



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1998, Vol. 4, Part 2

1998, Vol. 4, 2^e fascicule

Cited as [1998] 4 F.C., 205-404

Renvoi [1998] 4 C.F., 205-404

Published by

GUY Y. GOULARD, Q.C., B.A., LL.B.
Commissioner for Federal Judicial Affairs

Editorial Board

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

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

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

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager
LAURA VANIER

Publications Specialist
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIault
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 1998.

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

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

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

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

Publié par

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

Bureau des arrêtiistes

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

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

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

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Spécialiste des publications
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIault
LISE LEPAGE-PELLETIER

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 1998.

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

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

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées au: Directeur général, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3.

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

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

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

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

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

CONTENTS

Digests	D-19
Appeals Noted	I

Canada (Human Rights Commission) v. Toronto-Dominion Bank (C.A.)	205
---	------------

Human rights — Bank's substance abuse policy requiring as condition of employment all new, returning employees submit to urine drug test — Refusal to do so grounds for dismissal — Drug dependent employees may lose employment if refusing rehabilitation services, or rehabilitation efforts unsuccessful — Non-dependent drug users may lose employment if persisting in drug use after testing positive three times — Bank bearing cost of rehabilitation — CHRA, s. 10 making it discriminatory practice for employer to establish policy depriving, tending to deprive individual or class of individuals of employment opportunity on prohibited ground of discrimination — S. 3 listing "disability" as prohibited ground — "Disability" defined in s. 25 as including drug dependence — Policy constituting prohibited discriminatory practice within CHRA, s. 10. — (i) Drug testing policy *prima facie* discriminatory because raising likelihood of drug dependent employees losing employment — (ii) Robertson J.A. holding policy constituting direct discrimination as having direct effect on drug dependent persons; McDonald J.A. holding policy indirectly discriminatory because impacting adversely on employees dependent on drugs, protected class of individuals under CHRA — Characterization important because different defences available — (iii) Robertson J.A. holding policy fails as BFOR defence not available — No evidence of drug problem in Bank's workforce, no causal relationship between illegal drug use, crime; policy not reasonably necessary to assure job performance; Bank not showing mandatory drug testing least intrusive of reasonable methods for assessing job performance — (iv) Where indirect discrimination, issue whether rational connection between policy, job performance — MacDonald J.A. holding policy

Continued on next page

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-23
Appels notés	I

Canada (Commission des droits de la personne) c. Banque Toronto-Dominion (C.A.)	205
--	------------

Droits de la personne — Politique sur l'abus de drogues ou de médicaments de la Banque exigeant, comme condition d'emploi, que les employés nouveaux ou réembauchés se soumettent à une analyse d'urine destinée à dépister la présence de drogues — Le refus de le faire constitue un motif de congédiement — Les employés qui ont une dépendance envers la drogue peuvent perdre leur emploi s'ils refusent de participer à un programme de réadaptation ou si les efforts de réadaptation ne portent pas fruit — Les usagers de drogues qui n'ont pas de dépendance envers la drogue peuvent perdre leur emploi s'ils continuent à utiliser des drogues après avoir obtenu un résultat positif au moins trois fois — La Banque prend en charge les frais de réadaptation — En vertu de l'art. 10 de la LCDP, constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, de fixer des lignes de conduite — En vertu de l'art. 3, la «déficience» est un motif de distinction illicite — En vertu de l'art. 25, la «déficience» comprend la dépendance envers la drogue — La politique constitue un acte discriminatoire au sens de l'art. 10 de la LCDP — i) La politique de dépistage de drogues constitue à première vue de la discrimination parce que les employés qui ont une dépendance envers la drogue risquent de perdre leur emploi — ii) Le juge d'appel Robertson a statué que la politique constitue de la discrimination directe parce qu'elle a un effet direct sur les individus qui ont une dépendance envers la drogue; le juge d'appel McDonald a statué que la politique constitue de la discrimination indirecte parce qu'elle a un effet préjudiciable sur les employés qui ont une dépendance envers la drogue, et que ceux-ci appartiennent à une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

not rationally connected to objective — Not sound business, economic policy to implement drug testing affecting small portion of employees, and no evidence employee work performance affected by drugs — To comply with reasonable accommodation component, employee cannot be tested unless, after receiving treatment, work performance inadequate — Must be objective evidence of poor performance — As policy not tied to concerns with job performance, not satisfying duty to accommodate — Per Isaac C.J. (dissenting): Motions Judge misapprehended Tribunal's reasons for concluding policy not discriminatory — Not showing Tribunal erred in fact or law — Absent finding of error, reviewing court should not interfere — If policy constituting adverse effect discrimination, satisfies rational connection test, given underlying concerns, as policy acknowledging impact of drugs on work performance as affecting alertness, perception, other working abilities — Providing reasonable accommodation to point of undue hardship.

Construction of statutes — Canadian Human Rights Act, s. 25 definition of “disability” including dependence on drugs — Whether intent of statute to extend protection to those dependent on illegal substances — Majority holding s. 25, as human rights legislation, not to be narrowly construed by reading in “legal” as modifying drugs.

Federal Court jurisdiction — Appeal Division — Appeal from Motions Judge's order setting aside Human Rights

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

catégorie protégée par la LCDP — La question du genre de discrimination en cause est importante à cause des différents moyens de défense possibles — iii) Le juge Robertson a statué que le moyen de défense fondé sur une EPJ ne peut pas être invoqué à l'égard de la politique — La preuve n'était pas la thèse selon laquelle il existait un problème de toxicomanie parmi les employés de la Banque; il n'y a pas de relation de cause à effet entre la consommation de drogues illégales et la criminalité; la politique n'est pas raisonnablement nécessaire pour assurer le rendement au travail; la Banque n'a pas démontré que, parmi les méthodes raisonnables d'évaluation du rendement, le dépistage obligatoire est la méthode la moins attentatoire — iv) Dans le cas de la discrimination indirecte, il s'agit de savoir s'il y a un lien rationnel entre la politique et le rendement au travail — Le juge McDonald a statué que la politique n'avait pas de lien rationnel avec son objectif — L'application d'une politique de dépistage qui ne touche qu'un petit nombre d'employés, alors que rien ne donne à entendre que la consommation de drogues influe sur le rendement des employés n'est pas une bonne politique économique ou commerciale — Pour qu'il y ait accommodement raisonnable, on peut uniquement faire subir un test à l'employé si, après traitement, son rendement continue à être non satisfaisant — Il doit exister des éléments de preuve objectifs du mauvais rendement — Étant donné que la politique n'a rien à voir avec la question du mauvais rendement, elle ne satisfait pas à l'obligation d'accommodement — Le juge en chef Isaac (dissident): Le juge des requêtes n'a pas du tout compris pour quels motifs du Tribunal avait conclu que la politique n'était pas discriminatoire — Il n'a pas été établi que le Tribunal ait commis une erreur de fait ou de droit — S'il n'est pas établi qu'une erreur a été commise, la cour de révision ne doit pas intervenir — Si la politique constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, elle satisfait au critère relatif au lien rationnel, compte tenu des objectifs fondamentaux, en tant que politique reconnaissant l'effet des drogues sur le rendement au travail, en ce qui concerne la vigilance, la perception et les autres aptitudes de travail — Il y a eu accommodement raisonnable jusqu'au point où il y aurait contrainte excessive.

Interprétation des lois — La définition de «déficience» figurant à l'art. 25 de la Loi canadienne sur les droits de la personne comprend la dépendance envers la drogue — Question de savoir si la loi vise à protéger les personnes qui ont une dépendance envers des substances illégales — La majorité a statué que l'art. 25, en tant que disposition relative aux droits de la personne, ne doit pas être interprété strictement en y incorporant le mot «légale» de façon à modifier le mot «drogue».

Compétence de la Cour fédérale — Section d'appel — Appel d'une ordonnance du juge des requêtes infirmant la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Tribunal's decision Bank's substance abuse policy not discriminatory; cross-appeal from finding policy not direct discrimination — Whether F.C.A. having jurisdiction to address issue of direct discrimination because not raised as ground for judicial review before Motions Judge — Motions Judge's failure to deal with issue in reasons not transforming issue into new one raised for first time on appeal as Tribunal addressing issue — Even if new, issue one of law, further evidence not required — All relevant evidence before Tribunal — Argument based on record not new evidence — Right to argue direct discrimination fully debated before Motions Judge who ruled could be — Pleadings not so defective as to take Bank by surprise — Allegation of direct discrimination at centre of legal controversy from outset — Motions Judge's decision as to sufficiency of originating motion upheld.

Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (T.D.) 340

Environment — Judicial review of Screening Environmental Assessment Reports, addenda, approvals issued under Navigable Waters Protection Act (NWPA), s. 5(1) — Proponent (not party herein) applying for approval to construct two bridges over navigable waters — Triggering requirement for environmental assessment under Canadian Environmental Assessment Act — Reports, addenda concluding bridges not likely to cause significant adverse environmental effects — Approvals issued by Canadian Coast Guard on behalf of Minister of Fisheries and Oceans (MFO) based on Order in Council P.C. 1998-527 transferring to Department of Fisheries and Oceans control and supervision of Canadian Coast Guard — Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act, s. 2 authorizing Governor in Council to transfer powers, duties, functions from one minister to another, and to transfer supervision of any portion of public service from one department to another — Order in Council not transferring powers, duties, functions of "Minister" defined in NWPA, s. 5(1) as Minister of Transport, to MFO — Although issuance of approvals by MFO irregular, not in interests of justice to declare approvals void — In American case law, principle of independent utility of proposed work critical factor in determining scope of project — Canadian Environmental Assessment Act: Responsible Authority's Guide extending principle on mandatory basis to defining scope of assessment — While

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

décision du Tribunal des droits de la personne selon laquelle la politique sur l'abus de drogues ou de médicaments de la Banque n'est pas discriminatoire; appel incident de la décision selon laquelle la politique ne constitue pas de la discrimination directe — Question de savoir si la C.A.F. a compétence pour examiner la question de la discrimination directe, qui n'avait pas été soulevée à titre de motif de contrôle judiciaire devant le juge des requêtes — L'omission du juge des requêtes de traiter de la discrimination directe dans ses motifs ne faisait pas de cette question une nouvelle question soulevée pour la première fois en appel étant donné que le Tribunal avait traité de cette question — Même s'il s'agit d'une nouvelle question de droit, il n'est pas nécessaire de présenter d'autres éléments de preuve — Le Tribunal disposait de tous les éléments de preuve pertinents — Un argument fondé sur le dossier ne constitue pas un nouvel élément de preuve — La question de savoir si la discrimination directe pouvait être invoquée a été débattue devant le juge des requêtes, qui a décidé qu'elle pouvait être invoquée — Les plaidoiries n'étaient pas défectueuses au point de prendre la Banque par surprise — Le litige était au départ axé sur l'allégation de discrimination directe — La décision du juge des requêtes relative à la suffisance de la requête introductive d'instance est confirmée.

Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans) (1^{re} inst.) 340

Environnement — Contrôle judiciaire de rapports d'examen préalable, de leurs compléments, et des approbations accordées en vertu de l'art. 5(1) de la Loi sur la protection des eaux navigables (LPEN) — Le promoteur (qui n'est pas partie à la présente instance) a demandé l'approbation nécessaire en vue de construire deux ponts enjambant des eaux navigables — Cela a entraîné la mise en œuvre de l'exigence d'évaluation environnementale prévue par la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — Les rapports et leurs compléments ont conclu que les ponts n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants — Les approbations ont été délivrées par la Garde côtière canadienne au nom du ministre des Pêches et des Océans (MPO) en vertu du décret C.P. 1998-527 qui transférerait au ministre des Pêches et des Océans la responsabilité de la Garde côtière canadienne — L'art. 2 de la Loi sur les restructurations et les transferts d'attribution dans l'administration publique permet au gouverneur en conseil de transférer des pouvoirs, obligations et fonctions entre ministres, et la responsabilité à l'égard d'un secteur de l'administration publique, entre ministères — Le décret ne transférerait pas les pouvoirs, obligations et fonctions du «ministre», défini à l'art. 5(1) de la LPEN comme le ministre des Transports, au MPO — Bien que la délivrance des approbations par le MPO ait été irrégulière, il n'était pas dans l'intérêt de la justice de les déclarer nulles

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

s. 15(2) indicating responsible authority having discretion as to whether multiple projects forming single project, ss. 15(3), 16(1) indicating mandatory application of independent utility principle to definition of scope of assessment — Reasonably open to responsible authority to treat bridges as separate projects for purposes of environmental assessments — But environmental assessments deficient as (1) not conducted in respect of construction or other undertaking “in relation to” projects, namely Mainline Road; (2) failed to include consideration of cumulative environmental effects likely to result from each project in combination with Mainline Road project — Deficiencies constituting errors in law justifying judicial intervention — Preamble to CEEA committing Government to facilitating public participation in environmental assessment of projects — CEEA, s. 55 requiring establishment of public registry in respect of every project for which environmental assessment conducted — Public registry herein maintained at Sarnia, Ontario — Applicant comprised mainly of residents of rural Alberta in region where bridges to be built — Not complying with requirement of convenient access for most concerned public — Inviting applicant to request copies of materials in registry through Access to Information Act not meeting s. 55, preamble obligations, constituting reviewable error.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Screening Environmental Assessment Reports, addenda, approvals issued under Navigable Waters Protection Act, s. 5(1) — Reports, addenda concluding two proposed bridges not likely to cause significant adverse environmental effects — Not separate reviewable decisions — Bridges designed to be integral elements of single roadway — Resulting in virtually identical recommendations — Judicial review process not impeded by seeking review of more than one decision — In interests of justice to treat matter as single application notwithstanding comprised multiple decisions integrally interrelated — Court ordering production of substantially more material than filed in tribunal record — All material provided pursuant to Court order relevant, properly before Court — Unlike human rights scenario where document relied upon by investigator, but not called for by Commission, not subject to production — No distinct

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

— En jurisprudence américaine, le principe de l'utilité propre d'un projet proposé constitue un facteur décisif dans la détermination de la portée du projet — La publication intitulée la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale — Guide des autorités responsables étend ce principe de façon obligatoire à la définition de la portée de l'évaluation — Bien que l'art. 15(2) prévoie qu'une autorité responsable a le pouvoir discrétionnaire de considérer ou non que plusieurs projets n'en forment qu'un seul, les arts. 15(3) et 16(1) prévoient l'application obligatoire du principe de l'utilité propre dans l'analyse de la portée de l'évaluation — L'autorité responsable pouvait raisonnablement considérer les ponts comme des projets distincts aux fins des évaluations environnementales — Cependant, les évaluations environnementales souffraient de lacunes: 1) elles ne portaient pas sur une construction ou sur tout autre ouvrage «lié» aux projets, soit la Mainline Road; 2) elles ne portaient pas sur les effets environnementaux cumulatifs que leur réalisation, combinée à celle du projet de la Mainline Road, était susceptible de causer à l'environnement — Lacunes constituant des erreurs de droit justifiant l'intervention de la Cour — Le préambule de la LCEE engage le gouvernement à favoriser la participation de la population à l'évaluation environnementale des projets — L'art. 55 de la LCEE exige la tenue d'un registre public relatif à chacun des projets pour lesquels une évaluation environnementale est effectuée — En l'espèce, le registre public a été maintenu à Sarnia (Ontario) — La demanderesse était formée en majeure partie de résidents ruraux de l'Alberta qui vivaient dans la région où les ponts devaient être construits — Cela n'était pas conforme à l'exigence d'accès facile pour les membres du public les plus touchés — La recommandation faite à la demanderesse de présenter une demande en vertu de la Loi sur l'accès à l'information pour obtenir les documents contenus au registre n'était pas conforme aux obligations prévues à l'art. 55 et au préambule, et constituait une erreur susceptible de contrôle.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Rapports d'examen préalable, compléments et approbations délivrées en vertu de l'art. 5(1) de la Loi sur la protection des eaux navigables — Les rapports et leurs compléments concluaient que les deux ponts proposés n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants — Demande ne visant pas le contrôle de décisions distinctes — Ponts conçus pour faire partie intégrante d'une seule route — Rapports en venant pratiquement aux mêmes recommandations — La procédure de contrôle judiciaire n'a pas été entravée en raison du fait que la demande portait sur plus d'une décision — Il était dans l'intérêt de la justice que cette affaire soit traitée dans le cadre d'une seule demande, nonobstant le fait qu'elle comportait de nombreuses décisions liées les unes aux autres de façon étroite — La Cour a ordonné le dépôt de beaucoup plus de documentation que ce qui avait été déposé dans le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

investigation, decision-making stage herein because Canadian Environmental Assessment Act, s. 17(2) mandating Minister, other responsible authority to take supervisory role over investigation, not merely be passive recipient.

Governor and Company of the Bank of Scotland v. Nel (The) (T.D.) 388

Maritime law — Creditors and debtors — Motion by necessities supplier to compel production of documents showing any collateral benefits obtained by mortgagee for which should account, making more funds available to lien claimants — Procedure preliminary to determination of priorities to proceeds of judicial sale of ship — Bank's claim as mortgagee will substantially exhaust sale proceeds — Documents relevant if necessities claimants, holding only statutory rights *in rem*, able to require Bank to marshal — Marshalling equitable right whereby Court ordering creditor, having secured right on more than one res or fund belonging to debtor, or security from two or more debtors for same debt, to exercise right on security in manner in best interests of all creditors — Formerly, unsecured creditors had right to benefit of marshalling — Overlooked in recent Canadian cases concerned with in personam right of creditors — Those cases limited to facts, not to be followed as contrary to equitable doctrine of marshalling — Production of commitment letter ordered.

Equity — Doctrine of marshalling — As between mortgagee, creditor — Priorities to proceeds of judicial sale of ship — Authoritative definitions of marshalling referred to — Whether unsecured creditors have benefit of marshalling — Equity engineered redress of marshalling so that no man made rich by another's injury — Canadian case law limiting availability of marshalling to be departed from to uphold obvious legal principles.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

dossier de l'office — L'ensemble des documents produits conformément à l'ordonnance étaient pertinents et la Cour en était saisie à bon droit — Les faits n'étaient pas semblables à un scénario en matière de droits de la personne où un document utilisé par l'enquêteur, mais qui n'a pas été demandé par la Commission, ne saurait être produit — Il n'y a pas deux étapes distinctes, savoir l'enquête et la décision, parce que l'art. 17(2) oblige le ministre (ou toute autre autorité responsable) à assumer un rôle de supervision sur l'enquête, non pas une simple participation passive.

Governor and Company of the Bank of Scotland c. Nel (Le) (1^{re} inst.) 388

Droit maritime — Créanciers et débiteurs — Requête présentée par un fournisseur d'approvisionnements nécessaires sollicitant la production de documents démontrant que la créancière hypothécaire a reçu des avantages accessoires dont elle doit rendre compte, ce qui dégagerait plus de fonds pour les titulaires de privilèges — Procédure préliminaire à l'établissement de l'ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente judiciaire du navire — La réclamation de la Banque, créancière hypothécaire, épuiserait en grande partie le produit de la vente — Les documents sont pertinents si les fournisseurs d'approvisionnements nécessaires, titulaires uniquement de droits réels, peuvent obliger la Banque à procéder à une collocation en *equity* — La collocation est un mécanisme reconnu en *equity* par lequel le tribunal ordonne au créancier qui possède un droit garanti sur plusieurs choses ou sur plusieurs fonds appartenant au débiteur, ou la garantie de deux ou de plusieurs débiteurs pour la même créance, d'exercer son droit sur la garantie de la manière qui favorise le mieux les intérêts de la masse des créanciers — À l'origine, les créanciers chirographaires avaient droit à la collocation en *equity* — Les causes canadiennes récentes portant sur les droits personnels des créanciers n'en ont pas tenu compte — Cette jurisprudence se limite aux faits en cause dans chaque cas et ne doit pas être suivie parce qu'elle est contraire à la doctrine de la collocation en *equity* — La production de la lettre d'engagement a été ordonnée.

Equity — Doctrine de la collocation en *equity* — Entre la créancière hypothécaire et l'autre créancière — Ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente judiciaire — Mention des définitions de la collocation en *equity* qui font autorité — Les créanciers chirographaires peuvent-ils se prévaloir de la collocation en *equity*? — L'*equity* a conçu la collocation en *equity* comme réparation afin d'empêcher qu'une personne s'enrichisse en lésant autrui — Il faut déroger à la jurisprudence canadienne, qui a limité l'accessibilité à la collocation en *equity*, pour donner effet à des principes de droit évidents.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Martel Building Ltd. v. Canada (C.A.) 300

Crown — Torts — Appeal from F.C.T.D. judgment dismissing tort, contract action against Crown — Crown leasing appellant's downtown Ottawa building since 1975 — Entering into negotiations for renewal — Appellant planning to renovate in conjunction with renewal — Crown not communicating to appellant further information required — Went to tenders — Although lowest bidder, appellant not awarded contract because Crown adding to bid for fit-up, other costs — Appeal allowed — Duty of care arising where sufficiently close relationship between parties, foreseeability of harm to appellant — That long-standing lessor/lessee relationship, lease contemplating possibility of renewal, Crown only tenant in building since construction, Crown dominant player in leasing rental space in area, supporting conclusion sufficiently close relationship to give rise to duty of care in negotiation process — Trial Judge not addressing duty of care in tendering process — Implied contractual obligation on Crown under bidding contract to treat all bidders fairly according to good faith principle giving rise to common law duty of care — Relationship between parties sufficiently close, Crown ought to have contemplated injury to appellant by breach of duty — Crown breached duty of care in tendering process by not mentioning fit-up requirement to appellant, adding costs of fit-up to appellant's bid, while no such costs added to successful bid — As to causation, question whether Crown's negligence causing appellant to lose opportunity to renegotiate renewal fairly, participate in tender — Clearly causal link between appellant's loss, Crown's negligence — Trial Judge concluding loss of opportunity to complete negotiations not justifying amount of damages equal to 10-year contract — Degree of probability of contract being awarded future event irrelevant in assessment of causation, although relevant in assessment of damages — Defendant's conduct need not be sole cause of loss.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Martel Building Ltd. c. Canada (C.A.) 300

Couronne — Responsabilité délictuelle — Appel d'un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale rejetant une action en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle contre la Couronne — La Couronne était locataire depuis 1975 d'un immeuble appartenant à l'appelante et situé au centre-ville d'Ottawa — Elle a entamé des négociations en vue de la reconduction du bail — L'appelante projetait de faire des rénovations concurrentement avec la reconduction du bail — La Couronne n'a pas communiqué à l'appelante certains renseignements supplémentaires requis — Elle a lancé un appel d'offres — Même si la soumission de l'appelante était la plus basse, le marché ne lui a pas été attribué parce que la Couronne a ajouté des frais supplémentaires à la soumission au titre notamment des coûts d'aménagement — Appel accueilli — Il existe un devoir de diligence lorsqu'il y a des rapports suffisamment étroits entre les parties ainsi qu'un risque prévisible que l'appelante subisse un préjudice — Le fait que les parties entretenaient depuis longtemps des rapports locateur-locataire, que le bail prévoyait la possibilité d'une reconduction, que la Couronne était le seul locataire de l'immeuble depuis la construction de celui-ci et le fait que la Couronne était le principal intervenant dans la location de superficies locatives dans le secteur étayaient la conclusion que les parties entretenaient des rapports suffisamment étroits pour créer un devoir de diligence dans le processus de négociation — Le juge de première instance n'a pas traité de la question de la négligence dans le processus d'appel d'offres — L'obligation contractuelle implicite à laquelle était soumise la Couronne aux termes du dossier d'appel d'offres et qui l'obligeait à traiter tous les soumissionnaires équitablement, suivant le principe de la bonne foi, la soumettrait à un devoir de diligence reconnu en common law — Les liens qui existaient entre les parties étaient suffisamment étroits pour que la Couronne prévoie que l'appelante subirait un préjudice en cas de manquement à ce devoir — La Couronne a manqué à son obligation de diligence dans le cadre du processus d'appel d'offres en ne mentionnant pas à l'appelante la condition relative aux frais d'aménagement et en ajoutant des frais d'aménagement à la soumission de l'appelante, tandis qu'aucuns frais de ce genre n'étaient ajoutés à la soumission retenue — Pour ce qui est du lien de causalité, la question est de savoir si la négligence de la Couronne a privé l'appelante de la possibilité de négocier de façon équitable la reconduction du bail et de participer à l'appel d'offres — Il existait un lien de causalité évident entre le préjudice subi par l'appelante et la négligence de l'intimée — Le juge de première instance a conclu que le fait d'être privée de la possibilité de mener les négociations à terme ne justifiait pas l'octroi de dommages-intérêts d'un montant équivalent à un bail d'une durée de dix ans — Le degré de probabilité que le marché soit attribué à l'appelante est un événement futur qui n'est pas

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice — Pleadings — Amendments — One day prior to end of oral arguments, Trial Judge allowing amendment to statement of claim to include, as separate cause of action, claim in negligence for respondent's failure to exercise duty of care in negotiations for lease renewal, preparation of tender documents, evaluation of appellant's bid in response to tender — Although offered opportunity to reopen case, respondent declined — Amendments pursuant to R. 420 allowed at any stage of action to determine real questions in controversy, provided not resulting in injustice to other party not compensable by award of costs, serving interests of justice — As new claims of negligence resting upon same facts as those upon which other claims based, difficult to frame what occurred herein as cause of action, respondent offered opportunity to reopen case, Trial Judge properly exercising discretion, particularly as respondent suffering no prejudice.

Saini v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 325

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Judicial review of destination decision — Applicant, citizen of India, convicted in Pakistan for role in hijacking of Air India plane — Upon release from jail, arriving in Canada without status — In immigration detention since 1995 — Conditional removal order issued — Before Convention refugee claim determined, danger opinion issued — Ineligible to have Convention refugee claim determined — Applicant making submissions as to risk faced if returned to India — Removal officer informing applicant would be removed to India — No assessment of risk of harm to applicant if returned to India — Application allowed — Risk assessment, determination required on facts herein — Under Immigration Act, s. 48 removal officers having discretion to delay execution of removal order pending risk assessment determination — Removal officer may have regard to evidence of risk in removal to particular destination, and as to whether risk assessment conducted, evaluated, solely for purpose of exercising discretion regarding deferral — Appropriate risk

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'un lien de causalité et ce, malgré le fait qu'il soit pertinent lorsqu'il s'agit d'évaluer les dommages-intérêts — Il n'est pas nécessaire que les agissements du défendeur soient la cause unique du préjudice.

Pratique — Plaidoiries — Modifications — La veille de la clôture des débats, le juge de première instance a autorisé l'appelante à modifier sa déclaration de manière à y ajouter, en tant que droit d'action distinct, une poursuite en responsabilité fondée sur le défaut de l'intimée d'agir avec diligence lors des négociations entamées avec l'appelante en vue de la reconduction du bail de l'immeuble, dans la préparation des documents d'appel d'offres et dans l'évaluation de la soumission de l'appelante — Elle a offert à l'intimée la possibilité de modifier ses conclusions, mais l'intimée ne s'est pas prévalu de cette possibilité — La modification prévue à la Règle 420 est autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses, pourvu que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice — Compte tenu du fait que les nouveaux moyens tirés de la négligence reposaient sur les mêmes faits que ceux sur lesquels les autres conclusions étaient fondées, qu'il était difficile de considérer que les événements survenus en l'espèce donnaient ouverture à une poursuite en justice, et vu que l'intimée s'est vue offrir la possibilité de modifier ses conclusions, c'est à bon droit que le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire, d'autant plus que l'intimée n'a subi aucun préjudice.

Saini c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 325

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Procédure d'enquête en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision relative au pays de destination — Le demandeur, un citoyen indien, a été condamné au Pakistan pour le rôle qu'il a joué dans le détournement d'un avion d'Air India — À sa libération de prison, il est venu au Canada sans statut — Les autorités de l'immigration le détiennent depuis 1995 — Une mesure de renvoi conditionnel a été prise contre lui — Avant qu'une décision concernant sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention ait été prise, un avis de danger a été émis — Il ne peut plus demander que soit examinée sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention — Le demandeur a présenté des observations concernant le risque auquel il sera exposé s'il retourne en Inde — L'agent chargé du renvoi a informé le demandeur qu'il serait renvoyé en Inde — Il n'y a pas eu d'évaluation du risque auquel serait exposé le demandeur s'il retournait en Inde — Demande accueillie — D'après les faits de l'espèce, une évaluation du risque et une décision à cet égard étaient nécessaires — En

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

assessment not conducted — Danger opinion process not amounting to risk assessment — Removal officer's failure to consider whether or not to exercise discretion under Immigration Act, s. 48, pending conduct of appropriate risk assessment, making of risk determination, reviewable error in nature of failure, refusal to exercise jurisdiction — Questions certified.

SOMMAIRE (Fin)

vertu de l'art. 48 de la Loi sur l'immigration, les agents chargés du renvoi ont le pouvoir discrétionnaire de différer l'exécution d'une mesure de renvoi en attendant qu'une décision soit prise relativement à l'évaluation du risque — L'agent chargé du renvoi peut tenir compte d'une preuve au sujet du risque que représente le renvoi d'une personne dans un pays de destination donné, et aussi se demander si une évaluation du risque a été effectuée et une décision prise à cet égard, uniquement pour savoir s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de différer le renvoi — Il n'y a pas eu d'évaluation appropriée du risque en l'espèce — La procédure menant à l'avis de danger ne constitue pas une évaluation du risque — Le fait que l'agent chargé du renvoi ne se soit pas demandé s'il devait ou non exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 48 de la Loi sur l'immigration, en attendant la décision consécutive à une évaluation appropriée du risque, constitue une erreur susceptible de contrôle de la nature d'une négligence ou d'un refus d'exercer sa compétence — Des questions ont été certifiées.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Canada (Attorney General) v. McKenna, [1995] 1 F.C. 694 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-269-95). The reasons for judgment, handed down 19/10/98, will be published in the *Federal Court Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

Benge v. Canada (Public Service Commission Appeal Board), A-87-97, Pratte J.A., judgment dated 12/3/98 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 12/11/98.

Canada (Minister of Human Resources Development) v. Wiemer, A-193-97, A-227-97, Létourneau J.A., judgment dated 9/6/98 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 12/11/98.

Pink Panther Beauty Corp. v. United Artists Corp., [1998] 3 F.C. 534 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, 19/11/98.

Carpenter Fishing Corp. v. Canada, [1998] 2 F.C. 548 (C.A.), reconsideration of the application for leave to appeal to S.C.C. refused, 19/11/98.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1995] 1 C.F. 694 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-269-95). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 19-10-98, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Benge c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique), A-87-97, le juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 12-3-98 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-11-98.

Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Wiemer, A-193-97, A-227-97, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 9-6-98 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-11-98.

Pink Panther Beauty Corp. c. United Artists Corp., [1998] 3 C.F. 534 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 19-11-98.

Carpenter Fishing Corp. c. Canada, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.), réexamen de la demande d'autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusé, 19-11-98.

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1998, Vol. 4, Part 2

1998, Vol. 4, 2^e fascicule

A-392-96

Toronto-Dominion Bank (*Appellant*)

v.

Canadian Human Rights Commission and Canadian Civil Liberties Association (*Respondents*)**INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. TORONTO-DOMINION BANK (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac C.J., Robertson and McDonald J.J.A.—Toronto, December 1 and 2, 1997; Ottawa, July 23, 1998.

Human rights — Bank's substance abuse policy requiring as condition of employment all new, returning employees submit to urine drug test — Refusal to do so grounds for dismissal — Drug dependent employees may lose employment if refusing rehabilitation services, or rehabilitation efforts unsuccessful — Non-dependent drug users may lose employment if persisting in drug use after testing positive three times — Bank bearing cost of rehabilitation — CHRA, s. 10 making it discriminatory practice for employer to establish policy depriving, tending to deprive individual or class of individuals of employment opportunity on prohibited ground of discrimination — S. 3 listing "disability" as prohibited ground — "Disability" defined in s. 25 as including drug dependence — Policy constituting prohibited discriminatory practice within CHRA, s. 10. — (i) Drug testing policy prima facie discriminatory because raising likelihood of drug dependent employees losing employment — (ii) Robertson J.A. holding policy constituting direct discrimination as having direct effect on drug dependent persons; McDonald J.A. holding policy indirectly discriminatory because impacting adversely on employees dependent on drugs, protected class of individuals under CHRA — Characterization important because different defences available — (iii) Robertson J.A. holding policy fails as BFOR defence not available — No evidence of drug problem in Bank's workforce, no causal relationship between illegal drug use, crime; policy not reasonably necessary to assure job performance; Bank not showing mandatory drug testing least intrusive of reasonable methods for assessing job performance — (iv) Where indirect discrimination, issue whether rational connection between policy, job performance — MacDonald J.A. holding policy not rationally connected to objective — Not sound business, economic policy to implement drug testing affecting small portion of employees, and no evidence employee work performance affected by drugs — To comply with reasonable accommodation component, employee cannot be tested unless, after receiving treatment, work performance

A-392-96

Banque Toronto-Dominion (*appelante*)

c.

Commission canadienne des droits de la personne et Association canadienne des libertés civiles (*intimées*)**RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) c. BANQUE TORONTO-DOMINION (C.A.)**

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Robertson et McDonald, J.C.A.—Toronto, 1^{er} et 2 décembre 1997; Ottawa, 23 juillet 1998.

Droits de la personne — Politique sur l'abus de drogues ou de médicaments de la Banque exigeant, comme condition d'emploi, que les employés nouveaux ou réembauchés se soumettent à une analyse d'urine destinée à dépister la présence de drogues — Le refus de le faire constitue un motif de congédiement — Les employés qui ont une dépendance envers la drogue peuvent perdre leur emploi s'ils refusent de participer à un programme de réadaptation ou si les efforts de réadaptation ne portent pas fruit — Les usagers de drogues qui n'ont pas de dépendance envers la drogue peuvent perdre leur emploi s'ils continuent à utiliser des drogues après avoir obtenu un résultat positif au moins trois fois — La Banque prend en charge les frais de réadaptation — En vertu de l'art. 10 de la LCDP, constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, de fixer des lignes de conduite — En vertu de l'art. 3, la «déficience» est un motif de distinction illicite — En vertu de l'art. 25, la «déficience» comprend la dépendance envers la drogue — La politique constitue un acte discriminatoire au sens de l'art. 10 de la LCDP — i) La politique de dépistage de drogues constitue à première vue de la discrimination parce que les employés qui ont une dépendance envers la drogue risquent de perdre leur emploi — ii) Le juge d'appel Robertson a statué que la politique constitue de la discrimination directe parce qu'elle a un effet direct sur les individus qui ont une dépendance envers la drogue; le juge d'appel McDonald a statué que la politique constitue de la discrimination indirecte parce qu'elle a un effet préjudiciable sur les employés qui ont une dépendance envers la drogue, et que ceux-ci appartiennent à une catégorie protégée par la LCDP — La question du genre de discrimination en cause est importante à cause des différents moyens de défense possibles — iii) Le juge Robertson a statué que le moyen de défense fondé sur une EPJ ne peut pas être invoqué à l'égard de la politique — La preuve n'était pas la thèse selon laquelle il existait un

inadequate — Must be objective evidence of poor performance — As policy not tied to concerns with job performance, not satisfying duty to accommodate — Per Isaac C.J. (dissenting): Motions Judge misapprehended Tribunal's reasons for concluding policy not discriminatory — Not showing Tribunal erred in fact or law — Absent finding of error, reviewing court should not interfere — If policy constituting adverse effect discrimination, satisfies rational connection test, given underlying concerns, as policy acknowledging impact of drugs on work performance as affecting alertness, perception, other working abilities — Providing reasonable accommodation to point of undue hardship.

Construction of statutes — Canadian Human Rights Act, s. 25 definition of "disability" including dependence on drugs — Whether intent of statute to extend protection to those dependent on illegal substances — Majority holding s. 25, as human rights legislation, not to be narrowly construed by reading in "legal" as modifying drugs.

Federal Court jurisdiction — Appeal Division — Appeal from Motions Judge's order setting aside Human Rights Tribunal's decision Bank's substance abuse policy not discriminatory; cross-appeal from finding policy not direct discrimination — Whether F.C.A. having jurisdiction to address issue of direct discrimination because not raised as ground for judicial review before Motions Judge — Motions Judge's failure to deal with issue in reasons not transforming issue into new one raised for first time on appeal as Tribunal addressing issue — Even if new, issue one of law, further evidence not required — All relevant evidence before

problème de toxicomanie parmi les employés de la Banque; il n'y a pas de relation de cause à effet entre la consommation de drogues illégales et la criminalité; la politique n'est pas raisonnablement nécessaire pour assurer le rendement au travail; la Banque n'a pas démontré que, parmi les méthodes raisonnables d'évaluation du rendement, le dépistage obligatoire est la méthode la moins attentatoire — iv) Dans le cas de la discrimination indirecte, il s'agit de savoir s'il y a un lien rationnel entre la politique et le rendement au travail — Le juge McDonald a statué que la politique n'avait pas de lien rationnel avec son objectif — L'application d'une politique de dépistage qui ne touche qu'un petit nombre d'employés, alors que rien ne donne à entendre que la consommation de drogues influe sur le rendement des employés n'est pas une bonne politique économique ou commerciale — Pour qu'il y ait accommodement raisonnable, on peut uniquement faire subir un test à l'employé si, après traitement, son rendement continue à être non satisfaisant — Il doit exister des éléments de preuve objectifs du mauvais rendement — Étant donné que la politique n'a rien à voir avec la question du mauvais rendement, elle ne satisfait pas à l'obligation d'accommodement — Le juge en chef Isaac (dissident): Le juge des requêtes n'a pas du tout compris pour quels motifs du Tribunal avait conclu que la politique n'était pas discriminatoire — Il n'a pas été établi que le Tribunal ait commis une erreur de fait ou de droit — S'il n'est pas établi qu'une erreur a été commise, la cour de révision ne doit pas intervenir — Si la politique constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, elle satisfait au critère relatif au lien rationnel, compte tenu des objectifs fondamentaux, en tant que politique reconnaissant l'effet des drogues sur le rendement au travail, en ce qui concerne la vigilance, la perception et les autres aptitudes de travail — Il y a eu accommodement raisonnable jusqu'au point où il y aurait contrainte excessive.

Interprétation des lois — La définition de «déficience» figurant à l'art. 25 de la Loi canadienne sur les droits de la personne comprend la dépendance envers la drogue — Question de savoir si la loi vise à protéger les personnes qui ont une dépendance envers des substances illégales — La majorité a statué que l'art. 25, en tant que disposition relative aux droits de la personne, ne doit pas être interprété strictement en y incorporant le mot «légale» de façon à modifier le mot «drogue».

Compétence de la Cour fédérale — Section d'appel — Appel d'une ordonnance du juge des requêtes infirmant la décision du Tribunal des droits de la personne selon laquelle la politique sur l'abus de drogues ou de médicaments de la Banque n'est pas discriminatoire; appel incident de la décision selon laquelle la politique ne constitue pas de la discrimination directe — Question de savoir si la C.A.F. a compétence pour examiner la question de la discrimination directe, qui n'avait pas été soulevée à titre de motif de contrôle judiciaire devant le juge des requêtes — L'omission du juge des requêtes de traiter de la discrimination directe

Tribunal — Argument based on record not new evidence — Right to argue direct discrimination fully debated before Motions Judge who ruled could be — Pleadings not so defective as to take Bank by surprise — Allegation of direct discrimination at centre of legal controversy from outset — Motions Judge's decision as to sufficiency of originating motion upheld.

This was an appeal from the Motions Judge's decision that Toronto-Dominion Bank's substance abuse policy discriminated against drug dependent persons. The Canadian Civil Liberties Association (CCLA) cross-appealed the Motions Judge's finding that the policy did not constitute direct discrimination. In order to maintain a safe, healthy and productive workplace, to safeguard customer, bank and employee funds and information, as well as to protect its reputation, the Bank implemented a substance abuse policy which requires as a condition of employment that all new and returning employees submit to a urine drug test within 48 hours of accepting an offer of employment. The policy takes effect only after hiring. Refusal to submit to the drug test is grounds for dismissal. Employees who test positive and are drug dependent may lose their employment if they refuse to take advantage of the rehabilitation services offered or if rehabilitation efforts are unsuccessful. Non-dependent drug users may also lose their employment if they persist in using such drugs after having tested positive on at least three occasions. The cost of rehabilitation is borne by the Bank to the extent that needed services are not available under provincial health care plans. Employees undergoing rehabilitation maintain the right to full wages and other employment benefits.

The CCLA complained to the Canadian Human Rights Commission (CHRC) alleging that the Bank was contravening *Canadian Human Rights Act*, section 10 by engaging in a practice of direct discrimination, which deprived persons of employment on the basis of disability, namely drug dependence. Section 10 provides that it is a discriminatory practice for an employer to establish a policy that deprives

dans ses motifs ne faisait pas de cette question une nouvelle question soulevée pour la première fois en appel étant donné que le Tribunal avait traité de cette question — Même s'il s'agit d'une nouvelle question de droit, il n'est pas nécessaire de présenter d'autres éléments de preuve — Le Tribunal disposait de tous les éléments de preuve pertinents — Un argument fondé sur le dossier ne constitue pas un nouvel élément de preuve — La question de savoir si la discrimination directe pouvait être invoquée a été débattue devant le juge des requêtes, qui a décidé qu'elle pouvait être invoquée — Les plaidoiries n'étaient pas défectueuses au point de prendre la Banque par surprise — Le litige était au départ axé sur l'allégation de discrimination directe — La décision du juge des requêtes relative à la suffisance de la requête introductive d'instance est confirmée.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle le juge des requêtes avait statué que la politique de la Banque Toronto-Dominion relative à l'abus de drogues ou de médicaments créait une distinction illicite à l'égard des individus qui ont une dépendance envers la drogue. L'Association canadienne des libertés civiles (l'ACLC) a interjeté un appel incident contre la conclusion du juge des requêtes selon laquelle la politique ne constituait pas de la discrimination directe. Pour maintenir un milieu de travail sain, sécuritaire et productif, pour protéger les fonds des clients, de la Banque et des employés ainsi que les renseignements y afférents et pour maintenir sa réputation, la Banque a mis en œuvre une politique sur l'abus de drogues ou de médicaments exigeant, comme condition d'emploi, que les employés nouveaux ou réembauchés se soumettent, dans les 48 heures de l'acceptation d'une offre d'emploi, à une analyse d'urine destinée à dépister la présence de drogues. La politique ne prend effet qu'après l'embauchage. Le refus de se soumettre au test de dépistage constitue un motif de congédiement. Les employés dont le test donne un résultat positif et qui ont une dépendance envers la drogue peuvent perdre leur emploi s'ils refusent de se prévaloir des services de réadaptation mis à leur disposition ou si les efforts de réadaptation ne portent pas fruit. Les usagers de drogues qui n'ont pas de dépendance envers la drogue peuvent également perdre leur emploi s'ils continuent à utiliser des drogues après avoir obtenu un résultat positif au moins trois fois. Les frais de réadaptation sont pris en charge par la Banque dans la mesure où les services nécessaires ne sont pas offerts dans le cadre des régimes provinciaux d'assurance-maladie. Les employés qui participent à un programme de réadaptation ont encore droit à leur salaire et aux autres avantages sociaux.

L'ACLC a déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la CCDP) une plainte dans laquelle il était allégué que la Banque enfreignait l'art. 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en se livrant à un acte de discrimination directe, qui privait les personnes d'un emploi sur la base d'une déficience, soit la dépendance envers la drogue. En vertu de l'article 10, constitue un acte

or tends to deprive an individual or class of individuals, of an employment opportunity on a prohibited ground of discrimination. Section 3 lists disability as such a prohibited ground and section 25 defines disability as including dependence on a drug. The Human Rights Tribunal concluded that the reference to drugs in section 25 includes both licit and illicit drugs. It concluded that the CCLA failed to make out a *prima facie* case of discrimination, as no one had been denied employment under the Bank's policy on the basis of drug dependence. On judicial review the Motions Judge concluded that this was a case of adverse effect, or indirect, discrimination and that the Tribunal had erred in concluding that the policy was not discriminatory. The matter was remitted to the Tribunal for consideration of only the issue of whether the Bank's policy was rationally connected to job performance.

The issues were: (1) whether the Court had jurisdiction to address the issue of whether the policy constitutes direct discrimination because that issue was not raised as a ground for judicial review before the Motions Judge; (2) whether reference to "dependence on . . . a drug" in the definition of "disability" in section 25 was intended to extend protection to those dependent on "illegal" drugs; (3) whether the Bank's drug testing policy constituted a discriminatory practice within the meaning of section 10, which was broken down into four sub-issues: (i) whether the Bank's drug testing policy constituted *prima facie* discrimination; (ii) if so, whether the policy amounted to direct or indirect discrimination; (iii) if direct discrimination, whether the Tribunal erred in concluding that the *bona fide* occupational requirement (BFOR) defence was not available to the Bank; and (iv) if indirect discrimination, whether the Tribunal held that the rational connection test had not been met.

Held (Isaac C.J. *dissenting*), the appeal should be dismissed; and the cross-appeal should be allowed.

Per Robertson J.A.: (1) As to the jurisdictional issue, the CCLA's right to argue direct discrimination was fully debated before the Motions Judge, who ruled in its favour. As the pleadings were not so defective as to take the Bank by surprise, and from the outset the allegation of direct discrimination was at the centre of the legal controversy, the Motions Judge's decision respecting the sufficiency of the originating notice of motion was upheld.

discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait pour l'employeur de fixer des lignes de conduite. En vertu de l'article 3, la déficience est un motif de distinction illicite et en vertu de l'article 25, la déficience comprend la dépendance envers la drogue. Le Tribunal des droits de la personne a conclu que l'article 25 vise tant les drogues licites que les drogues illicites. Il a conclu que l'ACLCL n'avait pas fourni une preuve *prima facie* de discrimination, puisque personne ne se voyait refuser un emploi pour dépendance envers la drogue en vertu de la politique de la Banque. Dans le cadre du contrôle judiciaire, le juge des requêtes a conclu qu'il s'agissait d'un cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable ou d'un cas de discrimination indirecte et que le Tribunal avait commis une erreur en concluant que la politique n'était pas discriminatoire. L'affaire a été renvoyée au Tribunal uniquement pour examen de la question de savoir si la politique de la Banque avait un lien rationnel avec le rendement au travail.

Les points litigieux étaient les suivants, à savoir: 1) La Cour avait-elle compétence pour examiner la question de savoir si la politique constituée de la discrimination directe, puisque cette question n'avait pas été soulevée comme motif de contrôle judiciaire devant le juge des requêtes? 2) La «dépendance envers la drogue» dont il est fait mention à l'article 25 est-elle destinée à protéger les individus qui ont une dépendance envers des drogues «illégales»? 3) La politique de dépistage de drogues de la Banque constituait-elle un acte discriminatoire au sens de l'article 10? Cette question comprenait quatre questions accessoires, à savoir: i) La politique de dépistage de drogues de la Banque constituait-elle à première vue de la discrimination? ii) Dans l'affirmative, la politique équivalait-elle à de la discrimination directe ou à de la discrimination indirecte? iii) À supposer qu'il s'agisse de discrimination directe, le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que la Banque ne pouvait pas invoquer une exigence professionnelle justifiée (EPJ) comme moyen de défense? (iv) À supposer qu'il s'agisse de discrimination indirecte, le Tribunal a-t-il statué que le critère relatif au lien rationnel n'avait pas été satisfait?

Arrêt (le juge en chef Isaac, *dissentant*): l'appel doit être rejeté; l'appel incident doit être accueilli.

