partie de la défense et de la demande reconventionnelle de l'intimée Comstock—Ordonnances relatives à l'instruction de deux actions qui doivent être entendues ensemble et qui mettent en cause les mêmes parties—L'action originale a été intentée par les intimées pour faire déclarer que l'enregistrement d'un dessin industriel au nom d'Electec est invalide—La deuxième action a été intentée par les requérants pour faire déclarer que Hyde est l'inventeur et qu'Electec est le seul propriétaire d'une invention à l'égard de laquelle l'enregistrement d'un brevet au nom des sociétés Comstock est invalide—La troisième action, qui est étrangère à l'espèce, a été intentée par Comstock devant la Cour suprême de l'Ontario en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour les pertes qu'elle aurait subies par suite d'une violation par Hyde de son obligation de confiance—Cette action est suspendue jusqu'à l'issue des deux procès devant cette Cour—Hyde était un employé supérieur de Comstock au moment où ont été élaborés les systèmes électriques pour la construction d'immeubles qui ont fait l'objet du brevet et du dessin industriel en cause—Dans les parties dont on demande la radiation dans une action en contrefaçon de brevet, on prétend que Hyde a agi avec inconvenance et de mauvaise foi lorsqu'il était à l'emploi de Comstock—Les requérants ont en premier lieu fait des allégations à l'égard de ces parties contestées dans leur réponse et leur défense à la demande reconventionnelle—(1) L'ordre de présentation au procès sera celui convenu—(2) La requête en radiation est rejetée quant au fond après qu'on a conclu qu'aucun principe de procédure n'empêche d'en examiner le bien-fondé—Bien que le principe général veuille qu'une plaidoirie ne soit pas radiée si elle a été suivie de la plaidoirie de l'autre partie ou s'il s'est écoulé beaucoup de temps entre la présentation et l'audition d'une requête en radiation, la Règle 491(1)a) prévoit une exception lorsque la plaidoirie ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou de défense—L'exception s'applique particulièrement lorsqu'il ne s'est pas écoulé beaucoup de temps comme en l'espèce—Les intimées soutiennent qu'il existe un fondement soutenable pour inclure les questions contestées—Dans une requête en radiation, le fardeau de la preuve qui incombe aux requérants est lourd—On ne s'est pas acquitté de ce fardeau en l'espèce—Le juge qui sera saisi de l'affaire sera en meilleure position pour évaluer les facteurs qui sont pertinents—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 491(1)a).

COMSTOCK CANADA C. ELECTEC LTD. (T-1313-86, juge MacKay, ordonnance en date du 1-12-89, 8 p.)

Requête en radiation des parties de la défense du mis en cause—La demanderesse et le mis en cause, cotitulaires d'un brevet, se représentent eux-mêmes dans une action en contrefaçon—Il y a un spécialiste parmi les procureurs de la défenderesse—Le dépôt d'actes de procédure n'est pas clôturé—Requête accueillie—Des parties de la défense sont radiées parce qu'elles sont redondantes, comprennent des allégations de preuve, des mentions d'autres actes de procédure, des arguments et des observations sur les faits et la nature de la cause—Le protonotaire chef-adjoint radie des parties des paragraphes contestés pour ne laisser que l'acte de procédure que le mis en cause aurait produit s'il avait de l'expérience—Il est accordé la permission de modifier s'il résulte de la radiation que la défense

PRATIQUE—Fin

ne précise pas les moyens que le mis en cause désire invoquer—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 324.

DE KOROMPAY C. ONTARIO HYDRO (T-377-88, protonotaire-chef adjoint Giles, ordonnance en date du 29-11-89, 8 p.)

RÉFÉRENCES

Il s'agit d'une requête sollicitant une référence après instruction sous le régime de la Règle 480 des Règles de la Cour fédérale aux fins d'obtenir des éléments de preuve ainsi que la divulgation complète de certains des documents de l'intimée—L'acte de procédure initial recherchait la radiation des marques de commerce «Expo», «Expo 86» et «86» de l'intimée—La requête sollicitant une référence a été présentée lors de l'audience sur la radiation et a été ajournée *sine die* au motif qu'elle était prématurée—Le 29 août 1988, la Division de première instance ([1988] 3 C.F. F-57) a rejeté la demande de radiation des marques de commerce «Expo» et «Expo 86» mais a ordonné la radiation de la marque de commerce «86»—Les appels interjetés par les deux parties sont pendants—L'action en contrefaçon intentée contre le requérant est pendante devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique—Le requérant a mal interprété la Règle 480 puisque la référence dont il est question dans cette Règle n'est pas applicable à des procédures en radiation—Le demandeur cherche en fait à obtenir la production de documents et d'éléments de preuve qui l'aideraient dans les procédures se déroulant devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique—Requête rejetée.

MIHALJEVIC C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (T-441-86, juge Collier, ordonnance en date du 22-1-90, 5 p.)