Le juge Robertson, J.C.A.: 1) En ce qui concerne la question de la compétence, la question de savoir si l'ACLCL avait le droit d'invoquer la discrimination directe a été pleinement débattue devant le juge des requêtes, qui a rendu une décision en faveur de l'ACLCL. Étant donné que les plaidoiries n'étaient pas défectueuses à un point tel que la Banque soit prise par surprise et puisque le litige était au départ axé sur l'allégation de discrimination directe, la décision que le juge des requêtes a rendue au sujet de la suffisance de l'avis de requête introductive d'instance a été confirmée.

(2) It would be contrary to the Supreme Court's approach to the interpretation of human rights legislation to construe section 25 narrowly by reading the word "legal" as modifying "dependence on . . . a drug". Dependence on illegal substances is just as, if not more, common than dependence on legal drugs. It would be impractical to protect only those dependent on so-called "legal" drugs as some of those might be obtained or used in an "illegal" fashion.

(3) The Bank's policy constituted a prohibited discriminatory practice.

(i) The Tribunal erred in concluding that the policy did not constitute *prima facie* discrimination. That finding was premised on the mistaken belief that a successful plea of reasonable accommodation can render non-discriminatory that which constitutes *prima facie* discrimination. A finding of reasonable accommodation does not negate the legal conclusion that an employment policy has a discriminatory effect on certain employees. The accommodation doctrine is a defence to *prima facie* discrimination, not a cleansing agent. The Tribunal also failed to appreciate that if an employment rule is not "reasonably necessary", or there is no "rational connection" between the rule and job performance, then it is irrelevant whether an employer is willing to accommodate its employees.

The argument that since all drug users (casual users and drug dependent persons) are treated identically, there can be no discrimination, was irrelevant. The issue was whether the Bank's policy tended to deprive drug dependent persons of employment opportunities. The Bank's drug testing policy constituted a *prima facie* discriminatory practice because it raised the likelihood of drug dependent employees losing their employment. An employment policy aimed at ensuring a work environment free of illegal drug use must necessarily impact negatively on those who are drug dependent.

(ii) The Bank's policy is directly discriminatory.

It was not indirectly discriminatory because it was not neutral. A policy designed to eliminate illegal drug use in the workplace will have an immediate or direct effect on drug dependent persons. A work rule that targets the removal of employees who fall within a class protected by human rights legislation is not neutral. An employment policy aimed at achieving a drug-free work environment

2) Il serait contraire à l'approche que la Cour suprême a adoptée en matière de droits de la personne d'interpréter l'article 25 strictement en y incorporant le mot «légal» de façon à modifier l'expression «dépendance envers la drogue». La dépendance envers les substances illégales est au moins aussi commune que la dépendance envers les drogues légales. Il ne serait pas pratique de protéger les individus qui ont une dépendance envers de soi-disant drogues «légales» puisque certaines drogues pourraient être obtenues ou utilisées d'une façon «illégal».

3) La politique de la Banque constituait un acte discriminatoire illicite.

i) Le Tribunal a commis une erreur en concluant que la politique ne constituait pas à première vue de la discrimination. Cette conclusion était fondée sur la conviction erronée que le fait que l'accommodement raisonnable est plaidé avec succès peut rendre non discriminatoire ce qui constitue à première vue de la discrimination. Le fait qu'il est conclu à l'existence d'un accommodement raisonnable n'empêche pas de tirer une conclusion de droit selon laquelle une politique d'emploi a un effet discriminatoire sur certains employés. La doctrine de l'accommodement constitue un moyen de défense lorsqu'il existe une preuve *prima facie* de discrimination; elle n'a pas pour effet d'éliminer pareille discrimination. Le Tribunal ne s'est pas rendu compte que si une règle d'emploi n'est pas «raisonnablement nécessaire», ou s'il n'existe aucun «lien rationnel» entre la règle et le rendement au travail, il importe peu que l'employeur veuille composer avec ses employés.

L'argument selon lequel, étant donné que tous les consommateurs de drogues (les consommateurs occasionnels ainsi que les individus qui ont une dépendance envers la drogue) sont traités de la même façon, il ne peut pas y avoir de discrimination n'était pas pertinent. Il s'agissait de savoir si la politique de la Banque était susceptible d'annihiler les chances d'emploi des individus qui ont une dépendance envers la drogue. La politique de dépistage de drogues de la Banque constituait à première vue un acte discriminatoire puisqu'il était possible que les employés qui avaient une dépendance envers la drogue perdent leur emploi. Une politique d'emploi qui vise à assurer un milieu de travail dans lequel on ne consomme pas de drogues illégales doit nécessairement avoir un effet préjudiciable sur les individus qui ont une dépendance envers la drogue.

ii) La politique de la Banque constitue de la discrimination directe.

La politique ne constituait pas de la discrimination indirecte parce qu'elle n'était pas neutre. Une politique qui vise à éliminer la consommation de drogues illégales dans le milieu de travail aura un effet immédiat ou direct sur les individus qui ont une dépendance envers la drogue. Une règle d'emploi qui vise à éliminer les employés qui appartiennent à une catégorie protégée par la législation sur les

should not be deemed neutral when by design it is directed at all those who use illegal drugs and, by necessity, those who are drug dependent.

To qualify as direct discrimination, a policy must be "discriminatory on its face". While the policy does not target a specific group for unequal treatment, the absence of an explicit reference to "drug dependent persons" in the Bank's policy is not fatal to a finding of direct discrimination. An impugned employment policy need not be patently exclusionary before qualifying as direct discrimination. Direct discrimination may also arise where the exclusion of a protected group is evident on a casual reading of the challenged policy. There is a sufficient proximity between the Bank's policy and the category of drug dependent persons so as to conclude that this was a case of direct discrimination.

(iii) In cases of direct discrimination an employer must satisfy the requirements of the BFOR test, otherwise the impugned work rule falls. In order to successfully invoke the BFOR defence the employer must establish on a balance of probabilities: (1) that the policy was imposed in good faith for a purpose related to job performance; and (2) is reasonably necessary to assure the efficient and economic performance of the work in question. The reasonable necessity component requires that the job qualification be rationally connected to the employment concerned, and that the policy is designed to ensure that it is met without placing an undue burden on those to whom it applies. This latter requirement imposes an obligation on an employer to show that there is no other more reasonable, or less intrusive alternative to the policy. The Tribunal correctly held that the BFOR defence was not available for the following reasons. There was no evidence of a drug problem within the Bank's workforce; and no causal relationship between illegal drug use and crime was established. The policy was not reasonably necessary to assure job performance. It would only qualify as reasonable if the Bank could demonstrate a serious threat to the Bank's other employees and the public, which it did not do. The Bank also failed to demonstrate that mandatory drug testing was the least intrusive of the reasonable methods for assessing job performance. Observation, the conventional method for assessing job performance, would achieve the same objectives without bringing into issue privacy concerns.

droits de la personne n'est pas neutre. Une politique d'emploi qui vise à assurer un milieu de travail exempt de drogues ne devrait pas être considérée comme neutre lorsqu'elle est conçue de façon à s'appliquer à tous les individus qui utilisent des drogues illégales et, nécessairement, à ceux qui ont une dépendance envers la drogue.

Pour être considérée comme de la discrimination directe, la politique doit être «à première vue discriminatoire». La politique ne vise pas à traiter différemment un groupe précis, mais le fait que les «individus qui ont une dépendance envers la drogue» ne sont pas expressément mentionnés dans la politique de la Banque n'est pas fatal aux fins d'une conclusion de discrimination directe. Une politique d'emploi contestée n'a pas à être manifestement restrictive pour qu'il soit possible de la considérer comme de la discrimination directe. Il peut également y avoir discrimination directe lorsque l'exclusion d'un groupe protégé est évidente sur simple lecture de la politique contestée. Il existe entre la politique de la Banque et la catégorie des individus qui ont une dépendance envers la drogue un lien suffisant pour permettre de conclure à la discrimination directe.

iii) Dans les cas de discrimination directe, l'employeur doit satisfaire aux exigences du moyen de défense fondé sur une EPJ, à défaut de quoi la règle d'emploi contestée doit être rejetée. Pour que l'employeur fasse valoir avec succès un moyen de défense fondé sur une EPJ, il doit établir selon la prépondérance des probabilités: 1) qu'il était de bonne foi en imposant la politique, et ce, à des fins liées au rendement professionnel; 2) que la politique est raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail en question. Selon l'élément relatif à la nécessité raisonnable, l'exigence professionnelle doit avoir un lien rationnel avec l'emploi en question et la politique doit être conçue de façon que l'exigence puisse être satisfaite sans imposer un fardeau excessif aux personnes concernées. Cette dernière exigence impose à l'employeur l'obligation de démontrer qu'il n'existe aucune autre solution plus raisonnable ou de caractère moins attentatoire. Le Tribunal a conclu avec raison que le moyen de défense fondé sur une EPJ ne pouvait pas être invoqué, et ce, pour les raisons suivantes. La preuve n'était pas la thèse selon laquelle il existait un problème de toxicomanie parmi les employés de la Banque; l'existence d'une relation de cause à effet entre la consommation de drogues illégales et la criminalité n'a pas été établie. La politique n'était pas raisonnablement nécessaire pour assurer le rendement au travail. Elle pourrait uniquement être considérée comme raisonnable si la Banque réussissait à démontrer l'existence d'une menace sérieuse pour les autres employés de la Banque et le public, ce qu'elle n'a pas réussi à démontrer. La Banque a en outre omis de démontrer que, parmi les méthodes raisonnables d'évaluation du rendement, le dépistage obligatoire était la méthode la moins attentatoire. L'observation, soit la méthode d'évaluation habituelle, permet d'atteindre les mêmes

(iv) The Bank's policy failed even if it constitutes indirect discrimination. In cases of "indirect discrimination", the "rational connection" test applies. That there is a difference between the reasonably necessary and rational connection tests must be accepted as a matter of judicial doctrine. Whether or not the distinction is rationally supported is a matter on which the Supreme Court should adjudicate. The "rational connection test" does not impose an obligation on the employer to establish that other reasonable and less burdensome alternatives to the neutral work rule are available. The Tribunal found that there was no rational connection between the Bank's policy and the performance of the job in the context of the BFOR defence. That finding is equally applicable in the context of the accommodation issue. At best, the Bank's policy reveals whether an employee has been exposed to certain illegal drugs within a certain time frame. Such information reveals nothing about an employee's ability to perform the job in question.

Per McDonald J.A.: (i) The Bank's drug testing policy *prima facie* discriminates against drug dependent employees.

(ii), (iii) The Bank's drug testing policy constitutes adverse effect discrimination because, while the rule that those who test positive three times or refuse to undergo a urinalysis test are dismissed applies equally to all new and returning employees, it impacts adversely on those employees who are dependent on drugs. The policy, therefore, fits directly within the definition of adverse effect discrimination: it is an employment rule that is equally applicable to all to whom it is intended to apply, but is discriminatory because it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply. While the reason for dismissal may be a result of the "persistent" use of an illegal substance, nevertheless, the rule directly impacts more negatively on a protected class of individuals under the *Canadian Human Rights Act* — drug dependent users.

The policy is not direct discrimination because it is designed to catch all drug users not merely drug dependent users. It is only because it is designed to catch all drug users that drug dependent employees are caught. While the rule negatively impacts on drug dependent users, it does not directly discriminate against only them. Drug dependent users are the only individuals protected from this policy under the Act. Furthermore, it should not be assumed that a drug testing policy can never be neutral. A policy aimed at

objectifs sans poser de problèmes sur le plan de la vie privée.

(iv) La politique de la Banque doit être rejetée même si elle constitue de la discrimination indirecte. Dans les cas de «discrimination indirecte», le critère relatif au «lien rationnel» s'applique. Le fait qu'il existe une différence entre le critère relatif au caractère raisonnablement nécessaire et le critère relatif au lien rationnel doit être reconnu en tant que doctrine judiciaire. La Cour suprême devrait se prononcer sur la question de savoir si la distinction est rationnellement justifiée. Le «critère relatif au lien rationnel» n'oblige pas l'employeur à établir qu'il existe d'autres solutions raisonnables moins contraignantes. Le Tribunal a conclu qu'il n'y avait pas de lien rationnel entre la politique de la Banque et le rendement au travail dans le contexte du moyen de défense fondé sur une EPJ. Cette conclusion s'applique également dans le contexte de l'accommodement. Au mieux, la politique de la Banque montre si un employé a utilisé certaines drogues illégales au cours d'une période donnée. Pareil renseignement ne révèle rien au sujet de la capacité de l'employé d'accomplir le travail en question.

Le juge McDonald, J.C.A.: i) La politique de dépistage de drogues de la Banque constitue à première vue de la discrimination à l'endroit des employés qui ont une dépendance envers la drogue.

ii), (iii) La politique de dépistage de drogues de la Banque constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable parce que, même si la règle prévoyant le congédiement des individus dont le test donne un résultat positif à trois reprises ou qui refusent de se soumettre à une analyse d'urine s'applique également à tous les employés nouveaux ou réembauchés, elle a un effet préjudiciable sur les employés qui ont une dépendance envers la drogue. La politique est donc directement visée par la définition de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable: il s'agit d'une règle d'emploi qui s'applique également à tous ceux qu'elle vise, mais elle est discriminatoire parce qu'elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer. Le congédiement peut résulter de la consommation «chronique» d'une substance illégale, mais la règle cause néanmoins un préjudice plus grave à une catégorie d'individus protégée par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, à savoir les individus qui ont une dépendance envers la drogue.

La politique ne constitue pas de la discrimination directe parce qu'elle vise tant les consommateurs occasionnels que ceux qui ont une dépendance envers la drogue. Ce n'est que parce qu'elle vise à identifier tous les consommateurs de drogues que les employés qui ont une dépendance envers la drogue sont identifiés. La règle a un effet préjudiciable sur les employés qui ont une dépendance envers la drogue, mais elle ne constitue pas de la discrimination directe uniquement à l'égard de ces employés. Les employés qui ont une

achieving a drug- and alcohol-free-work place can be neutral if it is concerned with work performance and seeks to rehabilitate those whose work performance has been affected as a result of their drug dependency. Indeed, drug testing in safety sensitive industries is allowed and pursued. The concern, therefore, should be to ensure that the policy is designed to meet the requirements of the CHRA rather than with banning these policies altogether. It makes sound economic and business sense to have in place a procedure to help those whose work performance is affected by a drug dependency. Finally, Robertson J.A.'s approach to the discrimination issue essentially eliminates the need for the adverse effect discrimination category. This may not be a desirable result, particularly in the context of alcohol and drug policies. The BFOR defence which is applied once a finding of direct discrimination is made, does not impose the duty of reasonable accommodation on the employer. Issues such as drug testing are more appropriately dealt with under the adverse effect discrimination category given that an employer will be required to accommodate the disabled employee, as this is the most effective way of ensuring that drug testing policies are tailored to meet the needs of the drug dependent as well as business.

(iv) A pre-condition to the determination of whether accommodation is made out is that the rule be rationally related to employment. The Bank's policy was not rationally related to its objective. It was under-inclusive. What had to be addressed was whether the policy was implemented for sound economic or business reasons. It is not sound economic or business policy to implement drug testing when that testing only affects a small portion of employees, and there is no evidence to suggest that employee work performance is being affected by drugs. Both the Motions Judge and the Tribunal should have considered the issue of work performance in their analyses. To comply with the reasonable accommodation component an employee cannot be tested unless after receiving treatment his or her work performance remains inadequate. Only then is the Bank justified in re-testing and dismissing the employee if the poor performance is related to drugs. When dealing with adverse effect discrimination in order to accommodate employees with drug testing problems, there must be objective evidence of poor performance. As the Bank's policy is not tied to concerns with employee job performance (as employees are never given a chance to work before being required to take the drug test, and because an employee who has received

dépendance envers la drogue sont les seuls individus que la Loi protège contre cette politique. En outre, il ne faudrait pas présumer qu'une politique de dépistage de drogues ne peut jamais être neutre. Une politique qui vise à assurer un milieu de travail exempt de drogues et d'alcool peut être neutre si elle se rapporte au rendement professionnel et si elle vise à permettre la réadaptation des employés dont le rendement laisse à désirer à cause de leur dépendance envers la drogue. De fait, le dépistage des drogues dans les industries où la sécurité est essentielle est autorisé et effectué. Il faudrait donc s'assurer que la politique soit conçue de façon à satisfaire aux exigences de la LCDP plutôt que l'interdire carrément. Il est sensé, sur le plan économique et commercial, de prendre des mesures destinées à aider les employés dont le rendement laisse à désirer à cause de leur dépendance envers la drogue. Enfin, l'approche que le juge Robertson a adoptée à l'égard de la question de la discrimination a essentiellement pour effet d'éliminer la nécessité d'établir une catégorie à l'égard de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Cela n'est peut-être pas un résultat souhaitable, en particulier dans le contexte des politiques concernant l'abus d'alcool et de drogues. Le moyen de défense fondé sur une EPJ qui s'applique une fois qu'il a été conclu à la discrimination directe n'oblige pas l'employeur à assurer un accommodement raisonnable. Il est préférable d'examiner les questions telles que le dépistage des drogues dans le contexte de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable étant donné que l'employeur sera tenu de composer avec l'employé atteint d'une déficience, puisque c'est la meilleure façon de s'assurer que les politiques de dépistage de drogues soient conçues de façon à satisfaire aux besoins des individus qui ont une dépendance envers la drogue ainsi qu'aux besoins de l'entreprise.

iv) Pour déterminer s'il y a eu accommodement, il faut que la règle ait un lien rationnel avec l'emploi. La politique de la Banque n'avait pas de lien rationnel avec son objectif. Elle n'était pas globale. Il s'agissait de savoir si la politique avait été mise en œuvre pour de bonnes raisons économiques et commerciales. L'application d'une politique de dépistage qui ne touche qu'un petit nombre d'employés, alors que rien ne donne à entendre que la consommation de drogue influe sur le rendement des employés, n'est pas une bonne politique économique ou commerciale. Le juge des requêtes et le Tribunal auraient dû tenir compte de la question du rendement professionnel dans leurs analyses. Pour qu'il y ait accommodement raisonnable, on peut uniquement faire subir un test à l'employé si, après traitement, son rendement professionnel continue à être non satisfaisant. Ce n'est qu'à cette condition que la Banque peut à juste titre faire subir un nouveau test à l'employé et le congédier si son mauvais rendement est attribuable à la consommation de drogues. Dans un cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, pour composer avec les employés dont le test de dépistage donne un résultat positif, il doit exister des éléments de preuve objectifs de leur mauvais rendement. Étant donné que la politique de la

treatment is tested again regardless of his or her work performance), it has not satisfied the duty to accommodate. The Bank's drug testing policy constitutes a prohibited discriminatory practice within *Canadian Human Rights Act*, section 10.

Per Isaac C.J. (dissenting): The appeal should be allowed. (1) This Court had not only the jurisdiction, but also the duty, to address the issue of whether the policy constitutes direct discrimination. Although the Motions Judge's reasons did not deal with the issue of direct discrimination, it was clear from the manner in which she formulated the issues before her that the issue of direct discrimination was one that she had to address. Her failure to address it did not transform the issue into a new one raised for the first time on appeal, particularly since the Tribunal had addressed that issue, albeit in *obiter*. Furthermore, the underlying principle is that an appellant may not raise a point that was not pleaded or argued at trial, unless all relevant evidence is on record. However, a new issue may be addressed in cases in which the question is one of law upon which further evidence is not required. The issue whether the policy constitutes direct discrimination is one of law. All the evidence relevant to resolution of that issue had been adduced before the Tribunal. The issue was argued before the Tribunal and the appellant had, at that time, the opportunity to produce any evidence required to deal with it. Finally, the argument was based on the record and not on new evidence.

(2) The purpose of the *Canadian Human Rights Act* as set out in section 2 is to extend the laws in Canada so that every individual should have an equal opportunity to make the life that he is able and wishes to have, consistent with his duties and obligations as a member of society. Thus, section 2 limits the rights protected in the Act. All members of society have an obligation to obey the laws of Canada, including the prohibitions expressed or implied in the *Narcotic Control Act*. Section 25 must be construed as extending its limitation only to dependent drug users willing to rehabilitate and end their illegal use of narcotics.

(3) The order appealed from was wrong in law. The Motions Judge misapprehended totally the Tribunal's reasons for concluding that the policy did not amount to discrimination. The Tribunal made several findings in relation to the policy, based on which it concluded that the Bank's policy did not constitute discrimination on a prohibited ground. In light of those findings the Motions Judge

Banque n'a rien à voir avec la question du mauvais rendement (puisque les employés n'ont jamais la possibilité de travailler avant d'avoir à subir un test de dépistage, et que l'employé qui a suivi un traitement doit se soumettre à un autre test indépendamment de son rendement au travail), l'obligation d'accommodement n'est pas satisfaite. La politique de dépistage de drogues de la Banque constitue un acte discriminatoire illicite au sens de l'article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Le juge en chef Isaac (*dissident*): L'appel doit être accueilli. 1) Cette Cour avait non seulement compétence, mais aussi l'obligation d'examiner la question de savoir si la politique constitue de la discrimination directe. Le juge des requêtes n'a pas examiné la question de la discrimination directe dans ses motifs, mais il ressortait clairement de la façon dont les questions ont été formulées qu'il fallait traiter de la discrimination directe. L'omission de le faire ne faisait pas de la discrimination directe une nouvelle question soulevée pour la première fois en appel, d'autant plus que le Tribunal avait traité de cette question, quoique dans le cadre d'une remarque incidente. En outre, le principe fondamental est que l'appellant ne peut pas soulever un point qui n'a pas été plaidé ou débattu en première instance, à moins que tous les éléments de preuve pertinents ne figurent dans le dossier. Toutefois, une nouvelle question de droit peut être examinée dans la mesure où il n'est pas nécessaire de présenter d'autres éléments de preuve. La question de savoir si la politique constitue de la discrimination directe est une question de droit. Le Tribunal disposait de tous les éléments de preuve pertinents pour qu'il soit possible de régler la question. La question a été débattue devant le Tribunal et l'appelante avait à ce moment-là eu la possibilité de présenter tout élément de preuve nécessaire. Enfin, l'argument était fondé sur le dossier plutôt que sur de nouveaux éléments de preuve.

2) L'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit que la Loi a pour objet de compléter la législation canadienne de façon à reconnaître le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement. L'article 2 renferme donc une restriction à l'égard des droits protégés par la Loi. Tous les membres de la société ont l'obligation de se conformer à la législation canadienne, y compris aux interdictions établies expressément ou non par la *Loi sur les stupéfiants*. L'article 25 doit être interprété de façon à s'appliquer uniquement aux individus dépendants envers la drogue qui veulent se réadapter et cesser d'utiliser illégalement des stupéfiants.

3) L'ordonnance faisant l'objet de l'appel était erronée en droit. Le juge des requêtes n'a pas du tout compris pour quels motifs le Tribunal avait conclu que la politique n'équivalait pas à de la discrimination. Le Tribunal a tiré plusieurs conclusions au sujet de la politique, et a conclu qu'elle ne constituait pas de la discrimination pour un motif de distinction illicite. Compte tenu de ces conclusions, le

erred in saying that the Tribunal decided that there was no discrimination because termination under the policy applied to both drug dependent employees and persistent casual users. This error fettered the Motions Judge's ability to consider and assess the legal validity of the reasons which the Tribunal gave for its decision. The Motions Judge also erred in attributing to the Tribunal a finding of fact that, under the policy, drug dependent employees are terminated by reason of their dependency, which the Tribunal had not made. The Tribunal concluded that dismissal was for breach of a condition of employment and therefore was not discriminatory. There was no basis in the record for that assertion. This error formed the basis for subsequent analysis and conclusion that this was a case of adverse effect discrimination and that the Panel erred in concluding that the policy did not constitute discrimination. In so concluding, the Motions Judge did not show that the Panel had made any error in fact or in law that affected its decision. The standard of review applicable to the Tribunal's decision is that of correctness. Absent a showing that the Tribunal was wrong in law or in fact, a reviewing court ought not to interfere with its decision.

(i) Any policy which deprives or tends to deprive a person of employment on the basis of a drug dependence is, arguably, a *prima facie* discriminatory practice. The policy provides that employees who do not comply with the policy by repeatedly testing positive for drugs face termination. That the appellant accommodates employees through rehabilitation programs and counselling does not mean that employees who repeatedly test positive for drugs do not risk termination. Among the employees who risk termination are those who are persistent, yet casual drug users, and those who are dependent on drugs. Therefore, the policy could be said to have the effect of depriving or tending to deprive drug dependent persons of employment and thus to constitute a case of *prima facie* discrimination within the meaning of section 10.

(ii) Direct discrimination occurs in the context of employment when an employer adopts a practice or a policy which "on its face" discriminates on a prohibited ground. The Bank policy did not, on its face, prevent anyone from gaining or maintaining employment with the appellant; employees who test positive for drug use and continue to participate in rehabilitation programs will not be terminated for that reason alone. An individual who refuses to submit to the initial drug test, or who refuses to comply with other requirements of the policy will have breached a condition of employment and be deemed to have rejected the appellant's

juge des requêtes a commis une erreur en disant que le Tribunal avait décidé qu'il n'y avait pas de discrimination parce que le congédiement en vertu de la politique visait tant les employés dépendants envers la drogue que les usagers occasionnels chroniques. Cette erreur avait pour effet de porter atteinte à la capacité du juge d'examiner et d'évaluer le bien-fondé, sur le plan juridique, des motifs que le Tribunal avait donnés à l'appui de sa décision. Le juge des requêtes a également commis une erreur en attribuant au Tribunal une conclusion de fait que celle-ci n'avait pas tirée, à savoir qu'en vertu de la politique, les employés dépendants envers la drogue étaient congédiés à cause de leur dépendance. Le Tribunal avait conclu que le congédiement résultait de la violation d'une condition d'emploi et qu'il n'était donc pas discriminatoire. Rien ne justifiait au vu du dossier cette assertion. Cette erreur a servi de fondement à l'analyse subséquente et à la conclusion voulant qu'il s'agisse d'une affaire de discrimination par suite d'un effet préjudiciable et que le Tribunal ait commis une erreur en concluant que la politique ne constituait pas de la discrimination. En tirant cette conclusion, le juge des requêtes n'a pas démontré que le Tribunal avait commis une erreur de fait ou de droit influant sur sa décision. La norme de contrôle qui s'applique à la décision du Tribunal est celle de la justesse. S'il n'est pas établi que le Tribunal a commis une erreur de droit ou de fait, la cour de révision ne devrait pas intervenir.

i) Toute politique qui est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'un individu du fait qu'il a une dépendance envers la drogue est probablement à première vue un acte discriminatoire. La politique prévoit que les employés qui ne se conforment pas à la politique et qui obtiennent constamment un résultat positif risquent d'être congédiés. Le fait que l'appelante compose avec l'employé au moyen de programmes de réadaptation et de counselling ne veut pas dire que l'employé ne risque pas d'être congédié, si les tests qu'il subit donnent toujours un résultat positif. Parmi les employés qui risquent d'être congédiés, il y a ceux qui continuent à utiliser des drogues, même s'il ne s'agit que de consommateurs occasionnels, et ceux qui ont une dépendance envers la drogue. Par conséquent, il serait possible de dire que la politique est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'individus qui ont une dépendance envers la drogue et qu'elle constitue donc à première vue de la discrimination au sens de l'article 10.

ii) Il y a discrimination directe dans le contexte de l'emploi lorsque l'employeur adopte une ligne de conduite qui, «à première vue», crée une distinction illicite. À première vue, la politique de la Banque n'empêchait pas qui que ce soit d'obtenir ou de continuer à exercer un emploi auprès de l'appelante; si le test donnait un résultat positif et si l'employé continuait à participer aux programmes de réadaptation, il n'était pas mis fin à son emploi pour cette seule raison. L'individu qui refusait de se soumettre au test de dépistage initial, ou qui refusait de se conformer aux autres exigences de la politique, violait une condition

offer of employment, thus risking termination by reason of the breach. The policy is concerned with treating employees with a drug abuse problem fairly and with respect. It is clearly rehabilitative, not punitive. Since the Act does not protect the right to use illegal drugs, but only protects against specific discriminatory practices on enumerated grounds such as drug dependence, the policy does not constitute discrimination on a prohibited ground. It cannot be inferred from the policy that the appellant perceived employees who test positive for drugs as suffering from a disability. The policy applies to prohibit any continued use of illegal drugs regardless of the reason for that use. Since employees who persist in using illegal drugs risk dismissal whether or not they are dependent on drugs, the policy cannot be construed as constituting direct discrimination against drug dependent employees.

Adverse effect discrimination arises when an employer, for genuine business reasons, adopts a rule or standard which is, on its face, neutral, and which will apply to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes obligations or restrictive conditions not imposed on others to whom it may apply. The policy is an employment rule, honestly made for economic or business reasons. It is equally applicable to all employees. Those who test positive on three occasions are at risk of being terminated. Among those who face termination are employees who are casual, yet persistent users as well as those who are dependent on drugs. Therefore, the application of the policy results in the termination of a class of employees which comes within the Act's definition of "disability" under section 25. The policy constitutes adverse effect discrimination.

(iv) The test for reasonable accommodation is that the policy must be rationally related to job performance, and the employer must accommodate the employee up to the point of undue hardship. The underlying concerns of the policy are to maintain a safe, healthy and productive workplace for all employees and to safeguard customer, employee and the appellant's funds and information and protect the appellant's reputation. The policy also acknowledges the impact of drugs on work performance in that it affects alertness, perception, and other working abilities. Since the test for rational connection in the context of adverse effect discrimination is not as strict as the "reasonable necessity" test of the BFOR defence, the policy was developed and adopted for sound economic reasons and satisfies the rational

d'emploi et était réputé avoir rejeté l'offre d'emploi, de sorte qu'il risquait d'être congédié. La politique visait à traiter les employés qui avaient un problème de toxicomanie d'une manière juste et avec respect. Elle visait clairement à assurer la réadaptation et non à punir l'employé. Étant donné que la Loi ne protège pas le droit d'utiliser des drogues illégales, mais assure uniquement une protection contre des actes discriminatoires précis pour des motifs énumérés comme la dépendance envers la drogue, la politique ne crée pas de distinction illicite. La politique ne permet pas d'inférer que l'appelante présumait que les employés dont le test donnait un résultat positif étaient atteints d'une déficience. La politique s'applique de façon à interdire l'utilisation continue de drogues illégales indépendamment du motif de cette utilisation. Étant donné que les employés qui continuent à utiliser des drogues illégales risquent d'être congédiés, et ce, indépendamment de la question de savoir s'ils ont une dépendance envers la drogue, la politique ne peut pas être interprétée comme constituant de la discrimination directe à l'égard des employés qui ont une dépendance envers la drogue.

Il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique à tous les employés, mais qui crée une distinction illicite à l'égard d'un seul employé ou d'un groupe d'employés, en ce sens qu'elle leur impose des obligations ou des conditions restrictives qui ne sont pas imposées aux autres employés. La politique est une règle d'emploi qui a honnêtement été adoptée pour des raisons économiques et commerciales. Elle s'applique également à tous les employés. L'employé dont le test donne un résultat positif à trois reprises risque d'être congédié. Parmi les employés qui s'exposent à une cessation d'emploi, il y a les employés qui utilisent de la drogue occasionnellement quoique d'une façon chronique, ainsi que ceux qui ont une dépendance envers la drogue. L'application de la politique donne donc lieu au congédiement d'une catégorie d'employés qui est visée par l'article 25 de la Loi. La politique constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

iv) Selon le critère relatif à l'accommodement raisonnable, la politique doit avoir un lien rationnel avec le rendement au travail, et l'employeur doit composer avec l'employé sans pour autant subir de contrainte excessive. La politique vise fondamentalement à assurer un milieu de travail sain, sécuritaire et productif pour tous les employés et à protéger les fonds des clients, des employés et de l'appelante ainsi que les renseignements y afférents, et à maintenir la réputation de l'appelante. La politique reconnaît également l'effet des drogues sur le rendement au travail en ce qui concerne la vigilance, la perception et les autres aptitudes de travail. Étant donné que le critère relatif au lien rationnel, dans le contexte de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, n'est pas aussi strict que le critère relatif à la «nécessité

connection portion of the reasonable accommodation defence.

Accommodation is an integral part of the policy. The operation of the policy is consistent with its stated rehabilitative purpose: no employee testing positive on an initial drug test will be terminated because of a positive test result. The initial positive result remains confidential and undisclosed. Counselling and further rehabilitation programs are offered to employees testing positively on subsequent drug tests before any change in the employee's status is considered. Employees face only dismissal if they refuse to participate in a drug test or in a rehabilitation program or fail rehabilitation efforts and continue in their use of illegal drugs. Further, even in those situations, a review of the specific circumstances of the employee concerned is undertaken before any final decision is made about termination in order to ensure that the employee has been given every opportunity to rehabilitate and to comply with the policy. By its terms, the policy provides reasonable accommodation for affected employees and to require the appellant to do more would be unreasonable. The policy does accommodate affected employees to the point of undue hardship.

raisonnable» s'appliquant au moyen de défense fondé sur une EPJ, la politique a été élaborée et adoptée pour de bonnes raisons économiques et satisfait à l'élément «lien rationnel» du moyen de défense fondé sur l'accommodement raisonnable.

L'accommodement fait partie intégrante de la politique. L'application de la politique est conforme au but de réadaptation énoncé: aucun employé dont le test initial donne un résultat positif ne sera congédié à cause de ce résultat. Le résultat positif initial demeure confidentiel et n'est pas communiqué. Des programmes de counselling et de réadaptation sont offerts aux employés qui obtiennent un résultat positif lorsque des tests subséquents sont effectués avant qu'on envisage de modifier leur statut. L'employé ne risque d'être congédié que s'il refuse de subir un test de dépistage ou de participer à un programme de réadaptation ou si les efforts de réadaptation échouent et si l'employé continue à consommer des drogues illégales. En outre, même en pareil cas, la situation particulière de l'employé concerné est examinée avant qu'une décision définitive soit prise au sujet de la cessation d'emploi, afin d'assurer que l'employé ait pleinement eu la possibilité de se réadapter et de se conformer à la politique. La politique prévoit expressément un accommodement raisonnable pour les employés touchés et il serait déraisonnable d'obliger l'appelante à en faire plus. La politique prévoit des mesures d'accommodement pour les employés touchés jusqu'au point où il y aurait contrainte excessive.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 3(1), 10, 25 "disability", 40(1),(5)(b).
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19.
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 2 "narcotic", 3(1), Sch.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Ontario Human*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 3(1), 10, 25 «déficience», 40(1),(5)b).
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2 «stupéfiant», 3(1), ann.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.S.C. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12

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.

CONSIDERED:

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Entrop v. Imperial Oil Limited* (1996), 27 C.H.R.R. D/210 (Ont. Bd. Inq.); affd *Imperial Oil Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission) (re Entrop)*, [1998] O.J. No. 422 (Gen. Div.) (QL); *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; (1994), 115 D.L.R. (4th) 609; 21 Admin. L.R. (2d) 169; 4 C.C.E.L. (2d) 165; 94 CLLC 17,023; 169 N.R. 281; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; [1992] 6 W.W.R. 193; (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 145; 13 B.C.A.C. 245; 16 C.H.R.R. D/425; 141 N.R. 185; 24 W.A.C. 245; *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *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; *Thwaites v. Canada (Canadian Armed Forces)*, [1993] C.H.R.D. No. 9 (QL); *Canada (Attorney General) v. Robinson*, [1994] 3 F.C. 228; (1994), 21 C.H.R.R. D/113; 94 CLLC 17,029; 170 N.R. 283 (C.A.); *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; (1996), 31 O.R. (3d) 574; 207 N.R. 171; 97 O.A.C. 161; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *Niles v. Canadian National Railway Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 33; 18 C.H.R.R. D/152; 92 CLLC 17,031; 142 N.R. 188 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Lamb v. Kincaid (1907), 38 S.C.R. 516; 27 C.L.T. 489; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; (1996), 133 D.L.R. (4th) 449; 18 B.C.L.R. (3d) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 1; 72 B.C.A.C. 1; 25 C.H.R.R. D/87; 194 N.R. 81; 119 W.A.C. 1; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; (1996), 133 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 131; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R.

O.A.C. 241; *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.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 24 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Entrop v. Imperial Oil Limited* (1996), 27 C.H.R.R. D/210 (Comm. d'enquête de l'Ont.); conf. par *Imperial Oil Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission) (re Entrop)*, [1998] O.J. n° 422 (Div. gén.) (QL); *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; (1994), 115 D.L.R. (4th) 609; 21 Admin. L.R. (2d) 169; 4 C.C.E.L. (2d) 165; 94 CLLC 17,023; 169 N.R. 281; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; [1992] 6 W.W.R. 193; (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 145; 13 B.C.A.C. 245; 16 C.H.R.R. D/425; 141 N.R. 185; 24 W.A.C. 245; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *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; *Thwaites c. Canada (Forces Armées Canadiennes)*, [1993] D.C.D.P. n° 9 (QL); *Canada (Procureur général) c. Robinson*, [1994] 3 C.F. 228; (1994), 21 C.H.R.R. D/113; 94 CLLC 17,029; 170 N.R. 283 (C.A.); *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; (1996), 31 O.R. (3d) 574; 207 N.R. 171; 97 O.A.C. 161; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *Niles c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada* (1992), 94 D.L.R. (4th) 33; 18 C.H.R.R. D/152; 92 CLLC 17,031; 142 N.R. 188 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

Lamb v. Kincaid (1907), 38 S.C.R. 516; 27 C.L.T. 489; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; (1996), 133 D.L.R. (4th) 449; 18 B.C.L.R. (3d) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 1; 72 B.C.A.C. 1; 25 C.H.R.R. D/87; 194 N.R. 81; 119 W.A.C. 1; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; (1996), 133 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 131; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3

513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Large v. Stratford (City)*, [1995] 3 S.C.R. 733; (1995), 128 D.L.R. (4th) 193; 14 C.C.E.L. (2d) 177; 95 CLLC 230-033; 24 C.H.R.R. D/1; 188 N.R. 124; 86 O.A.C. 81.

R.C.S. 624; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733; (1995), 128 D.L.R. (4th) 193; 14 C.C.E.L. (2d) 177; 95 CLLC 230-033; 24 C.H.R.R. D/1; 188 N.R. 124; 86 O.A.C. 81.

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 115 (21 December 1982).

Day, Shelagh and Gwen Brodsky. "The Duty to Accommodate: Who will Benefit" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 433.

Etherington, Brian. "Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.*

Molloy, Anne M. "Disability and the Duty to Accommodate" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23.

Sopinka, John and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

DOCTRINE

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 115 (21 décembre 1982).

Day, Shelagh et Gwen Brodsky. «The Duty to Accommodate: Who will Benefit» (1996), 75 *R. du B. can.* 433.

Etherington, Brian. «Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311.

Molloy, Anne M. «Disability and the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23.

Sopinka, John et Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

APPEAL from Motions Judge's order (*Canadian Civil Liberties Assn. v. Toronto-Dominion Bank* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 229; 25 C.H.R.R. D/373; 96 CLLC 230-021; 112 F.T.R. 127 (F.C.T.D.)) setting aside the Human Rights Tribunal's decision (*Canadian Civil Liberties Assn. v. Toronto-Dominion Bank* (1994), 6 C.C.E.L. (2d) 196; 22 C.H.R.R. D/301; 94 CLLC 17,026 (H.R.T.)) that the Toronto-Dominion Bank's substance abuse policy did not discriminate against drug dependent persons; and cross-appeal from the Motions Judge's finding that the policy did not constitute direct discrimination. Appeal dismissed; cross-appeal allowed.

APPEL d'une ordonnance du juge des requêtes (*Assoc. canadienne des libertés civiles c. Banque Toronto-Dominion* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 229; 25 C.H.R.R. D/373; 96 CLLC 230-021; 112 F.T.R. 127 (C.F. 1^{re} inst.)) infirmant la décision du Tribunal des droits de la personne (*Assoc. canadienne des libertés civiles c. Banque Toronto-Dominion* (1994), 6 C.C.E.L. (2d) 196; 22 C.H.R.R. D/301; 94 CLLC 17,026 (T.D.P.)) selon laquelle la politique sur l'abus des drogues et de médicaments de la Banque Toronto-Dominion ne faisait pas de distinction illicite à l'égard des individus ayant une dépendance envers la drogue; appel incident de la décision du juge des requêtes portant que la politique ne constituait pas de la discrimination directe. Appel rejeté; appel incident accueilli.

APPEARANCES:

Robert P. Armstrong, Q.C. and *Steve J. Tenai* for appellant.

René Duval and *Eddie Taylor* for respondent Canadian Human Rights Commission.

Martin J. Doane and *Laura Young* for respondent Canadian Civil Liberties Association.

ONT COMPARU:

Robert P. Armstrong, c.r. et *Steve J. Tenai* pour l'appelante.

René Duval et *Eddie Taylor* pour la Commission canadienne des droits de la personne, intimée.

Martin J. Doane et *Laura Young* pour l'Association canadienne des libertés civiles, intimée.

SOLICITORS OF RECORD:

Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto, for appellant.

René Duval, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, for respondent Canadian Civil Liberties Association.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ISAAC C.J. (*dissenting*): The Toronto-Dominion Bank (the appellant) appeals from an order of the Trial Division made on 22 April 1996 [(1996), 22 C.C.E.L. (2d) 229], on an application by the Canadian Human Rights Commission (the Commission) for judicial review of a decision of a Canadian Human Rights Tribunal Panel [(1994), 6 C.C.E.L. (2d) 196] (the Panel) that the Alcoholism and Substance Abuse Policy (the policy) of the appellant does not discriminate against drug dependent persons.

[2] The order in appeal set aside the decision of the Panel and remitted the matter to them for a further hearing “only on the issue of whether the policy against alcoholism and illegal drug use . . . is rationally related to the performance of the job”. The order also gave directions to the Panel: if the Panel concluded that there was no rational connection between the policy and the job performance, then it should dismiss the complaint of the Canadian Civil Liberties Association (the CCLA) against the appellant; however, if the Panel reached a contrary conclusion “it will . . . conclude that the policy involved adverse effect discrimination which has not been accommodated and, therefore, violates section 10 of the *Canadian Human Rights Act*”.¹

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto, pour l'appelante.

René Duval, Ottawa, pour la Commission canadienne des droits de la personne, intimée.

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, pour l'Association canadienne des libertés civiles, intimée.

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

[1] LE JUGE EN CHEF ISAAC (*dissident*): La Banque Toronto-Dominion (l'appelante) interjette appel contre une ordonnance rendue par la Section de première instance le 22 avril 1996 [(1996), 22 C.C.E.L. (2d) 229] à la suite d'une demande que la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) avait présentée en vue d'obtenir le contrôle judiciaire d'une décision d'une formation du Tribunal des droits de la personne du Canada [(1994), 6 C.C.E.L. (2d) 196] (la formation), portant que la politique sur l'alcoolisme et l'abus de drogues ou de médicaments (la politique) de l'appelante ne crée pas de distinction illicite à l'égard des individus qui ont une dépendance envers la drogue.

[2] L'ordonnance rendue en appel infirmait la décision de la formation et renvoyait l'affaire au Tribunal pour qu'une autre audience soit tenue «seulement sur la question de savoir si la politique . . . contre l'alcoolisme et l'usage de drogues illégales . . . présente un lien rationnel avec le rendement professionnel». L'ordonnance renfermait également des directives à l'intention de la formation: si la formation concluait qu'il n'y avait pas de lien rationnel entre la politique et le rendement professionnel, elle devait rejeter la plainte portée contre l'appelante par l'Association canadienne des libertés civiles (l'ACLIC); toutefois, si la formation arrivait à une conclusion contraire, elle devait «décider . . . que la politique crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable qui n'a pas fait l'objet d'un accommodement, et dès lors, viole l'article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*»¹.

[3] The CCLA, for its part, cross-appeals from the order on the issue whether the policy of the appellant constitutes direct discrimination.

[4] The principal issue raised by the appeal and the cross-appeal is whether the policy discriminates against drug dependent persons.

Background Facts

[5] The appellant has over 900 branches and employs about 30 200 persons. In or about 1987, officials from the Government of Canada approached the appellant and other financial institutions expressing concern about possible laundering of money obtained as the proceeds of crime. They asked financial institutions to review and tighten their policies and controls in order to protect against such activity.

[6] In response to this request and to an internal concern that the general problem in society relating to the abuse of illicit drugs might also exist within the appellant, the appellant decided to develop a policy on alcoholism and substance abuse. With the assistance of external consultants, the appellant developed a policy which includes a provision for drug testing. It reads in part:²

Consistent with the Bank's commitment to maintain a safe, healthy and productive workplace for all employees, to safeguard Bank and customer funds and information, and to protect the Bank's reputation, the following measures have been adopted in an effort to provide a work environment that is free from both alcohol abuse and illegal drug use.

Each senior executive is demonstrating support for the Bank's commitment to a drug-free workplace by submitting to a drug test as part of the annual medical examination.

New employees, full-time, part-time, contract and students will be tested for drug use upon acceptance of employment. This will include all former TD employees rehired after an absence of three months or more.

[3] De son côté, l'ACLIC interjette un appel incident contre l'ordonnance au sujet de la question de savoir si la politique de l'appelante constitue de la discrimination directe.

[4] La principale question soulevée dans l'appel et dans l'appel incident est celle de savoir si la politique crée une distinction illicite à l'égard des individus qui ont une dépendance envers la drogue.

Les faits

[5] L'appelante a plus de 900 succursales et compte environ 30 200 employés. Vers 1987, des représentants du gouvernement fédéral ont fait part à l'appelante et à d'autres institutions financières des inquiétudes que suscitait le recyclage possible de l'argent constituant un produit de la criminalité. Ils ont demandé aux institutions financières de revoir et de resserrer leurs politiques et leurs contrôles afin de se protéger contre pareilles activités.

[6] En réponse à cette demande et parce qu'elle s'inquiétait de ce que le problème général qui existait dans la société à l'égard de l'abus de drogues illicites puisse également exister au sein de l'organisme, l'appelante a décidé d'élaborer une politique sur l'alcoolisme et l'abus de drogues ou de médicaments. Avec l'aide de conseillers indépendants, l'appelante a élaboré une politique qui prévoit le dépistage des drogues. Cette politique se lit en partie comme suit²:

[TRADUCTION] Conformément à l'engagement de la Banque à assurer un milieu de travail sain et sécuritaire pour tous les employés, à protéger les fonds des clients, de la Banque et des employés ainsi que toute information s'y rapportant, et à préserver sa réputation, les mesures suivantes ont été adoptées afin de créer un milieu de travail exempt d'alcool et de drogues illégales.

Chaque dirigeant manifeste son appui à l'engagement de la Banque d'assurer un milieu de travail exempt de drogues en suivant un test de dépistage de drogue au cours de l'examen médical annuel des membres de la direction.

Obligation pour les nouveaux employés, à temps plein ou à temps partiel, les contractuels et les étudiants acceptant un emploi à la Banque de subir un test de dépistage de drogue. Cette mesure englobe les anciens (anciennes) employé(e)s TD réembauché(e)s après une absence d'au moins trois mois.

Present employees will be referred for a Health Assessment which may or may not include a drug test in situations where there are strong grounds to believe that poor job performance, unusual personal behaviour, serious errors in judgment, or violations of the "Guidelines of Conduct" are related to alcohol abuse or illegal drug use. [Emphasis added.]

[7] It is clear, then, that the policy applies to all the employees of the appellant, although it is mandatory for only some. The appellant's concerns underlying this policy are, *inter alia*, to maintain a safe, healthy and productive workplace for the employees, to safeguard customer, bank and employee funds and information as well as to protect its reputation. Throughout its pleadings the appellant has maintained that the banking industry is founded upon the principles of honesty, integrity and trust. As such, the connection between drug use and organized crime as well as theft pose an unacceptable risk for the appellant especially since employees have access to large amounts of money and privileged financial information.

[8] From and after the effective date of the policy, all applicants for employment with the appellant are notified on the application form that, as a condition of employment, "all new employees accept and sign a Drug Screening and Authorization Form which provides for a drug screening test in accordance with the Bank's approved standards".³ This authorization is part of the application form and includes the following statement:⁴

I understand that acceptance of the terms and conditions of employment will include consent to be drug tested for illegal substances and agreement to abide by the Bank's conditions should any test results be positive. One of those conditions will be that the Bank's designated health professional is authorized to release relevant information to the Human Resources Department in certain cases.

[9] The Panel found that the policy is not a pre-employment test but takes effect only after the applicant for employment has been hired. The Panel found that:⁵

Les employés actuels devront subir un bilan de santé qui peut comprendre ou non un test de dépistage de drogue si on a de bonnes raisons de croire que le faible rendement au travail, le comportement inhabituel, les erreurs de jugement ou les manquements aux Règles de conduite sont attribuables à l'abus d'alcool ou à l'usage de drogues illégales. [Je souligne.]

[7] Il est donc clair que la politique s'applique à tous les employés de l'appelante, même si elle n'est obligatoire qu'à l'égard de certains d'entre eux. Cette politique de l'appelante est notamment fondée sur les préoccupations suivantes: le maintien d'un lieu de travail sain, sécuritaire et productif pour les employés, la protection des fonds des clients, de la Banque et des employés ainsi que des renseignements financiers y afférents et le maintien de la réputation de la Banque. Tout au long de ses plaidoiries, l'appelante a maintenu que le secteur bancaire est fondé sur l'honnêteté, l'intégrité et la confiance. Partant, le lien qui existe entre la consommation de drogue et le crime organisé ainsi que le vol présente un risque inacceptable pour l'appelante, compte tenu du fait en particulier que les employés ont accès à de grosses sommes d'argent et à des renseignements financiers protégés.

[8] À compter de la date d'entrée en vigueur de la politique, la demande d'emploi informait tous les candidats à un emploi que l'une des conditions d'emploi était que «tous les nouveaux employés signent une formule d'autorisation de test de dépistage de drogue selon laquelle ils acceptent de se soumettre à un examen conformément aux standards de la Banque»³. La formule d'autorisation fait partie de la demande d'emploi et comporte notamment le paragraphe qui suit⁴:

[TRADUCTION] Je comprends que l'acceptation des termes et des conditions d'emploi comporte l'acceptation de se soumettre à un test de dépistage de substances illégales et de se conformer aux conditions de la Banque si les résultats du test sont positifs. L'une de ces conditions est que le professionnel de la santé désigné par la Banque est autorisé à divulguer tout renseignement pertinent au service des ressources dans certains cas.

[9] La formation a conclu que la politique ne s'applique pas avant que le candidat soit embauché, mais une fois seulement qu'il l'a été. Voici ce qui a été conclu⁵:

... compliance with the Bank policy is a condition of employment. There is nothing in the CHRA to prohibit such a requirement. The notice regarding this condition is included with such other requirements as:

- receipt of at least three satisfactory written references;
- satisfactory completion of the probationary period;
- confirmation of medical fitness to perform the job, including a medical examination if necessary;
- enrolment in the Bank's long-term disability program; and
- authorization to obtain factual/credit and investigative/personal information regarding the employee from others.

...

The Tribunal finds that when employment is terminated following the refusal of an employee to comply with the Bank policy, whether it be refusal to provide a urine sample or at any subsequent stage, the termination is for breach of a condition of employment and it is not necessary to look beyond that for a "perception of drug dependence."

[10] The appellant contracted with two private laboratory companies which operate the only two accredited substance abuse laboratories in Canada. Based on the evidence before it, the Panel found that the protocol for the specimen collection and its delivery to the testing laboratory took great care to document the identity of the individual and to protect the anonymity of the sample until the results reach the appellant's Health Centre in Toronto in order to prevent tampering with the sample and to secure the chain of custody of the sample throughout. The Panel also found that the two-stage testing protocol used by the laboratories produced very reliable results.

[11] The laboratories screen the sample for cannabis (marijuana and hashish), cocaine and opiates (codeine, morphine and heroin). Although they could test for a broader range of illicit drugs, the evidence indicates that the incidence of abuse of other drugs beyond these categories was so low in the general population as to make the additional testing not worthwhile.

... l'obligation de se conformer à la politique de la Banque est une condition d'emploi. La LCDD ne renferme aucune disposition interdisant une telle exigence. L'avis qui accompagne cette condition comporte d'autres exigences:

- remise d'au moins trois références écrites satisfaisantes;
- réussite d'un stage probatoire à la satisfaction de l'employeur;
- confirmation que le postulant est médicalement apte à occuper le poste et examen médical à cette fin, si nécessaire;
- participation au programme d'invalidité de longue durée de la Banque; [et]
- autorisation d'obtenir par d'autres sources des renseignements sur la solvabilité du postulant ainsi que des renseignements personnels.

...

Le Tribunal considère que, lorsqu'il est mis fin à un emploi à la suite du refus d'un employé de se conformer à la politique de la Banque, qu'il s'agisse du refus de fournir un échantillon d'urine ou d'un refus manifesté à un stade ultérieur du processus de dépistage, le congédiement découle d'une violation d'une condition d'emploi et il n'est pas nécessaire d'examiner s'il existe une «présomption de dépendance envers la drogue».

[10] L'appelante a retenu les services de deux compagnies privées qui exploitent les deux seuls laboratoires autorisés au Canada à effectuer des analyses pour déceler l'abus de produits intoxicants. Compte tenu de la preuve dont elle disposait, la formation a conclu que le protocole de prélèvement d'échantillons et de livraison au laboratoire prévoyait les mesures nécessaires pour identifier l'individu en cause et pour protéger l'anonymat de l'échantillon jusqu'à ce que les résultats soient transmis au Centre de santé de l'appelante, à Toronto, afin d'empêcher la falsification de l'échantillon et d'assurer la continuité de possession de l'échantillon tout au long du processus. La formation a également conclu que le protocole d'analyse à deux étapes suivi par les laboratoires fournissait des résultats tout à fait fiables.

[11] Les laboratoires analysent les échantillons afin d'y déceler la présence de cannabis (marijuana et hachisch), de cocaïne et d'opiacés (codéine, morphine et héroïne). Ils pourraient effectuer des tests pour dépister une gamme plus vaste de drogues illicites, mais la preuve indique que le nombre de personnes qui consomment ces autres drogues est si faible dans la population en général qu'il ne vaut pas la peine d'effectuer des tests additionnels.

[12] The drug testing process comprises up to three consecutive tests as described below. The new or returning employee is required to appear within 48 hours of receipt of acceptance for employment and to provide a urine sample for the purpose of the drug screening test.

[13] If the result of the first test is negative, then the employee is notified and that is the end of the matter. However, if it is positive, the employee is notified by telephone of the result and of the fact that a further sample will be required for a second test. This is followed by a letter to the employee from the Medical Director of the Health Centre indicating the date for providing a second sample. Up to this point in the process, no one outside the Health Centre, other than the employee, is aware of the result.

[14] In the case of cocaine and heroin, an employee is notified of a positive result and is required to attend an assessment at a major drug centre at the appellant's expense to determine whether treatment is required.

[15] If the first test for codeine or morphine is positive and the employee has provided a credible medical explanation for taking prescription medications which could produce that result, the matter is reviewed with the Medical Director and any doubt is resolved in favour of the employee.

[16] In the other cases, two further tests are performed. If the results are negative, the matter is closed and neither Human Resources nor the employee's supervisor is informed that a problem was identified. That information remains with the appellant's Health Centre and is confidential.

[17] When a second test produces a positive result, the employee is notified by telephone within 24 hours of the receipt of the result by the Health Centre and advised that the file is being referred to a rehabilitation nurse. A follow-up letter is then sent to the employee outlining the requirement to submit to an

[12] Le processus de dépistage de drogues comprend jusqu'à trois tests consécutifs qui sont ci-dessous décrits. L'employé nouveau ou réembauché est tenu de se présenter dans les 48 heures qui suivent la réception de l'offre d'emploi et de fournir un échantillon d'urine aux fins du test de dépistage de drogues.

[13] Si le résultat du premier test est négatif, l'employé est avisé et cela met fin au processus. Toutefois, si le résultat est positif, l'employé est informé du résultat par téléphone et il est avisé qu'il devra fournir un autre échantillon pour un deuxième test. Le directeur des services de santé du Centre de santé fait ensuite parvenir à l'employé une lettre dans laquelle il indique la date à laquelle ce dernier doit fournir un deuxième échantillon. À ce stade, personne en dehors du Centre de santé, à part l'employé, n'est au courant du résultat.

[14] En ce qui concerne la cocaïne et l'héroïne, l'employé est avisé d'un résultat positif et doit se présenter pour évaluation dans un gros centre de réadaptation aux frais de l'appelante pour qu'on puisse déterminer s'il doit suivre un traitement.

[15] Si le premier test révèle la présence de codéine ou de morphine et si l'employé a fourni une raison médicale vraisemblable justifiant sa consommation de médicaments prescrits susceptibles de produire ce résultat, l'affaire est examinée avec le directeur des services de santé et on accorde le bénéfice du doute à l'employé.

[16] Dans les autres cas, deux autres tests sont effectués. Si les résultats sont négatifs, cela met fin au processus et ni le service des Ressources humaines ni le superviseur de l'employé ne sont informés qu'un problème a été décelé. Ces renseignements sont conservés au Centre de santé de l'appelante en toute confidentialité.

[17] Si le résultat du deuxième test est positif, l'employé en est avisé par téléphone dans les 24 heures qui suivent le moment où le Centre de santé reçoit le résultat et il est informé que le dossier sera transmis à une infirmière chargée de la réadaptation. L'employé reçoit ensuite une lettre de rappel indiquant qu'il doit

assessment and, if need be, to a treatment program. The employee is then directed to appear for assessment at a designated treatment centre within 48 hours.

[18] An employee whose assessment recommends more specific rehabilitation measures will be referred to his or her attending physician to discuss the treatment program recommended by the assessment centre. This may include out-patient or in-patient rehabilitation programs. An employee unwilling to pursue rehabilitation risks dismissal for failing to comply with a condition of employment. An employee willing to pursue rehabilitation continues as an employee with the appellant.

[19] If the employee continues to test positive for use of cannabis, cocaine or opiates after counselling and appropriate rehabilitation have been made available, the Human Resources department of the appellant is advised and the employee risks dismissal. But such an employee will not be dismissed if further reasonable accommodation is possible. Before any decision is made to dismiss an employee for failing to comply with the policy, the employee's circumstances are reviewed by the senior vice-president of Human Resources of the appellant. He or she may suggest that the employee's probationary period should be extended and another test conducted.⁶

[20] In April 1991, the CCLA filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (the Commission) pursuant to subsection 40(1) and paragraph 40(5)(b) of the Act. It alleged that the appellant was contravening section 10 of the Act by engaging in a practice of direct discrimination which deprived persons of employment on the basis of a disability, namely, perceived drug dependence.

[21] On 16 August 1994, the Panel rendered its decision dismissing the complaint on the basis that it had not been substantiated.

se soumettre à une évaluation et au besoin à un programme de traitement. L'employé doit ensuite se présenter dans un délai de 48 heures au centre de traitement désigné pour y subir une évaluation.

[18] Si, à la suite de l'évaluation, on recommande que des mesures plus précises de réadaptation soient prises, l'employé est renvoyé à son médecin pour discuter du programme de traitement recommandé par le centre d'évaluation. Il peut s'agir d'un programme en établissement ou pour patients externes. L'employé qui ne veut pas participer au programme de réadaptation risque d'être congédié pour avoir omis de se conformer à une condition d'emploi. Cependant, il n'est pas mis fin à l'emploi de l'employé qui accepte de participer à pareil programme.

[19] Si, après des séances de counselling et un programme de réadaptation approprié, le résultat du test visant à déceler la présence de cannabis, de cocaïne ou d'opiacés continue d'être positif, le service des Ressources humaines de l'appelante en est notifié, et l'employé risque d'être congédié. Cependant, l'employé ne sera pas congédié s'il est possible de prendre d'autres mesures d'accommodement raisonnables. Avant qu'il soit décidé de congédier l'employé qui ne s'est pas conformé à la politique, la situation est examinée par le vice-président principal du service des Ressources humaines de l'appelante, qui peut proposer une prorogation de la période de probation ou un autre test⁶.

[20] En avril 1991, l'ACLC a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) conformément au paragraphe 40(1) et à l'alinéa 40(5)b) de la Loi. Il y était allégué que l'appelante avait enfreint l'article 10 de la Loi en appliquant une ligne de conduite qui constituait de la discrimination directe, laquelle avait pour effet de priver certaines personnes d'un emploi pour cause de déficience, à savoir la dépendance présumée envers la drogue.

[21] Le 16 août 1994, la formation a rendu une décision par laquelle elle rejetait la plainte pour le motif qu'elle n'était pas fondée.

[22] The Commission subsequently applied to the Trial Division for judicial review of the decision of the Panel. By the order made on 22 April 1996, a Motions Judge set aside the decision of the Panel and remitted the matter to it with directions. That order is the subject both of this appeal and the cross-appeal.

Decision of the Canadian Human Rights Tribunal Panel

[23] The Panel unanimously dismissed the complaint of the CCLA. The Panel held that when employment is terminated following the refusal of an employee to comply with the policy, the termination is for breach of a condition of employment and “it is not necessary to look beyond that for a ‘perception of drug dependence’”.⁷

[24] It also held that the policy and practice of the appellant do not constitute discrimination on a ground prohibited under the Act. The Panel expressed its conclusion as follows:⁸

The Tribunal finds that the ultimate dismissal is not based upon a perceived disability (drug dependence) but upon the persistent use of an illegal substance even though in some instances that may include a drug dependent person. Thus, the policy and practice of the Bank does not constitute discrimination on a prohibited ground under the CHRA.

[25] In *obiter dicta*, the Panel stated that if it had determined that the policy discriminated against employees on the basis of a disability, namely, perceived drug dependence, it would constitute adverse effect discrimination. In effect, the policy applies equally to an entire class of employees (new and returning employees) and employment is ultimately denied only to a small minority who test positive for an illicit drug on three successive occasions.

[26] However, the Panel further held that by referring the employees for assessment after a second positive test and by paying for whatever treatment is

[22] La Commission a par la suite présenté une demande devant la Section de première instance en vue d’obtenir le contrôle judiciaire de la décision rendue par la formation. Par l’ordonnance du 22 avril 1996, le juge des requêtes a infirmé la décision de la formation et a renvoyé l’affaire au Tribunal en lui donnant des directives. Le présent appel et l’appel incident découlent de cette ordonnance.

Décision de la formation du Tribunal des droits de la personne du Canada

[23] La formation a rejeté à l’unanimité la plainte de l’ACLC. Elle a statué que lorsqu’il est mis fin à un emploi à la suite du refus d’un employé de se conformer à la politique, le congédiement découle d’une violation d’une condition d’emploi et qu’«il n’est pas nécessaire d’examiner s’il existe une “présomption de dépendance envers la drogue”»⁷.

[24] La formation a également statué que la politique de l’appelante ne constitue pas de la discrimination pour un motif de distinction illicite au sens de la Loi. Elle a formulé sa conclusion comme suit⁸:

Le Tribunal conclut que le congédiement final ne découle pas d’une présomption de déficience (dépendance envers la drogue), mais plutôt de la consommation répétée d’une substance illégale même si, dans certains cas, la personne visée peut souffrir de toxicomanie. Par conséquent, la politique de la Banque ne constitue pas de la discrimination pour un motif de distinction illicite au sens de la LCDP.

[25] Dans une remarque incidente, la formation a dit que si elle avait jugé que la politique établissait la discrimination contre ses employés en raison d’une déficience, à savoir la dépendance présumée envers la drogue, il s’agirait de discrimination par suite d’un effet préjudiciable. En effet, la politique s’applique de manière égale à toute une catégorie d’employés (les nouveaux employés et les employés réembauchés) et l’emploi n’est en fin de compte refusé qu’à une petite minorité de personnes pour lesquelles les tests effectués à trois occasions distinctes indiquent la consommation.

[26] Toutefois, la formation a en outre conclu qu’en faisant subir une évaluation à l’employé lorsqu’un deuxième test s’avère positif, en défrayant les coûts de

indicated, as well as by maintaining the employee on the payroll during that time, the appellant reasonably accommodated the employee.

[27] In further *obiter dicta*, the Panel stated that, if it had found that the policy constituted direct discrimination, the appellant would not have satisfied the onus of proving that it had a *bona fide* occupational requirement (BFOR) to justify the policy. The Panel found that the purpose of the policy is appropriate in so far as the employer's goal is to eliminate illicit drugs from the employee population because of the impact on job performance. However, it found that the method chosen by the appellant, mandatory urinalysis, is intrusive, and cannot be viewed as reasonable in view of the fact that there is no substantial evidence of a serious threat to other employees of the appellant or to its customers or both.

Reasons of the Motions Judge

[28] The Commission applied to the Trial Division for judicial review of the decision of the Panel on several grounds. The only ground relevant for the purpose of this appeal and cross-appeal is whether the policy is discriminatory.

[29] The learned Motions Judge framed the issue respecting this ground in the following manner:⁹

Did the Tribunal err when it concluded that the Policy is not discriminatory and if so, is the discrimination adverse effect or direct discrimination? As well, if the discrimination is adverse effect discrimination, was accommodation properly established? [Emphasis added.]

[30] The Motions Judge commenced the analysis in the following way:¹⁰

The Tribunal decided that there was no discrimination because termination under the Policy applied to both drug dependent employees and persistent casual users. However, the Tribunal also concluded as a finding of fact, which was

tout traitement indiqué et en gardant l'employé parmi les membres de son personnel pendant toute cette période, l'appelante a fait un effort raisonnable pour composer avec l'employé.

[27] Dans une autre remarque incidente, la formation a dit que si elle avait jugé que la politique constituait de la discrimination directe, l'appelante n'aurait pas satisfait à la charge qui lui incombe de prouver l'existence d'une exigence professionnelle justifiée (EPJ) à l'appui de la politique. La formation a conclu que l'objectif de la politique était approprié dans la mesure où l'employeur cherchait à éliminer les drogues illicites dans le milieu de travail de ses employés en raison des effets qu'elles peuvent avoir sur le rendement au travail. Toutefois, elle a conclu que la méthode que l'appelante avait choisie, l'analyse d'urine obligatoire, a un caractère attentatoire et ne peut pas être jugée raisonnable en l'absence d'une preuve de fond indiquant l'existence d'une menace grave pour les autres employés de l'appelante ou pour ses clients, ou encore pour les deux.

Motifs du juge des requêtes

[28] La Commission a présenté une demande à la Section de première instance en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision de la formation, en invoquant plusieurs motifs. Le seul motif pertinent aux fins du présent appel et de l'appel incident consiste à savoir si la politique est discriminatoire.

[29] Le savant juge des requêtes a formulé la question comme suit:⁹

Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que la politique n'était pas discriminatoire et si tel est le cas, s'agit-il d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable ou d'une discrimination directe? De la même manière, si la discrimination est par suite d'un effet préjudiciable, un accommodement a-t-il été dûment établi? [Je souligne.]

[30] Le juge des requêtes a commencé son analyse comme suit¹⁰:

Le Tribunal a décidé qu'il n'y avait pas de discrimination parce que le licenciement en vertu de la politique visait tant les employés dépendants envers la drogue que les usagers occasionnels chroniques. Toutefois, le Tribunal a aussi

not challenged before me, that, under the Policy, drug dependent employees are terminated by reason of their dependency. In these circumstances, it seems to me that, for the purpose of deciding whether the Policy is discriminatory, the fact that the Policy may have negative consequences which are not covered by the CHRA for persistent casual users and for those who refuse to comply with the Policy is not determinative of the discrimination issue.

[31] The Motions Judge concluded that the case before her was one of adverse effect discrimination and that the Panel erred in concluding that the policy was non-discriminatory.

[32] On the issue of whether the policy is discriminatory, the Motions Judge noted that while the policy was neutral on its face, the group to which the policy applies includes a sub-group of employees who face illegal termination because they are drug dependent.

[33] On the issue of reasonable accommodation, the Motions Judge held that the Panel erred by not reaching a clear and unmistakable conclusion as to whether a rational connection exists between the policy of the appellant and the performance of the job. The Motions Judge held as insufficient the Panel's conclusion that it was appropriate for an employer to seek to stop illicit drug use by its employees because of the impact such drugs might have on job performance. She held that the conclusion of the Panel on the issue of rational connection was made in the context of whether a *bona fide* occupational requirement had been established, and that it was not found under the heading of "accommodation" in the decision of the Panel. Furthermore, she said, the words "rational connection" do not appear in that conclusion.¹¹

[34] She did, however, agree with the Panel that the point of undue hardship is reached when the employer is faced with the continued presence of an employee who cannot be rehabilitated and who persists in his or

conclu, comme conclusion de fait qui n'a pas été contestée devant moi, qu'en vertu de la politique, les employés dépendants envers la drogue étaient licenciés à cause de leur dépendance. Dans ces circonstances, il me semble que pour établir le caractère discriminatoire de la politique, le fait que la politique puisse avoir des conséquences défavorables qui ne sont pas prévues par la LCDP pour les usagers occasionnels chroniques et pour ceux qui refusent de respecter la politique, n'est pas déterminant dans la question de discrimination.

[31] Le juge des requêtes a conclu qu'il s'agissait d'un cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable et que la formation avait commis une erreur lorsqu'elle avait conclu que la politique n'était pas discriminatoire.

[32] En ce qui concerne la question de savoir si la politique est discriminatoire, le juge des requêtes a fait remarquer que la politique était neutre en apparence mais que le groupe auquel elle s'appliquait incluait un sous-groupe qui était menacé de licenciement illégal parce qu'il s'agissait de personnes qui avaient une dépendance envers la drogue.

[33] Quant à la question de l'accommodement raisonnable, le juge des requêtes a conclu que la formation avait commis une erreur en ne tirant pas une conclusion claire et non équivoque au sujet de la question de savoir s'il existe un lien rationnel entre la politique de l'appelante et le rendement professionnel. Selon le juge, il ne suffisait pas de conclure, comme l'avait fait la formation, qu'il était approprié pour un employeur de chercher à mettre fin à la consommation de drogues illicites par ses employés à cause des effets que pareilles drogues pourraient avoir sur leur rendement professionnel. Le juge a statué que la conclusion que la formation avait tirée au sujet de la question du lien rationnel avait été tirée dans le contexte de la question de savoir si l'existence d'une exigence professionnelle justifiée avait été établie, et qu'elle ne se trouvait pas sous la rubrique «Accommodement». En outre, le juge a dit que cette conclusion n'incluait pas les termes «lien rationnel»¹¹.

[34] Le juge des requêtes était toutefois d'accord avec la formation pour dire qu'il y a contrainte excessive si l'employeur fait face à la présence continue d'un employé qui ne peut pas se réadapter et

her criminal acquisition and use of illegal drugs.¹²

[35] The Motions Judge disposed of the application in the manner that I have already indicated.

Relevant Statutory Provisions

[36] The relevant sections of the Act read:

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted. [Emphasis added.]

3. (1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

...

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

(a) to establish or pursue a policy or practice, or

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

...

25. In this Act,

...

“disability” means any previous or existing mental or physical disability and includes disfigurement and previous or existing dependence on alcohol or a drug.

qui continue à acquérir et à utiliser des drogues illégales¹².

[35] Le juge des requêtes a réglé la demande de la façon ci-dessus énoncée.

Dispositions législatives pertinentes

[36] Les dispositions pertinentes de la Loi sont ainsi libellées:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience. [Je souligne.]

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

...

10. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale:

a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite;

b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel.

...

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

...

«déficience» Déficience physique ou mentale, qu'elle soit présente ou passée, y compris le défigurement ainsi que la dépendance, présente ou passée, envers l'alcool ou la drogue.

The relevant provisions of the *Narcotic Control Act*¹³ read in part:

2. In this Act,

...

“narcotic” means any substance included in the schedule or anything that contains any substance included in the schedule;¹⁴

...

3. (1) Except as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession.

Issues

[37] The principal issues raised by the appellant on the appeal are:

Issue 1— Whether the Motions Judge failed to accord the appropriate level of deference to the Panel’s findings that the policy is not discriminatory.

Issue 2— Whether the Motions Judge erred in characterizing the impugned components of the policy as adverse effect (indirect) discrimination.

Issue 3— Whether the Motions Judge erred by holding that the Panel [at page 237] “failed to reach a conclusion about a rational connection in clear and unmistakable terms”.

The issues raised by the CCLA on cross-appeal are:

Issue 1— Whether the Motions Judge erred in holding that the policy does not constitute direct discrimination.

Issue 2— Whether the Motions Judge correctly held that the policy constitutes a *prima facie* case of adverse effect discrimination and that the Panel erred in failing to apply the rational

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les stupéfiants*¹³ sont en partie ainsi libellées:

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

...

«stupéfiant» Substance énumérée à l’annexe, ou toute préparation en contenant¹⁴.

...

3. (1) Sauf exception prévue par la présente loi ou ses règlements, il est interdit d’avoir un stupéfiant en sa possession.

Les points litigieux

[37] Les principales questions soulevées par l’appelante dans le présent appel sont les suivantes:

Question 1— Le juge des requêtes a-t-il omis de faire preuve de la retenue appropriée à l’égard des conclusions que la formation avait tirées, à savoir que la politique n’était pas discriminatoire?

Question 2— Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en qualifiant les éléments contestés de la politique comme constituant de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable (discrimination indirecte)?

Question 3— Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en statuant [à la page 237] que la formation avait «omis de conclure sur un lien rationnel dans des termes clairs et sans équivoque».

Les questions soulevées par l’ACLC dans le cadre de l’appel incident sont les suivantes:

Question 1— Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en statuant que la politique ne constitue pas de la discrimination directe?

Question 2— Le juge des requêtes a-t-il eu raison de statuer que la politique constitue une preuve *prima facie* de discrimination par suite d’un effet préjudiciable et que la

connection component of the test for reasonable accommodation required to defend a *prima facie* case of adverse effect discrimination.

formation avait commis une erreur en omettant d'appliquer l'élément «lien rationnel» du critère relatif à l'accommodement raisonnable nécessaire pour établir une preuve *prima facie* de discrimination par suite d'un effet préjudiciable?

[38] The ultimate question to be addressed by this appeal and the cross-appeal is whether the policy constitutes a discriminatory practice within the meaning of section 10 of the Act.

[38] Il s'agit en fin de compte de savoir, dans le présent appel et dans l'appel incident, si la politique constitue un acte discriminatoire au sens de l'article 10 de la Loi.

[39] For the reasons that follow, I have concluded that the order in appeal is wrong in law and should be reversed. First, the Motions Judge appears to have misapprehended totally the Panel's reasons for concluding that the policy did not amount to discrimination.

[39] Pour les motifs ci-après énoncés, j'ai conclu que l'ordonnance ici en cause comporte une erreur de droit et qu'elle devrait être infirmée. Premièrement, le juge des requêtes semble n'avoir pas du tout compris pour quels motifs la formation avait conclu que la politique n'équivalait pas à de la discrimination.

[40] In its reasons, the Panel made several findings in relation to the policy, which I enumerate below:

[40] Dans ses motifs, la formation a tiré au sujet de la politique plusieurs conclusions, que j'énumère ci-dessous:

1. that the Act does not condone or protect the illegal use of any illicit drug;
2. that the Act does protect a person who is afflicted with a drug dependency from being summarily fired from their employment;
3. that the testing requirement in the policy is not a pre-employment test but comes into effect only after the applicant for employment has been hired;
4. that compliance with the policy is a condition of employment: it is not prohibited by the Act;
5. that when employment is terminated for failure to comply with the policy, whether it be refusal to provide a urine sample or at any subsequent stage, the termination is for breach of a condition of employment and it is not necessary to look beyond that for a "perception of drug dependence";
6. that this was not a case of perception of drug dependence but of an actual professional diagnosis; and,

1. la Loi ne tolère ni ne protège la consommation illégale d'une drogue illicite;
2. la Loi protège cependant les personnes qui souffrent de toxicomanie contre les congédiements sommaires;
3. le dépistage obligatoire prévu dans la politique n'est pas effectué avant que le candidat soit engagé, mais une fois seulement qu'il l'a été;
4. l'obligation de se conformer à la politique est une condition d'emploi: la Loi ne l'interdit pas;
5. lorsqu'il est mis fin à l'emploi à la suite de l'omission de se conformer à la politique, qu'il s'agisse du refus de fournir un échantillon d'urine ou d'un refus manifesté à un stade ultérieur du processus de dépistage, le congédiement découle d'une violation d'une condition d'emploi et il n'est pas nécessaire d'examiner s'il existe une «présomption de dépendance envers la drogue»;
6. il ne s'agissait pas ici d'une présomption de dépendance envers la drogue, mais d'un diagnostic posé par un professionnel;

7. that ultimate dismissal (after three positive tests) is not based upon a perceived disability (drug dependence) but upon the proved persistent use of an illegal substance, even though in some instances that may include drug dependence.

[41] Based upon those findings, the Panel concluded:¹⁵

Thus, the policy and practice of the Bank does not constitute discrimination on a prohibited ground under the CHRA.

[42] In light of those clear findings, which are supported by the evidence, it is, in my respectful view, error for the Motions Judge to say that:¹⁶

The Tribunal decided that there was no discrimination because termination under the Policy applied to both drug dependent employees and persistent casual users.

[43] In my respectful view, this error fettered the ability of the Motions Judge to consider and assess the legal validity of the reasons which the Panel gave for its decision.

[44] The reasons of the Motions Judge contain a more serious error. They attribute to the Panel a finding of fact which it did not make. The passage from the reasons reads:¹⁷

However, the Tribunal also concluded as a finding of fact, which was not challenged before me, that, under the Policy, drug dependent employees are terminated by reason of their dependency.

[45] The appellant challenged this assertion, stating that the Panel did not make any such finding. My several readings of the reasons of the Panel confirms the correctness of the appellant's challenge. In my respectful view, there is no basis in the record for the assertion which the Motions Judge has made.

[46] I have characterized this error as being more serious, because it formed the basis for subsequent analysis by the Motions Judge. Immediately following the passage quoted in paragraph 44, she continued:¹⁸

7. le congédiement final (après trois résultats positifs) ne découle pas d'une présomption de déficience (dépendance envers la drogue), mais plutôt de la consommation répétée établie d'une substance illégale même si, dans certains cas, il peut y avoir dépendance envers la drogue.

[41] En se fondant sur ces conclusions, voici ce que la formation a conclu¹⁵:

Par conséquent, la politique de la Banque ne constitue pas de la discrimination pour un motif de distinction illicite au sens de la LCDP.

[42] Compte tenu de ces conclusions claires, qui sont étayées par la preuve, il est à mon avis erroné pour le juge des requêtes de dire ceci¹⁶:

Le Tribunal a décidé qu'il n'y avait pas de discrimination parce que le licenciement en vertu de la politique visait tant les employés dépendants envers la drogue que les usagers occasionnels chroniques.

[43] À mon avis, cette erreur avait pour effet de porter atteinte à la capacité du juge des requêtes d'examiner et d'évaluer le bien-fondé, sur le plan juridique, des motifs que la formation avait donnés à l'appui de sa décision.

[44] Les motifs du juge des requêtes renferment une erreur plus grave. Le juge attribue à la formation une conclusion de fait que cette dernière n'a pas tirée. Le passage pertinent se lit comme suit¹⁷:

Toutefois, le Tribunal a aussi conclu, comme conclusion de fait qui n'a pas été contestée devant moi, qu'en vertu de la politique, les employés dépendants envers la drogue étaient licenciés à cause de leur dépendance.

[45] L'appelante a contesté cette assertion, en disant que la formation n'avait pas tiré pareille conclusion. J'ai lu les motifs de la formation à plusieurs reprises, ce qui m'a permis de confirmer que l'appelante a raison. À mon avis, rien ne justifie au vu du dossier l'assertion que le juge des requêtes a faite.

[46] J'ai dit que cette erreur était plus grave, parce qu'elle a servi de fondement à l'analyse subséquente que le juge des requêtes a faite. Immédiatement après le passage cité au paragraphe 44, le juge a ajouté ceci¹⁸:

In these circumstances, it seems to me that, for the purpose of deciding whether the Policy is discriminatory, the fact that the Policy may have negative consequences which are not covered by the CHRA for persistent casual users and for those who refuse to comply with the Policy is not determinative of the discrimination issue.

[47] She went on to conclude, based on a reading of a passage from the majority reasons in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*,¹⁹ that this was a case of adverse effect discrimination and that the Panel erred in concluding that the policy did not constitute discrimination.

[48] In reaching the conclusion that the Panel had erred in finding that the policy did not discriminate, the Motions Judge did not show that the Panel had made any error in fact or in law that affected its decision. The jurisprudence teaches, as I will later demonstrate, that the standard of review applicable to the decision of the Panel is that of correctness. Absent a showing that the Panel was wrong in law or in fact, a reviewing court ought not to interfere with its decision. In this case, as I have said, the Motions Judge made no such showing. Indeed, as I have shown, she misapprehended the reasons which the Panel gave. In these circumstances, I conclude that the Panel was right to find, for the reasons it gave, that the policy did not constitute discrimination and that the Motions Judge was wrong to conclude otherwise, without even examining in her reasons, the real basis of the Panel's conclusion. The Panel concluded that dismissal was not discriminatory principally because it was for breach of a condition of employment.

[49] If I am wrong in that conclusion, and if it could be said that the policy does amount to discrimination, then, it is my respectful view, that *prima facie* it constitutes adverse effect discrimination, but that the appellant has satisfied the test required by jurisprudence to defend against such a *prima facie* case.

Dans ces circonstances, il me semble que pour établir le caractère discriminatoire de la politique, le fait que la politique puisse avoir des conséquences défavorables qui ne sont pas prévues par la LCDP pour les usagers occasionnels chroniques et pour ceux qui refusent de respecter la politique, n'est pas déterminant dans la question de discrimination.

[47] Le juge a ensuite conclu, en se fondant sur un passage des motifs prononcés par la majorité des juges dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*¹⁹, qu'il s'agissait d'une affaire de discrimination par suite d'un effet préjudiciable et que la formation avait commis une erreur en concluant que la politique ne constituait pas de la discrimination.

[48] En concluant que la formation avait commis une erreur lorsqu'elle avait jugé que la politique ne créait pas de distinction illicite, le juge des requêtes n'a pas démontré que la formation avait commis une erreur de fait ou de droit qui influait sur sa décision. La jurisprudence enseigne, comme je le démontrerai ci-dessous, que la norme de contrôle qui s'applique à la décision de la formation est celle de la justesse. S'il n'est pas établi que la formation a commis une erreur de droit ou de fait, la cour de révision ne devrait pas intervenir. Dans ce cas-ci, comme je l'ai dit, le juge des requêtes ne l'a pas établi. De fait, comme je l'ai montré, le juge a mal compris les motifs donnés par la formation. Dans ces circonstances, je conclus que la formation avait raison de conclure, pour les motifs qu'elle a énoncés, que la politique ne constituait pas de la discrimination et que le juge des requêtes a eu tort de conclure le contraire, sans même examiner dans ses motifs le fondement véritable de la conclusion tirée par la formation. La formation a conclu que le congédiement n'était pas discriminatoire principalement parce qu'il résultait de la violation d'une condition d'emploi.

[49] Si cette conclusion est erronée, et s'il est possible de dire que la politique équivaut à de la discrimination, cela constitue à première vue, à mon avis, de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, mais l'appelante a satisfait au critère établi par la jurisprudence pour réfuter pareille preuve *prima facie*.

[50] I will examine this question by addressing, successively, the following sub-issues:

(a) whether the policy constitutes *prima facie* discrimination;

(b) if so, whether the policy amounts to adverse effect or direct discrimination; and

(c) if adverse effect discrimination, whether the appellant has satisfied the test for reasonable accommodation.

[51] Before dealing with these sub-issues, I will address a jurisdictional issue which the appellant raised in the cross-appeal.

The Jurisdictional Issue

[52] In its memorandum on the cross-appeal and in oral argument, the appellant (respondent by cross-appeal) contended that this Court was without jurisdiction to address the issue whether the policy constitutes direct discrimination because that issue was not raised as a ground for judicial review before the Motions Judge. For that reason, so the argument ran, the CCLA cannot raise that issue on appeal before this Court.

[53] I disagree with this contention. The first point to notice is that although the Motions Judge did not deal with the issue of direct discrimination in her reasons, it is clear from the manner in which she formulated the issues before her that the issue of direct discrimination was one that she had to address. Her failure to address it, does not, in my view, transform the issue into a new one raised for the first time on appeal. This is all the more so since the Panel whose decision was under review by the Motions Judge did address that issue, albeit in *obiter*.

[54] Secondly, the principle underlying this argument is that an appellant may not raise a point that was not pleaded or was not argued at trial, unless all relevant evidence is on record.²⁰ It is trite that a court of appeal should not give effect to a point taken for the first

[50] J'examinerai cette question en traitant l'une après l'autre les questions accessoires suivantes:

a) La politique constitue-t-elle à première vue de la discrimination?

b) Dans l'affirmative, la politique équivaut-elle à de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable ou à de la discrimination directe?

c) S'il s'agit de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'appelante a-t-elle satisfait au critère relatif à l'accommodement raisonnable?

[51] Avant d'examiner ces questions accessoires, je traiterai de la question de la compétence, que l'appelante a soulevée dans le cadre de l'appel incident.

La question de la compétence

[52] Dans l'exposé qu'elle a présenté dans l'appel incident et dans son argumentation orale, l'appelante (l'intimée dans l'appel incident) a soutenu que cette Cour n'avait pas compétence pour examiner la question de savoir si la politique constitue de la discrimination directe parce que cette question n'avait pas été soulevée comme motif de contrôle judiciaire devant le juge des requêtes. Selon l'appelante, c'est la raison pour laquelle l'ACLC ne peut pas ici soulever cette question.

[53] Je ne souscris pas à cette prétention. Il faut d'abord remarquer que même si, dans ses motifs, le juge des requêtes n'a pas examiné la question de la discrimination directe, il ressort clairement de la façon dont les questions ont été formulées qu'il fallait traiter de la discrimination directe. À mon avis, l'omission de le faire n'a pas pour effet de faire de la discrimination directe une nouvelle question soulevée pour la première fois en appel, d'autant plus que, dans sa décision, la formation traitait de cette question, quoique dans le cadre d'une remarque incidente.

[54] Deuxièmement, le principe sous-tendant cet argument est que l'appelante ne peut pas soulever un point qui n'a pas été plaidé ou qui n'a pas été débattu en première instance, à moins que tous les éléments de preuve pertinents ne figurent dans le dossier²⁰. Il est

time in appeal, unless it is clear that, if the question had been raised at the proper time, no further light could have been shed upon it.²¹ However, a new issue may be addressed in cases in which the question is one of law upon which further evidence is not required.

[55] In this case, the issue whether the policy constitutes direct discrimination is one of law. All the evidence relevant to resolution of that issue had been adduced before the Panel. The issue was argued by the cross-appellant before the Panel and the appellant had, at that time, the opportunity to produce any evidence required to deal with it.

[56] Finally, the argument of the cross-appellant was based on the record and not on new evidence. It is my view that, in these circumstances, this Court has not only the jurisdiction to hear the CCLA on this issue, but also the duty to address it.

Prima Facie Discrimination

[57] I now turn to the issue whether the policy constitutes *prima facie* discrimination under section 10 of the Act. As I have already said, the Panel concluded that the policy did not constitute *prima facie* discrimination.

[58] Section 10 of the Act provides that it is a discriminatory practice for an employer to establish a policy that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination. Section 3 of the Act lists disability as a ground of discrimination and section 25 of the Act defines disability as including dependence on a drug. Therefore, any policy which deprives or tends to deprive a person of employment on the basis of a drug dependence is, arguably, a *prima facie* discriminatory practice.

bien établi qu'un tribunal d'appel ne devrait pas traiter d'un point qui est soulevé pour la première fois en appel, à moins qu'il ne soit clair que si ce point avait été soulevé en temps opportun, il n'aurait pas été possible de l'éclaircir.²¹ Toutefois, une nouvelle question de droit peut être examinée dans la mesure où il n'est pas nécessaire de présenter d'autres éléments de preuve.

[55] En l'espèce, la question de savoir si la politique constitue de la discrimination directe est-elle une question de droit? La formation disposait de tous les éléments de preuve pertinents pour être en mesure de régler la question. L'ACLC avait débattu la question devant la formation et l'appelante avait à ce moment-là eu la possibilité de présenter tout élément de preuve nécessaire.

[56] Enfin, l'argument de l'ACLC était fondé sur le dossier plutôt que sur de nouveaux éléments de preuve. À mon avis, dans ces conditions, cette Cour a non seulement compétence pour entendre l'ACLC sur ce point, mais elle a aussi l'obligation de le faire.

La politique constitue-t-elle à première vue de la discrimination?

[57] J'examinerai maintenant la question de savoir si la politique constitue à première vue de la discrimination au sens de l'article 10 de la Loi. Comme je l'ai déjà dit, la formation a répondu à cette question par la négative.

[58] Selon l'article 10 de la Loi, constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, de fixer des lignes de conduite. En vertu de l'article 3 de la Loi, la déficience est un motif de distinction illicite, la déficience étant définie à l'article 25 comme comprenant la dépendance envers la drogue. Par conséquent, toute politique qui est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'un individu du fait qu'il a une dépendance envers la drogue est probablement à première vue un acte discriminatoire.

[59] The policy requires that all employees be tested for drug use. Although the policy applies to all employees, it is mandatory only for some.

[60] The appellant defends the policy on two bases. First, that the policy does not constitute a discriminatory practice, since its effect is to prohibit any continued use of illegal drugs regardless of the reason for such use. Secondly, that under the policy, employees face termination only if they do not comply with its requirements, either by refusing to undergo testing or by persisting in the use of illegal drugs, whether or not they are drug dependent.

[61] The appellant's first objection to the order on appeal is that the Motions Judge failed to accord the appropriate level of deference to the finding of the Panel that the policy is not discriminatory.

[62] In support of that objection, the appellant says that the Panel's finding on this issue was one of fact, and since that finding was not patently unreasonable, the Motions Judge should have accorded deference to it and should not have interfered. I disagree with the appellant's contention on this issue, for the following reasons.

[63] First, in making its determination, the Panel was answering a question of law or mixed fact and law. That determination was, therefore, one to which reviewing courts owe little deference.

[64] The appropriate level of deference owed to decisions of human rights tribunals was discussed by the Supreme Court of Canada on several occasions. The principle set out by La Forest J. in *Canada (Attorney General) v. Mossop*,²² and recently affirmed by the Supreme Court of Canada in *Gould v. Yukon Order of Pioneers*²³ and in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*,²⁴ is that the superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and

[59] La politique exige que tous les employés se soumettent à un test de dépistage de drogues. La politique s'applique à tous les employés, mais elle n'est obligatoire que pour certains employés.

[60] L'appelante invoque deux raisons à l'appui de sa politique. En premier lieu, la politique ne constitue pas un acte discriminatoire, étant donné qu'elle a pour effet d'interdire la consommation continue de drogues illégales indépendamment de la raison pour laquelle pareilles drogues sont consommées. En second lieu, les employés risquent d'être congédiés uniquement s'ils ne se conforment pas aux exigences de la politique, soit en refusant de subir un test soit en continuant à consommer des drogues illégales, et ce, qu'ils aient ou non une dépendance envers la drogue.

[61] La première objection que l'appelante formule à l'encontre de l'ordonnance ici en cause est que le juge des requêtes n'a pas fait preuve de la retenue appropriée à l'égard de la conclusion de la formation selon laquelle la politique n'est pas discriminatoire.

[62] À l'appui de cette objection, l'appelante dit que la conclusion que la formation a tirée sur ce point était une conclusion de fait, et qu'étant donné qu'elle n'était pas manifestement déraisonnable, le juge des requêtes aurait dû faire preuve de retenue et n'aurait pas dû intervenir. Je ne souscris pas à la prétention de l'appelante sur ce point, et ce, pour les motifs suivants.

[63] Premièrement, en rendant sa décision, la formation répondait à une question de droit ou à une question de fait et de droit. Cette décision était donc une décision à l'égard de laquelle les cours de révision n'ont pas à faire preuve d'énormément de retenue.

[64] La Cour suprême du Canada a examiné à plusieurs reprises la question de la retenue dont il faut faire preuve à l'égard des décisions rendues par les tribunaux de droits de la personne. Le principe énoncé par le juge La Forest dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*²², lequel a récemment été confirmé dans les arrêts *Gould c. Yukon Order of Pioneers*²³ et *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*²⁴, de la Cour suprême du Canada

adjudication in a human rights context and does not extend to general questions of law. Therefore, courts must review decisions of a human rights tribunal on questions of law or mixed fact and law on the basis of correctness, not a standard of reasonableness.²⁵

[65] Secondly, the policy provides that employees who do not comply with the policy by repeatedly testing positive for drugs face termination. The fact that the appellant accommodates employees through rehabilitation programs and counselling does not mean that employees who repeatedly test positive for drugs do not risk termination. Among the employees who risk termination are those who are persistent, yet casual drug users, and those who are dependent on drugs. Therefore, the policy could be said to have the effect of depriving or tending to deprive drug dependent persons of employment and thus to constitute a case of *prima facie* discrimination within the meaning of section 10 of the Act.

Direct Discrimination

[66] In light of that conclusion, I must determine whether that discrimination is direct or adverse effect. The distinction between direct and adverse effect discrimination is important because it determines, *inter alia*, the applicable defences and whether the policy will be struck down or maintained once a finding of discrimination has been made.

[67] Discrimination is not defined in the Act, but in *Andrews v. Law Society of British Columbia*,²⁶ the Supreme Court of Canada defined it as follows:

... 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

est que l'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions rendues dans un contexte de droits de la personne et ne s'étend pas aux questions générales de droit. Les cours doivent donc examiner les décisions rendues par le tribunal des droits de la personne sur des questions de droit ou sur des questions de fait et de droit du point de vue de leur justesse, et non en fonction de leur caractère raisonnable²⁵.

[65] En second lieu, la politique prévoit que les employés qui ne se conforment pas à la politique et qui obtiennent constamment un résultat positif risquent d'être congédiés. Le fait que l'appelante compose avec l'employé au moyen de programmes de réadaptation et de counselling ne veut pas dire que l'employé ne risque pas d'être congédié, si les tests qu'il subit donnent toujours un résultat positif. Parmi les employés qui risquent d'être congédiés, il y a ceux qui continuent à utiliser des drogues, même s'il ne s'agit que de consommateurs occasionnels, et ceux qui ont une dépendance envers la drogue. Par conséquent, il serait possible de dire que la politique est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'individus qui ont une dépendance envers la drogue et qu'elle constitue donc à première vue de la discrimination au sens de l'article 10 de la Loi.

La discrimination directe

[66] Compte tenu de cette conclusion, je dois déterminer s'il s'agit d'une discrimination directe ou d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. La distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est importante parce qu'elle détermine entre autres les moyens de défense applicables et si la politique sera annulée ou maintenue une fois qu'il aura été conclu à la discrimination.

[67] La Loi ne définit pas ce qu'est la discrimination, mais dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*²⁶, la Cour suprême du Canada a défini ce mot comme suit:

... 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

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.

[68] The distinction between direct and adverse effect discrimination was laid down by the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*,²⁷ where McIntyre J., for the Court, stated:

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." . . . On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristics of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply.

[69] The Supreme Court of Canada further refined the definition of direct discrimination in the context of employment in *Dairy Pool, supra*, in the following terms:²⁸

The essence of direct discrimination in employment is the making of a rule that generalizes about a person's ability to perform a job based on membership in a group sharing a common personal attribute such as age, sex, religion, etc. The ideal of human rights legislation is that each person be accorded equal treatment as an individual taking into account those attributes. Thus, justification of a rule manifesting a group stereotype depends on the validity of the generalization and/or the impossibility of making individualized assessments.