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Requête en ordonnance, en vertu de l'art. 41 de la Loi sur la protection des renseignements personnels, accordant une prorogation de délai pour exercer un recours en révision de la décision de refuser au requérant l'accès aux renseignements personnels demandés en vertu de l'art. 12(1) de la loi—Demande accueillie—Circonstances appuyant l'objet général de la Loi à l'égard des individus qui cherchent à obtenir les renseignements personnels les concernant et en possession du gouvernement—Le requérant a formé, pendant qu'il avait encore le droit d'exercer un recours en révision, une intention réelle de demander la révision—Le requérant n'a pas exercé son recours en révision dans le délai en raison de son incarcération, de ses ressources personnelles restreintes et de son ignorance de la loi et du processus juridique—La demande ne semble pas futile ou vouée à l'échec—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), chap. P-21, art. 12(1), 41.

ANDREW C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (89-T-656, juge MacKay, ordonnance en date du 21-11-89, 2 p.)

RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ

La demande sollicite des ordonnances d'injonction interlocutoire et provisoire interdisant au Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARC) de poursuivre son enquête sur le statut de sécurité du requérant pendant l'instruction de l'action dans laquelle il allègue que les procédures du Comité violent les art. 7, 11 et 14 de la Charte—Le requérant est entré au Canada en 1985 comme visiteur et il y est demeuré sans autorisation une fois ce statut expiré—Les demandes de résidence permanente qu'il a présentées ont été rejetées, et, pour des motifs ayant trait à son statut de sécurité, aucune décision n'a été prise au sujet de la demande qu'il a présentée en 1986 en vertu du programme d'examen administratif—Deux ans après que le CSARC ait reçu communication du rapport établi au sujet du requérant, celui-ci a reçu un résumé des circonstances ayant donné lieu à la remise de ce rapport au CSARC par les ministres concernés—Des audiences à huis clos ont débuté—La question de procédure suivante est soulevée: l'omission par le requérant de présenter une requête pour autorisation conformément aux art. 50 et 83.1 de la Loi sur l'immigration de 1976 prive-t-elle la Cour de sa compétence?—L'art. 50 de la Loi sur l'immigration de 1976 s'applique à la présente demande, qui est "une demande ou instance introduite aux termes de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale"—En l'absence d'une requête officielle, l'avis informel obtenu du greffe ne signifie pas que l'autorisation soit accordée—Dans les circonstances de la présente cause, l'autorisation a été implicitement demandée lorsque la présente affaire a été entendue—Les procédures ont lieu à un moment où le régime législatif applicable est en voie de transition—Il a été satisfait au critère régissant l'autorisation (l'existence d'une question sérieuse à trancher)—Il n'est pas nécessaire de fixer le début du délai de prescription de 15 jours de l'art. 83.1 à une date précise, puisque le requérant conteste la procédure que le Comité continue d'appliquer—La demande d'injonction interlocutoire est rejetée—Bien que, en l'espèce, une question sérieuse à juger soit soulevée en ce qui a trait aux violations du principe de l'équité qui auraient entaché les procédures du Comité, il est peu probable qu'un préjudice irréparable soit subi, et la balance des inconvénients, considérant l'intérêt public, favorise le rejet

RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ—Fin

de l'injonction interlocutoire—Une autorité publique est présumée agir légalement jusqu'à ce qu'il soit statué autrement dans une action, et la délivrance d'une injonction interlocutoire contre une telle autorité causerait un préjudice irréparable à l'endroit de l'intérêt public—En vertu de l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, le Comité est tenu d'appliquer la loi et d'éviter l'application d'une loi qui viole la Charte—L'art. 14 de la Charte, qui garantit le droit aux services d'un interprète, n'est pas enfreint par le refus du président de faire progresser l'audience à un rythme suffisamment lent pour permettre une traduction mot à mot, de tous les propos, adressés ou non au requérant, qui seraient tenus—Les protections offertes aux inculpés en matière de procédure par l'art. 11 de la Charte ne sont pas applicables à l'enquête: le requérant n'est pas un inculpé—Comme les audiences du Comité n'ont pas privé la personne faisant l'objet de l'enquête des droits que lui garantis-saient l'art. 7 de la Charte, c'est-à-dire le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, cette disposition n'est pas violée—Le rôle du Comité consiste à faire enquête et à soumettre un rapport—Les questions soulevées peuvent être pleinement résolues par un procès—Les lois adoptées par une assemblée législative doivent être respectées et appliquées jusqu'à ce qu'elles soient déclarées inconstitutionnelles à la suite d'un procès—Il est bien reconnu que les procédures régulières fondées sur une loi ne devraient pas être suspendues en attendant la décision concernant les arguments constitutionnels—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 7, 11, 14, 24—Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 52—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), chap. 10, art. 18—Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 19(1)e), 27, 39 (mod. par S.C. 1984, chap. 21, art. 80), 40 (mod., idem), 50, 83.1 (édicte par L.C. 1988, chap. 35, art. 19)—Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, chap. 21, art. 34, 37, 38, 39, 43, 46, 48, 50, 52, 54, 55.

BRAR C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-407-89, juge Mackay, ordonnance en date du 11-12-89, 33 p.)