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.

[68] La distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable a été énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*²⁷, où le juge McIntyre, au nom de la Cour, a dit ceci:

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir». . . D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés . . . Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer.

[69] Dans l'arrêt *Dairy Pool, supra*, la Cour suprême du Canada a donné les précisions suivantes au sujet de la définition de la discrimination directe dans le contexte de l'emploi²⁸:

En matière d'emploi, la discrimination directe consiste essentiellement à formuler une règle qui fait une généralisation quant à l'aptitude d'une personne à remplir un poste selon son appartenance à un groupe dont les membres partagent un attribut personnel commun, tel l'âge, le sexe, la religion, etc. L'idéal que visent les lois sur les droits de la personne est justement de faire en sorte que chacun reçoive un traitement égal en tant qu'individu, eu égard à ces attributs. Par conséquent, la justification d'une règle révélant un stéréotype de groupe dépend ou bien de la validité de la généralisation ou bien de l'impossibilité d'évaluer chaque cas individuellement, ou des deux.

[70] Direct discrimination will therefore occur in the context of employment when an employer adopts a practice or a policy which, “on its face”, discriminates on a prohibited ground. In my view, the policy at issue here does not fall within that definition. It does not, on its face, prevent anyone from gaining or maintaining employment with the appellant; employees who test positive for drug use and continue to participate in rehabilitation programs will not be terminated for that reason alone. An individual who refuses to submit to the initial drug test, or who refuses to comply with other requirements of the policy, will have breached a condition of employment and is deemed to have rejected the appellant’s offer of employment, thus risking termination by reason of the breach.

[71] The appellant’s objective in establishing the policy is to promote a safe, healthy and productive workplace for all employees, and to provide a drug-free workplace. The policy therefore prohibits the consumption, possession, sale or distribution of illegal drugs while on appellant’s premises or during working hours. At the same time, the policy is concerned with treating employees with a drug abuse problem in a fair manner and in ways which respects their right to privacy and dignity. The intent of the policy is clearly rehabilitative, not punitive: rehabilitative services are offered to all employees who need them and termination of employment will occur only where reasonable accommodation has been provided but is considered unsuccessful or where rehabilitative efforts have failed or have been refused. It should be noticed that the policy requires all senior managers to submit to drug testing, albeit on a voluntary basis, as part of their annual medical examination.

[72] Since the Act does not protect the right to use illegal drugs but only protects against specific discriminatory practices on enumerated grounds such as drug dependence, it cannot be said, in my view, that on its face, the policy constitutes discrimination on a prohibited ground.

[70] Par conséquent, il y a discrimination directe dans le contexte de l’emploi lorsque l’employeur adopte une ligne de conduite qui «à première vue» crée une distinction illicite. À mon avis, la politique ici en cause n’est pas visée par cette définition. À première vue, elle n’empêche pas qui que ce soit d’obtenir ou de continuer à exercer un emploi auprès de l’appelante; si le test de dépistage de drogues donne un résultat positif et si l’employé continue à participer aux programmes de réadaptation, il ne sera pas mis fin à l’emploi pour cette seule raison. L’individu qui refuse de se soumettre au test de dépistage initial, ou qui refuse de se conformer aux autres exigences de la politique, viole une condition d’emploi et est réputé avoir rejeté l’offre d’emploi de l’appelante, de sorte qu’il risque d’être congédié.

[71] En établissant sa politique, l’appelante cherchait à assurer un milieu de travail sécuritaire, sain et productif pour tous les employés, ainsi qu’un lieu de travail exempt de drogues. La politique interdit donc la consommation, la possession, la vente ou la distribution de drogues illégales pendant que l’employé est dans les locaux de l’appelante ou pendant les heures de travail. En même temps, la politique vise à traiter les employés qui ont un problème de toxicomanie d’une manière juste et de façon à respecter leur droit à la vie privée et à la dignité. La politique vise clairement à assurer la réadaptation et non à punir l’employé: les services de réadaptation sont offerts à tous les employés qui en ont besoin et il ne sera mis fin à l’emploi que si des mesures raisonnables d’accommodement ont été prises, mais qu’elles se sont avérées infructueuses ou si les efforts de réadaptation ont échoué ou ont été refusés. Il importe de noter que la politique exige que tous les dirigeants se soumettent à un test de dépistage de drogues, quoique sur une base volontaire, dans le cadre de leur examen médical annuel.

[72] Étant donné que la Loi ne protège pas le droit d’utiliser des drogues illégales, mais assure uniquement une protection contre des actes discriminatoires précis pour des motifs énumérés, comme la dépendance envers la drogue, on ne peut pas dire, à mon avis, que la politique crée à première vue une distinction illicite.

[73] The CCLA submits that the fact that all drug users are not dependent on drugs should not detract from the direct nature of the discrimination. They argue that in considering whether an employer has discriminated on the basis of a disability, it is sufficient that the employer perceive that the employee is disabled from working. However, the CCLA led no evidence to establish that the appellant perceived affected employees in this manner.

[74] Furthermore, it cannot be inferred from the policy that the appellant perceived employees who test positive for drugs as suffering from a disability. On the contrary, as the Panel noted, the appellant does not operate on perceptions or assumptions about the nature of the employees' drug use, but upon actual professional diagnoses. An employee repeatedly testing positive for illegal drug use faces termination because of his or her continued use of illegal drugs.²⁹

[75] In written and oral submissions, the CCLA further relied on the decision of the Ontario Board of Inquiry in *Entrop v. Imperial Oil Limited*³⁰ which found that a perception of unfitness to work because of the presence of alcohol or drug in an employee's body constitutes direct discrimination on the basis of handicap.

[76] The decision of the one-member panel was confirmed by the Ontario Divisional Court after the hearing of this appeal. The Court confirmed the following findings made by the Board: the policy was directly discriminatory because it required "self-disclosure by people with substance abuse problems including drug abuse and drug dependence". The policy was also found to be directly discriminatory by virtue of the:³¹

. . . various testing provisions of the Policy, as measures designed to assist the employer to seek out and designate workers who are to be disciplined on the basis of handicap, or "perceived" handicap in the case of people who test

[73] L'ACLIC soutient que le fait que tous les consommateurs de drogue ne sont pas dépendants envers la drogue ne devrait rien changer à la nature de la discrimination. Elle affirme qu'en ce qui concerne la question de savoir si l'employeur a créé une distinction illicite sur la base d'une déficience, il suffit que l'employeur présume que l'employé n'est pas apte à travailler. Toutefois, l'ACLIC n'a présenté aucun élément de preuve pour établir que l'appelante considérait ainsi les employés touchés.

[74] En outre, la politique ne permet pas d'inférer que l'appelante présumait que les employés dont le test donnait un résultat positif étaient atteints d'une déficience. Au contraire, comme la formation l'a fait remarquer, l'appelante ne se fonde pas sur des présomptions ou sur des hypothèses au sujet de la nature de la consommation de drogue par les employés, mais sur des diagnostics professionnels. L'employé dont les tests ont toujours donné un résultat positif risque d'être congédié parce qu'il continue à utiliser des drogues illégales²⁹.

[75] Dans ses observations écrites et orales, l'ACLIC s'est en outre fondée sur la décision que la commission d'enquête de l'Ontario avait rendue dans l'affaire *Entrop v. Imperial Oil Limited*³⁰, où il avait été conclu qu'une présomption d'inaptitude à travailler fondée sur la présence d'alcool ou de drogue dans l'organisme de l'employé constitue de la discrimination directe fondée sur une déficience.

[76] La décision de la formation, qui était composée d'un seul membre, a été confirmée par la Cour divisionnaire de l'Ontario après l'audition du présent appel. La Cour a confirmé les conclusions suivantes que la commission d'enquête avait tirées: la politique constituait de la discrimination directe parce qu'elle exigeait [TRADUCTION] «la divulgation, par des gens qui ont des problèmes d'abus de produits intoxicants, et notamment d'abus et de dépendance envers la drogue». Il a également été jugé que la politique constituait de la discrimination directe à cause de³¹:

[TRADUCTION] . . . diverses dispositions de la politique concernant le dépistage, en tant que mesures destinées à aider l'employeur à trouver et identifier les travailleurs qui doivent faire l'objet de mesures disciplinaires en raison

positive for drug and alcohol use but who do not have a drug or alcohol abuse problem. Although Imperial denies perceiving that drug using employees are handicapped, it was the finding of the Board that the Policy treats even casual users as if they had a handicap and that that treatment is sufficient to trigger the protection of the Code.

[77] Finally, the Court also agreed with the finding of the Board that Imperial Oil did not make out a defence to the *prima facie* discriminatory treatment, because it failed to establish that drug testing is relevant in determining whether the individual has the capacity to perform the essential components of the job safely, efficiently and reliably.

[78] While this decision in this appeal was reserved, counsel for the CCLA and for the appellant made further submissions in writing based upon the decision of the Divisional Court. I have read and considered these submissions and agree with the submissions of the appellant that the decision of the Divisional Court in *Entrop* is distinguishable on its facts and does not assist the CCLA in its argument on this issue.

[79] I conclude, therefore, that the policy applies to prohibit any continued use of illegal drugs regardless of the reason for that use. Employees who test positive for drugs are not dismissed for drug use. Rather, those employees who persist in using drugs and who test positive on three occasions risk dismissal if they do not participate in rehabilitation or comply with the other requirements of the policy. Since employees who persist in using illegal drugs risk dismissal whether or not they are dependent on drugs, the policy cannot be construed as constituting direct discrimination against drug dependent employees. I will now consider the issue of adverse effect discrimination.

d'une déficience, ou d'une déficience «présumée» dans le cas des gens dont le test de dépistage de drogue et d'alcool donne un résultat positif mais qui n'ont pas de problèmes d'alcoolisme ou de toxicomanie. Imperial Oil a nié avoir présumé que les employés qui consomment de la drogue sont atteints d'une déficience, mais la commission d'enquête a conclu que la politique traite même les utilisateurs occasionnels comme s'ils avaient une déficience et que cela suffisait pour que la protection prévue par le Code leur soit assurée.

[77] Enfin, la Cour souscrivait également à la conclusion de la commission d'enquête selon laquelle Imperial Oil n'avait pas réfuté la preuve *prima facie* de traitement discriminatoire, parce qu'elle avait omis d'établir que le dépistage des drogues est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si l'individu a la capacité d'accomplir d'une façon sécuritaire, efficace et fiable les tâches essentielles que comporte son emploi.

[78] Avant que la décision soit rendue dans cet appel, les avocats de l'ACLIC et de l'appelante ont présenté par écrit des observations additionnelles fondées sur la décision de la Cour divisionnaire. J'ai lu et examiné ces observations et je suis d'accord avec l'appelante pour dire qu'il est possible de distinguer la décision que la Cour divisionnaire a rendue dans l'affaire *Entrop* quant à ses faits et que cette décision n'aide pas l'ACLIC sur ce point.

[79] Je conclus donc que la politique s'applique de façon à interdire l'utilisation continue de drogues illégales, et ce, indépendamment du motif de cette utilisation. Les employés dont le test donne un résultat positif ne sont pas congédiés parce qu'ils consomment de la drogue. Cependant, les employés qui continuent à utiliser des drogues et qui obtiennent un résultat positif à trois reprises risquent d'être congédiés s'ils ne participent pas au programme de réadaptation ou s'ils ne se conforment pas aux autres exigences de la politique. Étant donné que les employés qui continuent à utiliser des drogues illégales risquent d'être congédiés, et ce, indépendamment de la question de savoir s'ils ont une dépendance envers la drogue, la politique ne peut pas être interprétée comme constituant de la discrimination directe à l'égard des employés qui ont une dépendance envers la drogue. J'examinerai maintenant la question de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

Adverse Effect Discrimination

[80] In *O'Malley, supra*, McIntyre J. described adverse effect discrimination as arising when an employer, for genuine business reasons, adopts a rule or standard which is, on its face, neutral, and which will apply to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, *inter alia*, obligations or restrictive conditions not imposed on others to whom it may apply.

[81] Writing for the majority in *Dairy Pool, supra*, Wilson J. defined a rule as constituting adverse effect discrimination when:³²

... a rule that is neutral on its face but has an adverse effect on certain members of the group to whom it applies. In such a case the group of people who are adversely affected by it is always smaller than the group to which the rule applies. On the facts of many cases the "group" adversely affected may comprise a minority of one, namely the complainant. In these situations the rule is upheld so that it will apply to everyone except persons on whom it has a discriminatory impact, provided the employer can accommodate them without undue hardship.

[82] The principles set out in *Dairy Pool* and *O'Malley, supra*, have been applied by courts in various decisions, and more recently, have been followed by the Supreme Court of Canada in *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*³³ and *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*.³⁴ Although the Supreme Court of Canada first addressed the concept of adverse effect discrimination in the context of provincial human rights legislation, McIntyre J. made it clear in *Andrews, supra*, that the equality principles developed in those cases were equally applicable to cases involving 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.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].³⁵ In my view, these principles apply, *a fortiori*, to cases governed by federal human rights legislation.

La discrimination par suite d'un effet préjudiciable

[80] Dans l'arrêt *O'Malley, supra*, le juge McIntyre a dit qu'il y avait discrimination par suite d'un effet préjudiciable lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui crée une distinction illicite à l'égard d'un seul employé ou d'un groupe d'employés en ce sens qu'elle leur impose entre autres des obligations ou des conditions restrictives qui ne sont pas imposées aux autres employés.

[81] Dans l'arrêt *Dairy Pool, supra*, le juge Wilson a dit au nom de la majorité qu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable dans le cas³²:

... d'une règle qui, neutre en apparence, a un effet préjudiciable sur certains membres du groupe auquel elle s'applique. En pareil cas, le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique. Dans les faits, fréquemment, le «groupe» lésé se composera d'une seule personne, savoir le plaignant. La règle est alors maintenue en ce sens qu'elle s'appliquera à tous sauf aux personnes sur lesquelles elle a un effet discriminatoire, pourvu que l'employeur puisse procéder aux accommodements nécessaires sans subir des contraintes excessives.

[82] Les tribunaux ont appliqué dans diverses décisions les principes énoncés dans les arrêts *Dairy Pool* et *O'Malley, supra*; plus récemment, la Cour suprême du Canada a suivi ces principes dans les arrêts *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*³³ et *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*³⁴. La Cour suprême du Canada a d'abord examiné le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable dans le contexte de la législation provinciale sur les droits de la personne, mais le juge McIntyre a clairement fait savoir, dans l'arrêt *Andrews, supra*, que les principes d'égalité élaborés dans ces arrêts-là s'appliquent également aux affaires dans lesquelles 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] est en cause³⁵. À mon avis, ces principes s'appliquent *a fortiori* aux affaires régies par la législation fédérale sur les droits de la personne.

[83] The Motions Judge found that the policy constituted adverse effect discrimination, because, although neutral on its face and applicable to all employees, it impacts adversely on a sub-group of employees who face termination because they are drug dependent.³⁶

[84] The CCLA contends that the policy imposes on drug dependent employees, because of some special characteristic (drug dependence), penalties not imposed on others in the work force. It also contends that the impact of the policy will be to exclude from employment a disproportionate number of drug dependent persons thus satisfying the elements of adverse effect discrimination.

[85] For its part, the appellant contends that the Motions Judge exceeded the intended scope of the Act in finding that it extends to protect drug dependent persons using illegal drugs. The appellant says that such an interpretation of the Act is contrary to the intention of Parliament as reflected in the *Narcotic Control Act* and in the explanation of the scope of the phrase "previous or existing dependence on a drug" given by the then Chairman of the Commission to the Standing Committee on Justice and Legal Affairs. Furthermore, the appellant says that that phrase in section 25 of the Act should not be interpreted in such a manner as to prevent an employer from dismissing an employee reliably diagnosed as using an illegal drug. In its written submissions, the appellant quotes the following words of the Chairman, confirming that an employer has the right to dismiss an employee found using illegal drugs:

Mr. Robinson (Burnaby): Okay. And if we were dealing with an illegal drug, then existing guidelines dealing with breach of the law would allow the employer to terminate the employee.

Mr. Fairweather: That is right.³⁷

[86] Therefore, the appellant submits, if the Act extends to persons dependent on illegal drugs, then the

[83] Le juge des requêtes a conclu que la politique constituait de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable parce que, même si elle est neutre en apparence et même si elle s'applique à tous les employés, elle a un effet préjudiciable sur un sous-groupe d'employés qui risquent d'être congédiés parce qu'ils ont une dépendance envers la drogue³⁶.

[84] L'ACLC soutient que la politique impose à certains employés, à cause d'une caractéristique particulière (la dépendance envers la drogue), des peines qui ne sont pas imposées aux autres membres de son personnel. Elle soutient également que la politique a pour effet d'exclure de l'emploi un nombre disproportionné d'individus qui ont une dépendance envers la drogue, de sorte que les éléments de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable sont présents.

[85] De son côté, l'appelante soutient que le juge des requêtes a excédé la portée prévue de la Loi en concluant qu'elle protège également les individus dépendants envers la drogue qui utilisent des drogues illégales. L'appelante dit que pareille interprétation de la Loi est contraire à l'intention du législateur telle qu'elle se manifeste dans la *Loi sur les stupéfiants* et dans l'explication que le président de la Commission de l'époque a donnée au Comité permanent de la Justice et des questions juridiques au sujet de la portée de l'expression «dépendance, présente ou passée, envers la drogue». En outre, l'appelante dit que cette expression, qui figure à l'article 25 de la Loi, ne devrait pas être interprétée de façon à empêcher l'employeur de congédier un employé qui a fait l'objet d'un diagnostic fiable de consommation de drogue illégale. Dans ses observations écrites, l'appelante cite les remarques suivantes du président, confirmant que l'employeur a le droit de congédier un employé qui, a-t-on constaté, consomme des drogues illégales:

M. Robinson (Burnaby): Parfait. Par contre s'il s'agit d'une drogue illégale, un patron pourrait, en application de la loi actuelle, licencier un employé.

M. Fairweather: Oui³⁷.

[86] L'appelante soutient donc que si la Loi s'applique aux personnes qui ont une dépendance envers des

protection afforded under the Act should only extend to dependent drug users willing to rehabilitate and end their illegal use.

[87] I notice here that the appellant's interpretation of section 25 is consistent with section 2 of the Act. Section 2 provides that the purpose of the Act is to extend the laws in Canada to give effect to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society. Thus, section 2 contains within itself a limitation on the rights protected in the Act. All members of society have an obligation to obey the laws of Canada, including the prohibitions expressed or implied in the *Narcotic Control Act*. It is my respectful view, therefore, as the appellant rightly contends, that section 25 of the Act must be construed as extending its limitation only to dependent drug users willing to rehabilitate and end their illegal use of narcotics.

[88] The policy is an employment rule honestly made for economic or business reasons. As previously mentioned, the appellant's concerns underlying this policy are, *inter alia*, to maintain a safe, healthy and productive workplace for the employees, to safeguard customer, the appellant's and employee funds and information as well as to protect its reputation. The banking industry is founded upon the principles of honesty, integrity and trust. As such, the connection between drug use and organized crime as well as theft pose an unacceptable risk for the appellant especially since employees have access to large amounts of money and privileged financial information.

[89] Furthermore, as I have already said, the policy is equally applicable to all employees. Those who test positive on three occasions are at risk of being terminated. Among those who face termination are employees who are casual, yet persistent users as well as those who are dependent on drugs. Therefore, the application of the policy results in the termination of

drogues illégales, elle devrait uniquement protéger les individus dépendants envers la drogue qui veulent se réadapter et cesser d'utiliser des drogues illégales.

[87] Je remarque ici que l'interprétation que l'appelante donne à l'article 25 est compatible avec l'article 2 de la Loi. L'article 2 prévoit que la Loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement. L'article 2 renferme donc en soi une restriction à l'égard des droits protégés par la Loi. Tous les membres de la société ont l'obligation de se conformer à la législation canadienne, y compris aux interdictions établies expressément ou non par la *Loi sur les stupéfiants*. Par conséquent, à mon avis, comme l'appelante le soutient avec raison, l'article 25 de la Loi doit être interprété de façon à s'appliquer uniquement aux individus dépendants envers la drogue qui veulent se réadapter et cesser d'utiliser illégalement des stupéfiants.

[88] La politique est une règle d'emploi qui a honnêtement été adoptée pour des raisons économiques ou commerciales. Comme il en a déjà été fait mention, la politique de l'appelante vise entre autres à assurer aux employés un lieu de travail sécuritaire, sain et productif, à protéger les fonds des clients, de l'appelante et des employés ainsi que les renseignements financiers y afférents et à maintenir la réputation de l'appelante. Le secteur bancaire est fondé sur l'honnêteté, l'intégrité et la confiance. Partant, le lien qui existe entre la consommation de drogue et le crime organisé ainsi que le vol présente un risque inacceptable pour l'appelante, compte tenu du fait en particulier que les employés ont accès à de grosses sommes d'argent et à des renseignements financiers protégés.

[89] En outre, comme je l'ai déjà dit, la politique s'applique également à tous les employés. L'employé dont le test donne un résultat positif à trois reprises risque d'être congédié. Parmi les employés qui s'exposent à une cessation d'emploi, il y a les employés qui utilisent de la drogue occasionnellement quoique d'une façon chronique, ainsi que ceux qui ont une dépen-

a class of employees which comes within the Act's definition of "disability" under section 25. For these reasons, I conclude, that it could be said that the policy constitutes adverse effect discrimination.

Reasonable Accommodation

[90] Having concluded that the policy could arguably be said to constitute adverse effect discrimination, I must examine whether the appellant has satisfied the test for reasonable accommodation. In cases of direct discrimination, the employer must satisfy the requirements of the *bona fide* occupational requirement (BFOR) test in order for a court to uphold a work rule. In cases of adverse effect discrimination, a rule remains enforceable if the employer makes reasonable efforts to accommodate those who are adversely affected by it.

[91] Since I have concluded that the policy does not constitute direct discrimination, I do not find it necessary to deal with the BFOR test.

[92] The test for reasonable accommodation was set out by Wilson J. in *Dairy Pool*, *supra*. The two components of the test are that the policy must be rationally related to job performance, and the employer must accommodate the employee up to the point of undue hardship.

(1) Rational Connection

[93] The Motions Judge found that the Panel was correct when it concluded that the appellant had fulfilled its obligation to accommodate drug dependent employees short of undue hardship.

[94] The test for rational connection was set out by Wilson J. in *Dairy Pool*, *supra*, in the following terms:³⁸

McIntyre J.'s judgment in *O'Malley* provides some guidance in identifying a rational connection between a

dance envers la drogue. L'application de la politique donne donc lieu au congédiement d'une catégorie d'employés qui est visée par l'article 25 de la Loi. Pour ces motifs, je conclus qu'il serait possible de dire que la politique constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

L'accommodement raisonnable

[90] Puisque j'ai conclu qu'il serait possible de dire que la politique constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, je dois déterminer si l'appelante a satisfait au critère relatif à l'accommodement raisonnable. Dans les cas de discrimination directe, pour qu'un tribunal confirme une règle de travail, l'employeur doit satisfaire aux exigences du critère relatif à l'exigence professionnelle justifiée (EPJ). Dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, une règle continue à s'appliquer si l'employeur fait des efforts raisonnables pour composer avec les individus lésés.

[91] Étant donné que j'ai conclu que la politique ne constitue pas de la discrimination directe, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le critère relatif à l'EPJ.

[92] Le critère relatif à l'accommodement raisonnable a été énoncé par le juge Wilson dans l'arrêt *Dairy Pool*, *supra*. Les deux éléments du critère sont que la politique doit avoir un lien rationnel avec le rendement au travail et que l'employeur doit composer avec l'employé sans pour autant subir de contrainte excessive.

1) Le lien rationnel

[93] Le juge des requêtes a conclu que la formation avait eu raison de conclure que l'appelante avait satisfait à son obligation d'accommodement à l'égard des employés dépendants envers la drogue sans pour autant subir de contrainte excessive.

[94] Le critère relatif au lien rationnel a été énoncé comme suit par le juge Wilson dans l'arrêt *Dairy Pool*, *supra*³⁸:

L'opinion du juge McIntyre dans l'arrêt *O'Malley* fournit certaines indications sur la façon de vérifier s'il existe un

given rule and the employment. At page 551 he speaks of an “employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply . . .” As in the case at bar, the rule in *O’Malley* pertained to attendance on certain days, specifically two out of three Saturdays. The Court in *O’Malley* concluded that the employer’s rule satisfied the first branch of the test. McIntyre J. states at pp. 555-56:

To relate the principle of accommodation to the facts at bar, we must begin with the proposition that the employer is lawfully entitled to carry on business and to stay open for business on Saturdays. It is accordingly entitled to engage employees on the condition that they work on Saturdays.

I think it must follow from this that the respondent in the case at bar is equally entitled to organize its business by closing down its processing operation on the weekend resulting in Mondays being a particularly busy day. The respondent’s work rule accordingly meets the test of being rationally connected to the job of being a dairy processor.

[95] In *Dairy Pool, supra*, Wilson J. expanded on the concept of a regime in which the type of discrimination dictates whether BFOR or duty of accommodation will apply as defences. It is my view that, in doing so, she abandoned the imposition of strict requirements for justification of the rule in favour of what appears to be a more relaxed “rational connection” threshold which will move the inquiry more quickly to the accommodation issue.

[96] The Motions Judge held that the Panel had failed to make a clear and unmistakable finding on whether there existed a rational connection between the policy and job performance.

[97] The appellant contends that the Motions Judge took an overly formalistic approach in drawing such a conclusion. In support of that contention, the appellant made several submissions. First, that the Panel made several findings to that effect and that the Motions Judge dismissed such findings on accommodation because they did not appear in the Panel’s reasons under the heading “accommodation”. Secondly, that in applying the *Brossard* test³⁹ when making its findings on rational connection, the Panel found

lien rationnel entre une règle donnée et l’emploi. À la page 551, il parle d’une «condition d’emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d’affaires, également applicable à tous ceux qu’elle vise . . .» Comme en l’espèce, la règle en cause dans l’arrêt *O’Malley* prescrivait la présence au travail certains jours, en l’occurrence deux samedis sur trois. La Cour a conclu que cette règle satisfaisait au premier volet du critère. Voici ce que dit le juge McIntyre aux pp. 555 et 556:

Pour relier ce principe de l’accommodement aux faits de l’espèce, nous devons commencer par le principe selon lequel l’employeur est légalement autorisé à exploiter une entreprise et à l’ouvrir le samedi. Il est en conséquence autorisé à engager des employés à la condition qu’ils travaillent le samedi.

Il s’ensuit, à mon avis, que l’intimée est également autorisée en l’espèce à organiser ses activités de manière à arrêter la production en fin de semaine de sorte que le lundi est une journée particulièrement chargée. La condition d’emploi fixée par l’employeur satisfait donc au critère du lien rationnel avec le travail de transformation laitière.

[95] Dans l’arrêt *Dairy Pool, supra*, M^{me} le juge Wilson a donné des précisions au sujet du régime dans lequel la possibilité d’invoquer une EPJ ou l’obligation d’accommodement comme moyens de défense dépend du genre de discrimination en cause. J’estime que, ce faisant, elle a renoncé à imposer des exigences strictes permettant de justifier la règle, en adoptant plutôt ce qui semble être un critère préliminaire plus souple, en ce qui concerne le «lien rationnel», lequel aura pour effet d’amener plus rapidement l’examen de la question de l’accommodement.

[96] Le juge des requêtes a statué que la formation avait omis de tirer une conclusion en des termes clairs et sans équivoque au sujet du lien rationnel existant entre la politique et le rendement professionnel.

[97] L’appelante soutient que le juge des requêtes a adopté une approche trop formaliste en tirant pareille conclusion. Elle a fait à l’appui plusieurs observations. Premièrement, la formation avait tiré plusieurs conclusions en ce sens et le juge des requêtes avait rejeté les conclusions tirées au sujet de l’accommodement parce qu’elles ne figuraient pas sous la rubrique «Accommodement» des motifs de la formation. Deuxièmement, en appliquant le critère énoncé dans l’arrêt *Brossard*³⁹, lorsqu’elle avait tiré ses conclusions au

that the elimination of illegal drug use was an appropriate purpose because of the impact of drugs on work performance. Thirdly, that the fact that the Panel's conclusion was made in the course of its BFOR analysis should not render it any less applicable to the issue of accommodation. Finally, that the Panel accepted the evidence adduced on the impact of drugs on job performance, and that in light of such evidence, the conclusion of the Panel that an employment rule prohibiting illegal drug use among employees is an appropriate business practice that cannot be held to be patently unreasonable.

[98] The Commission made several submissions in response. First, that the Panel failed to address the issue whether the policy is related to the performance of the job, and that the Motions Judge could not assume that the Panel would conclude that the policy is job related, if it had addressed that issue. Secondly, that the Panel made findings relating to the appellant's good faith and intent, but that these are irrelevant to the issue of adverse effect discrimination. Finally, that many of the findings of the Panel are incompatible with any conclusion respecting the job relatedness of the policy.

[99] The jurisprudence of the Supreme Court of Canada teaches that a rule which has been found to constitute adverse effect discrimination is, by definition, neutral on its face, and will be upheld if the employer establishes successfully that it has fulfilled its duty to accommodate reasonably the adversely affected employee. Since the rule in itself is not intentionally discriminatory, there is less emphasis on its underlying rationale—hence the more relaxed “rational connection” threshold developed in cases of adverse effect discrimination, so long as the accommodation component of the test is satisfied.

[100] As noted earlier, the underlying concerns of the appellant in adopting its policy are to maintain a safe, healthy and productive workplace for all employees and to safeguard customer, employee and the appellant's funds and information and protect its

sujet du lien rationnel, la formation avait conclu que le fait d'éliminer la consommation de drogues illégales constituait un objectif approprié en raison des effets que pareilles drogues ont sur le rendement au travail. Troisièmement, même si elle avait été tirée dans le cadre de l'analyse de l'EPJ, cette conclusion était tout aussi valable dans le cas de l'accommodement. Enfin, la formation avait retenu la preuve présentée au sujet de l'effet des drogues sur le rendement au travail et, cela étant, il n'était pas manifestement déraisonnable de conclure qu'une règle d'emploi interdisant la consommation de drogues illégales parmi les employés constitue une pratique commerciale appropriée.

[98] La Commission a présenté en réponse plusieurs observations. Premièrement, la formation ne s'était pas demandé si la politique était liée au rendement au travail, et le juge des requêtes ne pouvait pas présumer que si elle l'avait fait, la formation aurait conclu que la politique est ainsi liée. Deuxièmement, la formation avait tiré des conclusions au sujet de la bonne foi et de l'intention de l'appelante, mais cela n'avait rien à voir avec la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Enfin, de nombreuses conclusions de la formation étaient incompatibles avec toute conclusion relative au lien existant entre la politique et l'emploi.

[99] La jurisprudence de la Cour suprême du Canada enseigne qu'une règle qui est considérée comme constituant de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est, par définition, neutre à première vue, et sera confirmée si l'employeur réussit à établir qu'il a satisfait à l'obligation qui lui incombait de prendre des mesures d'accommodement raisonnables avec l'employé lésé. Étant donné que la règle en soi n'est pas intentionnellement discriminatoire, le fondement la sous-tendant a une importance moindre; le critère préliminaire plus souple relatif au «lien rationnel» a donc été élaboré dans les affaires de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, dans la mesure où il y a un accommodement.

[100] Comme il en a ci-dessus été fait mention, en adoptant sa politique, l'appelante cherchait à assurer un milieu de travail sain, sécuritaire et productif pour tous les employés, à protéger ses fonds ainsi que ceux des clients et des employés et les renseignements

reputation. The policy also acknowledges the impact of drugs on work performance in that it affects alertness, perception, and other working abilities. The Panel made the finding that if it were to “assume that the employer’s purpose is to eliminate illicit drugs from the employee population because of the impact they might have upon job performance, . . . [it was] an appropriate purpose”.⁴⁰ Since the test for rational connection in the context of adverse effect discrimination is not as strict as the “reasonable necessity” test of the BFOR defence, I am of the view that the policy has been developed and adopted for sound economic reasons and satisfies the rational connection portion of the reasonable accommodation defence.

(2) Reasonable Accommodation

[101] The extent to which an employer must accommodate employees adversely discriminated against is limited by the words “reasonable” and “short of undue hardship”.⁴¹ What constitutes reasonable accommodation is a question of fact which varies with the circumstances of a particular case. Here, the Panel found that the policy had accommodated affected employees to the point of undue hardship, and the Motions Judge agreed. In the absence of a showing that the Panel made its finding in a perverse or capricious manner or that the Motions Judge erred in accepting that finding, it would be wrong, in my view, to interfere with it.

[102] Furthermore, the Commission’s own published policy statement on drug testing, is that the duty to accommodate does not extend beyond offering employees an opportunity to rehabilitate. In its policy statement, the Commission acknowledges that if an employee does not overcome his or her dependence, no further accommodation by the employer is required.⁴²

Reasonable accommodation may include referring employees who test positive to an employee assistance program for assessment and, if needed, counselling and

financiers y afférents et à maintenir sa réputation. La politique reconnaît également l’effet des drogues sur le rendement au travail en ce qui concerne la vigilance, la perception et les autres aptitudes de travail. La formation a conclu que si elle «présum[ait] . . . que l’objectif de l’employeur est d’éliminer les drogues illicites dans le milieu de travail de ses employés en raison des effets qu’elles peuvent avoir sur le rendement au travail, . . . il s’agit d’un objectif approprié»⁴⁰. Étant donné que le critère relatif au lien rationnel dans le contexte de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable n’est pas aussi strict que le critère relatif à la «nécessité raisonnable» s’appliquant au moyen de défense fondé sur une EPJ, je suis d’avis que la politique a été élaborée et adoptée pour de bonnes raisons économiques et qu’elle satisfait à l’élément «lien rationnel» du moyen de défense fondé sur l’accommodement raisonnable.

2) L’accommodement raisonnable

[101] La mesure dans laquelle l’employeur doit composer avec les employés lésés est limitée par les mots «raisonnable» et «sans subir de contrainte excessive»⁴¹. La question de savoir ce qui constitue un accommodement raisonnable est une question de fait qui dépend des circonstances. Dans ce cas-ci, la formation a conclu que la politique prévoyait des mesures d’accommodement à l’égard des employés touchés jusqu’au point où il y aurait contrainte excessive, et le juge des requêtes a souscrit à cet avis. En l’absence d’une preuve tendant à montrer que cette conclusion était abusive ou arbitraire ou que le juge des requêtes a commis une erreur en la retenant, il serait erroné à mon avis d’intervenir.

[102] En outre, selon le propre énoncé de politique publié par la Commission à l’égard du dépistage des drogues, pour qu’il y ait accommodement, il suffit d’offrir aux employés la possibilité de se réadapter. Dans son énoncé de politique, la Commission reconnaît que si un employé n’arrive pas à surmonter sa dépendance, l’employeur n’est pas tenu de prendre d’autres mesures d’accommodement⁴²:

Il peut s’agir d’envoyer un employé ayant obtenu un résultat «positif» à un programme d’aide aux employés à des fins d’évaluation et, en cas de besoin, de counselling et de

rehabilitation. The duty to reasonably accommodate has limits, however. For example, if the employer sends an employee on a rehabilitation program and the employee does not overcome his or her dependency, no further accommodation may be required.

[103] The CCLA submits that the findings made by the Motions Judge and the Panel fail to recognize and apply the proper test for undue hardship, particularly with respect to the range of applicable performance and financial cost factors and the relatively high burden of proof. In support of that basic submission, the CCLA advanced several arguments. First, that there was no evidence of the level of expense the appellant would bear in referring a person who tested positively to appropriate treatment and how this would impact on the appellant's profitability. Secondly, that there was no basis upon which the Panel could conclude that an employee referred to treatment would be unproductive in any case. Finally, that under the policy, some employees who have no productivity problems will be terminated for drug use. Accordingly, such a policy, by admitting no exceptions, cannot constitute reasonable accommodation in the face of the admonition by the Supreme Court of Canada that the factors going to reasonable accommodation must be applied with flexibility and in a specific factual context.

[104] The appellant submits that to require more accommodation than it already provides would amount to affording to drug dependent employees an absolute exemption from the policy. Such an interpretation of the duty to accommodate the appellant says, runs counter to the views of the Supreme Court of Canada that employment practices that indirectly discriminate ought not to be struck and further that the duty to accommodate carries with it a corresponding duty on the part of employees to assist in achieving some reasonable accommodation.⁴³

réadaptation. L'obligation de consentir à des adaptations raisonnables a toutefois des limites. Par exemple, si l'employeur inscrit un employé à un programme de réadaptation et que l'employé ne surmonte pas sa dépendance, on considérera qu'il a respecté son obligation.

[103] L'ACLC soutient que dans leurs conclusions, le juge des requêtes et la formation omettent de reconnaître et d'appliquer le critère qui s'applique à la contrainte excessive, en particulier en ce qui concerne la gamme des facteurs applicables relatifs au rendement et aux coûts financiers et la charge de la preuve relativement stricte. À l'appui de cette observation fondamentale, l'ACLC a avancé plusieurs arguments. Premièrement, elle a affirmé qu'il n'existe aucun élément de preuve au sujet du montant que l'appelante devrait dépenser lorsqu'elle renvoie l'individu dont le test a donné un résultat positif au programme de traitement approprié et au sujet de la façon dont cela influencerait sur la rentabilité de l'appelante. Deuxièmement, rien ne permettait à la formation de conclure que l'employé qui était renvoyé à un programme de traitement ne serait de toute façon pas productif. Enfin, en vertu de la politique, certains employés qui n'avaient pas de problèmes de productivité étaient congédiés pour avoir consommé de la drogue. Par conséquent, pareille politique, en n'admettant pas d'exceptions, ne pouvait pas prévoir de mesures d'accommodement raisonnables compte tenu de l'avertissement donné par la Cour suprême du Canada, soit que les facteurs relatifs à l'accommodement raisonnable doivent être appliqués avec souplesse et dans un contexte factuel précis.

[104] L'appelante soutient qu'exiger d'autres mesures d'accommodement en plus de celles qu'elle prend équivaldrait à exempter d'une façon absolue de la politique les employés qui ont une dépendance envers la drogue. Selon l'appelante, pareille interprétation de l'obligation d'accommodement va à l'encontre des avis exprimés par la Cour suprême du Canada, à savoir que les pratiques d'emploi qui constituent de la discrimination indirecte ne devraient pas être annulées et en outre que l'obligation d'accommodement comporte l'obligation correspondante de la part des employés d'aider à en arriver à un accommodement raisonnable⁴³.

[105] In my view, accommodation is an integral part of the policy.⁴⁴ The operation of the policy is consistent with its stated rehabilitative purpose: no employee testing positive on an initial drug test will be terminated because of a positive test result. The initial positive result remains confidential and undisclosed. Counselling and further rehabilitation programs are offered to employees testing positively on subsequent drug tests before any change in the employee's status is considered. Employees will only face dismissal if they refuse to participate in a drug test or in a rehabilitation program or fail rehabilitation efforts and continue in their use of illegal drugs. Further, even in those situations, a review of the specific circumstances of the employee concerned is undertaken before any final decision is made about termination in order to ensure that the employee has been given every opportunity to rehabilitate and to comply with the policy.⁴⁵

[106] In finding that the appellant reasonably accommodates drug dependent employees, the Panel recognized the appellant's focus on rehabilitation, noting the following attributes of the operation of the policy:⁴⁶

- when an employee tests positive in the first instance the Bank maintains the employee on the work force;
- if a second test is also positive the employee is referred for assessment at a clinic;
- following the assessment, the employee is provided with whatever treatment is indicated to be necessary from counselling to a residential treatment program;
- throughout the employee remains employed by the Bank;
- it is only after treatment and if the employee tests positive again that employment is terminated.

[107] Furthermore, as I have already noticed, the Commission's own policy acknowledges that if an

[105] À mon avis, l'accommodement fait partie intégrante de la politique⁴⁴. L'application de la politique est conforme au but de réadaptation énoncé: aucun employé dont le test initial de dépistage donne un résultat positif ne sera congédié à cause de ce résultat. Le résultat positif initial demeure confidentiel et n'est communiqué à personne. Des programmes de counselling et de réadaptation sont offerts aux employés qui obtiennent un résultat positif lorsque des tests de dépistage subséquents sont effectués avant qu'on envisage de modifier leur statut. L'employé ne risque d'être congédié que s'il refuse de subir un test de dépistage de drogues ou de participer à un programme de réadaptation ou si les efforts de réadaptation échouent et si l'employé continue à consommer des drogues illégales. En outre, même en pareil cas, la situation particulière de l'employé concerné est examinée avant qu'une décision définitive soit prise au sujet de la cessation d'emploi, et ce, afin d'assurer que l'employé ait pleinement eu la possibilité de se réadapter et de se conformer à la politique⁴⁵.

[106] En concluant que l'appelante prend des mesures d'accommodement raisonnables à l'égard des employés qui ont une dépendance envers la drogue, la formation a reconnu que l'appelante met l'accent sur la réadaptation, en faisant remarquer les attributs suivants de l'application de la politique⁴⁶:

- lorsque le premier test s'avère positif, la Banque garde l'employé parmi les membres de son personnel;
- si le deuxième test est également positif, l'employé doit se soumettre à une évaluation dans une clinique;
- l'employé reçoit ensuite le traitement indiqué dans l'évaluation—des séances de counselling à un programme de traitement en établissement;
- pendant toute cette période, l'employé continue à faire partie des effectifs de la Banque;
- ce n'est qu'après qu'il a suivi un traitement et que le résultat d'un troisième test est positif qu'il est mis fin à l'emploi.

[107] En outre, comme je l'ai déjà fait remarquer, la propre politique de la Commission reconnaît que si un

employee does not overcome his or her dependence, no further accommodation by the employer is required.

[108] Accordingly, I am in respectful agreement with the conclusion of the Panel and of the Motions Judge that, by its terms, the policy provides reasonable accommodation for affected employees and that to require the appellant to do more would be unreasonable. I conclude, therefore, that the policy does accommodate affected employees to the point of undue hardship.

Summary

[109] It is my respectful view that the policy is not discriminatory and that the Panel was right in reaching that conclusion. If the policy could be said to constitute *prima facie* discrimination, then that discrimination would be adverse effect and the appellant has demonstrated to the requisite degree, that it has discharged its obligation to accommodate reasonably affected employees.

Conclusion

[110] For all these reasons, I would allow the appeal and dismiss the cross-appeal, with costs, set aside the order of the Motions Judge and dismiss the application for judicial review.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[111] ROBERTSON J.A.: This appeal stems from the decision of the Toronto-Dominion Bank (the Bank) to implement mandatory drug testing of all new and returning employees. The legal challenge to that policy does not rest on infringement of privacy rights, but on grounds of discrimination under the *Canadian Human Rights Act* (the Act). That legislation restricts employers from adopting policies that "tend to deprive" disabled persons of employment opportu-

employé ne réussit pas à surmonter sa dépendance, l'employeur n'est pas tenu de prendre d'autres mesures d'accommodement.

[108] Par conséquent, je souscris respectueusement à la conclusion de la formation et du juge des requêtes, à savoir que la politique prévoit expressément un accommodement raisonnable pour les employés touchés et qu'il serait déraisonnable d'obliger l'appelante à en faire plus. Je conclus donc que la politique prévoit des mesures d'accommodement pour les employés touchés jusqu'au point où il y aurait contrainte excessive.

Sommaire

[109] J'estime respectueusement que la politique n'est pas discriminatoire et que la formation a eu raison d'en arriver à cette conclusion. S'il était possible de dire que la politique constitue à première vue de la discrimination, il s'agirait d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable; or, l'appelante a démontré dans la mesure nécessaire qu'elle s'est acquittée de l'obligation qui lui incombait de prendre des mesures d'accommodement raisonnables avec les employés touchés.

Conclusion

[110] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel et je rejetterais l'appel incident avec dépens, j'infirmierais l'ordonnance du juge des requêtes et je rejetterais la demande de contrôle judiciaire.

* * *

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

[111] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Cet appel découle de la décision de la Banque Toronto-Dominion (la Banque) d'obliger tous ses employés nouveaux ou réembauchés à subir un test de dépistage de drogue. La contestation judiciaire de cette politique ne repose pas sur la violation du droit à la vie privée, mais sur des motifs de distinction illicite visés par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi). Cette Loi interdit aux employeurs d'adopter des lignes

nities. It also defines “disability” to include drug dependent persons.

[112] In the reasons that follow, I conclude that the Bank’s policy constitutes a prohibited discriminatory practice within the meaning of the Act. Specifically, I am of the opinion that the policy constitutes direct discrimination and that it fails to qualify as a *bona fide* occupational requirement (the so-called “BFOR” defence). I reach the latter conclusion because of the Bank’s failure to establish that its policy is “reasonably necessary”.

[113] If this is not a case of direct discrimination, then I am of the alternative view that the Bank’s policy constitutes indirect or, as it is commonly referred to, adverse effect discrimination. Once again, however, I take the position that the policy in question fails. Though the Bank established that its policy reasonably accommodates those adversely affected, it fails for the reason that it is not “rationally connected” to job performance.

[114] In my view, this case represents a challenge to the bifurcated doctrine of discrimination articulated by the Supreme Court of Canada, in two material respects. Firstly, it bears on the difficulty in discerning whether an employment rule or policy constitutes direct, as opposed to, indirect discrimination. Secondly, it forces us to recognize that the distinction being drawn between the “reasonably necessary” test applied in the context of direct discrimination and the “rational connection” test applicable to cases of indirect discrimination is neither self-evident nor self-justifying.

Background

[115] Section 10 of the Act provides that it is a discriminatory practice for an employer to establish a

de conduite qui sont «susceptibles d’annihiler» les chances d’emploi d’individus atteints d’une déficience. Elle définit en outre la «déficience» comme comprenant les individus qui ont une dépendance envers la drogue.

[112] Dans les motifs ci-après énoncés, je conclus que la politique de la Banque constitue un acte discriminatoire illicite au sens de la Loi. Plus précisément, je suis d’avis que la politique constitue de la discrimination directe et qu’elle ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle justifiée (le soi-disant moyen de défense fondé sur une «EPJ»). J’arrive à cette dernière conclusion parce que la Banque n’a pas réussi à démontrer que sa politique est «raisonnablement nécessaire».

[113] S’il ne s’agit pas d’un cas de discrimination directe, je suis par ailleurs d’avis que la politique de la Banque constitue de la discrimination indirecte ou, comme on l’appelle communément, de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Toutefois, ici encore, j’estime que la politique en question doit être rejetée. La Banque a démontré que sa politique prévoit des mesures d’accommodement raisonnables à l’égard des individus lésés, mais cette politique doit être rejetée pour le motif qu’elle n’a pas de «lien rationnel» avec le rendement professionnel.

[114] À mon avis, la doctrine à deux volets relative à la discrimination énoncée par la Cour suprême du Canada est ici contestée sur deux points importants. En premier lieu, l’affaire montre jusqu’à quel point il est difficile de savoir si une règle ou une politique d’emploi constitue de la discrimination directe, par opposition à de la discrimination indirecte. En second lieu, l’affaire nous oblige à reconnaître que la distinction qui est faite entre le critère relatif au «caractère raisonnablement nécessaire», qui s’applique dans le contexte de la discrimination directe, et le critère relatif au «lien rationnel», qui s’applique aux affaires de discrimination indirecte, n’est ni évidente ni justifiée en soi.

Les faits

[115] En vertu de l’article 10 de la Loi, constitue un acte discriminatoire, s’il est fondé sur un motif de

policy that “deprives” or “tends to deprive” an individual, or class of individuals, of an employment opportunity on a prohibited ground of discrimination. Section 3 provides that disability is such a prohibited ground. In turn, “disability” is defined in section 25 to mean any “previous” or “existing” dependence on alcohol or a drug. Those sections read as follows:

3. (1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

...

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

(a) to establish or pursue a policy or practice, or

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

...

25. In this Act,

...

“disability” means any previous or existing mental or physical disability and includes disfigurement and previous or existing dependence on alcohol or a drug.

[116] On October 1, 1990 the Bank adopted an alcohol and substance abuse policy. The segment relating to substance abuse requires all new and returning employees to submit to a urine drug test within 48 hours of accepting an offer of employment. This requirement is printed on the Bank’s application for employment form which states that it is a condition of employment that a person undergo drug testing for “illegal substances”. Mandatory drug testing is said to be, “In keeping with the Bank’s commitment to a drug free workplace.” The Bank maintains that its

distinction illicite et s’il «est susceptible d’annihiler» les chances d’emploi ou d’avancement d’un individu ou d’une catégorie d’individus, le fait, pour l’employeur, de fixer des lignes de conduite. Selon l’article 3, la déficience constitue pareil motif. En outre, la déficience est définie à l’article 25 comme comprenant la dépendance, «présente ou passée», envers l’alcool ou la drogue. Ces dispositions sont ainsi libellées:

3. (1) Pour l’application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l’âge, le sexe, l’état matrimonial, la situation de famille, l’état de personne graciée ou la déficience

...

10. Constitue un acte discriminatoire, s’il est fondé sur un motif de distinction illicite et s’il est susceptible d’annihiler les chances d’emploi ou d’avancement d’un individu ou d’une catégorie d’individus, le fait, pour l’employeur, l’association patronale ou l’organisation syndicale:

a) de fixer ou d’appliquer des lignes de conduite;

b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l’engagement, les promotions, la formation, l’apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d’un emploi présent ou éventuel.

...

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

...

«déficience» Déficience physique ou mentale, qu’elle soit présente ou passée, y compris le défigurement ainsi que la dépendance, présente ou passée, envers l’alcool ou la drogue.

[116] Le 1^{er} octobre 1990, la Banque a adopté une politique sur l’abus de l’alcool et de produits intoxicants. La section se rapportant à l’abus de produits intoxicants exige que tous les employés nouveaux ou réembauchés se soumettent à une analyse d’urine dans les 48 heures de l’acceptation d’une offre d’emploi. Cette exigence figure sur la demande d’emploi de la Banque, où il est stipulé que comme condition d’emploi, le candidat à un emploi doit subir un test destiné à permettre de déceler la présence de «substances illégales». Il est déclaré que le dépistage obligatoire

objective is to achieve a work environment free from the effects of illegal drug use. The concerns underlying its policy include: the potential impact on the health and work performance of employees; the security of funds and information; and the possible connection between illegal drug use, criminal activity and the reputation of the Bank. Throughout the litigation the Bank has insisted that the banking industry is founded on the principles of honesty, integrity and trust. The ethical standards of the Bank and its employees are said to be an important part of maintaining customer trust and confidence.

[117] New or returning employees who refuse to submit to the drug test are dismissed for failing to comply with a condition of employment. Employees who test positive and are drug dependent, may lose their employment if they refuse to take advantage of the rehabilitation services made available to them or if rehabilitation efforts prove unsuccessful. So-called casual users of illicit substances, that is non-dependent drug users, may also lose their employment if they persist in using such drugs after having tested positive on at least three occasions. The cost of rehabilitation is borne by the Bank to the extent that needed services are not available under provincial health plans. Employees undergoing rehabilitation maintain the right to full wages and other employment benefits. The matter of "confidentiality" has never been in issue.

[118] In 1991 the Canadian Civil Liberties Association (CCLA) filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (the Commission) alleging that the Bank's drug testing policy constitutes a discriminatory practice, contrary to section 10 of the Act. The Human Rights Tribunal (the Tribunal) hearing the complaint concluded that the reference to drugs in section 25 of the Act includes both licit and

des drogues est effectué [TRADUCTION] «[c]onformément à l'engagement de la Banque à assurer un milieu de travail exempt de drogues». La Banque maintient qu'elle cherche à assurer un milieu de travail exempt des effets de la consommation de drogues illégales. Sa politique est notamment fondée sur les préoccupations suivantes: les répercussions possibles sur la santé des employés et sur leur rendement au travail; la sécurité des fonds et des renseignements financiers; le lien possible entre la consommation de drogues illégales, les activités criminelles et la réputation de la Banque. Pendant toute la durée du litige, la Banque a affirmé avec insistance que le secteur bancaire est fondé sur l'honnêteté, l'intégrité et la confiance. La probité professionnelle de la Banque et de ses employés joue un rôle important, est-il allégué, dans le maintien de la confiance des clients.

[117] Les employés nouveaux ou réembauchés qui refusent de se soumettre au test de dépistage sont congédiés pour avoir omis de se conformer à une condition d'emploi. L'employé dont le test est positif et qui a une dépendance envers la drogue peut perdre son emploi s'il refuse de se prévaloir des services de réadaptation qui sont mis à sa disposition ou si les efforts de réadaptation ne portent pas fruit. Les soi-disant usagers occasionnels de substances illicites, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas de dépendance envers la drogue, peuvent également perdre leur emploi s'ils continuent à utiliser des drogues après avoir obtenu un résultat positif au moins trois fois. Les frais de réadaptation sont pris en charge par la Banque dans la mesure où les services nécessaires ne sont pas offerts dans le cadre des régimes provinciaux d'assurance-maladie. Les employés qui participent à un programme de réadaptation ont encore droit à leur salaire et aux autres avantages sociaux. La question de la «confidentialité» n'a jamais été en cause.

[118] En 1991, l'Association canadienne des libertés civiles (l'ACLC) a déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) une plainte dans laquelle il était allégué que la politique de la Banque en matière de dépistage de drogues est un acte discriminatoire contraire à l'article 10 de la Loi. Le Tribunal des droits de la personne (le Tribunal) qui a entendu la plainte a conclu que l'arti-

illicit drugs and not just the former as contended by the Bank. The Tribunal went on to conclude that the CCLA failed to make out a *prima facie* case of discrimination. In particular, the Tribunal found that no one was denied employment under the Bank's policy on the basis of drug dependence. Accordingly, the CCLA's complaint was dismissed.

[119] In the alternative, the Tribunal found that if the Bank's policy was discriminatory, the discrimination was indirect or adverse effect discrimination and that the rehabilitation services made available by the Bank to drug dependent employees constituted reasonable accommodation short of undue hardship. Pursuant to this analysis the Bank's policy remains valid.

[120] In the further alternative, the Tribunal concluded that if the Bank's policy constituted direct discrimination then the CCLA's complaint is well-founded because of the Bank's failure to successfully invoke the BFOR defence. Though the Tribunal held that the Bank had acted in good faith, it failed to satisfy the requirement that its policy was reasonably necessary.

[121] I digress here for a moment to note that in the context of direct discrimination both the terms "reasonably necessary" and "rational connection" have been used by the Supreme Court when describing the legal test to be met in establishing the BFOR defence. In the context of indirect discrimination the jurisprudence speaks solely of a "rational connection" between the neutral employment rule and job performance. To avoid confusion, I shall use the term "reasonably necessary" in the context of direct discrimination and the BFOR defence. The term "rational connection" is restricted to the discussion on indirect discrimination: see *infra*.

[122] The Commission sought judicial review of the Tribunal's decision. The CCLA has remained as a

cle 25 de la Loi vise tant les drogues licites que les drogues illicites et non uniquement les drogues licites comme le soutenait la Banque. Le Tribunal a ensuite conclu que l'ACLC n'avait pas fourni une preuve *prima facie* de discrimination. En particulier, il a conclu qu'en vertu de la politique de la Banque, personne ne se voyait refuser un emploi pour dépendance envers la drogue. La plainte de l'ACLC a donc été rejetée.

[119] Subsidiairement, le Tribunal a conclu que si la politique de la Banque était discriminatoire, il s'agissait d'une discrimination indirecte ou d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable et que les services de réadaptation que la Banque offrait aux employés qui avaient une dépendance envers la drogue constituaient un accommodement raisonnable jusqu'au point où il y aurait contrainte excessive. Selon cette analyse, la politique de la Banque demeure valide.

[120] Subsidiairement encore, le Tribunal a conclu que si la politique de la Banque constituait de la discrimination directe, la plainte de l'ACLC est fondée parce que la Banque n'a pas réussi à établir le moyen de défense fondé sur l'EPJ. Le Tribunal a statué que la Banque avait agi de bonne foi, mais qu'elle ne satisfaisait pas à l'exigence voulant que sa politique soit raisonnablement nécessaire.

[121] Je ferai ici une légère digression pour faire remarquer que, dans le contexte de la discrimination directe, les expressions «raisonnablement nécessaire» et «lien rationnel» ont toutes les deux été employées par la Cour suprême pour décrire le critère juridique auquel il faut satisfaire afin d'établir un moyen de défense fondé sur une EPJ. Dans le contexte de la discrimination indirecte, il est uniquement question dans les arrêts d'un «lien rationnel» entre la règle d'emploi neutre et le rendement professionnel. Pour éviter toute confusion, j'utiliserai l'expression «raisonnablement nécessaire» dans le contexte de la discrimination directe et du moyen de défense fondé sur une EPJ. L'expression «lien rationnel» sera réservée à la discrimination indirecte: voir ci-dessous.

[122] La Commission a demandé le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal. L'ACLC a agi à titre

party respondent leading up to and including this appeal. The Motions Judge held that the drug testing policy constituted indirect discrimination, but that the Bank had accommodated its employees to the point of undue hardship. The Motions Judge accepted that hardship is reached when the Bank is faced with the continued presence of an employee who cannot be rehabilitated or who persists in using illegal drugs. In considering whether the Bank's policy offers reasonable accommodation to drug dependent persons, the Motions Judge found that the Tribunal did not reach a conclusion on whether the Bank's policy was "rationally connected to job performance" and, therefore, the Tribunal did not make all the findings necessary to decide the case. Consequently, the Motions Judge allowed the judicial review application and remitted the matter to the Tribunal for consideration of this issue. If a rational connection could be established, she directed that the CCLA's complaint be dismissed. If the Tribunal were to conclude otherwise, then it was directed to find that the Bank's policy constitutes adverse effect discrimination which had not been accommodated and, therefore, the Bank's policy contravenes section 10 of the Act.

[123] The Bank now appeals the Motions Judge's order setting aside the Tribunal's decision. It argues that the Tribunal did not err in dismissing the CCLA's complaint on the basis that the Bank's policy does not constitute a prohibited discriminatory practice within the meaning of section 10 of the Act. The CCLA cross-appeals on the ground that this is a case of direct discrimination and that the Bank is not entitled to invoke the BFOR defence for the reasons given by the Tribunal. The Commission cross-appeals on the ground that this is a case of indirect discrimination and that the policy fails for lack of a rational connection to job performance.

Preliminary Issues

[124] Two preliminary points must be addressed before I proceed with the substantive issues at hand.

de partie intimée et elle agit encore à ce titre dans le présent appel. Le juge des requêtes a statué que la politique de dépistage des drogues constituait de la discrimination indirecte, mais que la Banque avait composé avec ses employés jusqu'au point de faire face à des contraintes excessives. Le juge des requêtes a reconnu qu'il y a contrainte lorsque la Banque continue à avoir à son service un employé qui ne peut pas se réadapter ou qui continue à utiliser des drogues illégales. Quant à la question de savoir si la politique de la Banque offre un accommodement raisonnable aux toxicomanes, le juge des requêtes a conclu que le Tribunal n'avait pas déterminé si la politique de la Banque avait «un lien rationnel avec le rendement» et qu'il n'avait donc pas tiré toutes les conclusions nécessaires pour trancher l'affaire. Il a donc fait droit à la demande de contrôle judiciaire et renvoyé l'affaire au Tribunal pour examen de cette question. Le juge des requêtes a ordonné que la plainte de l'ACLCL soit rejetée si un lien rationnel pouvait être établi. Si le Tribunal devait tirer une conclusion contraire, le juge des requêtes lui ordonnait de conclure que la politique de la Banque constituait de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable qui n'avait pas fait l'objet d'un accommodement et qu'elle violait donc l'article 10 de la Loi.

[123] La Banque interjette maintenant appel contre l'ordonnance par laquelle le juge des requêtes a infirmé la décision du Tribunal. Elle soutient que le Tribunal n'a pas commis d'erreur en rejetant la plainte de l'ACLCL pour le motif que la politique de la Banque ne constitue pas un acte discriminatoire illicite au sens de l'article 10 de la Loi. L'ACLCL interjette un appel incident en alléguant qu'il s'agit d'une affaire de discrimination directe et que la Banque n'a pas le droit d'invoquer une EPJ comme moyen de défense, et ce, pour les motifs énoncés par le Tribunal. La Commission interjette un appel incident en alléguant qu'il s'agit d'une affaire de discrimination indirecte et que la politique doit être rejetée parce qu'il n'existe pas de lien rationnel avec le rendement au travail.

Questions préliminaires

[124] Je dois régler deux points préliminaires avant de procéder à l'examen des questions de fond ici en

First, the Bank submits that the issue of direct discrimination cannot be pursued by the CCLA for the reason that it was not raised in the originating notice of motion. While it is true that the Commission sought only to challenge the Bank's drug testing policy on the basis of indirect discrimination, it is also true that the CCLA's right to argue direct discrimination was fully debated before the Motions Judge and that she ruled in its favour. In the circumstances, I am not prepared to overturn the Motions Judge's decision respecting the sufficiency of the originating notice of motion. This is not the type of case where it can be said that the pleadings were so defective as to take the Bank by surprise. This is a case in which, from the outset, the allegation of direct discrimination has been at the centre of the legal controversy.

[125] The second preliminary issue which must be addressed is the Bank's contention that the reference to "dependence on . . . a drug" in the definition of "disability" in section 25 of the Act, is not intended to extend protection to those dependent on "illegal" drugs. In its written argument, the Bank based this assumption on extracts from the transcript of hearings before the Standing Committee on Justice and Legal Affairs at the time the Act was first proposed. I note that in oral argument, this position was not pursued with much vigour. Thus, I shall be equally brief in my analysis of this issue.

[126] In my view, it would be contrary to the Supreme Court's approach to the interpretation of human rights legislation to construe section 25 of the Act narrowly by reading in the word "legal" so as to modify the phrase "dependence on [legal] drugs": see *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at page 89. Surely, it is accepted that dependence on illegal substances is just as, if not more, common than dependence on legal drugs. The comments made before the Standing Committee by then Minister of Justice, Mark MacGuigan, were based on an analysis of the American approach which

cause. En premier lieu, la Banque soutient que l'ACLCL ne peut pas débattre la question de la discrimination directe puisque cette question n'a pas été soulevée dans l'avis de requête introductive d'instance. Il est vrai que la Commission a uniquement cherché à contester la politique de dépistage de drogues de la Banque en alléguant qu'il y avait discrimination indirecte, mais il est également vrai que la question de savoir si l'ACLCL avait le droit d'invoquer la discrimination directe a été pleinement débattue devant le juge des requêtes, qui a rendu une décision en faveur de l'ACLCL. Dans ces conditions, je ne suis pas prêt à infirmer la décision que le juge des requêtes a rendue au sujet de la suffisance de l'avis de requête introductive d'instance. Ce n'est pas le genre de cas dans lequel on peut dire que les plaidoiries étaient défectueuses à un point tel que la Banque a été prise par surprise. Il s'agit d'un cas dans lequel, au départ, le litige était axé sur l'allégation de discrimination directe.

[125] Le second point à régler se rapporte à la prétention de la Banque selon laquelle la «dépendance envers la drogue» dont il est fait mention à l'article 25 de la Loi n'est pas destinée à protéger les personnes qui ont une dépendance envers des drogues «illégales». Dans ses plaidoiries écrites, la Banque a fondé cette hypothèse sur des extraits de la transcription des audiences qui ont eu lieu devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques au moment où le projet de loi a d'abord été présenté. Je remarque que dans les plaidoiries orales on n'a pas insisté sur ce point. Je me contenterai donc de faire une brève analyse.

[126] À mon avis, il serait contraire à l'approche que la Cour suprême a adoptée en matière de droits de la personne d'interpréter l'article 25 de la Loi strictement en y incorporant le mot «légal» de façon à modifier l'expression «dépendance envers la drogue [légale]»: voir *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, à la page 89. À coup sûr, il est reconnu que la dépendance envers les substances illégales est au moins aussi commune que la dépendance envers les drogues légales. Les remarques que le ministre de la Justice de l'époque, Mark MacGuigan, a faites devant le Comité permanent étaient fondées sur une analyse

developed in the context of that country's "war on drugs" policy of the 1980s. Our legislation is not influenced by the same politics. In any event, to my mind it would be impractical to protect only those dependent on so-called "legal" drugs as some of those might be obtained or used in an "illegal" fashion. I turn now to the substantive issues presented by this appeal.

Issues

[127] The ultimate question to be answered is whether the Bank's drug testing policy constitutes a prohibited discriminatory practice within the meaning of section 10 of the Act. In turn, that question breaks down into four sub-issues. First, does the Bank's drug testing policy constitute *prima facie* discrimination? Second, and if so, does the policy amount to direct, as opposed to indirect, discrimination? Third, assuming this to be a case of direct discrimination, did the Tribunal err in concluding that the BFOR defence is not available to the Bank? Fourth, assuming this to be a case of indirect discrimination, did the Tribunal hold that the rational connection test had not been met? This fourth issue bears upon the difficulty of discerning the extent to which the rational connection test differs from the reasonable necessity criterion applied in establishing the BFOR defence. The starting point of any analysis is the Tribunal's reasons for concluding that the CCLA failed to establish a *prima facie* case of discrimination.

The Tribunal's Finding of No *Prima Facie* Discrimination

[128] In my respectful view, the Tribunal erred in concluding that a case of *prima facie* discrimination had not been established. The Tribunal's reasons contain two key passages which the Bank regards as the rationale for the finding of "no discrimination"

de l'approche américaine qui a été élaborée dans le contexte de la politique américaine concernant la «lutte contre la drogue» des années 1980. Or, notre législation n'est pas influencée par les mêmes politiques. Quoiqu'il en soit, il ne serait, à mon avis, pas pratique de protéger uniquement les individus qui ont une dépendance envers des soi-disant drogues «légal» puisque certaines de ces drogues pourraient être obtenues ou utilisées d'une façon «illégal». J'examinerai maintenant les questions de fond qui se posent en l'espèce.

Les points litigieux

[127] Il s'agit en fin de compte de savoir si la politique de dépistage de drogues de la Banque constitue un acte discriminatoire illicite au sens de l'article 10 de la Loi. Dans ce contexte, quatre questions accessoires se posent. Premièrement, la politique de dépistage de drogues de la Banque constitue-t-elle à première vue de la discrimination? Deuxièmement, dans l'affirmative, la politique équivaut-elle à de la discrimination directe, par opposition à de la discrimination indirecte? Troisièmement, à supposer qu'il s'agisse d'un cas de discrimination directe, le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que la Banque ne peut pas invoquer une EPJ comme moyen de défense? Quatrièmement, à supposer qu'il s'agisse d'un cas de discrimination indirecte, le Tribunal a-t-il statué que le critère relatif au lien rationnel n'avait pas été satisfait? La quatrième question montre jusqu'à quel point il est difficile de savoir dans quelle mesure le critère relatif au lien rationnel diffère du critère relatif à la nécessité raisonnable qui s'applique au moyen de défense fondé sur une EPJ. Toute analyse est fondée au départ sur les motifs pour lesquels le Tribunal a conclu que l'ACLC n'avait pas réussi à présenter une preuve *prima facie* de discrimination.

Conclusion du Tribunal selon laquelle il n'y avait pas à première vue de discrimination

[128] À mon avis, le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'on n'avait pas fourni une preuve *prima facie* de discrimination. Selon la Banque, deux passages cruciaux des motifs du Tribunal montrent ce sur quoi était fondée la conclusion relative à

(Tribunal's reasons, at pages 211 and 212):

The Tribunal finds that when employment is terminated following the refusal of an employee to comply with the Bank policy, whether it be refusal to provide a urine sample or at any subsequent stage, the termination is for breach of a condition of employment and it is not necessary to look beyond that for a "perception of drug dependence".

...

The Tribunal finds that the ultimate dismissal is not based upon a perceived disability (drug dependence) but upon the persistent use of an illegal substance even though in some instances that may include a drug dependent person. Thus, the policy and practice of the Bank does not constitute discrimination on a prohibited ground under the CHRA.

[129] The above passages support the understanding that it is not the Bank's policy which deprives drug dependent persons of an employment opportunity. Rather, it is the latter's failure to comply with the policy and for that reason the policy is not discriminatory. Non-compliance arises when drug dependent persons either refuse to undergo drug rehabilitation or attempts at rehabilitation prove unsuccessful. In short, it is argued that the Bank cannot be faulted for dismissing anyone who persists in ingesting illegal substances having regard to the rehabilitative services made available to employees at the Bank's expense. It is not the actions or fault of the Bank that lead to the termination of employment. It is the failure of new and returning employees to submit to drug testing or to desist in the use of illegal drugs in accordance with the terms of their employment contract. Underlying this argument is the belief that the Bank has the right to insist on a work environment free of illegal drug use, given the fact that it is willing to reasonably accommodate drug dependent employees. (I am ignoring the fact that the Bank's policy is under-inclusive to the extent that it does not apply to employees hired prior to the date the policy was first implemented. Presumably the Bank is not concerned with the "integrity" of those hired before the policy came into force or their ability to perform assigned tasks competently.)

l'«absence de discrimination» (motifs du Tribunal, aux pages 211 et 212):

Le Tribunal considère que, lorsqu'il est mis fin à un emploi à la suite du refus d'un employé de se conformer à la politique de la Banque, qu'il s'agisse du refus de fournir un échantillon d'urine ou d'un refus manifesté à un stade ultérieur du processus de dépistage, le congédiement découle d'une violation d'une condition d'emploi et il n'est pas nécessaire d'examiner s'il existe une «présomption de dépendance envers la drogue».

...

Le Tribunal conclut que le congédiement final ne découle pas d'une présomption de déficience (dépendance envers la drogue), mais plutôt de la consommation répétée d'une substance illégale même si, dans certains cas, la personne visée peut souffrir de toxicomanie. Par conséquent, la politique de la Banque ne constitue pas de la discrimination pour un motif de distinction illicite au sens de la LCDP.

[129] Les passages précités étayaient la thèse selon laquelle ce n'est pas la politique de la Banque qui est susceptible d'annihiler les chances d'emploi des individus qui ont une dépendance envers la drogue; c'est plutôt l'omission de ces derniers de se conformer à la politique. Partant, la politique n'est pas discriminatoire. Il y a inobservation de la politique lorsqu'un individu qui a une dépendance envers la drogue refuse de participer au programme de réadaptation ou lorsque les tentatives de réadaptation s'avèrent infructueuses. Bref, il est soutenu qu'on ne saurait blâmer la Banque de congédier quelqu'un qui continue à consommer des substances illégales, compte tenu des services de réadaptation qu'elle met à ses frais à la disposition des employés. Ce ne sont pas les actions de la Banque ou une faute commise par la Banque qui mènent à la cessation d'emploi, mais le fait que l'employé nouveau ou réembauché omet de se soumettre au test de dépistage de drogues ou de cesser d'utiliser des drogues illégales conformément aux conditions de son contrat d'emploi. Cet argument est fondé sur la conviction que la Banque a le droit d'insister pour avoir un milieu de travail dans lequel les drogues illégales ne sont pas utilisées, étant donné qu'elle est prête à prendre des mesures raisonnables d'accommodement à l'égard des employés qui ont une dépendance envers la drogue. (Je ne tiens pas compte du fait que la politique de la Banque n'a pas une portée assez large dans la mesure où elle ne s'applique pas aux employés embauchés avant la date à laquelle la

[130] In my opinion, the above argument is flawed in two material respects. First, it is premised on the mistaken belief that a successful plea of reasonable accommodation on the part of an employer renders non-discriminatory that which constitutes *prima facie* discrimination. A finding of reasonable accommodation does not negate the legal conclusion that an employment policy has a discriminatory effect on certain employees. That is why the legal term “*prima facie* discrimination” is used in the jurisprudence. The accommodation doctrine is a defence to a *prima facie* case of discrimination, not a cleansing agent. In the context of the Act, the legal effect of the defence once established is to place a discriminatory practice outside the prohibited category.

[131] My second objection to the Tribunal’s finding of no discrimination stems from its failure to appreciate that if an employment rule is not “reasonably necessary”, or there is no “rational connection” between the rule and job performance, then it is irrelevant whether or not an employer is willing to accommodate its employees. A simple analogy bears out the validity of this conclusion. Assume the Bank were to implement a policy requiring tellers to wear protective head gear at all branch offices during business hours. Assume also that the Bank is willing to accommodate employees (e.g. Sikhs) who object to the rule on religious grounds. In these extreme circumstances, I take it as a matter of common sense that the Bank’s “hard hat” rule would be deemed neither reasonably necessary nor rationally connected to job performance and, therefore, unenforceable. If one is prepared to accept that conclusion then it necessarily follows that the Bank’s offer of accommodation is no longer a relevant consideration. It is for these reasons that I am of the opinion that the Tribunal erred in

politique a d’abord été mise en œuvre. La Banque ne semble pas se préoccuper de l’«intégrité» des employés embauchés avant l’entrée en vigueur de la politique ou de la capacité de ceux-ci de s’acquitter avec compétence des tâches assignées.)

[130] À mon avis, l’argument susmentionné est défectueux, et ce, pour deux raisons importantes. En premier lieu, il est fondé sur la conviction erronée que le fait que l’employeur plaide avec succès l’accommodement raisonnable rend non discriminatoire ce qui constitue à première vue de la discrimination. Or, le fait qu’il est conclu à l’existence d’un accommodement raisonnable n’empêche pas de tirer une conclusion de droit selon laquelle une politique d’emploi a un effet discriminatoire sur certains employés. C’est pourquoi il est question dans la jurisprudence du fait qu’il existe «à première vue de la discrimination». La doctrine de l’accommodement constitue un moyen de défense lorsqu’il existe une preuve *prima facie* de discrimination; cette doctrine n’a pas pour effet d’éliminer pareille discrimination. Dans le contexte de la Loi, ce moyen de défense, une fois qu’il est établi, a pour effet d’exclure l’acte discriminatoire de la catégorie des actes illicites.

[131] Je m’oppose à la conclusion du Tribunal relative à l’absence de discrimination pour une autre raison: en effet, le Tribunal ne s’est pas rendu compte que si une règle d’emploi n’est pas «raisonnablement nécessaire», ou s’il n’existe aucun «lien rationnel» entre la règle et le rendement au travail, il importe peu que l’employeur veuille composer avec ses employés. Une simple analogie permet de confirmer le bien-fondé de cette conclusion. Supposons que la Banque mette en œuvre une politique obligeant les caissiers à porter un casque protecteur dans toutes ses succursales pendant les heures de bureau. Supposons également que la Banque soit prête à composer avec les employés (par exemple, avec les Sikhs) qui s’opposent à la règle pour des motifs religieux. Dans ces circonstances extrêmes, le bon sens permettrait selon moi de considérer la règle que la Banque a adoptée au sujet du «casque protecteur» comme n’étant ni raisonnablement nécessaire ni rationnellement liée au rendement professionnel et partant, inapplicable. Si l’on est prêt à retenir cette conclusion, il s’ensuit nécessairement

concluding that the Bank's policy does not constitute *prima facie* discrimination.

[132] Before turning to the remaining issues, I wish to address an argument advanced below and before this Court which, in my opinion, lacks merit. The argument is to the effect that since all drug users, that is drug dependent persons as well as casual users, are accorded identical treatment under the Bank's policy there can be no discrimination. The Bank takes the position that it was appropriate for the Tribunal to have considered the fact that both dependent and non-dependent (casual) users of drugs face dismissal in reaching its conclusion that the policy does not discriminate on a prohibited ground.

[133] In my opinion, the above argument is irrelevant. The issue is not whether casual users of illegal drugs and drug dependent persons are treated equally. The central issue is whether the Bank's policy has the effect of depriving or tending to deprive drug dependent persons of employment opportunities. Admittedly, there are several ways of defining the relevant comparison groups affected by the Bank's drug testing policy. For example, one could broaden the scope of the comparison groups to include all employees hired before the Bank's drug testing policy was adopted in 1990. But that type of analysis is simply unnecessary in light of the specific statutory wording of section 10 of the Act. That section tells us what constitutes discrimination and therefore, there is no need to even look at the common law definition: see *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

Discrimination—Direct v. Indirect

[134] I do not see how one can avoid the conclusion that the Bank's drug testing policy constitutes a *prima*

que l'offre d'accommodement de la Banque ne constitue plus une considération pertinente. C'est pourquoi je suis d'avis que le Tribunal a commis une erreur en concluant que la politique de la Banque ne constitue pas à première vue de la discrimination.

[132] Avant d'examiner les autres questions, j'aimerais parler d'un argument qui a été avancé en première instance et devant cette Cour, lequel à mon avis n'est pas fondé. Il est soutenu qu'étant donné que tous les consommateurs de drogues, c'est-à-dire les individus qui ont une dépendance envers la drogue ainsi que les consommateurs occasionnels de drogues, sont traités de la même façon en vertu de la politique de la Banque, il ne peut pas y avoir discrimination. La Banque soutient qu'il était approprié pour le Tribunal de tenir compte du fait que tant les consommateurs qui avaient une dépendance envers la drogue que les consommateurs qui n'avaient pas de dépendance (soit les consommateurs occasionnels) risquaient d'être congédiés lorsqu'il a conclu que la politique ne crée pas de distinction illicite.

[133] À mon avis, l'argument susmentionné n'est pas pertinent. Il ne s'agit pas de savoir si les consommateurs occasionnels de drogues illégales et les individus qui ont une dépendance envers la drogue sont traités de la même façon. Il s'agit fondamentalement de savoir si la politique de la Banque est susceptible d'annihiler les chances d'emploi des individus qui ont une dépendance envers la drogue. À vrai dire, il y a plusieurs façons de définir aux fins d'une comparaison les groupes qui sont touchés par la politique de dépistage de drogues de la Banque. Ainsi, il serait possible d'élargir les groupes de façon à inclure tous les employés qui avaient été embauchés avant que la Banque ait adopté cette politique en 1990. Cependant, ce genre d'analyse est tout simplement inutile compte tenu du libellé précis de l'article 10 de la Loi. Cette disposition définit ce qui constitue de la discrimination et il n'est donc même pas nécessaire de se reporter à la définition donnée en common law: voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

La discrimination directe et la discrimination indirecte

[134] Je ne vois pas comment il est possible de ne pas conclure que la politique de dépistage de drogues

facie discriminatory practice. I say this because the Bank's policy raises the likelihood of drug dependent employees losing their recently acquired employment. An employment policy aimed at ensuring a work environment free of illegal drug use must necessarily impact negatively on those who are drug dependent. Surely, the Bank's policy qualifies as *prima facie* discrimination, that is to say an employment practice which "tends to deprive" drug dependent persons of an employment opportunity within the meaning of section 10 of the Act. Moreover, it must be remembered that at this stage in the analysis it is irrelevant whether the Bank's policy is saved by either the BFOR defence or the accommodation doctrine. Once it is accepted that the Bank's policy qualifies as *prima facie* discrimination, then the immediate issue is whether the Bank's policy constitutes direct as opposed to indirect discrimination. The relevance of the distinction requires explanation.

[135] The immediate significance of the Supreme Court's bifurcated approach to discrimination lies in the defences available to an employer. In cases of direct discrimination an employer must satisfy the requirements of the BFOR test, otherwise the impugned work rule falls. If an employer succeeds in establishing that defence then the employment rule is enforceable. Moreover, the prevailing view is that there is no duty on an employer to accommodate individual employees. In cases of indirect discrimination, it is unnecessary for an employer to satisfy the requirements of the BFOR defence. The work rule remains enforceable. The only obligation imposed on an employer is to make reasonable efforts to accommodate those adversely affected by the rule. Accommodation efforts must be to the point of undue hardship.

[136] With respect to the cases decided by the Supreme Court, the distinction between direct and indirect discrimination has not proven problematic so

de la Banque constitue à première vue un acte discriminatoire. Je le dis parce qu'en vertu de la politique de la Banque, il est possible que les employés qui ont une dépendance envers la drogue perdent l'emploi qu'ils viennent d'obtenir. Une politique d'emploi qui vise à assurer un milieu de travail dans lequel on ne consomme pas de drogues illégales doit nécessairement avoir un effet préjudiciable sur les toxicomanes. À coup sûr, la politique de la Banque constitue à première vue de la discrimination, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une ligne de conduite qui «est susceptible d'annihiler» les chances d'emploi des individus qui ont une dépendance envers la drogue au sens de l'article 10 de la Loi. En outre, il faut se rappeler qu'à ce stade de l'analyse, il importe peu que la politique de la Banque soit protégée par un moyen de défense fondé sur une EPJ ou par la doctrine de l'accommodement. Une fois qu'il est reconnu que cette politique constitue à première vue de la discrimination, il faut se demander si elle constitue de la discrimination directe par opposition à de la discrimination indirecte. Il est opportun d'expliquer pourquoi cette distinction est pertinente.

[135] L'approche à double volet que la Cour suprême a adoptée à l'égard de la discrimination est d'un intérêt immédiat au point de vue des moyens de défense que l'employeur peut invoquer. Dans les cas de discrimination directe, l'employeur doit satisfaire aux exigences du critère relatif aux EPJ, à défaut de quoi la règle d'emploi contestée doit être rejetée. Si l'employeur réussit à faire valoir ce moyen de défense, la règle d'emploi s'applique. En outre, on estime généralement que l'employeur n'est pas tenu de composer avec des employés individuels. Dans les cas de discrimination indirecte, l'employeur n'a pas à satisfaire aux exigences qui s'appliquent au moyen de défense fondé sur une EPJ. La règle d'emploi continue à s'appliquer. L'employeur est uniquement tenu de faire des efforts raisonnables pour composer avec les individus lésés. Des efforts d'accommodement doivent être faits dans la mesure où cela ne crée pas de contraintes excessives.

[136] En ce qui concerne les décisions rendues par la Cour suprême, la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte n'a pas posé de

far as their legal outcome is concerned. It is true that in *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561, the Supreme Court treated the “hard hat” rule as one of direct discrimination but subsequently reclassified it in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489 as being an example of indirect discrimination. Nonetheless, the legal result remained the same. In all but one of the cases decided by the Supreme Court the human rights complaint focused on either religious or age discrimination. The exception is *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279 where “family status” was the ground of alleged discrimination. In the present case, it is of critical significance whether the Bank’s drug testing policy is characterized as a form of direct or indirect discrimination because of the competing defences available to the Bank and the different criteria to be met. The distinction between these two forms of discrimination was first articulated in *Ontario Human Rights Commission and O’Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536 (hereinafter referred to as *O’Malley*). Justice McIntyre stated (at page 551):

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, “No Catholics or no women or no blacks employed here.” . . . On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristics of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. For essentially the same reasons that led to the conclusion that an intent to discriminate was not required as an element of discrimination contravening the Code I am of the opinion that this Court may consider adverse effect discrimination as

problèmes en ce qui concerne le résultat juridique qui a été obtenu. Il est vrai que dans l’arrêt *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561, la Cour suprême a considéré la règle du «casque de sécurité» comme constituant de la discrimination directe, mais elle a par la suite rangé cette règle, dans l’arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, dans la catégorie de la discrimination indirecte. Néanmoins, le résultat juridique n’a pas changé. Dans toutes les affaires de droits de la personne sur lesquelles la Cour suprême s’est prononcée sauf une, la plainte se rapportait soit à la discrimination religieuse soit à la discrimination fondée sur l’âge. L’affaire *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, dans laquelle le motif de discrimination allégué était fondé sur l’«état civil», est l’exception. En l’espèce, il faut absolument savoir si la politique de dépistage de drogues de la Banque est considérée comme une forme de discrimination directe ou comme une forme de discrimination indirecte compte tenu des moyens de défense contradictoires dont la Banque peut se prévaloir et des critères différents auxquels il faut satisfaire. La distinction entre ces deux formes de discrimination a d’abord été énoncée dans l’arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O’Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autre*, [1985] 2 R.C.S. 536 (ci-après appelé l’arrêt *O’Malley*). Voici ce que le juge McIntyre a dit (à la page 551):

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu’on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable en matière d’emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu’un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n’embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir» . . . D’autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu’un employeur adopte, pour des raisons d’affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s’applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d’employés en ce qu’elle leur impose, en raison d’une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d’employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. Essentiellement pour les mêmes raisons qui sous-tendent la conclusion que l’intention d’établir une

described in these reasons a contradiction of the terms of the Code. An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply.

[137] In summary, direct discrimination arises when an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. Indirect discrimination is characterized by a neutral rule or policy of general application which has a discriminatory effect on only a sub-group. The categories are sometimes referred to in common parlance as intentional or unintentional discrimination. Direct discrimination requires a motive whereas indirect discrimination is accidental. In *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, Justice Cory notes (at page 541), “Adverse effect discrimination can occur quite innocently”. But the law is clear that it makes no difference whether discrimination is intentional or not. It is the effect of the policy which is of critical significance.

[138] In the reasons that follow I conclude that the Bank’s policy does not fall squarely within the criteria set down for classifying a work rule as indirect discrimination. I also conclude that the Bank’s policy is, on its face, directly discriminatory. I turn first to the criteria to be applied in characterizing an employment rule or policy as indirect discrimination.

Is it Indirect Discrimination?

[139] It must be conceded that the Bank’s drug testing policy meets one of the two criteria applicable to cases of alleged indirect discrimination. The policy applies to all new and returning employees but adversely affects only a sub-set of those to whom it

distinction n’est pas un élément nécessaire de la discrimination proscrire par le Code, je suis d’avis que cette Cour peut considérer que la discrimination par suite d’un effet préjudiciable, décrite dans les présents motifs, contrevient au Code. Une condition d’emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d’affaires, également applicable à tous ceux qu’elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d’une manière différente par rapport à d’autres personnes auxquelles elle peut s’appliquer.

[137] Bref, il y a discrimination directe lorsque l’employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction illicite. La discrimination indirecte est caractérisée par une règle ou une politique neutre d’application générale qui a uniquement un effet discriminatoire sur un sous-groupe. La discrimination est parfois qualifiée, dans le langage courant, de discrimination intentionnelle ou de discrimination non intentionnelle. La discrimination directe exige un motif alors que la discrimination indirecte est accidentelle. Dans l’arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, le juge Cory fait remarquer (à la page 541) que «[l]a discrimination par suite d’un effet préjudiciable peut survenir tout à fait involontairement». Cependant, il est clair en droit qu’il importe peu que la discrimination soit intentionnelle ou non. C’est l’effet de la politique qui a une importance cruciale.

[138] Dans les motifs ci-après énoncés, je conclus que la politique de la Banque ne satisfait pas exactement aux critères établis pour qu’une règle d’emploi soit considérée comme constituant de la discrimination indirecte. Je conclus également que la politique de la Banque est, à première vue, directement discriminatoire. J’examinerai d’abord les critères qui s’appliquent pour qu’une règle ou une politique d’emploi soit considérée comme de la discrimination indirecte.

La politique de la Banque constitue-t-elle de la discrimination indirecte?

[139] Il faut concéder que la politique de dépistage de drogues de la Banque satisfait à l’un des deux critères qui s’appliquent aux affaires de présumée discrimination indirecte. La politique s’applique à tous les employés nouveaux ou réembauchés, mais elle a

applies. The smaller group consists of users of illegal drugs, including those who might be found to be drug dependent. However, it is with respect to the second criteria that the argument in favour of a finding of indirect discrimination falls down. I am at a loss to understand the basis on which one can reasonably maintain that the Bank's policy meets the criterion of "neutrality".

[140] In my view, the Bank's drug testing policy is no more neutral than one which requires all prospective employees to submit to a pregnancy test. In a perverted sense such a rule is neutral because it applies to both men and women and yet it necessarily impacts on only women and in turn those who are pregnant. Is such a policy any less discriminatory than one which provides "no pregnant women need apply"? Frankly, it is difficult to understand how a policy framed in terms of eliminating illegal drug use in the work place can be characterized as "neutral" when it takes little imagination to appreciate that it will have an immediate or direct effect on drug dependent persons.

[141] I cannot accept that a work rule is neutral when it targets the removal of employees who fall within a class protected by human rights legislation. An employment policy aimed at achieving a drug-free work environment should not be deemed neutral when by design it is directed at all those who use illegal drugs and, by necessity, those who are drug dependent. The Bank's policy stands in sharp contrast to those employment rules which the Supreme Court has characterized as being indirect forms of discrimination. Certainly, it is difficult to sustain the validity of an analogy between the Bank's drug testing policy and a work rule requiring employees to wear protective head gear at a construction job site, or a policy requiring employees to engage in shift work on either weekends or weekdays. A neutral rule is more likely to be directed at how work is to be performed, not at isolating persons believed to be incapable of adequate-

uniquement un effet préjudiciable sur un sous-groupe. Ce groupe restreint est composé des consommateurs de drogues illégales, et notamment des individus qui pourraient s'avérer dépendants envers la drogue. Toutefois, c'est à l'égard du second critère que l'argument en faveur d'une conclusion de discrimination indirecte doit être rejeté. Je ne puis comprendre comment il est raisonnablement possible de maintenir que la politique de la Banque satisfait au critère de la «neutralité».

[140] À mon avis, la politique de dépistage de drogues de la Banque n'est pas plus neutre qu'une politique qui exige que tous les employés éventuels se soumettent à un test de grossesse. Dans un certain sens, pareille règle est neutre parce qu'elle s'applique tant aux hommes qu'aux femmes; pourtant, elle n'a nécessairement des répercussions que sur les femmes et, qui plus est, sur les femmes enceintes. Pareille politique est-elle moins discriminatoire qu'une politique qui prévoit qu'aucune femme enceinte ne peut présenter une demande d'emploi? Il est franchement difficile de comprendre pourquoi une politique qui vise à éliminer la consommation de drogues illégales dans le milieu de travail peut être qualifiée de «neutre» puisque, de toute évidence, elle aura un effet immédiat ou direct sur les individus qui ont une dépendance envers la drogue.

[141] Je ne puis concevoir qu'une règle d'emploi soit neutre lorsqu'elle vise à éliminer les employés qui appartiennent à une catégorie protégée par la législation sur les droits de la personne. Une politique d'emploi qui vise à assurer un milieu de travail exempt de drogues ne devrait pas être considérée comme neutre lorsqu'elle est conçue de façon à s'appliquer à tous les individus qui utilisent des drogues illégales et, nécessairement, à ceux qui ont une dépendance envers la drogue. La politique de la Banque s'oppose carrément aux règles d'emploi que la Cour suprême a considérées comme constituant des formes indirectes de discrimination. À coup sûr, il est difficile de comparer la politique de dépistage de drogues de la Banque et une règle d'emploi selon laquelle les employés doivent porter un casque protecteur sur un chantier de construction, ou une politique selon laquelle les employés doivent effectuer du travail

ly performing assigned tasks because of a disability: see for example, *Bhinder, supra*; *O'Malley, supra*; *Dairy Pool, supra*; *Bergevin, supra*.

par poste pendant la fin de semaine ou pendant la semaine. Il est plus probable qu'une règle neutre soit axée sur la façon dont le travail doit être accompli plutôt que sur des personnes isolées que l'on juge incapables de s'acquitter d'une façon adéquate des tâches assignées à cause d'une déficience: voir par exemple *Bhinder, supra*; *O'Malley, supra*; *Dairy Pool, supra*; *Bergevin, supra*.

Is it Direct Discrimination?

[142] Assuming that the Bank's drug testing policy does not qualify as indirect discrimination because of its lack of neutrality, it is still necessary to decide whether it constitutes direct discrimination. To qualify as such the policy must be "discriminatory on its face". I readily concede that this is not a case of direct discrimination if by definition that term applies only in circumstances where the impugned rule expressly targets a specific group for unequal treatment. This leads one to question whether Justice McIntyre's example of direct discrimination, "No Catholics or no women or no blacks employed here", was intended to limit the scope of direct discrimination to cases of express exclusion of specified groups. In the present case, the question is whether the absence of an explicit reference to "drug dependent persons" in the Bank's policy is fatal to a finding of direct discrimination. I think not for the very reason given by most commentators. Except for cases involving age discrimination, one is unlikely to find an employment rule or policy drafted in such blatantly discriminatory terms. Consequently, the distinction between direct and indirect discrimination outside the context of age and religious discrimination takes on chimerical proportions: see Shelagh Day and Gwen Brodsky, "The Duty to Accommodate: Who will Benefit" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 433; Anne M. Molloy, "Disability and the Duty to Accommodate" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23, at page 37.

[143] For example, Transport Canada is not going to be so tactless as to publicly state that blind persons

La politique de la Banque constitue-t-elle de la discrimination directe?

[142] À supposer que la politique de dépistage de drogues de la Banque ne soit pas considérée comme de la discrimination indirecte parce qu'elle n'est pas neutre, il reste à décider si elle constitue de la discrimination directe. Pour être considérée comme telle, la politique doit être «à première vue discriminatoire». Je concède volontiers qu'il ne s'agit pas ici d'un cas de discrimination directe si, par définition, cela ne s'applique que dans des circonstances où la règle contestée vise expressément à traiter différemment un groupe précis. Cela nous mène à nous demander si l'exemple de discrimination directe donné par le juge McIntyre «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir» était destiné à limiter la portée de la discrimination directe aux cas d'exclusion expresse de groupes précis. En l'espèce, il s'agit de savoir si le fait que les «individus qui ont une dépendance envers la drogue» ne sont pas expressément mentionnés dans la politique de la Banque nous empêche de conclure à la discrimination directe. Je ne le crois pas, et ce, pour la raison même que la plupart des commentateurs donnent. Sauf dans les cas de discrimination fondée sur l'âge, il est peu probable qu'une règle ou une politique d'emploi soit libellée en des termes discriminatoires aussi évidents. La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte en dehors du contexte de l'âge et de la discrimination religieuse devient donc chimérique: voir Shelagh Day et Gwen Brodsky, «The Duty to Accommodate: Who will Benefit» (1996), 75 *R. du B. can.* 433; Anne M. Molloy, «Disability and the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23, à la page 37.

[143] Ainsi, Transports Canada ne manquerait pas de tact à un point tel qu'il annoncerait publiquement que

need not apply for a pilot's licence. Rather a requirement that all applicants pass a visual acuity test will be sufficient to eliminate applicants whose visual acuity renders them a risk to their own safety and that of the public. But is a policy which states "no blind persons" any different than one which requires that all job applicants pass a visual acuity test. Is the difference between the wording of the two requirements sufficient to warrant a finding of indirect rather than direct discrimination? I believe not.

[144] I see no reason why an impugned employment policy has to be patently exclusionary before qualifying as direct discrimination. Direct discrimination may also arise where the exclusion of a protected group is evident on a casual reading of the challenged policy. The Bank's policy of achieving a drug-free work environment must necessarily affect those who are drug dependent. There is a sufficient proximity between the Bank's policy and the category of drug dependent persons so as to conclude that we are dealing with a case of direct discrimination. In conclusion, I find the Bank's policy of eliminating drug users from its work force is, on its "face", directly discriminatory.

[145] It has not escaped me that in ruling that the Bank's drug testing policy constitutes direct discrimination, disabled persons are confronted with yet another obstacle in their efforts to gain entrance and acceptance into the Canadian workplace. In declaring an employment rule or policy a form of direct discrimination, and assuming that the employer is able to invoke the BFOR defence, the law does not impose the duty of reasonable accommodation. That gap has the potential to prevent disabled persons from obtaining employment that can be performed competently, provided modifications to the physical work environment are undertaken or minor concessions as to the scope of assigned duties are made. Some provincial legislatures have responded to this problem. For example, in 1986 the Ontario legislation was amended

les aveugles n'ont pas à demander une licence de pilote. Il serait suffisant d'exiger que tous les candidats passent un test d'acuité visuelle de façon à éliminer les candidats qui présentent un danger pour leur propre sécurité et pour celle du public. Cependant, la politique selon laquelle les aveugles ne peuvent pas présenter de demande est-elle différente de celle qui exige que tous les candidats à un emploi passent un test d'acuité visuelle? Le libellé différent des deux exigences est-il suffisant pour qu'il soit possible de conclure à la discrimination indirecte plutôt qu'à la discrimination directe? Je ne le crois pas.

[144] Je ne vois pas pourquoi il faudrait qu'une politique d'emploi contestée soit manifestement restrictive pour qu'il soit possible de la considérer comme de la discrimination directe. Il peut également y avoir discrimination directe lorsque l'exclusion d'un groupe protégé est évidente sur simple lecture de la politique contestée. La politique de la Banque visant à assurer un milieu de travail exempt de drogues doit nécessairement avoir un effet sur les individus qui ont une dépendance envers la drogue. Il existe entre la politique de la Banque et la catégorie des individus qui ont une dépendance envers la drogue un lien suffisant pour permettre de conclure à la discrimination directe. Bref, je conclus que la politique de la Banque visant à éliminer les employés qui consomment la drogue de son milieu de travail est «à première vue» directement discriminatoire.

[145] Je me rends bien compte que lorsqu'il est décidé que la politique de dépistage de drogues de la Banque constitue de la discrimination directe, les personnes qui sont atteintes d'une déficience font encore face à un autre obstacle lorsqu'elles cherchent à être admises et acceptées dans les milieux professionnels canadiens. S'il est conclu qu'une règle ou une politique d'emploi constitue une forme de discrimination directe, à supposer que l'employeur puisse invoquer une EPJ comme moyen de défense, le droit n'impose pas d'obligation d'accommodement raisonnable. Cette lacune pourrait empêcher les personnes atteintes d'une déficience d'obtenir un emploi qu'elles peuvent exercer avec compétence, à condition que le milieu physique de travail soit modifié ou que des concessions mineures soient faites au sujet de l'éten-

to incorporate the duty to accommodate as an essential element in cases involving direct discrimination: see: Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19. To date the *Canadian Human Rights Act* has not been amended accordingly. Whether or not the Supreme Court is willing to reexamine its bifurcated doctrine of discrimination is a matter within its exclusive jurisdiction.

The BFOR Defence

[146] Accepting that the Bank's policy constitutes direct discrimination, then it qualifies as a prohibited discriminatory practice unless the Bank satisfies the requirements of the BFOR defence. The legal parameters of that defence are set out in the Supreme Court's decision in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202. Once again Justice McIntyre gave the reasons of the Supreme Court (at page 208):

To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

[147] In summary, in order for an employer to invoke successfully the BFOR defence it is necessary to establish on a balance of probabilities: (1) that the policy was imposed in good faith for a purpose related to job performance; and (2) is reasonably necessary to assure the efficient and economic performance of the work in question. The first criteria is regarded as the subjective component of the defence. The second is treated as the objective component. The objective

due des tâches assignées. Certaines assemblées législatives provinciales ont répondu à ce problème. Ainsi, en 1986, la législation de l'Ontario a été modifiée de façon à incorporer l'obligation d'accommodement en tant qu'élément essentiel dans les affaires de discrimination directe: voir le *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19 de l'Ontario. À ce jour, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'a pas été modifiée en conséquence. La question de savoir si la Cour suprême est prête à réexaminer la doctrine à double volet relative à la discrimination qu'elle a adoptée relève de sa compétence exclusive.

Le moyen de défense fondé sur une EPJ

[146] Si l'on reconnaît que la politique de la Banque constitue de la discrimination directe, cette politique constitue un acte discriminatoire illicite à moins que la Banque ne satisfasse aux exigences du moyen de défense fondé sur une EPJ. Les paramètres juridiques de ce moyen de défense sont énoncés dans la décision que la Cour suprême a rendue dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202. Ici encore, le juge McIntyre a prononcé les motifs au nom de la Cour; voici ce qu'il a dit (en page 208):

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

[147] Bref, pour que l'employeur fasse valoir avec succès le moyen de défense fondé sur une EPJ, il doit établir selon la prépondérance des probabilités: (1) qu'il était de bonne foi en imposant la politique, et ce, à des fins liées au rendement professionnel; et (2) que la politique est raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail en question. Le premier critère est considéré comme l'élément subjectif du moyen de défense et le

component underwent further refinement in *Brossard, supra*, at pages 311-312, *per* Beetz J:

... I believe that this "reasonable necessity" can be examined on the basis of the following two questions:

- (1) Is the aptitude or qualification rationally connected to the employment concerned? This allows us to determine whether the employer's purpose in establishing the requirement is appropriate in an objective sense to the job in question. In *Etobicoke*, for example, physical strength evaluated as a function of age was rationally connected to the work of being a fireman.
- (2) Is the rule properly designed to ensure that the aptitude or qualification is met without placing an undue burden on those to whom the rule applies? This allows us to inquire as to the reasonableness of the means the employer chooses to test for the presence of the requirement for the employment in question. The sixty-year mandatory retirement age in *Etobicoke* was disproportionately stringent, for example, in respect of its objective which was to ensure that all firemen have the necessary physical strength for the job.

[148] As is apparent, the language adopted in *Brossard* now speaks of rational connection as a component of the reasonable necessity test set out in *Etobicoke, supra*. The above passage redefines the objective component of the BFOR defence to include two objective criteria: (1) that the job qualification be rationally connected to the employment concerned; and (2) that the policy is designed to ensure that it is met without placing an undue burden on those to whom it applies. This latter requirement has been taken to impose an obligation on an employer to show that there is no other more reasonable, or less intrusive alternative to the policy. Thus, for example, a rule requiring individual assessment as to the physical fitness of police officers is more reasonable or less burdensome than one which calls for mandatory retirement at age 60: see Sopinka J. in *Large v. Stratford (City)*, [1995] 3 S.C.R. 733, at page 750.

[149] Ultimately, the Tribunal concluded that the BFOR defence had not been established. With respect to the subjective component of the test, the Tribunal

second comme l'élément objectif. Dans l'arrêt *Brossard, supra*, aux pages 311 et 312, le juge Beetz a donné des précisions au sujet de l'élément objectif:

... en l'espèce cette «nécessité raisonnable» peut être examinée en fonction des deux questions suivantes:

- (1) L'aptitude ou la qualité a-t-elle un lien rationnel avec l'emploi en question? C'est là un moyen de déterminer si le but visé par l'employeur en établissant l'exigence convient objectivement au poste en question. Dans l'affaire *Etobicoke*, par exemple, la force physique évaluée selon l'âge avait un lien rationnel avec le travail de pompier.
- (2) La règle est-elle bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la règle ne se voient imposer un fardeau excessif? Cela nous permet d'examiner le caractère raisonnable des moyens choisis par l'employeur pour vérifier si l'on satisfait à cette exigence dans le cas de l'emploi en question. Par exemple, l'âge de la retraite obligatoire à soixante ans dans l'affaire *Etobicoke* était d'une sévérité disproportionnée à son objectif qui était de s'assurer que tous les pompiers possédaient la force physique nécessaire pour s'acquitter de leurs fonctions.

[148] De toute évidence, dans l'arrêt *Brossard*, il est question du lien rationnel en tant qu'élément du critère relatif à la nécessité raisonnable énoncé dans l'arrêt *Etobicoke, supra*. Le passage précité définit de nouveau l'élément objectif du moyen de défense fondé sur une EPJ de façon à inclure deux critères objectifs: (1) l'exigence professionnelle doit avoir un lien rationnel avec l'emploi en question; et (2) la politique est conçue de façon que l'exigence puisse être satisfaite sans imposer un fardeau excessif aux personnes concernées. Cette dernière exigence a été interprétée comme imposant à l'employeur l'obligation de démontrer qu'il n'existe aucune autre solution plus raisonnable ou de caractère moins attentatoire. Ainsi, une règle exigeant une évaluation individuelle de l'aptitude physique des agents de police est plus raisonnable ou moins contraignante qu'une règle prévoyant la retraite obligatoire à 60 ans: voir le juge Sopinka dans l'arrêt *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733, à la page 750.

[149] Enfin, le Tribunal a conclu que le moyen de défense fondé sur une EPJ n'avait pas été établi. Quant à l'élément subjectif du critère, le Tribunal a

held that the Bank had acted in good faith. At page 216 of its reasons the Tribunal stated, “the Bank officials meet the requirement of acting honestly, in good faith and in the sincerely held belief that the policy is in the interests of the adequate performance of the work involved”.

[150] With respect to the objective component of the test the Tribunal outlined the relevant analytical framework in the following terms (at page 216):

... we must examine the rational connection between the policy objective and the performance of the job or the “reasonable necessity” which Beetz J. addressed in *Brossard*.

As Beetz J. expressed it, this entails first examining the appropriateness in an objective sense of the employers purpose in establishing the requirement and then examining the method chosen by the employer to test for that requirement.

[151] In summary, the Tribunal viewed its task as twofold. First, it examined objectively the validity of the Bank’s reasons in adopting the policy. With respect to this issue the Tribunal used the terms “rational connection” and “reasonable necessity” interchangeably. Second, the Tribunal assessed whether any reasonable alternatives were available to the Bank which were less burdensome on new and returning employees.

[152] According to the Tribunal’s reasons the Bank advanced three arguments in support of its position that mandatory drug testing is reasonably necessary or rationally connected to job performance. I shall deal with each argument and the Tribunal’s response.

[153] First, the Bank maintained that a drug problem existed. It argued that its workforce constitutes a microcosm of Canadian society and that since illegal drug use is prevalent in that society, so too must it be prevalent in the banking industry. In response, the Tribunal first noted that no research had been undertaken to support what was characterized as an impressionistic assumption. Reference was made to the common sense appreciation that because of factors such as educational requirements, the Bank’s

statué que la Banque était de bonne foi. À la page 216 de ses motifs, il a dit que «les dirigeants de la Banque satisfont à l’exigence selon laquelle ils doivent agir honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que la politique est adoptée en vue d’assurer la bonne exécution du travail en question».

[150] Quant à l’élément objectif du critère, le Tribunal a décrit comme suit le contexte analytique pertinent (à la page 216):

... nous devons examiner relativement à l’élément objectif du critère le lien rationnel entre le but visé par la politique et l’exécution du travail ou la «nécessité raisonnable» dont le juge Beetz a traité dans l’arrêt *Brossard*.

Comme l’a dit le juge Beetz, il faut tout d’abord à cette fin examiner l’exigence imposée par l’employeur afin de déterminer si elle est, d’un point de vue objectif, appropriée, et ensuite la méthode qu’il a choisie pour vérifier s’il a satisfait à cette exigence.

[151] Bref, le Tribunal considérait que sa tâche était double. En premier lieu, il a examiné objectivement le bien-fondé des motifs pour lesquels la Banque avait adopté la politique. Sur ce point, il a parlé de «lien rationnel» et de «nécessité raisonnable» d’une façon interchangeable. En second lieu, il s’est demandé si la Banque disposait de solutions de rechange raisonnables qui étaient moins contraignantes pour les employés nouveaux ou réembauchés.

[152] Selon les motifs du Tribunal, la Banque a avancé trois arguments à l’appui de la position voulant que la politique de dépistage obligatoire des drogues soit raisonnablement nécessaire ou qu’elle ait un lien rationnel avec le rendement au travail. J’examinerai chaque argument ainsi que la réponse du Tribunal.

[153] Premièrement, la Banque a maintenu qu’il existait un problème de toxicomanie. Elle a soutenu que son personnel constitue un microcosme de la société canadienne et qu’étant donné que la consommation de drogues illégales est courante dans cette société, elle doit également l’être dans le secteur bancaire. En réponse, le Tribunal a d’abord fait remarquer qu’aucune recherche n’avait été effectuée afin d’étayer ce qu’il a décrit comme des hypothèses relevant de l’impression. Il a mentionné en se fondant

workforce could differ substantially from the general population. In short, the evidence did not support the proposition that there is a drug problem within the banking community.

[154] The Bank's second argument focused on the relationship between illegal drug use and crime. The Bank maintained that there is a correlation between illegal drug use and crime and that it had a valid concern with respect to the possibility of employees being involved with the "criminal element" in society. In response, the Tribunal concluded that while there is some evidence to support a correlation between crime and illegal drug use, no causal relationship had been established. The Tribunal noted that during the 18 months the policy had been in force there were 57 incidents of theft by Bank employees, none of which were linked to the use of drugs. In fact only one case was cited to the Tribunal as evidence of theft by a Bank employee who was drug dependent and that person was a management employee, hired before the policy was implemented who would therefore not have been subject to a drug test.

[155] Finally, the Bank insisted that drug use had an effect on job productivity or performance. The Tribunal accepted that there was evidence, based on drug use within the United States Postal Service, showing a correlation between a positive drug test and job performance. But in the absence of any evidence establishing a drug problem within the Bank's workforce, the Tribunal held that it could not see how this evidence could assist in establishing the BFOR defence. Moreover, the Tribunal held that the Bank had not produced evidence showing any demographic correlation between American postal services employees and Canadian bank employees. The Tribunal went on to observe that after over two years of drug testing, producing several thousand test results, the evidence led one to conclude that the incidence of

sur le sens commun, que compte tenu de facteurs tels que les exigences en matière de formation, les effectifs de la Banque pouvaient différer considérablement de la population en général. Bref, la preuve n'était pas la thèse selon laquelle il existait un problème de toxicomanie parmi les employés de banque.

[154] Le deuxième argument de la Banque était axé sur la relation qui existe entre la consommation de drogues illégales et la criminalité. La Banque a maintenu qu'il existe une corrélation entre la consommation de drogues illégales et la criminalité et qu'elle se préoccupait avec raison de la possibilité que les employés soient en contact avec les «éléments criminels» de la société. En réponse, le Tribunal a conclu que certains éléments de preuve étayaient l'existence d'une corrélation entre la criminalité et la consommation de drogues illégales, mais qu'aucune relation de cause à effet n'avait été établie. Le Tribunal a fait remarquer qu'au cours des 18 mois où la politique avait été en vigueur, 57 vols avaient été commis par des employés de la Banque, mais qu'aucun de ces vols n'était lié à la consommation de drogue. De fait, il avait été question dans la preuve d'un seul cas de vol par un employé de la Banque qui souffrait de toxicomanie et cet employé était un cadre qui avait été embauché avant que la politique soit mise en œuvre, de sorte qu'il n'aurait pas été assujéti à un test de dépistage de drogues.

[155] Enfin, la Banque a affirmé avec insistance que la consommation de drogue avait un effet sur la productivité ou sur le rendement au travail. Le Tribunal a reconnu que selon certains éléments de preuve se rapportant à la consommation de drogue au sein du service postal américain, il existait une corrélation entre un test de dépistage dont le résultat était positif et le rendement au travail. Cependant, en l'absence de quelque élément de preuve établissant l'existence d'un problème de toxicomanie au sein des effectifs de la Banque, le Tribunal a statué qu'il ne pouvait pas voir comment cette preuve pourrait aider à établir le moyen de défense fondé sur une EPJ invoqué par la Banque. En outre, le Tribunal a statué que la Banque n'avait pas présenté d'éléments de preuve indiquant qu'il existait une corrélation démographique entre les

drug use among new and returning employees is very low.

[156] With respect to whether the Bank's drug testing policy is reasonably necessary to assure job performance, the Tribunal reached a negative conclusion. It reasoned that if mandatory testing were truly necessary then it should be required of all employees and administered on a regular basis. The Tribunal held that the method chosen by the Bank to deal with potential drug related problems such as poor performance and illegality was intrusive and would only qualify as reasonable if the Bank could demonstrate a serious threat to the Bank's other employees and the public. In the opinion of the Tribunal, this the Bank did not do.

[157] After disposing of the arguments advanced in support of the Bank's decision to implement its policy of mandatory drug testing, the Tribunal turned to the "reasonable alternatives" component of the objective test. On this issue and having regard to the fact that there was a lack of persuasive evidence to support the understanding of an existing drug problem, the Tribunal posed the following rhetorical question [at page 218]: "If observation works for the majority as a method of individual assessment even though evidence indicated it was imperfect, why not for the new and returning employees also?" The implication which arises from this line of inquiry is that the Tribunal concluded that the Bank had failed to demonstrate that mandatory drug testing was the least intrusive of the reasonable methods for assessing job performance. The conventional method for assessing job performance—observation—achieves the same objectives without bringing into issue privacy concerns.

[158] On judicial review, and on appeal, the Bank attacked the Tribunal's finding that the BFOR defence

employés du service postal américain et les employés de banque canadiens. Le Tribunal a ensuite fait remarquer qu'après plus de deux ans, au cours desquels plusieurs milliers de tests de dépistage avaient été effectués, la preuve permettait de conclure que le nombre d'employés nouveaux ou réembauchés qui consommaient de la drogue était très faible.

[156] Quant à la question de savoir si la politique de dépistage de la Banque est raisonnablement nécessaire en vue d'assurer le rendement au travail, le Tribunal a tiré une conclusion négative. Il a conclu que si le dépistage obligatoire était réellement nécessaire, il devrait s'appliquer à tous les employés et être effectué sur une base régulière. Le Tribunal a statué que la méthode que la Banque avait choisie pour régler les problèmes possibles de toxicomanie comme le mauvais rendement et l'illégalité était de nature attentatoire et pourrait uniquement être considérée comme raisonnable si la Banque réussissait à démontrer que la chose menaçait sérieusement les autres employés et le public. De l'avis du Tribunal, la Banque n'avait pas réussi à le démontrer.

[157] Après s'être prononcé sur les arguments avancés à l'appui de la décision de la Banque de mettre en œuvre sa politique de dépistage obligatoire, le Tribunal a examiné l'élément du critère objectif concernant les «solutions de rechange raisonnables». Sur ce point et étant donné l'absence de preuve convaincante à l'appui de l'existence d'un problème de toxicomanie, le Tribunal s'est posé la question de pure forme suivante [à la page 218]: «Si la surveillance constitue la méthode d'évaluation individuelle pour la majorité des employés, pourquoi n'en serait-il pas de même pour les nouveaux employés et pour les employés réembauchés même si la preuve a indiqué qu'il s'agissait d'une méthode imparfaite?» Cela laisse implicitement entendre que le Tribunal a conclu que la Banque n'avait pas démontré que, parmi les méthodes raisonnables d'évaluation du rendement, le dépistage obligatoire était la méthode la moins attentatoire. La méthode d'évaluation habituelle—l'observation—permet d'atteindre les mêmes objectifs sans poser de problèmes sur le plan de la vie privée.

[158] Dans le cadre du contrôle judiciaire et en appel, la Banque a contesté la conclusion du Tribunal

was not available. The Bank's argument effectively amounts to an outright assault on the various findings of the Tribunal and is couched in the language of the Tribunal having failed to have proper regard to the evidence. I can find no error on the part of the Tribunal which would warrant setting aside this aspect of the Tribunal's decision. There are, however, two matters raised by the Bank which I wish to address. The first is the Bank's argument concerning its "integrity" which was advanced both in its factum and in argument before the Court.

[159] The issue of integrity might be more persuasive in the context of law enforcement personnel or professional and amateur athletes. But I cannot see how it advances the Bank's case. Integrity is the foundation of all employment relationships. Whether or not it is of primary importance to the banks or as alleged, they have special concerns, are largely non-justiciable matters.

[160] The second issue I wish to address is the argument that the Bank's supervisory capabilities were insufficient to detect drug use in employees. The Bank argues that an employee under the influence of an illegal substance may still be capable of adequately performing his or her job such that observation would not reveal a problem. To my mind, this reasoning confirms the lack of connection between the rule and job performance.

The Alternative Ground: Indirect Discrimination

[161] Assuming that I am in error in finding "direct discrimination" then I am prepared to deal with the alternative submission that the Bank's drug testing policy qualifies as "indirect discrimination". Accordingly, two issues must be addressed. The first brings into consideration the distinction between the "rational connection" test applicable in cases of indirect discrimination and the "reasonably necessary" or "rational connection" test applicable in cases of direct discrimination. The second issue focuses on whether

selon laquelle elle ne pouvait pas invoquer une EPJ comme moyen de défense. La Banque se trouve en fait à contester carrément les diverses conclusions tirées par le Tribunal et à affirmer que le Tribunal n'a pas tenu compte d'une façon appropriée de la preuve. Je ne puis constater de la part du Tribunal l'existence d'aucune erreur permettant d'infirmer la décision qu'il a rendue à cet égard. Toutefois, la Banque a soulevé deux questions que j'aimerais examiner. La première se rapporte à l'argument invoqué tant dans l'exposé que dans l'argumentation que la Banque a présentés devant la Cour au sujet de son «intégrité».

[159] L'argument serait peut-être plus convaincant s'il s'appliquait à des agents de la paix ou à des athlètes professionnels ou amateurs. Cependant, je ne puis voir comment il étaye la preuve de la Banque. Toute relation de travail est fondée sur l'intégrité. La question de savoir si cela a une importance cruciale pour les banques ou, comme il a été allégué, si les banques ont des préoccupations spéciales, est dans une large mesure non justiciable.

[160] La seconde question que j'aimerais examiner se rapporte à l'argument selon lequel la Banque ne disposait pas d'un personnel surveillant suffisant pour déceler la consommation de drogues chez les employés. La Banque soutient qu'un employé qui est sous l'emprise d'une substance illégale peut néanmoins être capable de s'acquitter adéquatement de son travail, de sorte que l'observation ne permettrait pas de déceler l'existence d'un problème. À mon sens, ce raisonnement confirme l'absence de lien entre la règle et le rendement au travail.

Le motif subsidiaire: la discrimination indirecte

[161] À supposer que j'aie tort de conclure à la «discrimination directe», je suis prêt à examiner l'argument subsidiaire selon lequel la politique de dépistage de drogues de la Banque constitue de la «discrimination indirecte». Il faut donc examiner deux questions. La première se rapporte à la distinction qu'il convient de faire entre le critère relatif au «lien rationnel» qui s'applique dans les affaires de discrimination indirecte et le critère relatif au «caractère raisonnablement nécessaire» ou au «lien ration-

the Tribunal erred in finding reasonable accommodation on the part of the Bank. In light of my conclusion on the first issue I need not deal with the second.

[162] I have already outlined the tenets of the reasonably necessary test for establishing the BFOR defence in cases of direct discrimination. To repeat myself, three requirements must be met: (1) the employer must have adopted the employment policy in good faith; (2) the policy must be reasonably necessary in that there is a rational connection between the policy and the notion of job performance; and (3) no other reasonable and less burdensome alternatives to the policy exist. I turn now to the tenets of the rational connection test applicable to cases of indirect discrimination. There are only two cases of the Supreme Court which touch on this matter.

[163] In *O'Malley, supra*, Justice McIntyre made a brief reference to the requirement that in cases of indirect discrimination an employment rule must be "honestly made for sound economic or business reasons". In that case the neutral employment rule in issue required employees to work Friday evenings and Saturdays as a condition of employment. The complainant alleged discrimination on the ground that her religion would not permit her to work during those periods. Further on Justice McIntyre states that where a work rule results in adverse effect discrimination, "and the offending rule is rationally connected to the performance of the job" (at page 558) an employer must establish reasonable accommodation on its part. Justice McIntyre simply declared that the work rule was rationally connected on the basis that an "employer is lawfully entitled to carry on business and to stay open for business on Saturdays" (at pages 555-556). Apparently the employer introduced no evidence of rational connection and none was required by the Supreme Court.

[164] The only other indirect discrimination case relevant to the issue at hand is the Supreme Court's

nel» qui s'applique dans les affaires de discrimination directe. En second lieu, il s'agit de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'il y avait eu accommodement raisonnable de la part de la Banque. Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée au sujet de la première question, je n'ai pas à examiner la seconde question.

[162] J'ai déjà énoncé les éléments du critère relatif au caractère raisonnablement nécessaire lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'une EPJ dans les cas de discrimination directe. Comme je l'ai déjà dit, il faut satisfaire à trois exigences: (1) l'employeur doit avoir été de bonne foi en adoptant la politique d'emploi; (2) la politique doit être raisonnablement nécessaire en ce sens qu'il existe un lien rationnel entre la politique et le rendement professionnel; et (3) il n'existe aucune solution de rechange raisonnable et moins contraignante. J'examinerai maintenant les éléments du critère relatif au lien rationnel qui s'applique aux affaires de discrimination indirecte. Il n'y a que deux arrêts de la Cour suprême qui portent sur cette question.

[163] Dans l'arrêt *O'Malley, supra*, le juge McIntyre a brièvement mentionné que dans les affaires de discrimination indirecte, la règle d'emploi doit être «adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires». Dans cette affaire-là, la règle d'emploi neutre en question exigeait que les employés travaillent le vendredi soir et le samedi. La plaignante avait allégué qu'il y avait discrimination pour le motif que sa religion ne lui permettait pas de travailler ces jours-là. Le juge McIntyre a ensuite dit que, lorsqu'une règle d'emploi donne lieu à de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, «et que la règle incriminée est raisonnablement liée à l'exercice des fonctions» (à la page 559), l'employeur doit établir qu'il y a eu accommodement raisonnable de sa part. Le juge McIntyre a simplement dit que la règle d'emploi avait un lien rationnel pour le motif que «l'employeur est légalement autorisé à exploiter une entreprise et à l'ouvrir le samedi» (aux pages 555 et 556). Apparemment, l'employeur n'avait présenté aucun élément de preuve établissant l'existence d'un lien rationnel et la Cour suprême n'en a exigé aucun.

[164] La seule autre décision concernant la discrimination indirecte qui est pertinente aux fins qui nous

decision in *Dairy Pool*, *supra*. As in *O'Malley*, the legal issue in *Dairy Pool* arose in the context of an employee required to work on one of his holy days. The employer closed down its business operations on the weekend resulting in Mondays being a busy work day. The complainant refused to work on one Monday shift because of a conflicting holy day obligation and was fired. Writing for the majority, Justice Wilson referred to *O'Malley* and held that the employer was "entitled to organize its business by closing down its processing operation on the weekend resulting in Mondays being a particularly busy day" (at page 520). Accordingly, it was found that the employer had established that its work rule met the rationally connected test.

[165] Neither the reasoning offered in *O'Malley* nor *Dairy Pool* are instructive as to the limits of the rational connection test. In each instance, the Supreme Court's analysis has not exceeded the bald conclusion that the neutral work rule is so connected. In each instance, that conclusion was supported by a common sense understanding as to the rule's necessity and its rational connection to the job. No one would expect an employer to adduce evidence that a requirement of protective head gear on a construction site is rationally connected to job performance or, more appropriately, employee safety. Nor does one expect an employer to submit extensive evidence with respect to the validity of the business decision to remain open on weekends.

[166] On reflection, it is arguable that a neutral work rule giving rise to adverse effect discrimination is one in which demonstrative evidence as to its rational connection to job performance is simply not required. The necessary finding of law can be arrived at through a common sense appreciation of what is reasonable in the workplace. Of course, this line of reasoning simply supports my earlier position that the Bank's policy is a form of direct discrimination.

occupent est celle que la Cour suprême a rendue dans l'affaire *Dairy Pool*, *supra*. Comme dans l'affaire *O'Malley*, il s'agissait du cas d'un employé qui était tenu de travailler un jour saint. L'employeur n'exploitait pas son entreprise pendant la fin de semaine de sorte que le lundi était une journée chargée. Le plaignant, qui avait refusé de travailler un lundi à cause d'une obligation religieuse, avait été congédié. Au nom de la majorité, le juge Wilson a cité l'arrêt *O'Malley* et a statué que l'employeur était «autorisé . . . à organiser ses activités de manière à arrêter la production en fin de semaine de sorte que le lundi est une journée particulièrement chargée» (à la page 520). Il a donc été conclu que l'employeur avait établi que la règle d'emploi satisfaisait au critère relatif au lien rationnel.

[165] Les raisonnements qui sont faits dans les arrêts *O'Malley* et *Dairy Pool* n'indiquent ni dans un cas ni dans l'autre quelles sont les limites du critère relatif au lien rationnel. Dans chaque cas, la Cour suprême s'est contentée de conclure que la règle d'emploi neutre avait un tel lien. Dans chaque cas, cette conclusion était étayée sur le fait que le bon sens montrait que la règle était nécessaire et qu'elle avait un lien rationnel avec le travail. Personne ne s'attendrait à ce que l'employeur prouve que l'obligation de porter un casque de sécurité sur un chantier de construction a un lien rationnel avec le rendement professionnel ou, plus exactement, avec la sécurité de l'employé. Personne ne s'attend non plus à ce que l'employeur s'attarde à prouver le bien-fondé de la décision qu'il a prise d'exercer ses activités pendant la fin de semaine.

[166] À bien y penser, il est contestable qu'une règle d'emploi neutre donnant lieu à de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable soit une condition à l'égard de laquelle il n'est tout simplement pas nécessaire de démontrer qu'elle a un lien rationnel avec le rendement professionnel. Il est possible d'en arriver à la conclusion de droit nécessaire en se fondant sur le bon sens pour déterminer ce qui est raisonnable dans le milieu de travail. Bien sûr, cette façon de penser étaye simplement la position que j'ai ci-dessus prise, à savoir que la politique de la Banque constitue une forme de discrimination directe.

[167] Elsewhere the question has been raised whether the “rational connection” test applied in cases of indirect discrimination, as articulated in *O’Malley* and *Dairy Pool*, represents a retreat from the standard of “reasonable necessity” established in *Etobicoke*, *supra*, and as refined in *Brossard*, *supra*: see Brian Etherington, “Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada’s Latest Word on the Duty to Accommodate” (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311.

[168] Personally, I am unable to understand why a less onerous rational connection test should be applied in the context of indirect discrimination. For example, if there is a reasonable alternative to the Bank’s drug testing policy and that alternative (e.g. assessment by observation) is less intrusive or burdensome on those affected, why should it make any difference whether that policy constitutes indirect as opposed to direct discrimination. Unfortunately, the jurisprudence appears to support the position that the two tests differ. Justice Wilson said as much in *Dairy Pool*, at page 507:

It is notable that the working rule to which the duty of accommodation applies need not be “reasonably necessary”, i.e., it need not be a BFOR. Rather, it need only be “a condition or rule rationally related to the performance of the job”.

[169] The above passage supports the understanding that in cases of indirect discrimination employers do not have the additional obligation of satisfying all of the requirements of the BFOR defence. Rather they must establish that they acted in good faith, that the rule bears a rational connection to job performance and, finally, that they are willing to reasonably accommodate employees who are adversely affected by the neutral work rule or policy. That there is a difference between the reasonably necessary and rational connection tests must be accepted as a matter of judicial doctrine. What the jurisprudence does not make self-evident is the precise scope of each test.

[167] On s’est demandé ailleurs si le critère relatif au «lien rationnel» qui s’applique dans les affaires de discrimination indirecte, tel qu’il est énoncé dans les arrêts *O’Malley* et *Dairy Pool*, représente un recul par rapport à la norme de la «nécessité raisonnable» établie dans l’arrêt *Etobicoke*, *supra* et précisée dans l’arrêt *Brossard*, *supra*: voir Brian Etherington, «Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada’s Latest Word on the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311.

[168] Personnellement, je ne puis comprendre pourquoi un critère moins rigoureux devrait s’appliquer, en ce qui concerne le lien rationnel, dans le contexte de la discrimination indirecte. Ainsi, s’il est possible d’adopter une autre solution raisonnable que la solution prévue par la politique de dépistage de drogues de la Banque et si cette solution (par exemple l’évaluation au moyen de l’observation) est moins attentatoire ou contraignante pour les individus touchés, pourquoi importerait-il que cette politique constitue de la discrimination indirecte par opposition à de la discrimination directe? Malheureusement, la jurisprudence semble étayer la position voulant qu’il y ait une différence entre les deux critères. Voici ce que le juge Wilson a dit dans l’arrêt *Dairy Pool*, à la page 507:

Il faut remarquer qu’il n’est pas essentiel que la règle de travail à laquelle s’applique l’obligation d’accommodement soit «raisonnablement nécessaire», c’est-à-dire qu’elle soit une EPN. Il importe seulement qu’elle soit «une condition ou [. . .] une règle qui est raisonnablement liée à l’exécution des fonctions».

[169] Le passage susmentionné étaye la thèse selon laquelle, dans les affaires de discrimination indirecte, les employeurs n’ont pas l’obligation additionnelle de satisfaire à toutes les exigences du moyen de défense fondé sur une EPJ. Ils doivent plutôt établir qu’ils étaient de bonne foi, que la règle a un lien rationnel avec le rendement professionnel et enfin, qu’ils sont prêts à prendre des mesures d’accommodement raisonnables à l’égard des employés auxquels la règle ou politique d’emploi neutre cause un préjudice. Le fait qu’il existe une différence entre le critère relatif au «caractère raisonnablement nécessaire» et le critère relatif au «lien rationnel» doit être reconnu en tant que doctrine judiciaire. Cependant, la jurisprudence ne

[170] I am prepared to accept that the “rational connection test” differs from the “reasonable necessity test” to the extent that the former does not impose an obligation on the employer to establish that other reasonable and less burdensome alternatives to the neutral work rule are available. I say this solely for the reason that if in law a distinction between the two tests does exist, then the only meaningful difference has to lie in the “reasonable alternative criterion”. Whether or not the distinction is rationally supported is, however, a matter on which the Supreme Court should adjudicate.

[171] This case is not only complicated by the fact that there is uncertainty surrounding the parameters of the reasonable necessity and rational connection tests, but also because the Tribunal made no express finding as to whether the Bank’s drug testing policy met the rational connection test applicable to cases of indirect discrimination. However, all the parties are agreed that the Tribunal did rule on the rational connection test as one of the three criteria to be met in establishing the BFOR defence. It is common ground that if the Tribunal did in fact conclude that there was no rational connection, the Bank’s policy must fall if it qualifies as adverse effect discrimination. Of course, the converse is true.

[172] The Bank’s position is straightforward. It argues *simpliciter* that the Tribunal found there was a rational connection between the policy and job performance. This argument hinges on the following passage found in the Tribunal’s reasons at page 218:

In applying the *Brossard* test, if we assume that the employer’s purpose is to eliminate illicit drugs from the employee population because of the impact they might have upon job performance, this Tribunal finds that this is an appropriate purpose.

montre pas d’une façon évidente quelle est l’étendue précise de chaque critère.

[170] Je suis prêt à reconnaître que le «critère relatif au lien rationnel» diffère du «critère relatif à la nécessité raisonnable» dans la mesure où il n’oblige pas l’employeur à établir qu’il existe d’autres solutions raisonnables et moins contraignantes par rapport à la règle de travail neutre. Je le dis uniquement parce que s’il existe en droit une distinction entre les deux critères, la seule différence importante doit reposer sur le «critère relatif à la solution de rechange raisonnable». Toutefois, la Cour suprême devrait se prononcer sur la question de savoir si la distinction est rationnellement justifiée.

[171] Cette affaire est non seulement d’autant plus compliquée parce qu’on ne sait pas trop quels sont les paramètres du critère relatif à la nécessité raisonnable et du critère relatif au lien rationnel, mais aussi parce que le Tribunal n’a pas tiré de conclusion expresse au sujet de la question de savoir si la politique de dépistage de drogues de la Banque satisfaisait au critère relatif au lien rationnel qui s’applique aux affaires de discrimination indirecte. Toutefois, toutes les parties conviennent que le Tribunal a statué que le critère relatif au lien rationnel est l’un des trois critères à satisfaire pour établir le moyen de défense fondé sur une EPJ. Il est reconnu que si le Tribunal a en fait conclu qu’il n’existait pas de lien rationnel, la politique de la Banque doit être rejetée si elle est considérée comme de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Bien sûr, le contraire est vrai.

[172] La position de la Banque est claire. Elle soutient simplement que le Tribunal a conclu à l’existence d’un lien rationnel entre la politique et le rendement au travail. Cet argument est fondé sur le passage suivant qui se trouve à la page 218 des motifs du Tribunal:

Si nous présumons, en appliquant le critère formulé dans l’arrêt *Brossard*, que l’objectif de l’employeur est d’éliminer les drogues illicites dans le milieu de travail de ses employés en raison des effets qu’elles peuvent avoir sur le rendement au travail, le Tribunal conclut qu’il s’agit d’un objectif approprié.

[173] The CCLA maintains that this passage amounts to nothing more than a finding that the Bank acted honestly and in good faith in adopting its policy. I agree. To hold otherwise is to ignore virtually all of the key findings of the Tribunal. These findings include the determination that the Bank acted on impressionistic assumptions; that there was insufficient evidence to establish that a drug problem exists within the Bank; that there is no correlation between illegal drug use and crime, nor evidence to support such a concern. In my opinion, the Tribunal's analysis and reasons amount to a finding of fact that there was no rational connection between the Bank's policy and the performance of the job. Though that finding was made in the context of the BFOR defence, it is equally applicable in the context of the accommodation issue. It must be remembered that, at best, the Bank's policy reveals whether an employee has been exposed to certain illegal drugs within a certain time frame. Such information reveals nothing about an employee's ability to perform the job in question. For these reasons, I am of the opinion that the Bank's policy fails even if it constitutes indirect discrimination. For greater certainty, if the Tribunal did in fact conclude that there was a rational connection to job performance, then I would have been prepared to hold that that conclusion is "patently unreasonable".

Summary

[174] In conclusion, I find that the Bank's drug testing policy constitutes *prima facie* discrimination. Its policy "tends to deprive" drug dependent persons of employment opportunities. I find further that the policy constitutes direct discrimination and that the Bank has not satisfied the objective component of the BFOR test. That is to say the Bank has failed to establish that its policy is reasonably necessary and that there are no other viable alternatives which would be less burdensome on new and returning employees. Assuming I am in error and that the policy qualifies as adverse effect discrimination, then it fails by reason of the Bank's failure to satisfy the rational connection

[173] L'ACLC maintient que ce passage équivaut tout simplement à une conclusion selon laquelle la Banque a adopté sa politique honnêtement et de bonne foi. Je suis d'accord. Juger le contraire, c'est omettre de tenir compte de presque toutes les conclusions cruciales tirées par le Tribunal, et notamment que la Banque s'est fondée, pour agir, sur des hypothèses relevant de l'impression, qu'il n'existait pas suffisamment d'éléments de preuve permettant d'établir l'existence d'un problème de toxicomanie au sein de la Banque, qu'il n'y a pas de corrélation entre la consommation de drogue illégales et la criminalité et qu'il n'existe pas d'éléments de preuve à l'appui. À mon avis, l'analyse et les motifs du Tribunal équivalent à une conclusion de fait selon laquelle il n'y a pas de lien rationnel entre la politique de la Banque et le rendement au travail. Cette conclusion a été tirée dans le contexte du moyen de défense fondé sur une EPJ, mais elle s'applique également dans le contexte de l'accommodement. Il faut se rappeler qu'au mieux, la politique de la Banque montre si l'employé a utilisé certaines drogues illégales au cours d'une période donnée. Pareil renseignement ne révèle rien au sujet de la capacité de l'employé d'accomplir le travail en question. Pour ces motifs, je suis d'avis que la politique de la Banque doit être rejetée même si elle constitue de la discrimination indirecte. Plus précisément, si le Tribunal avait en fait conclu à l'existence d'un lien rationnel avec le rendement professionnel, j'aurais été prêt à statuer que cette conclusion est «manifestement déraisonnable».

Sommaire

[174] En fin de compte, je conclus que la politique de dépistage de drogues de la Banque constitue à première vue de la discrimination. La politique «est susceptible d'annihiler» les chances d'emploi des individus qui ont une dépendance envers la drogue. Je conclus en outre que la politique constitue de la discrimination directe et que la Banque n'a pas satisfait à l'élément objectif du critère relatif à l'EPJ. En d'autres termes, la Banque n'a pas réussi à établir que sa politique est raisonnablement nécessaire et qu'il n'existe pas d'autres solutions réalisables qui soient moins contraignantes à l'égard des employés nouveaux ou réembauchés. À supposer que je me trompe et

test. Hence, the Bank's policy constitutes a prohibited discriminatory practice within the meaning of section 10 of the *Canadian Human Rights Act*.

Conclusion

[175] For the above reasons I would dismiss the Bank's appeal, allow the cross-appeal, set aside the order of the Motions Judge dated April 22, 1996 and grant an order allowing the application for judicial review on the following terms: the decision of the Tribunal dated August 16, 1994 should be set aside and the matter referred back to a differently constituted panel on the basis that the Bank's mandatory drug testing policy is a prohibited discriminatory practice within the meaning of section 10 of the Act. I wish to point out that the matter is being remitted to a differently constituted panel solely on the basis of necessity. During the hearing of the appeal we were informed that some of the original members of the Panel are no longer with the Commission.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[176] MCDONALD J.A.: I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Robertson J.A., and am in complete agreement with him that the Toronto-Dominion Bank's (the Bank) policy *prima facie* discriminates against drug dependent employees. I am also in agreement with him as to the disposition of this appeal. However, I am unable to agree with his conclusion that the Bank's drug testing policy is more appropriately classified as constituting direct discrimination rather than indirect discrimination. I am of the view that the Bank's drug testing policy fits directly within the very essence of the Supreme Court of Canada's definition of indirect or adverse effect discrimination and that the Bank's policy fails to meet the requirements of rational connection and reasonable accommodation.

qu'elle constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, cette politique doit être rejetée parce qu'elle ne satisfait pas au critère relatif au lien rationnel. La politique de la Banque constitue donc un acte discriminatoire illicite au sens de l'article 10 de la Loi.

Conclusion

[175] Pour les motifs susmentionnés, je rejeterais l'appel interjeté par la Banque, j'accueillerais l'appel incident, j'infirmes l'ordonnance que le juge des requêtes a rendue le 22 avril 1996 et je rendrais une ordonnance faisant droit à la demande de contrôle judiciaire aux conditions suivantes: la décision que le Tribunal a rendue le 16 août 1994 devrait être infirmée et l'affaire devrait être renvoyée à une formation différemment constituée pour le motif que la politique de dépistage de drogues de la Banque constitue un acte discriminatoire illicite au sens de l'article 10 de la Loi. Je tiens à souligner que l'affaire est renvoyée à une formation différente par pure nécessité. En effet, pendant l'audition de l'appel, nous avons été informés que certains membres de la formation initiale avaient quitté la Commission.

* * *

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

[176] LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Robertson et je suis entièrement d'accord avec lui pour dire que la politique de la Banque Toronto-Dominion (la Banque) constitue à première vue de la discrimination à l'endroit des employés qui ont une dépendance envers la drogue. Je souscris également à la façon dont mon collègue règle l'appel. Toutefois, je ne puis souscrire à la conclusion selon laquelle la politique de dépistage de drogues de la Banque doit être d'une façon plus appropriée considérée comme de la discrimination directe plutôt que comme de la discrimination indirecte. J'estime que la politique de dépistage de drogues de la Banque est directement visée par la définition de la discrimination indirecte ou de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable que la Cour suprême a établie et qu'elle ne satisfait

[177] Both the facts and the decisions of the Motions Judge as well as the Tribunal have been set out by my colleague Robertson J.A. There is no need to repeat them here. I will therefore move directly to my analysis of the adverse effect discrimination issue.

Adverse Effect Discrimination and the Requirement of Rational Connection

[178] Adverse effect discrimination was described by McIntyre J. in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at page 551 as arising whenever:

... an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply.

[179] The Bank's drug testing policy constitutes adverse effect discrimination because of the rule that those who test positive three times or refuse to undergo a urinalysis test are dismissed. While this rule applies equally to all new and returning employees, it impacts adversely on those employees who are dependent on drugs. The policy, therefore, fits directly within the definition of adverse effect discrimination: The policy is an employment rule that is equally applicable to all to whom it is intended to apply, but is discriminatory because it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply. While the reason for dismissal may be a result of the "persistent" use of an illegal substance, nevertheless, the rule directly impacts more negatively on a

pas aux exigences, en ce qui concerne le lien rationnel et l'accommodement raisonnable.

[177] Les faits ainsi que les décisions rendues par le juge des requêtes et par le Tribunal ont été énoncés par mon collègue le juge Robertson. Il n'est pas nécessaire d'y revenir. Je procéderai donc directement à l'analyse de la question de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

La discrimination par suite d'un effet préjudiciable et la nécessité d'un lien rationnel

[178] Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la page 551, le juge McIntyre a dit que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable se produit:

... lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés . . . Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer.

[179] La politique de dépistage de drogues de la Banque constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable parce qu'elle prévoit le congédiement des individus dont le test donne un résultat positif à trois reprises ou qui refusent de se soumettre à une analyse d'urine. Cette règle s'applique également à tous les employés nouveaux ou réembauchés, mais elle a un effet préjudiciable sur les employés qui ont une dépendance envers la drogue. La politique est donc directement visée par la définition de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable: il s'agit d'une règle d'emploi également applicable à tous ceux qu'elle vise, mais elle est quand même discriminatoire parce qu'elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à

protected class of individuals under the *Canadian Human Rights Act* (CHRA)— drug dependent users.

[180] The Bank, however, argues that the Act does not protect those who use illicit substances as this goes against Parliament's intent and the *Narcotic Control Act*. Both the Tribunal and the Motions Judge dismissed this argument and I see no reason to interfere with their findings. I would adopt the statement of the Tribunal that [at page 209]:

The CHRA does not condone or protect the illegal activity of using illicit drugs. It does, however, protect a person who is afflicted with a drug dependency from being summarily fired from their employment. If they are indeed committing an illegal act, then, if convicted following due process the *Narcotics [sic] Control Act* will provide the means of punishment. It is not for the employer to be the trier of fact and the enforcer of criminal law.

[181] Having found that the policy constitutes adverse effect discrimination, the next factor to consider is the issue of rational connection. Before doing so, however, I will set out why I am unable to agree with my colleague that the policy is more appropriately classified as constituting direct discrimination.

Direct Discrimination

[182] The *O'Malley* case sets out the distinction between direct and adverse effect discrimination. That case held, at page 551:

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." . . . On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer

d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer. Le congédiement peut résulter de la consommation «chronique» d'une substance illégale, mais la règle cause néanmoins directement un préjudice plus grave à une catégorie d'individus protégée par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi), à savoir les individus qui ont une dépendance envers la drogue.

[180] Toutefois, la Banque soutient que la Loi ne protège pas les individus qui consomment des substances illicites étant donné que cela est contraire à l'intention du législateur et à l'esprit de la *Loi sur les stupéfiants*. Le Tribunal et le juge des requêtes ont tous les deux rejeté cet argument et je ne vois pas pourquoi je devrais intervenir. J'adopterais la déclaration suivante du Tribunal [à la page 209]:

La LCDP ne tolère ni ne protège l'activité illégale qu'est la consommation de drogues illicites. Elle protège cependant les personnes qui souffrent de toxicomanie contre les congédiements sommaires. Si ces personnes commettent un acte illégal, c'est la *Loi sur les stupéfiants* qui prévoit la sanction appropriée une fois qu'elles ont été reconnues coupables après application régulière de la loi. Il n'appartient pas à l'employeur d'agir comme le juge des faits et de se charger d'appliquer le droit criminel.

[181] Puisque j'ai conclu que la politique constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, je dois maintenant examiner la question du lien rationnel. Toutefois, j'expliquerai d'abord pourquoi je ne puis être d'accord avec mon collègue pour dire que la politique doit d'une façon plus appropriée être considérée comme de la discrimination directe.

La discrimination directe

[182] Dans l'arrêt *O'Malley*, la Cour énonce la distinction qui existe entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Voici ce qui a été statué à la page 551:

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir» . . . D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet

for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristics of the employee or group, obligations, penalties or restrictive conditions not imposed on other members of the work force.

[183] I agree with my colleague that while the rule in issue here applies to all new and returning employees, it targets drug takers. The Bank is concerned with the impact drugs may have on employee work performance and the link between drugs and theft. Its intent is to ensure as much as possible a drug-free work environment. Its policy is "No drug users." I am hesitant, however, to classify the policy as constituting direct discrimination for the following reasons:

[184] First, my colleague's distinction ignores the fact that the policy is aimed at casual users as well as drug dependent users and that casual users are not protected under the Act. The policy applies to prohibit any continued use of illegal drugs regardless of the reason for that use. Casual drug users who continue to use drugs after testing positive risk dismissal whether or not they are dependent on drugs. The policy is designed to catch all drug users not merely dependent drug users. It is only because it is designed to catch all drug users that drug dependent employees are caught. While the rule negatively impacts on drug dependent users, it does not directly discriminate against only them. I would note that if the CHRA protected the right of privacy, casual users would be protected from invasive drug testing procedures. As my colleague states, however, this case is not argued on privacy grounds. Drug dependent users are therefore the only individuals protected from this policy under the Act.

préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés.

[183] Je suis d'accord avec mon collègue pour dire que la règle ici en cause s'applique à tous les employés nouveaux ou réembauchés, mais qu'elle vise ceux qui consomment de la drogue. La Banque s'inquiète de l'effet que la drogue peut avoir sur le rendement des employés au travail et du lien qui existe entre la drogue et le vol. Elle veut assurer autant que possible un milieu de travail exempt de drogues. Elle a pour politique de ne pas tolérer les consommateurs de drogue. Toutefois, j'hésite à considérer cette politique comme constituant de la discrimination directe, et ce, pour les motifs suivants:

[184] Premièrement, la distinction que mon collègue fait ne tient pas compte du fait que la politique vise tant les consommateurs occasionnels que les employés qui ont une dépendance envers la drogue et que la Loi ne protège pas les consommateurs occasionnels. La politique s'applique de façon à interdire toute consommation continue de drogues illégales indépendamment des raisons pour lesquelles la drogue est consommée. Les usagers occasionnels de drogue qui continuent à utiliser des drogues après que le test qu'ils ont subi a donné un résultat positif risquent d'être congédiés, et ce, indépendamment de la question de savoir s'ils ont une dépendance envers la drogue. La politique est destinée à permettre d'identifier tous les consommateurs de drogue plutôt que ceux qui ont une dépendance envers la drogue seulement. Ce n'est que parce qu'elle vise à identifier tous les employés qui utilisent de la drogue que les employés qui ont une dépendance envers la drogue sont identifiés. La règle a un effet préjudiciable sur les employés qui ont une dépendance envers la drogue, mais elle ne fait pas directement de distinction à leur égard. J'aimerais faire remarquer que si la Loi protégeait le droit à la vie privée, les consommateurs occasionnels seraient protégés contre les mesures de dépistage de drogues de nature attentatoire.

[185] Second, my colleague assumes that a drug testing policy can never be neutral. He states [*supra*, at paragraph 141]:

I cannot accept that a work rule is neutral when it targets the removal of employees who fall within a class protected by human rights legislation. An employment policy aimed at achieving a drug-free work environment should not be deemed neutral when by design it is directed at all those who use illegal drugs and, by necessity, those who are drug dependent.

In my view, there may be sound economic and business reasons for an employer to impose a drug testing policy which is entirely neutral on its face.

[186] For instance, a policy aimed at achieving a drug- and alcohol-free-work place can be neutral if it is concerned with work performance and seeks to rehabilitate those whose work performance has been affected as a result of their drug dependency. Indeed, drug testing in safety sensitive industries is allowed and pursued. The concern, therefore, should be to ensure that the policy is designed to meet the requirements of the CHRA rather than with banning these policies altogether. Even the Canadian Civil Liberties Association accepts that drug testing for cause does not violate the CHRA. It makes sound economic and business sense to have in place a procedure to help those whose work performance is being affected by a drug dependency.

[187] Another concern I have which is related to the previous discussion is that my colleague's approach to the discrimination issue essentially eliminates the need for the adverse effect discrimination category. I am not convinced that this is a desirable result, particularly in the context of alcohol and drug policies. As my

Toutefois, comme le dit mon collègue, la question de la vie privée n'a pas été soulevée en l'espèce. Les employés qui ont une dépendance envers la drogue sont donc les seuls individus que la Loi protège contre cette politique.

[185] Deuxièmement, mon collègue suppose qu'une politique de dépistage de drogues ne peut jamais être neutre. Voici ce qu'il dit [*supra*, au paragraphe 141]:

Je ne puis concevoir qu'une règle d'emploi soit neutre lorsqu'elle vise à éliminer les employés qui appartiennent à une catégorie protégée par la législation sur les droits de la personne. Une politique d'emploi qui vise à assurer un milieu de travail exempt de drogues ne devrait pas être considérée comme neutre lorsqu'elle est conçue de façon à s'appliquer à tous les individus qui utilisent des drogues illégales et, nécessairement, à ceux qui ont une dépendance envers la drogue.

À mon avis, il peut exister de bonnes raisons économiques et commerciales pour un employeur d'imposer une politique de dépistage de drogues qui est à première vue entièrement neutre.

[186] Ainsi, une politique qui vise à assurer un milieu de travail exempt de drogues et d'alcool peut être neutre si elle se rapporte au rendement professionnel et si elle vise à permettre la réadaptation des employés dont le rendement laisse à désirer à cause de leur dépendance envers la drogue. De fait, le dépistage des drogues dans les industries où la sécurité est essentielle est autorisé et effectué. Il faudrait donc s'assurer que pareille politique soit conçue de façon à satisfaire aux exigences de la Loi plutôt que l'interdire carrément. Même l'Association canadienne des libertés civiles reconnaît que le dépistage des drogues pour un motif licite ne viole pas la Loi. Il est sensé sur le plan économique et commercial de prendre des mesures destinées à aider les employés dont le rendement laisse à désirer à cause de leur dépendance envers la drogue.

[187] Une autre question se rapportant à l'analyse que je viens de faire me préoccupe: l'approche que mon collègue a adoptée à l'égard de la question de la discrimination a essentiellement pour effet d'éliminer la nécessité d'établir une catégorie à l'égard de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Je ne

colleague himself points out, the BFOR defence which is applied once a finding of direct discrimination is made, does not impose the duty of reasonable accommodation on the employer. While the Ontario *Human Rights Code* requires the duty to accommodate in direct discrimination cases, the CHRA does not. It is relatively easy to imagine a situation where a drug testing policy would likely be upheld: one is in a safety sensitive industry that has a policy of drug testing for cause (where an employee's work performance has been affected by drugs). Having established that this is a valid BFOR defence, there is no duty to accommodate: the disabled person can be dismissed.

[188] Under the adverse effect discrimination analysis, however, an employer would be required to accommodate the employee by ensuring that he or she receives help. This clearly seems a more desirable result. Yet, my colleague prefers to stretch the direct discrimination analysis to fit this case based on what ultimately are value judgments as to an employer's motive for implementing a drug policy. Given that there is a movement in the case law towards making the direct discrimination test more closely resemble the adverse effect reasonable accommodation discrimination test, in my view, it is more appropriate to constitute the policy as having an adverse effect on drug dependent employees.

[189] The only benefit to changing the direct discrimination jurisprudence to encompass the facts of this case is that it allows my colleague to strike the Bank's policy in its entirety. For those opposed to drug testing this is clearly a more desirable result. It also has the advantage of benefitting casual drug users who are not protected under the Act. Indeed, this

suis pas convaincu que ce résultat soit souhaitable, en particulier dans le contexte des politiques concernant l'abus d'alcool et de drogues. Comme mon collègue le fait lui-même remarquer, le moyen de défense fondé sur une EPJ qui s'applique une fois qu'il a été conclu à la discrimination directe n'oblige pas l'employeur à assurer un accommodement raisonnable. Le *Code des droits de la personne* de l'Ontario impose une obligation d'accommodement dans les cas de discrimination directe, mais la Loi ne le fait pas. Il est relativement facile d'imaginer un cas dans lequel une politique de dépistage de drogues serait probablement reconnue: par exemple dans une industrie où la sécurité est essentielle et où l'on a adopté une politique de dépistage de drogues pour un motif licite (lorsque la consommation de drogue influe sur le rendement de l'employé). Une fois qu'il est établi qu'il existe un moyen de défense valable fondé sur une EPJ, il n'existe pas d'obligation d'accommodement: la personne atteinte d'une déficience peut être congédiée.

[188] Toutefois, selon l'analyse relative à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'employeur serait tenu de composer avec l'employé en veillant à ce que ce dernier reçoive de l'aide. Ce résultat semble clairement plus souhaitable. Pourtant, mon collègue préfère étendre la portée de l'analyse de la discrimination directe de façon qu'elle s'applique dans ce cas-ci en se fondant sur ce qui est en fin de compte un jugement de valeur au sujet du motif pour lequel l'employeur met en œuvre une politique de dépistage de drogues. Étant donné qu'il existe dans la jurisprudence une tendance à faire correspondre davantage le critère relatif à la discrimination directe au critère relatif à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable et à l'accommodement raisonnable, il est plus approprié à mon avis de considérer que la politique a un effet préjudiciable sur les employés qui ont une dépendance envers la drogue.

[189] Le seul avantage qu'il y a à modifier la jurisprudence relative à la discrimination directe de façon qu'elle s'applique aux faits de la présente espèce est que cela permet à mon collègue d'annuler en entier la politique de la Banque. Ce résultat est clairement plus souhaitable, aux yeux des personnes qui s'opposent au dépistage des drogues. Il comporte

approach protects the privacy rights of all employees—something the Act explicitly does not do. Yet, this choice ignores the fact that a valid BFOR defence may be established for having a drug testing policy. I have already provided one example: drug testing for cause in a safety sensitive industry. I am therefore of the view that we should avoid being short-sighted when choosing the appropriate classification.

[190] Having stated my reasons for preferring to classify the discrimination in this case as adverse effect discrimination, I am not unaware of the argument made in some cases that the distinction between the two types of discrimination is no longer salient or as valid. One decision cited for this point is *Thwaites v. Canada (Canadian Armed Forces)*, [1993] C.H.R.D. No. 9 (QL). In that case the Tribunal held [at pages 59-60 (QL)]:

The logical conclusion from this analysis is that there is very little, if any, meaningful distinction between what an employer must establish by way of a defence to an allegation of direct discrimination and a defence to an allegation of adverse effect discrimination. The only difference may be semantic. In both cases, the employer must have regard to the particular individual in question. In the case of direct discrimination, the employer must justify its rule or practice by demonstrating that there are no reasonable alternatives and that the rule or practice is proportional to the end being sought. In the case of adverse effect discrimination, the neutral rule is not attacked but the employer must still show that it could not otherwise reasonably accommodate the individual disparately affected by that rule. In both cases, whether the operative words are “reasonable alternative” or “proportionality” or “accommodation”, the inquiry is essentially the same: the employer must show that it could not have done anything else reasonable or practical to avoid the negative impact on the individual.

[191] While I agree with this analysis from the perspective that both the BFOR defence as well as the duty to accommodate require objective or reliable evidence on the need for an employee rule, nonethe-

également un avantage pour les consommateurs occasionnels de drogue qui ne sont pas protégés par la Loi. De fait, cette approche a pour effet de protéger le droit à la vie privée de tous les employés—soit une chose que la Loi ne fait clairement pas. Pourtant, on omet ainsi de tenir compte du fait qu’il est possible d’invoquer avec succès un moyen de défense fondé sur une EPJ à l’appui d’une politique de dépistage de drogues. J’ai déjà donné un exemple: le dépistage des drogues pour un motif licite dans une industrie où la sécurité est essentielle. J’estime donc que nous devrions éviter de manquer de perspicacité en choisissant la classification appropriée.

[190] J’ai énoncé les raisons pour lesquelles je préfère considérer la discrimination ici en cause comme de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable, tout en étant parfaitement au courant de l’argument qui est parfois invoqué, à savoir que la distinction entre les deux genres de discrimination n’est plus frappante ou n’est plus aussi valable. On a cité sur ce point la décision *Thwaites c. Canada (Forces Armées Canadiennes)*, [1993] D.C.D.P. n° 9 (QL), dans laquelle le Tribunal a statué ce qui suit [à la page 66 (QL)]:

Cette analyse nous conduit logiquement à conclure qu’on ne peut établir presque aucune distinction significative entre ce qu’un employeur doit prouver pour se défendre contre une allégation de discrimination directe et ce qu’il doit prouver pour répondre à une allégation de discrimination indirecte. La seule différence est peut-être d’ordre sémantique. Dans les deux cas, l’employeur doit tenir compte de l’individu en cause. Dans le cas de la discrimination directe, l’employeur doit justifier sa règle ou sa pratique en montrant qu’il n’existe pas d’autre solution raisonnable et que la règle ou la pratique est proportionnée au but visé. Dans le cas de la discrimination indirecte, la règle neutre n’est pas contestée, mais l’employeur doit tout de même montrer qu’il n’aurait pas pu composer autrement avec l’individu lésé particulièrement par cette règle. Dans les deux cas, que les mots clés soient «autre solution raisonnable», «proportionnalité» ou «accommodement», l’examen a le même objet: l’employeur doit montrer qu’il n’aurait pu prendre aucune autre mesure raisonnable ou pratique pour éviter les conséquences fâcheuses pour l’individu.

[191] Je souscris à cette analyse en ce sens que le moyen de défense fondé sur une EPJ et l’obligation d’accommodement exigent tous les deux une preuve objective ou digne de foi de la nécessité d’adopter une

less, there is nothing to suggest that under the BFOR defence an employer must take positive action and change his or her workplace. That is, a BFOR does not require an employer to accommodate an employee by providing for drug rehabilitation services. There therefore remains in my mind a fundamental difference between the two. This fact was recognized by Wilson J. in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pages 514-515 when she stated:

Where a rule discriminates on its face on a prohibited ground of discrimination, it follows that it must rely for its justification on the validity of its application to all members of the group affected by it. There can be no duty to accommodate individual members of that group within the justificatory test because, as McIntyre J. pointed out, that would undermine the rationale of the defence. Either it is valid to make a rule that generalizes about members of a group or it is not. By their very nature rules that discriminate directly impose a burden on all persons who fall within them. If they can be justified at all, they must be justified in their general application. That is why the rule must be struck down if the employer fails to establish the BFOQ. This is distinguishable from a rule that is neutral on its face but has an adverse effect on certain members of the group to whom it applies. In such a case the group of people who are adversely affected by it is always smaller than the group to which the rule applies. On the facts of many cases the "group" adversely affected may comprise a minority of one, namely the complainant. In these situations the rule is upheld so that it will apply to everyone except persons on whom it has a discriminatory impact, provided the employer can accommodate them without undue hardship. In *O'Malley* McIntyre J. clarifies the basis for the different consequences that follow a finding of adverse effect discrimination. He states at p 555:

The duty in a case of adverse effect discrimination on the basis of religion or creed is to take reasonable steps to accommodate the complainant, short of undue hardship: in other words, to take such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer's business and without undue expense to the employer. Cases such as this raise a very different issue from those which rest on direct discrimination. Where direct discrimination is shown the employer must justify the rule, if such a step is possible under the enactment in question or it is struck down. Where there is

règle à l'égard des employés, mais néanmoins rien ne montre qu'en vertu du moyen de défense fondé sur une EPJ, l'employeur doit prendre des mesures et modifier le milieu de travail. Une EPJ n'oblige pas l'employeur à composer avec un employé en fournissant des services de réadaptation. Il existe donc encore à mon avis une différence fondamentale entre les deux. M^{me} le juge Wilson a reconnu la chose dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, aux pages 514 et 515, lorsqu'elle a dit ceci:

Lorsque, à première vue, une règle établit une distinction fondée sur un motif de discrimination prohibé, sa justification devra reposer sur la validité de son application à tous les membres du groupe touché. En vertu du critère du motif justifiable, il ne peut en effet y avoir d'obligation d'accommodement à l'égard des membres individuels du groupe puisque, comme l'a fait observer le juge McIntyre, cela saperait le fondement même de ce moyen de défense. Ou bien on peut valablement établir une règle qui généralise à l'égard des membres d'un groupe ou bien on ne le peut pas. Par leur nature même, les règles qui constituent une discrimination directe imposent un fardeau à tous ceux qui y sont assujettis. Si tant est qu'elles puissent être justifiées, c'est dans leur application générale qu'elles doivent l'être. Voilà pourquoi la règle doit être annulée si l'employeur ne réussit pas à démontrer qu'il s'agit d'une EPN. Une telle règle doit être distinguée d'une règle qui, neutre en apparence, a un effet préjudiciable sur certains membres du groupe auquel elle s'applique. En pareil cas, le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique. Dans les faits, fréquemment, le «groupe» lésé se composera d'une seule personne, savoir le plaignant. La règle est alors maintenue en ce sens qu'elle s'appliquera à tous sauf aux personnes sur lesquelles elle a un effet discriminatoire, pourvu que l'employeur puisse procéder aux accommodements nécessaires sans subir des contraintes excessives. Dans l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre met en lumière les conséquences différentes que comportent une conclusion à la discrimination directe ou une conclusion à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Voici comment il s'exprime à la p. 555:

L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive: en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entraîne indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. Les cas comme celui-ci soulèvent une question très différente de celle que soulèvent les cas de discrimination directe. Lorsqu'on démontre l'existence de discrimi-

adverse effect discrimination on account of creed the offending order or rule will not necessarily be struck down. It will survive in most cases because its discriminatory effect is limited to one person or to one group, and it is the effect upon them rather than upon the general work force which must be considered. In such case there is no question of justification raised because the rule, if rationally connected to the employment, needs no justification; what is required is some measure of accommodation. The employer must take reasonable steps towards that end which may or may not result in full accommodation. Where such reasonable steps, however, do not fully reach the desired end, the complainant, in the absence of some accommodating steps on his own part such as an acceptance in this case of part-time work, must either sacrifice his religious principles or his employment. (Emphasis added.)

[192] Similarly, in *Canada (Attorney General) v. Robinson*, [1994] 3 F.C. 228 (C.A.), at page 249 my colleague, Robertson J.A. (Stone J.A. and Mahoney J.A. concurring) rejected the notion that a duty to accommodate applies in the direct discrimination context. He stated:

Under current law, it is accepted that there is no duty to accommodate in cases of direct discrimination . . . Only in cases of indirect or adverse effect discrimination does the duty to accommodate arise and even then that duty is subject to the caveat that accommodation must not impose an undue hardship on the employer.

It appears, therefore, that the central difference between the two concepts is that in the case of direct discrimination once a BFOR is proven, an employer is under no obligation to accommodate the employee by ensuring that he or she receives rehabilitation. That is, no positive action is required by the employer once his or her defence has been made out. In the case of adverse effect discrimination, the employer would have to have in place some form of rehabilitation program to satisfy the accommodation requirement. In my view, it is only through accommodation that the needs of the disabled can most appropriately be met.

mination directe, l'employeur doit justifier la règle, si cela est possible en vertu de la loi en cause, sinon elle est annulée. Lorsqu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, la règle ou la condition répréhensible ne sera pas nécessairement annulée. Elle subsistera dans la plupart des cas parce que son effet discriminatoire est limité à une personne ou à un groupe de personnes et que c'est son effet sur eux plutôt que sur l'ensemble des employés qui doit être examiné. Dans un tel cas, le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification; ce qui est requis est une certaine mesure d'accommodement. L'employeur doit, à cette fin, prendre des mesures raisonnables qui seront susceptibles ou non de réaliser le plein accommodement. Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi. (Je souligne.)

[192] De même, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Robinson*, [1994] 3 C.F. 228 (C.A.), à la page 249, mon collègue le juge Robertson (les juges Stone et Mahoney souscrivant à son avis) a rejeté l'idée selon laquelle il existe une obligation d'accommodement dans le contexte de la discrimination directe. Voici ce qu'il a dit:

Dans l'état actuel du droit, il est reconnu qu'il n'existe pas d'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe . . . C'est uniquement dans les cas de discrimination indirecte ou de discrimination par suite d'un effet préjudiciable qu'entre en jeu l'obligation d'accommodement et, même alors, cette obligation ne vaut que dans la mesure où il n'en résulte pas une contrainte excessive pour l'employeur.

Il semble donc que la principale différence entre les deux concepts soit la suivante: dans le cas de la discrimination directe, une fois qu'une EPJ est établie, l'employeur n'est pas tenu de composer avec l'employé en veillant à ce que ce dernier bénéficie de services de réadaptation, c'est-à-dire que l'employeur n'est pas tenu de prendre des mesures une fois qu'il a invoqué avec succès son moyen de défense. Dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'employeur devrait offrir un programme de réadaptation en vue de satisfaire à l'obligation d'accommodement. À mon avis, les besoins des personnes atteintes d'une déficience ne peuvent être satisfaits d'une façon appropriée qu'au moyen de l'accommodement.

[193] The importance of accommodation to disabled individuals was expressly recognized by the Supreme Court of Canada in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at pages 272-273 where Sopinka J. (speaking for the Court on this issue) stated:

Exclusion from the mainstream of society results from the construction of a society based solely on "mainstream" attributes to which disabled persons will never be able to gain access. Whether it is the impossibility of success at a written test for a blind person, or the need for ramp access to a library, the discrimination does not lie in the attribution of untrue characteristics to the disabled individual. The blind person cannot see and the person in a wheelchair needs a ramp. Rather, it is the failure to make reasonable accommodation, to fine-tune society so that its structures and assumptions do not result in the relegation and banishment of disabled persons from participation, which results in discrimination against them. The discrimination inquiry which uses "the attribution of stereotypical characteristics" reasoning as commonly understood is simply inappropriate here. It may be seen rather as a case of reverse stereotyping which, by not allowing for the condition of a disabled individual, ignores his or her disability and forces the individual to sink or swim within the mainstream environment. It is recognition of the actual characteristics, and reasonable accommodation of these characteristics which is the central purpose of s. 15(1) in relation to disability.

[194] For these reasons, I believe the Bank's rule falls squarely within the adverse effect discrimination classification and that issues such as drug testing are more appropriately dealt with under this category given that an employer will be required to accommodate the disabled employee. This is the most effective way of ensuring that drug testing policies are tailored to meet the needs of the drug dependent as well as business.

[195] Having stated why in my view the policy more appropriately falls within the adverse effect discrimination category, I will now address the rational connection and reasonable accommodation components of this category.

[193] La Cour suprême du Canada a expressément reconnu jusqu'à quel point l'accommodement est important pour les personnes atteintes d'une déficience dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, aux pages 272 et 273, où le juge Sopinka (qui parlait au nom de la Cour sur ce point), a dit ceci:

L'exclusion de l'ensemble de la société découle d'une interprétation de la société fondée seulement sur les attributs «de l'ensemble» auxquels les personnes handicapées ne pourront jamais avoir accès. Qu'il s'agisse de l'impossibilité pour une personne aveugle de réussir un examen écrit ou du besoin d'une rampe pour avoir accès à une bibliothèque, la discrimination ne consiste pas dans l'attribution de caractéristiques fausses à la personne handicapée. La personne aveugle ne peut pas voir et la personne en fauteuil roulant a besoin d'une rampe d'accès. C'est plutôt l'omission de fournir des moyens raisonnables et d'apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les actions prises n'entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. L'enquête sur la discrimination qui recourt au raisonnement fondé sur «l'attribution de caractéristiques stéréotypées», dans son acception courante, est tout simplement inappropriée dans le cas présent. Elle peut être considérée plutôt comme un cas d'inversion d'un stéréotype qui, en ne tenant pas compte de la condition d'une personne handicapée, fait abstraction de sa déficience et la force à se tirer d'affaire toute seule dans l'environnement de l'ensemble de la société. C'est la reconnaissance des caractéristiques réelles, et l'adaptation raisonnable à celles-ci, qui constitue l'objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience.

[194] C'est pourquoi je crois que la règle de la Banque constitue clairement de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable et qu'il est préférable d'examiner les questions telles que le dépistage des drogues dans ce contexte étant donné que l'employeur sera tenu de composer avec l'employé atteint d'une déficience. C'est la meilleure façon d'assurer que les politiques de dépistage de drogues soient conçues de façon à satisfaire aux besoins des individus qui ont une dépendance envers la drogue ainsi qu'aux besoins de l'entreprise.

[195] Puisque j'ai dit pourquoi, à mon avis, la politique de la Banque constitue plutôt de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, j'examinerai maintenant les éléments «lien rationnel» et «accommodement raisonnable» de ce genre de discrimination.

Rational Connection

[196] As my colleague Robertson J.A. points out, once a finding of adverse effect discrimination is made, *O'Malley* states that unlike the case of direct discrimination, one does not determine whether the employer has a BFOR, instead, the Court is to uphold the rule but determine whether or not accommodation is made out. A pre-condition to the accommodation stage, however, is that the rule in question be rationally related to the employment. As McIntyre J. stated in *O'Malley*, at page 555:

Where there is adverse effect discrimination on account of creed the offending order or rule will not necessarily be struck down. It will survive in most cases because its discriminatory effect is limited to one person or to one group, and it is the effect upon them rather than upon the general work force which must be considered. In such case there is no question of justification raised because the rule, if rationally connected to the employment, needs no justification; what is required is some measure of accommodation. [Emphasis added.]

[197] Wilson J. in *Alberta Dairy Pool*, at page 520 expands on the meaning of rational connection in her judgment when she states:

McIntyre J.'s judgment in *O'Malley* provides some guidance in identifying a rational connection between a given rule and the employment. At page 551 he speaks of an "employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply . . ." As in the case at bar, the rule in *O'Malley* pertained to attendance on certain days, specifically two out of three Saturdays. The Court in *O'Malley* concluded that the employer's rule satisfied the first branch of the test. McIntyre J. states at pp. 555-56:

To relate the principle of accommodation to the facts at bar, we must begin with the proposition that the employer is lawfully entitled to carry on business and to stay open for business on Saturdays. It is accordingly entitled to engage employees on the condition that they work on Saturdays.

I think it must follow from this that the respondent in the case at bar is equally entitled to organize its business by closing down its processing operation on the weekend resulting in Mondays being a particularly busy day. The

Le lien rationnel

[196] Comme mon collègue le juge Robertson le signale, une fois qu'il a été conclu à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il a été dit dans l'arrêt *O'Malley* que, contrairement à ce qui se produit dans le cas de la discrimination directe, on ne détermine pas si l'employeur a une EPJ, mais que la Cour doit plutôt confirmer la règle tout en déterminant s'il y a eu accommodement. Toutefois, avant d'en arriver au stade de l'accommodement, la règle en question doit avoir un lien rationnel avec l'emploi. Voici ce que le juge McIntyre a dit à ce sujet dans l'arrêt *O'Malley*, à la page 555:

Lorsqu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, la règle ou la condition répréhensible ne sera pas nécessairement annulée. Elle subsistera dans la plupart des cas parce que son effet discriminatoire est limité à une personne ou à un groupe de personnes et que c'est son effet sur eux plutôt que sur l'ensemble des employés qui doit être examiné. Dans un tel cas, le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification; ce qui est requis est une certaine mesure d'accommodement. [Je souligne.]

[197] Dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*, à la page 520, le juge Wilson définit d'une façon plus précise ce qu'est le lien rationnel en disant ceci:

L'opinion du juge McIntyre dans l'arrêt *O'Malley* fournit certaines indications sur la façon de vérifier s'il existe un lien rationnel entre une règle donnée et l'emploi. À la page 551, il parle d'une «condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise. . . » Comme en l'espèce, la règle en cause dans l'arrêt *O'Malley* prescrivait la présence au travail certains jours, en l'occurrence deux samedis sur trois. La Cour a conclu que cette règle satisfait au premier volet du critère. Voici ce que dit le juge McIntyre aux pp. 555 et 556:

Pour relier ce principe de l'accommodement aux faits de l'espèce, nous devons commencer par le principe selon lequel l'employeur est légalement autorisé à exploiter une entreprise et à l'ouvrir le samedi. Il est en conséquence autorisé à engager des employés à la condition qu'ils travaillent le samedi.

Il s'ensuit, à mon avis, que l'intimée est également autorisée en l'espèce à organiser ses activités de manière à arrêter la production en fin de semaine de sorte que le lundi est une journée particulièrement chargée. La condition

respondent's work rule accordingly meets the test of being rationally connected to the job of being a dairy processor.

[198] As can be seen from the above quotations, the jurisprudence on the rational connection issue is not of much assistance to this case. Indeed, all parties are in agreement that this is the first case to directly address the issue of rational connection. It is helpful, therefore, to consider how this phrase has been used in different contexts.

[199] While courts should be careful of importing legal meanings from one context to another, nonetheless, because much of our *Canadian Charter of Rights and Freedoms* jurisprudence focuses on human rights it is appropriate to analyze how the term "rational connection" has been used in the Charter context.

[200] *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 laid down the criteria for the section 1 Charter analysis. That case established that a law must be rationally connected to its objective in order to meet the first component of the section 1 proportionality test. In discussing rational connection, Dickson C.J. described it as follows at page 139: "First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective." It will be recalled that the Court in *Oakes* struck down a provision of the *Narcotic Control Act* which stated that possession of an illegal drug raised a presumption that the individual in question possessed the drugs for the purpose of trafficking. The Court concluded that the law was not rationally connected to its objective (protecting society from drug trafficking). Dickson C.J., at page 142 found that "possession of a small or negligible quantity of narcotics does not support the inference of trafficking".

[201] Unfortunately, since this case, the rational connection test has diminished greatly in importance

d'emploi fixée par l'employeur satisfait donc au critère du lien rationnel avec le travail de transformation laitière.

[198] Comme les passages précités le montrent, la jurisprudence, en ce qui concerne la question du lien rationnel, ne nous aide pas beaucoup en l'espèce. De fait, toutes les parties conviennent qu'il s'agit ici de la première affaire dans laquelle la question du lien rationnel est directement en cause. Il est donc utile d'examiner la façon dont cette expression a été utilisée dans différents contextes.

[199] Les tribunaux devraient faire preuve de prudence lorsqu'ils font passer des notions juridiques d'un contexte à l'autre, mais étant donné qu'une bonne partie des arrêts concernant la *Charte canadienne des droits et libertés* sont axés sur les droits de la personne, il est opportun d'analyser la façon dont l'expression «lien rationnel» a été employée dans le contexte de la Charte.

[200] Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, la Cour a énoncé les critères qui s'appliquent à une analyse effectuée en vertu de l'article premier de la Charte. Dans cet arrêt, il a été établi qu'afin de satisfaire au premier élément du critère de proportionnalité de l'article premier, une loi doit avoir un lien rationnel avec son objectif. Dans son analyse du lien rationnel, le juge en chef Dickson a décrit ce lien comme suit, à la page 139: «Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question.» On se rappellera que dans l'arrêt *Oakes*, la Cour a annulé une disposition de la *Loi sur les stupéfiants* qui prévoyait que la possession d'une drogue illégale donnait lieu à une présomption selon laquelle l'individu en question possédait les drogues pour en faire le trafic. La Cour a conclu que la loi n'avait pas de lien rationnel avec son objectif (soit de protéger la société contre le trafic de stupéfiants). À la page 142, le juge en chef Dickson a conclu que «la possession d'une quantité infime ou négligeable de stupéfiants ne justifie pas une conclusion de trafic».

[201] Malheureusement, depuis lors, le critère relatif au lien rationnel est devenu beaucoup moins important

having been overshadowed by the criterion requiring the law to impair as little as possible the right in question. However, it does provide some guidance for interpreting whether or not the Bank's policy is rationally connected to its objective.

[202] The Bank's rationale for implementing its policy is that it is concerned with the effect that drugs have on work performance as well as employee responsibility. The Bank is also concerned with maintaining its integrity and the link between drug use and theft. Thus, if it can be shown that the Bank's policy is either so under-inclusive that it hardly achieves its objective, or, that there is insufficient evidence to support the need for such a policy, then the policy cannot be said to be rationally related to its objective. Further, as my colleague points out, "if the concern behind the implementation of the rule has to do with job performance then to be rationally related the rule must take into account the ability of the employee to perform the job in question." I also agree with my colleague that [*supra*, at paragraph 170] "the 'rational connection test' differs from the 'reasonable necessity test' to the extent that the former does not impose an obligation on the employer to establish that other reasonable and less burdensome alternatives to the neutral work rule are available."

[203] Based on the above considerations, I find that the Bank's policy is not rationally related to its objective. First, the Bank's policy is under-inclusive. If the Bank was truly concerned with the correlation between drug use and employee job performance and responsibility it would have adopted a rule for random testing which applies to all employees including those at the senior levels. It also would have tested for a wide variety of other drugs. Second, a finding of trace amounts of drugs in one's system does not mean that the employee is unproductive or about to engage in a work-related crime. Indeed, there was no evidence to suggest that drug-related crime was a problem in the Bank. The Tribunal expressly found that during an 18-month period, there were 57 incidents of theft at the Bank none of which were linked to the use of drugs.

car il a été éclipsé par le critère selon lequel la loi doit porter le moins possible atteinte au droit en question. Toutefois, il nous aide à déterminer si la politique de la Banque a un lien rationnel avec son objectif.

[202] La Banque affirme avoir mis en œuvre sa politique parce qu'elle s'inquiétait de l'effet que les drogues ont sur le rendement au travail des employés ainsi que sur leur responsabilité. La Banque cherche également à maintenir son intégrité et se préoccupe du lien qui existe entre la consommation de drogue et le vol. Par conséquent, s'il peut être démontré que la politique de la Banque est restrictive, et ce, à un point tel qu'elle arrive difficilement à atteindre son objectif, ou s'il n'existe pas suffisamment d'éléments de preuve permettant de justifier la nécessité d'adopter pareille politique, on ne peut pas dire que la politique a un lien rationnel avec son objectif. En outre, comme le signale mon collègue, «si l'application de la règle vise le rendement professionnel, la règle, pour qu'il existe un lien rationnel, doit tenir compte de la capacité de l'employé d'accomplir le travail en question.» Je suis également d'accord avec mon collègue [*supra*, au paragraphe 170] pour dire que «le "critère relatif au lien rationnel" diffère du "critère relatif à la nécessité raisonnable" dans la mesure où il n'oblige pas l'employeur à établir qu'il existe d'autres solutions raisonnables et moins contraignantes par rapport à la règle de travail neutre».

[203] Compte tenu des considérations susmentionnées, je conclus que la politique de la Banque n'a pas de lien rationnel avec son objectif. Premièrement, cette politique n'est pas assez large. Si la Banque s'inquiétait réellement de la corrélation qui existe entre la consommation de drogue et le rendement ou la responsabilité des employés, elle aurait adopté une règle prévoyant des tests de dépistage effectués au hasard s'appliquant à tous les employés, y compris les employés occupant des postes à des niveaux supérieurs. Elle aurait également procédé à des tests permettant de déceler la présence de diverses autres drogues. Deuxièmement, le fait que des quantités négligeables de drogue sont décelées chez un employé ne veut pas dire que ce dernier n'est pas productif ou qu'il est sur le point de commettre une infraction

Two other findings of the Tribunal that are relevant to this appeal are [at pages 216-217]:

No research was done among the population of Bank employees to support the impressionistic assumption that there might be a drug problem among them sufficient to justify the introduction of such a policy:

...

This is clearly a case where the employer's concern is economic whether it be a concern about theft, employee productivity or the reputation of the Bank. It does not involve any "unusual dangers to employees or the public." Thus with reference to the words of McIntyre J in *Etobicoke*, it may be difficult if not impossible to demonstrate that such a mandatory requirement (drug testing) may be imposed without regard to individual capacity of the employee to perform the job requirements.

[204] As for the Bank's argument that the Tribunal considered the issue of rational connection when dealing with the BFOR defence and found the policy to be rationally connected to its objective, there are two responses to this argument. First, the two tests are different and are to be addressed separately after the decision of Madam Justice Wilson in *Alberta Dairy Pool*. Thus, if the Tribunal had considered the issue of rational connection in the adverse effect discrimination context it would have stated so in its findings.

[205] The second response to the Bank's argument is that even if the Tribunal considered the rational connection component, it found that the policy was not rationally connected. The passage that the Bank relies on in the Tribunal's judgment to indicate that it found there was a rational connection states [at page 218]: "In applying the *Brossard* test, if we assume that the employer's purpose is to eliminate illicit drugs from the employee population because of the impact

criminelle liée à son travail. De fait, aucun élément de preuve ne donnait à entendre que la criminalité liée à la toxicomanie posait un problème pour la Banque. Le Tribunal a expressément conclu qu'au cours d'une période de 18 mois, 57 vols avaient été commis à la Banque, mais qu'aucun d'eux n'était lié à la consommation de drogue. Le Tribunal a également tiré deux autres conclusions qui sont pertinentes aux fins qui nous occupent [aux pages 216 et 217]:

Aucune recherche n'a été faite auprès des employés de la Banque pour vérifier l'hypothèse de type impressionniste selon laquelle il pourrait exister parmi eux un problème de toxicomanie suffisant pour justifier l'adoption d'une telle politique.

...

Il s'agit manifestement en l'espèce d'un cas où l'employeur a des préoccupations d'ordre économique, qu'il s'agisse de la question des vols, de la productivité des employés ou de la réputation de la Banque. Il ne comporte «pour les employés ou le public aucun danger exceptionnel». Ainsi, si l'on se reporte aux termes utilisés par le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke*, il peut être difficile, voire impossible, d'établir qu'une telle condition (le dépistage des drogues) puisse être imposée sans égard à la capacité d'un employé en particulier de s'acquitter des fonctions de l'emploi.

[204] En ce qui concerne l'argument de la Banque selon lequel le Tribunal a examiné la question du lien rationnel lorsqu'il a traité du moyen de défense fondé sur une EPJ et qu'il a conclu que la politique avait un lien rationnel avec son objectif, il existe deux réponses. En premier lieu, les deux critères sont différents et doivent être examinés séparément compte tenu de la décision rendue par M^{me} le juge Wilson dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*. Par conséquent, si le Tribunal avait examiné la question du lien rationnel dans le contexte de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il l'aurait dit dans ses conclusions.

[205] En second lieu, même si le Tribunal a examiné la question du lien rationnel, il a conclu que la politique n'avait pas de lien rationnel. Le passage du jugement du Tribunal sur lequel la Banque se fonde pour montrer que celui-ci a conclu à l'existence d'un lien rationnel est ainsi libellé [à la page 218]: «Si nous présumons, en appliquant le critère formulé dans l'arrêt *Brossard*, que l'objectif de l'employeur est d'éliminer les drogues illicites dans le milieu de travail

they might have upon job performance, this Tribunal finds that this is an appropriate purpose.” As the CCLA points out, the issue is not whether the Bank’s purpose for implementing the policy is appropriate but whether the policy adopted to implement the purpose is rationally connected to the employment. What needs to be addressed is whether the policy was implemented for sound economic or business reasons and whether the policy is over or under-inclusive in reaching its objective.

[206] A reading of the Tribunal’s decision shows that it expressly found that the policy was not rationally related to its objective. The relevant passages of the Tribunal’s decision are as follows [at page 218]:

... if we examine the concern relative to the connection with the criminal element and the risk of such things as money laundering we find little evidence before us to support this concern. If the concern is that the employee is engaging in a criminal act by using illicit drugs, that is a matter for concern but also a matter for the law enforcement officials.

In examining the reasonableness for the method chosen by the employer, this Tribunal finds that the method—namely mandatory urinalysis—is intrusive. As a blanket policy, it does represent a major step in the invasion of privacy of many individuals in the employment field. This method could only be seen as reasonable in the face of substantial evidence of a serious threat to the Bank’s other employees and the public, its customers.

Clearly, the evidence is not there to support this. The Bank did not act upon evidence of a problem but upon impressions and some evidence from other sources, much of it from the United States bearing little relevance to the actual circumstances in the Bank.

If observation works for the majority as a method of individual assessment even though evidence indicated it was imperfect, why not for the new and returning employees also? It is at least noteworthy that no other Canadian bank has such a policy and the Canadian Bankers Association has not found it necessary to take a policy position on the matter.

de ses employés en raison des effets qu’elles peuvent avoir sur le rendement au travail, le Tribunal conclut qu’il s’agit d’un objectif approprié.» Comme l’ACLC le signale, il ne s’agit pas de savoir si le but visé par la Banque lorsqu’elle a mis en œuvre la politique est approprié, mais si la politique que la Banque a adoptée en vue d’atteindre ce but a un lien rationnel avec l’emploi. Il s’agit de savoir si la politique a été mise en œuvre pour des bonnes raisons économiques et commerciales et si la politique est trop large ou pas assez large pour en arriver à cet objectif.

[206] La lecture de la décision du Tribunal montre que ce dernier a expressément conclu que la politique n’a pas de lien rationnel avec son objectif. Les passages pertinents de la décision du Tribunal se lisent comme suit [à la page 218]:

... nous concluons après examen que la preuve est insuffisante en ce qui concerne la crainte de contacts avec des éléments criminels de la société et les risques qu’il y ait recyclage de l’argent. Certes, le fait que l’employé commet un acte criminel en consommant des drogues illicites est un sujet de préoccupation, mais cette question relève aussi des autorités chargées de l’application de la loi.

Après avoir examiné le caractère raisonnable de la méthode choisie par l’employeur, le Tribunal conclut que cette méthode—c’est-à-dire, l’analyse d’urine obligatoire—a un caractère attentatoire. Cette politique générale représente une étape importante dans l’invasion de la vie privée de nombreux individus dans le domaine de l’emploi. Cette méthode ne pourrait être jugée raisonnable qu’en présence d’une preuve de fond indiquant l’existence d’une menace grave pour les autres employés de la Banque et pour le public, ses clients.

Il est évident qu’il n’existe pas une telle preuve en l’espèce. La Banque n’a pas agi en se fondant sur la preuve de l’existence d’un problème, mais elle s’est plutôt appuyée sur des impressions et sur certains éléments de preuve obtenus d’autres sources, un grand nombre de ceux-ci provenant des États-Unis et étant peu pertinents dans la situation actuelle de la Banque.

Si la surveillance constitue la méthode d’évaluation individuelle pour la majorité des employés, pourquoi n’en serait-il pas de même pour les nouveaux employés et pour les employés réembauchés même si la preuve a indiqué qu’il s’agissait d’une méthode imparfaite? Il convient tout au moins de signaler qu’il n’existe aucune politique de ce genre dans aucune autre banque canadienne et que l’Association des banquiers canadiens n’a pas jugé nécessaire d’adopter une position de principe sur cette question.

[207] Further, to elaborate on a point I mentioned earlier, it is not sound economic or business policy to implement drug testing when that testing only affects a small portion of employees, and there is no evidence to suggest that employee work performance is being affected by drugs. I would, therefore, dismiss the appeal on the ground that the policy fails the rational connection test.

[208] After finding in the alternative that the policy failed the rational connection test, my colleague Robertson J.A. did not proceed to consider the issue of whether the Tribunal properly considered the Bank's policy in light of the accommodation requirement. As I am of the opinion that both the Tribunal and the Motions Judge erred in their analyses on this point, I will address this issue.

Reasonable Accommodation

[209] The Bank's drug testing policy provides for rehabilitation services for employees who test positive for drugs. An employee only faces the possibility of dismissal if he or she refuses to participate in a rehabilitation program or fails at rehabilitation and continues to use drugs. Even then, the Bank states that it reviews the specific circumstances before any final decision regarding termination is made. The relevant provisions of the Bank's policy are as follows:

The intent of this policy is rehabilitative, not punitive.

If you have a drug or alcohol problem, rehabilitative services are available and the Bank intends to work with employees to help them overcome their problems.

...

The Bank will help you overcome your drug or alcohol problem by providing access to rehabilitative programs. Ending your employment with the Bank may only be necessary if reasonable accommodation has been provided, but deemed unsuccessful or rehabilitation efforts have failed.

[207] En outre, je préciserai un point dont j'ai ci-dessus fait mention en disant que le fait de procéder à des tests de dépistage de drogue qui ne touchent qu'un petit nombre d'employés, alors que rien ne donne à entendre que la consommation de drogue influe sur le rendement au travail, n'est pas une bonne politique économique ou commerciale. Par conséquent, je rejeterais l'appel pour le motif que la politique ne satisfait pas au critère relatif au lien rationnel.

[208] Après avoir conclu à titre subsidiaire que la politique ne satisfait pas au critère relatif au lien rationnel, mon collègue le juge Robertson n'a pas procédé à l'examen de la question de savoir si le Tribunal avait à juste titre tenu compte de la politique de la Banque à la lumière de l'obligation d'accommodement. Étant donné que j'estime que, dans leurs analyses, le Tribunal et le juge des requêtes ont commis une erreur sur ce point, j'examinerai la question.

L'accommodement raisonnable

[209] La politique de dépistage de drogues de la Banque prévoit que des services de réadaptation sont offerts aux employés dont le test de dépistage est positif. Un employé ne risque d'être congédié que s'il refuse de participer à un programme de réadaptation ou si la réadaptation échoue et si l'employé continue à utiliser des drogues. Même alors, la Banque déclare qu'elle examine les circonstances précises avant de prendre une décision définitive au sujet de la cessation d'emploi. Les dispositions pertinentes de la politique de la Banque sont ainsi libellées:

[TRADUCTION] La présente politique vise à permettre à l'employé de se réadapter et non à le punir.

Si vous avez un problème d'alcoolisme ou de toxicomanie, des services de réadaptation sont mis à votre disposition et la Banque a l'intention de collaborer avec vous pour vous aider à surmonter vos problèmes.

...

La Banque vous aidera à venir à bout de votre problème d'alcoolisme ou de toxicomanie en vous permettant de participer à des programmes de réadaptation. Il se peut qu'il ne soit nécessaire de mettre fin à l'emploi que vous exercez auprès de la Banque que s'il y a eu un accommodement raisonnable, mais que la chose n'a pas porté fruit ou que les efforts de réadaptation ont échoué.

If you need help you can contact Reach Out, the Bank's Employee Assistance Program . . . , the Health Centre . . . or the Disability Claims and Rehabilitation Department. All programs operate in accordance with accepted professional standards. Confidentiality is preserved.

You can enter these programs in one of three ways:

3. If you test positive for drug use (see below) you will be required to participate in a rehabilitation program as deemed appropriate by a Health Professional.

. . .

You will not be disciplined or discharged as long as you continue to participate in a rehabilitation program and it is deemed to be working and your job performance is acceptable. Also, you will receive short-term disability benefits, if required, as long as you participate in a recognized treatment program and comply with the treatment.

[210] I agree with the Motions Judge and the Tribunal that the rehabilitation program provided by the Bank conforms with the reasonable accommodation requirement. There are limits on an employer's duty to reasonably accommodate drug dependent employees. The Supreme Court of Canada in *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, at pages 994-995 recognized that there is also an onus on the employee to take reasonable steps to facilitate the implementation of an employer's policies:

When an employer has initiated a proposal that is reasonable and would, if implemented, fulfil the duty to accommodate, the complainant has a duty to facilitate the implementation of the proposal. If failure to take reasonable steps on the part of the complainant causes the proposal to founder, the complaint will be dismissed. The other aspect of this duty is the obligation to accept reasonable accommodation. . . . The complainant cannot expect a perfect solution. If a proposal that would be reasonable in all the circumstances is turned down, the employer's duty is discharged.

It follows that if, after sending an employee for treatment, he or she cannot be rehabilitated the Bank is not required to do anything more. The employee has

Si vous avez besoin d'aide, vous pouvez communiquer avec le programme d'aide aux employés . . . , le Centre de santé . . . ou le service des demandes de prestations d'invalidité et de réadaptation. Tous les programmes sont conformes aux normes professionnelles reconnues. La confidentialité est assurée.

Vous pouvez vous inscrire à ces programmes de trois façons:

3. Si le résultat du test de dépistage de drogues que vous avez subi est positif (voir ci-dessous), vous devrez participer à un programme de réadaptation si un professionnel de la santé le juge opportun.

. . .

Vous ne ferez pas l'objet de mesures disciplinaires et vous ne serez pas congédié si vous continuez à participer à un programme de réadaptation et si la chose semble porter fruit et si votre rendement au travail est satisfaisant. De plus, vous toucherez des prestations d'invalidité à court terme, au besoin, dans la mesure où vous participez à un programme de traitement reconnu et où vous suivez le traitement.

[210] Je suis d'accord avec le juge des requêtes et avec le Tribunal pour dire que le programme de réadaptation offert par la Banque satisfait à l'obligation relative à l'accommodement raisonnable. L'obligation qui incombe à l'employeur de prendre des mesures d'accommodement raisonnables à l'égard des employés qui ont une dépendance envers la drogue a des limites. Dans l'arrêt *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, aux pages 994 et 995, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'il incombe également à l'employé de prendre des mesures raisonnables en vue de faciliter la mise en œuvre des politiques de l'employeur:

Lorsque l'employeur fait une proposition qui est raisonnable et qui, si elle était mise en œuvre, remplirait l'obligation d'accommodement, le plaignant est tenu d'en faciliter la mise en œuvre. Si l'omission du plaignant de prendre des mesures raisonnables est à l'origine de l'échec de la proposition, la plainte sera rejetée. L'autre aspect de cette obligation est le devoir d'accepter une mesure d'accommodement raisonnable . . . Le plaignant ne peut s'attendre à une solution parfaite. S'il y a rejet d'une proposition qui serait raisonnable compte tenu de toutes les circonstances, l'employeur s'est acquitté de son obligation.

Par conséquent, si l'employé qui a été envoyé à un programme de traitement ne peut pas se réadapter, la Banque n'est pas tenue de faire autre chose. Elle a

been reasonably accommodated.

[211] The Commission has recognized the limits placed on an employer to reasonably accommodate a drug dependent employee in its Policy Statement which states:

Reasonable accommodation may include referring employees who test 'positive' to an employee assistance program for assessment and, if needed, counselling and rehabilitation. The duty to reasonably accommodate has limits, however. For example, if the employer sends an employee on a rehabilitation program and the employee does not overcome his or her dependency, no further accommodation may be required.

The Bank's actual treatment program (which refers drug dependent employees to a treatment program) thus fulfils the reasonable accommodation requirement. Where the Bank's drug policy falls short of meeting the reasonable accommodation requirement, however, is in its failure to assess employee job performance at the accommodation stage.

[212] Both the Motions Judge and the Tribunal found that employee job performance need not be considered at the accommodation stage. In reaching her conclusion on this point, the Motions Judge relied on a decision of this Court in *Niles v. Canadian National Railway Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 33 (F.C.A.), which she claims stands for the proposition that an employer does not have an unlimited duty to accommodate an alcohol dependent employee who refuses to participate in rehabilitation. Relying on *Niles*, she found that the impact that drugs have on work performance need not be considered [at page 238]: "there is no requirement in that case that the employee who suffers from an addiction must also exhibit poor job performance. The addiction itself is sufficient to justify termination where rehabilitation has failed." She concluded that [at page 238]:

pris des mesures d'accommodement raisonnables à l'égard de l'employé.

[211] La Commission a reconnu qu'il y avait des limites à l'obligation qui incombe à l'employeur de prendre des mesures raisonnables d'accommodement à l'égard d'un employé qui a une dépendance envers la drogue dans son énoncé de politique, qui se lit comme suit:

Il peut s'agir d'envoyer un employé ayant obtenu un résultat «positif» à un programme d'aide aux employés à des fins d'évaluation et, en cas de besoin, de counselling et de réadaptation. L'obligation de consentir à des adaptations raisonnables a toutefois des limites. Par exemple, si l'employeur inscrit un employé à un programme de réadaptation et que l'employé ne surmonte pas sa dépendance, on considérera qu'il a respecté son obligation.

Le programme de traitement de la Banque (auquel on renvoie les employés qui ont une dépendance envers la drogue) satisfait donc à l'obligation de prendre des mesures d'accommodement raisonnables. Toutefois, la politique de dépistage de drogues de la Banque ne satisfait pas à pareille obligation en ce sens qu'aucune évaluation du rendement de l'employé au travail n'est prévue au stade de l'accommodement.

[212] Le juge des requêtes et le Tribunal ont tous les deux conclu qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte du rendement professionnel au stade de l'accommodement. En tirant sa conclusion sur ce point, le juge des requêtes s'est fondé sur la décision que cette Cour a rendue dans l'affaire *Niles c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada* (1992), 44 D.L.R. (4th) 33 (C.A.F.), décision qui, d'après le juge, étaye la thèse selon laquelle l'employeur n'a pas un devoir illimité d'accommodement à l'égard d'un employé dépendant envers l'alcool qui refuse de participer à un programme de réadaptation. En se fondant sur l'arrêt *Niles*, le juge des requêtes a conclu qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte de l'effet des drogues sur le rendement professionnel [à la page 238]: «Dans ce cas, il n'existe pas d'exigence voulant que l'employé qui souffre d'une dépendance doit nécessairement avoir un rendement professionnel très faible. La dépendance même suffit à justifier le licenciement lorsque la réadaptation a échoué.» Voici ce que le juge a conclu [à la page 238]:

The submission that the Tribunal erred by not addressing individual performance issues as an aspect of accommodation cannot succeed. Essentially, the point of undue hardship is reached for the employer, at least in the case of a policy against the use of illegal drugs, when the employer is faced with the continued presence of an employee who cannot be rehabilitated and who persists in his or her criminal acquisition and use of illegal drugs.

[213] In my view the Motions Judge erred in interpreting the *Niles* decision as standing for the proposition that job performance need not be considered before initiating testing or after being sent to a rehabilitation program. I am of the view that both the Motions Judge and the Tribunal should have considered the issue of work performance in their analyses because in order for any type of drug policy to reasonably accommodate affected employees, job performance must be considered. (The exception may be safety sensitive industries). If an employee is not abusing drugs while at work, and his or her work performance meets the employer's job requirements, then the disability poses no problem. If, however, an employee exhibits poor performance and the Bank believes it may be related to a drug dependency, then (and only then) should the Bank be able to test the employee and, if necessary, send the employee to some form of rehabilitation or counselling program. To comply with the reasonable accommodation component an employee cannot be tested unless after receiving treatment his or her work performance remains inadequate. Thus, if after receiving treatment, the employee's work performance is fine, no further tests should be undertaken. If after receiving treatment the employee's performance continues to remain inadequate, the Bank is justified in re-testing and dismissing the employee if the poor performance is related to drugs. The Bank need not send the employee out for further treatment.

[214] There is nothing in the *Niles* decision to suggest that my interpretation of the accommodation

L'argument selon lequel le Tribunal a commis une erreur de droit lorsqu'il n'a pas tranché les questions de rendement individuel dans le cadre de l'accommodement ne peut être invoqué avec succès. Essentiellement, on peut conclure à l'existence d'une contrainte excessive pour l'employeur, du moins dans le cas d'une politique visant à lutter contre l'usage de drogues illégales, si l'employeur est confronté à la présence continue d'un employé qui ne peut être réhabilité et qui persiste dans son acquisition criminelle et dans son usage de drogues illégales.

[213] À mon avis, le juge des requêtes a commis une erreur en interprétant l'arrêt *Niles* comme étayant la thèse selon laquelle il n'est pas nécessaire de tenir compte du rendement professionnel avant de procéder au dépistage ou après qu'un employé a été envoyé à un programme de réadaptation. J'estime que le juge des requêtes et le Tribunal auraient tous les deux dû tenir compte de la question du rendement professionnel dans leurs analyses parce que, pour qu'une politique de dépistage de drogues puisse prévoir des mesures raisonnables d'accommodement à l'égard des employés touchés, il faut tenir compte du rendement professionnel (sauf peut-être dans le cas des industries où la sécurité est essentielle). Si un employé ne consomme pas de drogues au travail, et si son rendement satisfait aux exigences de l'employeur, la déficience ne pose pas de problèmes. Toutefois, si le rendement de l'employé laisse à désirer et si la Banque croit que ce mauvais rendement est attribuable à sa dépendance envers la drogue, en pareil cas (et uniquement en pareil cas) la Banque devrait pouvoir faire subir un test à l'employé et, au besoin, l'envoyer à un programme de réadaptation ou de counselling quelconque. Pour qu'il y ait accommodement raisonnable, on peut uniquement faire subir un test à l'employé s'il a été traité et si son rendement professionnel continue à être non satisfaisant. Par conséquent, si après le traitement, le rendement de l'employé est satisfaisant, on ne devrait pas procéder à d'autres tests. Si après le traitement, le rendement de l'employé continue à être non satisfaisant, la Banque peut à juste titre lui faire subir un autre test et le congédier si son mauvais rendement est attribuable à la consommation de drogues. La Banque n'a pas à faire suivre d'autres traitements à l'employé.

[214] Rien dans l'arrêt *Niles* ne donne à entendre que la façon dont j'interprète l'obligation d'accommo-

requirement is incorrect. Indeed, the *Niles* case supports my position. Contrary to how *Niles* has been interpreted by some commentators, the facts in that case show that the employee's alcoholism had interfered with his work. For a long period of time the employee had refused to receive help. After telling his employer he was fine, there were further absences and the employer's car was damaged by the employee. He could have been dismissed at this point but instead he was suspended. The employee sought rehabilitation and was told that after-care was an essential part of the treatment. He did not undergo the after-care treatment. Further, the Court specifically found that CN's policy on alcoholism had been followed. Part of that policy was [at page 45]:

. . . to require affected employees to accept certain conditions related to the program of rehabilitation. If the employee refuses to co-operate, or if the medical treatment and other measures fail, then removal from employment must be considered where there is continuing deterioration in performance. Such separation would be required, as in other circumstances, because minimum performance standards are not being met. [Emphasis added.]

[215] This Court also found at pages 49-50 that one of the reasons for *Niles*' dismissal was his substandard work performance: "It seems clear to me that the tribunal did not make an adequate distinction between an employer's discrimination on the basis of past or present alcoholism *per se* and an employer's justified reaction to the substandard performance consequences of alcoholism which was the basis for dismissal." While Heald J.A. does state at page 50 that the Tribunal was concerned with CN's failure to assess the employee after attempted rehabilitation, his statement must be read in context. The employee had tried on previous occasions and failed to rehabilitate. Performance remained substandard after the previous attempts at rehabilitation. The employee had also refused to comply with the remainder of his treatment. Thus, contrary to the Motions Judge's interpretation, this case does not stand for the proposition that performance indicators are not to be considered as they were expressly considered in that case.

dement n'est pas correcte. De fait, l'arrêt *Niles* étaye ma position. Contrairement à la façon dont l'arrêt *Niles* a été interprété par certains commentateurs, les faits de cette affaire montraient que le fait que l'employé était alcoolique nuisait à son travail. L'employé avait longtemps refusé de recevoir de l'aide. Après avoir affirmé à son employeur que tout allait bien, il avait continué à s'absenter et il avait endommagé la voiture de l'employeur. Il aurait alors pu être congédié, mais on s'était contenté de le suspendre. L'employé avait participé à un programme de réadaptation et on lui avait dit qu'il était essentiel d'assurer le suivi après le traitement. Or, l'employé n'avait pas été suivi après avoir été traité. En outre, la Cour a expressément conclu que la politique du CN en matière d'alcoolisme avait été suivie. Cette politique prévoyait notamment ceci [à la page 45]:

. . . elle [la compagnie] exige des employés visés qu'ils acceptent certaines conditions reliées au programme de réadaptation. En cas de refus de coopération ou si le traitement médical ou les autres mesures prises échouent, il faut considérer la possibilité du renvoi lorsque le rendement continue de se détériorer. Comme dans d'autres situations, le renvoi s'impose lorsque les normes minimales de rendement ne sont pas atteintes. [Je souligne.]

[215] Cette Cour a également conclu, aux pages 49 et 50, que M. *Niles* avait été congédié entre autres parce que son rendement au travail était en-deçà de la norme: «Il m'apparaît clairement que le tribunal n'a pas fait de distinction appropriée entre une discrimination de la part d'un employeur qui est fondée sur un alcoolisme antérieur ou présent en soi et une réaction justifiée de la part d'un employeur à un rendement qui, à cause de l'alcoolisme, est tombé en-deçà de la norme, le motif pour lequel M. *Niles* a été congédié.» À la page 50, le juge Heald dit que le Tribunal se préoccupait du fait que le CN avait omis d'évaluer l'employé après les tentatives de réadaptation, mais il faut tenir compte du contexte dans lequel cette remarque a été faite. L'employé avait déjà essayé à plusieurs reprises de se réadapter sans succès. Son rendement avait continué à être en-deçà de la norme après les tentatives antérieures de réadaptation. L'employé avait également refusé de poursuivre le traitement. Par conséquent, contrairement à l'interprétation donnée par le juge des requêtes, cet arrêt n'étaye pas la thèse selon laquelle il n'est pas nécessaire de tenir

[216] I would therefore agree with the reasoning of the Board in *Entrop v. Imperial Oil Limited* (1996), 27 C.H.R.R. D/210, at page D/225 (affirmed [1998] O.J. No. 422 (Gen Div.) (QL) where it states that “an employer has the right to ensure that its business operations are conducted safely, and a corresponding right to assess whether employees are incapable of performing their essential duties” and add that when dealing with adverse effect discrimination in order to accommodate employees with drug testing problems there must be objective evidence of poor performance. As the Bank’s policy is not tied to concerns with employee job performance (as employees are never given a chance to work before being required to take the drug test and because an employee who has received treatment is tested again regardless of his or her work performance) it has not satisfied the duty to accommodate.

[217] In conclusion, I am of the respectful opinion that the Bank’s drug testing policy constitutes a prohibited discriminatory practice within the meaning of section 10 of the *Canadian Human Rights Act*. Accordingly, the appeal and cross-appeal should be disposed of in the manner outlined by Robertson J.A. I adopt his reasons but only to the extent that they are consistent with those I have given herein.

¹ R.S.C., 1985, c. H-6 (the Act).

² Exhibit HR-1, Appeal Book, Vol. III, at p. 634.

³ Exhibit R-9, *ibid.*, at p. 639.

⁴ *Ibid.*

⁵ (1994), 6 C.C.E.L. (2d) 196 (H.R.T.), at pp. 210-211.

⁶ Appeal Book, Vol. III, at p. 630.

⁷ *Supra*, note 5, at p. 211.

⁸ *Id.*, at p. 212.

⁹ (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 229 (F.C.T.D.), at p. 235.

¹⁰ *Id.*, at pp. 235-236.

¹¹ *Id.*, at p. 237.

¹² *Id.*, at p. 238.

compte des indices de rendement étant donné qu’il en a été expressément tenu compte dans cette affaire-là.

[216] Je souscrirais donc au raisonnement que la commission d’enquête a fait dans la décision *Entrop c. Imperial Oil Limited* (1996), 27 C.H.R.R. D/210, à la page D/225 (confirmé par [1998] O.J. n° 422 (Div. gén.) (QL), où il est dit que [TRADUCTION] «l’employeur a le droit de s’assurer que son entreprise soit exploitée d’une façon sécuritaire, ainsi que le droit de déterminer si les employés sont capables de s’acquitter de leurs principales tâches» et j’ajouterais que dans un cas de discrimination par suite d’un effet préjudiciable, pour que l’employeur puisse composer avec les employés qui ont des problèmes de toxicomanie, il doit exister des éléments de preuve objectifs de leur mauvais rendement. Étant donné que la politique de la Banque n’a rien à voir avec le rendement des employés au travail (puisque les employés n’ont pas la possibilité de travailler avant d’avoir à subir un test de dépistage de drogues et que l’employé qui a suivi un traitement doit de nouveau se soumettre à un test indépendamment de son rendement au travail), la Banque n’a pas satisfait à l’obligation d’accommodement.

[217] En conclusion, je suis d’avis que la politique de dépistage de drogues de la Banque constitue un acte discriminatoire illicite au sens de l’article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L’appel et l’appel incident devraient donc être réglés de la façon prévue par le juge Robertson. J’adopte les motifs que le juge Robertson a prononcés, mais uniquement dans la mesure où ils sont compatibles avec ceux que j’ai ici prononcés.

¹ L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi).

² Pièce HR-1, dossier d’appel, vol. III, à la p. 634.

³ Pièce R-9, *ibid.*, à la p. 639.

⁴ *Ibid.*

⁵ (1994), 6 C.C.E.L. (2d) 196 (T.D.P.), aux p. 210 et 211.

⁶ D.A. vol. III, à la p. 630.

⁷ *Supra*, note 5, à la p. 211.

⁸ *Id.*, à la p. 212.

⁹ (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 229 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 235.

¹⁰ *Id.*, aux p. 235 et 236.

¹¹ *Id.*, à la p. 237.

¹² *Id.*, à la p. 238.

¹³ R.S.C., 1985, c. N-1.

¹⁴ The schedule includes, as narcotics, the following: cannabis (marijuana and hashish), cocaine, codeine, heroin, morphine, opium.

¹⁵ *Supra*, note 5, at p. 212.

¹⁶ *Supra*, note 9, at p. 235.

¹⁷ *Id.*, at pp. 235-236.

¹⁸ *Id.*, at p. 236.

¹⁹ [1990] 2 S.C.R. 489, at p. 514 (*Dairy Pool*).

²⁰ J. Sopinka and M. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (Toronto: Butterworths, 1993), at p. 51.

²¹ *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516.

²² [1993] 1 S.C.R. 554 (*Mossop*).

²³ [1996] 1 S.C.R. 571.

²⁴ [1996] 1 S.C.R. 825.

²⁵ *Mossop, supra*, at p. 585.

²⁶ [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 174 (*Andrews*).

²⁷ [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 551 (*O'Malley*).

²⁸ *Dairy Pool, supra*, at p. 513.

²⁹ Appeal Book, Vol. I, at p. 36.

³⁰ (1996), 27 C.H.R.R. D/210 (Ont. Bd. Inq.); aff'd *Imperial Oil Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission) (re Entrop)*, [1998] O.J. No. 422 (Div. Ct.) (QL) (*Entrop*).

³¹ *Id.*, at paras. 30-31.

³² *Dairy Pool, supra*, at pp. 514-515.

³³ [1994] 2 S.C.R. 525 (*Bergevin*).

³⁴ [1992] 2 S.C.R. 970.

³⁵ *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

³⁶ *Supra*, note 9, at p. 236.

³⁷ House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 115 (December 21, 1982), at p. 115:44.

³⁸ *Dairy Pool, supra*, at p. 520.

³⁹ *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at p. 311 (*Brossard*).

⁴⁰ *Supra*, note 5, at p. 218.

⁴¹ *Bergevin, supra*, at p. 546.

⁴² Policy 88-1, Appeal Book, Vol. VIII, at pp. 1379-1380.

⁴³ *O'Malley, supra*, at p. 555; *Renaud, supra*, at pp. 994-995.

⁴⁴ Appeal Book, Vol. III, at pp. 627-628.

⁴⁵ Examination in Chief of Mr. Lawson, Appeal Book, Vol. I, at pp. 123-126.

⁴⁶ *Supra*, note 5, at p. 213.

¹³ L.R.C. (1985), ch. N-1.

¹⁴ Dans l'annexe, il est notamment fait mention des stupéfiants suivants: cannabis (marijuana et hachisch), cocaïne, codéine, héroïne, morphine, opium.

¹⁵ *Supra*, note 5, à la p. 212.

¹⁶ *Supra*, note 9, à la p. 235.

¹⁷ *Id.*, aux p. 235 et 236.

¹⁸ *Id.*, à la p. 236.

¹⁹ [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 514 (*Dairy Pool*).

²⁰ J. Sopinka et M. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (Toronto: Butterworths, 1993), à la p. 51.

²¹ *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516.

²² [1993] 1 R.C.S. 554 (*Mossop*).

²³ [1996] 1 R.C.S. 571.

²⁴ [1996] 1 R.C.S. 825.

²⁵ *Mossop, supra*, à la p. 585.

²⁶ [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 174 (*Andrews*).

²⁷ [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 551 (*O'Malley*).

²⁸ *Dairy Pool, supra*, à la p. 513.

²⁹ Dossier d'appel, vol. I, à la p. 36.

³⁰ (1996), 27 C.H.R.R. D/210 (Comm. d'enquête de l'Ont.); conf. par *Imperial Oil Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission) (re Entrop)*, [1998] O.J. n° 422 (C. div.) (QL) (*Entrop*).

³¹ *Id.*, au par. 30 et 31.

³² *Dairy Pool, supra*, aux p. 514 et 515.

³³ [1994] 2 R.C.S. 525 (*Bergevin*).

³⁴ [1992] 2 R.C.S. 970.

³⁵ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

³⁶ *Supra*, note 9, à la p. 236.

³⁷ Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 115 (21 décembre 1982), à la p. 115:44.

³⁸ *Dairy Pool, supra*, à la p. 520.

³⁹ *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, à la p. 311 (*Brossard*).

⁴⁰ *Supra*, note 5, à la p. 218.

⁴¹ *Bergevin, supra*, à la p. 546.

⁴² Politique 88-1, dossier d'appel, vol. VIII, aux p. 1379 et 1380.

⁴³ *O'Malley, supra*, à la p. 555; *Renaud, supra*, aux p. 994 et 995.

⁴⁴ Dossier d'appel, vol. III, aux p. 627 et 628.

⁴⁵ Interrogatoire principal de M. Lawson, dossier d'appel, vol. I, aux p. 123 à 126.

⁴⁶ *Supra*, note 5, à la p. 213.

A-376-97

A-376-97

The Martel Building Limited (*Appellant*)**The Martel Building Limited** (*appelante*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)INDEXED AS: *MARTEL BUILDING LTD. v. CANADA (C.A.)*RÉPERTORIÉ: *MARTEL BUILDING LTD. c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Desjardins and Décary J.J.A.—Ottawa, April 21, 22 and July 16, 1998.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Desjardins et Décary, J.C.A.—Ottawa, 21, 22 avril et 16 juillet 1998.

Crown — Torts — Appeal from F.C.T.D. judgment dismissing tort, contract action against Crown — Crown leasing appellant's downtown Ottawa building since 1975 — Entering into negotiations for renewal — Appellant planning to renovate in conjunction with renewal — Crown not communicating to appellant further information required — Went to tenders — Although lowest bidder, appellant not awarded contract because Crown adding to bid for fit-up, other costs — Appeal allowed — Duty of care arising where sufficiently close relationship between parties, foreseeability of harm to appellant — That long-standing lessor/lessee relationship, lease contemplating possibility of renewal, Crown only tenant in building since construction, Crown dominant player in leasing rental space in area, supporting conclusion sufficiently close relationship to give rise to duty of care in negotiation process — Trial Judge not addressing duty of care in tendering process — Implied contractual obligation on Crown under bidding contract to treat all bidders fairly according to good faith principle giving rise to common law duty of care — Relationship between parties sufficiently close, Crown ought to have contemplated injury to appellant by breach of duty — Crown breached duty of care in tendering process by not mentioning fit-up requirement to appellant, adding costs of fit-up to appellant's bid, while no such costs added to successful bid — As to causation, question whether Crown's negligence causing appellant to lose opportunity to renegotiate renewal fairly, participate in tender — Clearly causal link between appellant's loss, Crown's negligence — Trial Judge concluding loss of opportunity to complete negotiations not justifying amount of damages equal to 10-year contract — Degree of probability of contract being awarded future event irrelevant in assessment of causation, although relevant in assessment of damages — Defendant's conduct need not be sole cause of loss.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Appel d'un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale rejetant une action en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle contre la Couronne — La Couronne était locataire depuis 1975 d'un immeuble appartenant à l'appelante et situé au centre-ville d'Ottawa — Elle a entamé des négociations en vue de la reconduction du bail — L'appelante projetait de faire des rénovations concurrentiellement avec la reconduction du bail — La Couronne n'a pas communiqué à l'appelante certains renseignements supplémentaires requis — Elle a lancé un appel d'offres — Même si la soumission de l'appelante était la plus basse, le marché ne lui a pas été attribué parce que la Couronne a ajouté des frais supplémentaires à la soumission au titre notamment des coûts d'aménagement — Appel accueilli — Il existe un devoir de diligence lorsqu'il y a des rapports suffisamment étroits entre les parties ainsi qu'un risque prévisible que l'appelante subisse un préjudice — Le fait que les parties entretenaient depuis longtemps des rapports locateur-locataire, que le bail prévoyait la possibilité d'une reconduction, que la Couronne était le seul locataire de l'immeuble depuis la construction de celui-ci et le fait que la Couronne était le principal intervenant dans la location de superficies locatives dans le secteur étaient la conclusion que les parties entretenaient des rapports suffisamment étroits pour créer un devoir de diligence dans le processus de négociation — Le juge de première instance n'a pas traité de la question de la négligence dans le processus d'appel d'offres — L'obligation contractuelle implicite à laquelle était soumise la Couronne aux termes du dossier d'appel d'offres et qui l'obligeait à traiter tous les soumissionnaires équitablement, suivant le principe de la bonne foi, la soumettrait à un devoir de diligence reconnu en common law — Les liens qui existaient entre les parties étaient suffisamment étroits pour que la Couronne prévoie que l'appelante subirait un préjudice en cas de manquement à ce devoir — La Couronne a manqué à son obligation de diligence dans le cadre du processus d'appel d'offres en ne mentionnant pas à l'appelante la condition relative aux frais d'aménagement et en ajoutant des frais d'aménagement à la soumission de l'appelante, tandis qu'aucuns frais de ce genre n'étaient ajoutés à la soumission retenue — Pour ce

qui est du lien de causalité, la question est de savoir si la négligence de la Couronne a privé l'appelante de la possibilité de négocier de façon équitable la reconduction du bail et de participer à l'appel d'offres — Il existait un lien de causalité évident entre le préjudice subi par l'appelante et la négligence de l'intimée — Le juge de première instance a conclu que le fait d'être privée de la possibilité de mener les négociations à terme ne justifiait pas l'octroi de dommages-intérêts d'un montant équivalent à un bail d'une durée de dix ans — Le degré de probabilité que le marché soit attribué à l'appelante est un événement futur qui n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'un lien de causalité et ce, malgré le fait qu'il soit pertinent lorsqu'il s'agit d'évaluer les dommages-intérêts — Il n'est pas nécessaire que les agissements du défendeur soient la cause unique du préjudice.

Practice — Pleadings — Amendments — One day prior to end of oral arguments, Trial Judge allowing amendment to statement of claim to include, as separate cause of action, claim in negligence for respondent's failure to exercise duty of care in negotiations for lease renewal, preparation of tender documents, evaluation of appellant's bid in response to tender — Although offered opportunity to reopen case, respondent declined — Amendments pursuant to R. 420 allowed at any stage of action to determine real questions in controversy, provided not resulting in injustice to other party not compensable by award of costs, serving interests of justice — As new claims of negligence resting upon same facts as those upon which other claims based, difficult to frame what occurred herein as cause of action, respondent offered opportunity to reopen case, Trial Judge properly exercising discretion, particularly as respondent suffering no prejudice.

Pratique — Plaidoiries — Modifications — La veille de la clôture des débats, le juge de première instance a autorisé l'appelante à modifier sa déclaration de manière à y ajouter, en tant que droit d'action distinct, une poursuite en responsabilité fondée sur le défaut de l'intimée d'agir avec diligence lors des négociations entamées avec l'appelante en vue de la reconduction du bail de l'immeuble, dans la préparation des documents d'appel d'offres et dans l'évaluation de la soumission de l'appelante — Elle a offert à l'intimée la possibilité de modifier ses conclusions, mais l'intimée ne s'est pas prévalu de cette possibilité — La modification prévue à la Règle 420 est autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses, pourvu que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice — Compte tenu du fait que les nouveaux moyens tirés de la négligence reposaient sur les mêmes faits que ceux sur lesquels les autres conclusions étaient fondées, qu'il était difficile de considérer que les événements survenus en l'espèce donnaient ouverture à une poursuite en justice, et vu que l'intimée s'est vue offrir la possibilité de modifier ses conclusions, c'est à bon droit que le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire, d'autant plus que l'intimée n'a subi aucun préjudice.

This was an appeal from a Trial Division judgment dismissing an action in tort and in contract against the Crown. The respondent had been lessee of the larger part of the appellant's building, the Martel Building in downtown Ottawa, since its construction in 1975. The Crown's 10-year lease was to expire in 1993 but there was an option for renewal. In anticipation of the expiration of the lease, the appellant's President and Chief Executive Officer met on several occasions with representatives of the Department of Public Works, but was unaware that the Department needed further information. The Department decided to proceed by way of a call for tenders. The appellant was not awarded the contract despite having been the lowest bidder because its bid was calculated as more costly than the second lowest bid

Il s'agissait d'un appel formé contre un jugement de la Section de première instance rejetant une action en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle contre la Couronne. L'intimée était locataire de la plus grande partie des locaux de l'immeuble de l'appelante, l'immeuble Martel du centre-ville d'Ottawa, et ce, depuis la construction de l'immeuble en 1975. Le bail de la Couronne était d'une durée de dix ans et expirait en 1993, mais il était assorti d'une option de reconduction. En prévision de l'expiration du bail, le président-directeur général de l'appelante a rencontré à plusieurs reprises des représentants du ministère des Travaux publics, mais il ignorait que le Ministère avait besoin de renseignements supplémentaires. Le Ministère a décidé de lancer un appel d'offres. Le marché n'a pas été

when the respondent added amounts to the appellant's bid for fit-up and other costs.

After rejecting the contractual arguments, the Trial Judge proceeded on the ground of general negligence principles. She concluded that a duty of care existed, which had been breached, but dismissed the action because there was no causal link between the breach of duty and the damages suffered.

One day prior to the end of oral arguments, the Trial Judge allowed an amendment to the statement of claim to include, as a separate cause of action, a claim in negligence for failure by the respondent to exercise a duty of care in negotiations with the appellant for a lease renewal, as well as in preparation of the tender documents and the evaluation of the appellant's bid in response to the tender. She offered the respondent an opportunity to reopen the Crown's case, but that offer was declined.

The issues were: (1) whether the Trial Judge erred in allowing the appellant's amendment to the statement of claim; and (2) whether the Crown was negligent for the way it had dealt with the appellant.

Held, the appeal should be allowed.

(1) Amendments pursuant to Rule 420 are allowed at any stage of an action for the purpose of determining the real questions in controversy, provided that this would not result in an injustice to the other party not compensable by an award of costs, and that it would serve the interests of justice. Considering that the new claims of negligence rested upon the same facts as those upon which the other claims were based, that it was difficult to frame what had occurred in this case as a cause of action, and that the respondent was clearly offered the opportunity to reopen the case for the Crown, the Trial Judge properly exercised her discretion in allowing the amendment, particularly as the respondent suffered no prejudice.

(2) Imposing a duty of care would not impose upon the Crown an obligation to act in the best interest of the appellant. What it imposes is an obligation to act and deal fairly with the appellant. Such an obligation does not preclude the Crown from acting in Her own interest. Two factors must be established before a duty of care arises: (1) the existence of a sufficiently close relationship between the parties, and (2) the foreseeability of harm being caused to the appellant by the respondent's carelessness. The fact that

attribué à l'appelante même si sa soumission était la plus basse, car l'offre de l'appelante a été calculée comme étant plus coûteuse que celle de la deuxième offre parmi les plus basses lorsque l'intimée a ajouté des frais supplémentaires à la soumission de l'appelante au titre notamment des coûts d'aménagement.

Après avoir rejeté les arguments fondés sur la responsabilité contractuelle, le juge de première instance a procédé à une analyse des principes généraux applicables en matière de négligence. Elle a conclu qu'il existait un devoir de diligence et qu'il y avait eu manquement à ce devoir, mais elle a rejeté l'action parce qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre le manquement au devoir de diligence et les dommages subis.

La veille de la clôture des débats, le juge de première instance a autorisé l'appelante à modifier sa déclaration de manière à y ajouter, en tant que droit d'action distinct, une poursuite en responsabilité fondée sur le défaut de l'intimée d'agir avec diligence lors des négociations entamées avec l'appelante en vue de la reconduction du bail de l'immeuble, dans la préparation des documents d'appel d'offres et dans l'évaluation de la soumission de l'appelante. Elle a offert à l'intimée la possibilité de modifier ses conclusions, mais l'intimée ne s'est pas prévalu de cette possibilité.

Il s'agissait de savoir 1) si le juge de première instance a commis une erreur en autorisant l'appelante à modifier la déclaration et 2) si la Couronne a été négligente en raison de la façon dont elle a agi envers l'appelante.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

1) La modification prévue à la Règle 420 est autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses, pourvu que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice. Compte tenu du fait que les nouveaux moyens tirés de la négligence reposaient sur les mêmes faits que ceux sur lesquels les autres conclusions étaient fondées, qu'il était difficile de considérer que les événements survenus en l'espèce donnaient ouverture à une poursuite en justice, et vu que l'intimée s'est vue offrir dans les termes les plus nets la possibilité de modifier ses conclusions, c'est à bon droit que le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire en permettant la modification demandée, d'autant plus que l'intimée n'a subi aucun préjudice.

2) Imposer un devoir de diligence n'aurait pas pour effet d'imposer à la Couronne l'obligation d'agir au mieux des intérêts de l'appelante. L'obligation qui lui est imposée est celle d'agir avec équité envers l'appelante. L'existence d'une telle obligation n'empêche pas la Couronne d'agir dans son propre intérêt. Deux facteurs doivent être établis avant qu'il n'existe un devoir de diligence: 1) l'existence de rapports suffisamment étroits entre les parties et 2) le risque prévisible que l'appelante subisse un préjudice en raison de

the parties had a long-standing lessor/lessee relationship, that the lease contemplated a possibility of renewal, that the respondent was essentially the only tenant in the Martel Building and had been so since it was built, and that the Crown was the dominant player in the leasing of rental space in the area, viewed as a whole, supported the conclusion that the parties were involved in a sufficiently close relationship to give rise to a duty of care in the negotiation process.

The Trial Judge did not address negligence in the tendering process. The respondent owed the appellant a common law duty of care in the context of the call for tenders. In determining whether the parties had a sufficiently close relationship so as to give rise to a common law duty of care, the relationship between the parties and assumed or imposed obligations were factors to be considered. The implied contractual obligation of the respondent under the bidding contract to treat all the bidders fairly according to the good faith principle, is an assumed obligation which gives rise to a common law duty of care owed to the appellant. The relationship between the appellant and the respondent was sufficiently close that the respondent ought to have contemplated that the appellant would be injured by a breach of that duty.

The duty of care in the tendering process was breached by the Crown. She had the obligation to ensure fair treatment in the process by avoiding undisclosed preferences and the awarding of contracts to non-conforming bidders. The contiguous space requirements, negligently added to the tender specifications, resulted in a higher bid for the appellant. There had been no mention of fit-up costs being required if the respondent stayed in the building. While \$60,000 were added to the appellant's bid for the provision of a secured card access system, no such costs were added to the successful bid although the respondent later incurred installation costs of \$15,000 at the successful bidder's building for such a system.

In order to assess whether the respondent's conduct had caused the appellant's loss, the injury or harm suffered by the appellant had to be assessed. In the context of the negotiations, the appellant suffered the loss of an opportunity to negotiate the lease renewal. In the context of the tender, the appellant suffered the loss of the opportunity to fairly participate in the tender process and the loss of a reasonable expectation of receiving the contract.

la négligence de l'intimée. Le fait que les parties entretenaient depuis longtemps des rapports locateur-locataire, que le bail prévoyait la possibilité d'une reconduction, que l'intimée était à toutes fins utiles le seul locataire de l'immeuble Martel et qu'elle l'était depuis la construction de l'immeuble et le fait que la Couronne était le principal intervenant dans la location de superficies locatives dans le secteur, pris globalement, étayaient la conclusion que les parties entretenaient des rapports suffisamment étroits pour créer un devoir de diligence dans le processus de négociation.

Le juge de première instance n'a pas traité de la question de la négligence dans le processus d'appel d'offres. L'intimée était tenue en common law à un devoir de diligence envers l'appelante dans le cadre de l'appel d'offres. Pour déterminer si les parties avaient entre elles des liens suffisamment étroits pour donner lieu à un devoir de diligence en common law, les rapports entre les parties et les obligations présumées ou imposées étaient des facteurs dont il fallait tenir compte. L'obligation contractuelle implicite à laquelle était soumise l'intimée aux termes du dossier d'appel d'offres et qui l'obligeait à traiter tous les soumissionnaires équitablement, suivant le principe de la bonne foi, constitue une obligation présumée qui la soumettrait à un devoir de diligence reconnu en common law envers l'appelante. Les liens qui existaient entre l'appelante et l'intimée étaient suffisamment étroits pour que l'intimée prévoie que l'appelante subirait un préjudice en cas de manquement à ce devoir.

La Couronne a manqué au devoir de diligence dans le cadre du processus d'appel d'offres. Elle avait l'obligation de garantir le traitement équitable des soumissionnaires en évitant des partis pris cachés et l'attribution de marchés à des soumissionnaires qui ne respectaient pas les conditions de l'appel d'offres. Les conditions de l'appel d'offres relatives aux locaux adjacents, conditions qui avaient été ajoutées par négligence au cahier des charges, avaient fait augmenter le montant de la soumission de l'appelante. Il n'avait pas été mentionné qu'il fallait prévoir des frais d'aménagement pour le cas où l'intimée demeurerait dans l'immeuble. Par ailleurs, une somme de 60 000 \$ a été ajoutée à la soumission de l'appelante relativement à un système de carte d'accès sécuritaire, alors qu'aucuns frais semblables n'ont été ajoutés à la soumission retenue, même si l'intimée a par la suite dépensé 15 000 \$ pour installer un tel système dans l'immeuble appartenant à la soumissionnaire dont l'offre a été retenue.

Pour établir si les agissements de l'intimée avaient causé le préjudice que l'appelante a subi, il fallait préciser la nature de la perte ou des dommages subis par l'appelante. Pour ce qui est des négociations, le préjudice que l'appelante a subi est celui d'avoir été privée de la possibilité de négocier de façon équitable la reconduction du bail. Pour ce qui est de l'appel d'offres, le préjudice qu'a subi l'appelante consistait à avoir été privée de la possibilité de participer à

A causal link clearly existed between the appellant's loss and the respondent's negligence. In concluding that the respondent's negligence had not caused the appellant to lose a 10-year rental contract, the Trial Judge confused the test for causation with the legal analysis for quantifying damages. What the Trial Judge concluded was that the loss of opportunity to complete the negotiations did not justify an amount of damages equal to a 10-year rental contract. That was not the question she had to decide at that stage. The degree of probability of the contract being awarded to the appellant is a future event which is irrelevant in the assessment of causation, although relevant in the assessment of damages. She should instead have assessed the question as to whether the respondent's negligence had caused the appellant to lose the opportunity to renegotiate a renewal and to fairly and equally participate in the tender process.

The fact that the downward spiral in the market also contributed to the loss of the appellant's lease opportunity led the Trial Judge to conclude that the respondent's negligence was not "actually" the cause of appellant's loss. A defendant's conduct need not be the sole cause of the injury or loss. The respondent's negligent conduct was the main, if not the only, cause of both the appellant's loss of opportunity to negotiate the lease renewal and its loss of a reasonable expectation of receiving the contract following a fair tendering process.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(iii).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 420.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canderel Ltd. v. Canada, [1994] 1 F.C. 3; [1993] 2 C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.); *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289; 11 C.C.L.T. (2d) 1; 137 N.R. 241; *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authority*, [1995] 2 F.C. 132; (1995), 179 N.R. 17 (C.A.); *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d)

l'appel d'offres de façon équitable et d'une possibilité raisonnable de se voir attribuer le marché.

Il existait un lien de causalité évident entre le préjudice subi par l'appelante et la négligence de l'intimée. En concluant que la négligence de l'intimée n'avait pas fait perdre à l'appelante un contrat d'une durée de dix ans, le juge de première instance a confondu le critère applicable au lien de causalité avec l'analyse juridique permettant d'établir le montant des dommages-intérêts. Ce que le juge de première instance a conclu, c'est que le fait d'être privée de la possibilité de mener les négociations à terme ne justifiait pas l'octroi de dommages-intérêts d'un montant équivalent à un bail d'une durée de dix ans. Ce n'était pas la question qu'elle était appelée à trancher à cette étape-là de l'instance. Le degré de probabilité que le marché soit attribué à l'appelante est un événement futur qui n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'un lien de causalité et ce, malgré le fait qu'il soit pertinent lorsqu'il s'agit d'évaluer les dommages-intérêts. Elle aurait plutôt dû vérifier si la négligence de l'intimée avait privé l'appelante de la possibilité de négocier la reconduction du bail et de participer de façon juste et équitable au processus d'appel d'offres.

Le fait que le déclin du marché avait également contribué à la perte du bail par l'appelante a amené le juge de première instance à conclure que la négligence de l'intimée n'avait pas «réellement» causé le dommage subi par l'appelante. Il n'est pas nécessaire que les agissements du défendeur soient la cause unique du préjudice ou du dommage. La négligence de l'intimée est la principale, sinon la seule, cause du préjudice qu'a subi l'appelante en perdant la possibilité de négocier la reconduction du bail et en se voyant privée d'une possibilité raisonnable d'obtenir le marché à l'issue d'un processus d'appel d'offres équitable.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52b)(iii).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 420.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canderel Ltée c. Canada, [1994] 1 C.F. 3; [1993] 2 C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.); *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289; 11 C.C.L.T. (2d) 1; 137 N.R. 241; *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Northeast Marine Services Ltd. c. Administration de pilotage de l'Atlantique*, [1995] 2 C.F. 132; (1995), 179 N.R. 17 (C.A.); *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2

109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; (1993), 99 D.L.R. (4th) 577; [1993] 2 W.W.R. 321; 75 B.C.L.R. (2d) 173; 20 B.C.A.C. 241; 14 C.C.L.T. (2d) 233; 5 C.L.R. (2d) 173; 147 N.R. 81; 35 W.A.C. 241; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; (1996), 140 D.L.R. (4th) 235; [1997] 1 W.W.R. 97; 81 B.C.A.C. 243; 132 W.A.C. 243.

CONSIDERED:

Continental Bank Leasing Corporation et al. v. The Queen (1993), 93 DTC 298 (T.C.C.); *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206; (1993), 107 D.L.R. (4th) 169; [1993] 8 W.W.R. 129; 83 B.C.L.R. (2d) 145; 32 B.C.A.C. 221; 11 B.L.R. (2d) 101; 17 C.C.L.T. (2d) 101; 12 C.L.R. (2d) 161; 157 N.R. 241; 53 W.A.C. 221.

REFERRED TO:

Kamloops (City of) v. Nielsen et al., [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159; (1993), 101 D.L.R. (4th) 129; [1993] 4 W.W.R. 113; 78 B.C.L.R. (2d) 113; 26 B.C.A.C. 161; 15 C.C.L.T. (2d) 93; 45 M.V.R. (2d) 1; 152 N.R. 321; 44 W.A.C. 161; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; (1997), 146 D.L.R. (4th) 577; 115 Man. R. (2d) 241; 35 C.C.L.T. (2d) 115; 211 N.R. 352; 139 W.A.C. 241; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; (1992), 97 D.L.R. (4th) 261; [1993] 1 W.W.R. 1; 73 B.C.L.R. (2d) 1; 43 C.C.E.L. 1; 13 C.C.L.T. (2d) 1; 143 N.R. 1; 31 W.A.C. 1; *R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; (1981), 119 D.L.R. (3d) 267; 13 B.L.R. 72; 35 N.R. 40; *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, [1990] 1 W.W.R. 624; (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 345; 35 C.L.R. 241 (C.A.); *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (Ont. Gen. Div.); *Ken Toby Ltd. v. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263 (S.C.); *Health Care Developers Inc. v. Newfoundland* (1996), 141 Nfld. & P.E.I.R. 34; 136 D.L.R. (4th) 609; 29 C.L.R. (2d) 237; 443 A.P.R. 34 (C.A.).

AUTHORS CITED

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.

O'Byrne, S. K. "Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 70.

R.C.S. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; (1993), 99 D.L.R. (4th) 577; [1993] 2 W.W.R. 321; 75 B.C.L.R. (2d) 173; 20 B.C.A.C. 241; 14 C.C.L.T. (2d) 233; 5 C.L.R. (2d) 173; 147 N.R. 81; 35 W.A.C. 241; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; (1996), 140 D.L.R. (4th) 235; [1997] 1 W.W.R. 97; 81 B.C.A.C. 243; 132 W.A.C. 243.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Continental Bank Leasing Corporation et autre c. La Reine (1993), 93 DTC 298 (C.C.I.); *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206; (1993), 107 D.L.R. (4th) 169; [1993] 8 W.W.R. 129; 83 B.C.L.R. (2d) 145; 32 B.C.A.C. 221; 11 B.L.R. (2d) 101; 17 C.C.L.T. (2d) 101; 12 C.L.R. (2d) 161; 157 N.R. 241; 53 W.A.C. 221.

DÉCISIONS CITÉES:

Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres, [1984] 2 R.C.S. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159; (1993), 101 D.L.R. (4th) 129; [1993] 4 W.W.R. 113; 78 B.C.L.R. (2d) 113; 26 B.C.A.C. 161; 15 C.C.L.T. (2d) 93; 45 M.V.R. (2d) 1; 152 N.R. 321; 44 W.A.C. 161; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; (1997), 146 D.L.R. (4th) 577; 115 Man. R. (2d) 241; 35 C.C.L.T. (2d) 115; 211 N.R. 352; 139 W.A.C. 241; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; (1992), 97 D.L.R. (4th) 261; [1993] 1 W.W.R. 1; 73 B.C.L.R. (2d) 1; 43 C.C.E.L. 1; 13 C.C.L.T. (2d) 1; 143 N.R. 1; 31 W.A.C. 1; *R. du chef de l'Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; (1981), 119 D.L.R. (3d) 267; 13 B.L.R. 72; 35 N.R. 40; *Chinook Aggregates Ltd. c. Abbotsford (Mun. Dist.)*, [1990] 1 W.W.R. 624; (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 345; 35 C.L.R. 241 (C.A.); *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (Div. gén. Ont.); *Ken Toby Ltd. v. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263 (C.S.); *Health Care Developers Inc. v. Newfoundland* (1996), 141 Nfld. & P.E.I.R. 34; 136 D.L.R. (4th) 609; 29 C.L.R. (2d) 237; 443 A.P.R. 34 (C.A.).

DOCTRINE

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.

O'Byrne, S. K. «Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments» (1995), 74 *Rev. du Bar. can.* 70.

APPEAL from the trial judgment dismissing an action in tort and in contract against the Crown (*Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.)). Appeal allowed.

APPEL d'un jugement de première instance rejetant une action en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle contre la Couronne (*Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel accueilli.

APPEARANCES:

James H. Smellie and *M. Lynn Starchuk* for appellant.

Frederick B. Woyiwada and *Kim Gibner* for respondent.

ONT COMPARU:

James H. Smellie et *M. Lynn Starchuk* pour l'appelante.

Frederick B. Woyiwada et *Kim Gibner* pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour l'appelante.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] DESJARDINS J.A.: This case, under appeal from the Trial Division [(1997), 129 F.T.R. 249], is one in tort. At issue before us is whether the respondent can be held liable in negligence for the way it dealt with the appellant in the negotiations for the renewal of a lease and when tenders were later called.

[1] LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Le présent appel interjeté d'un jugement de la Section de première instance [(1997), 129 F.T.R. 249] concerne une action en responsabilité délictuelle. La question litigieuse qui nous est soumise est celle de savoir si l'intimée peut être déclarée coupable de négligence en raison de la façon dont elle a agi envers l'appelante lors des négociations portant sur la reconduction d'un bail et lors de l'appel d'offres qui a par la suite été lancé.

[2] The action proceeded on the basis of contract and tort. At one point, the Trial Judge took the initiative of encouraging counsel for the appellant to expand his claim on to the broader category of the general negligence principles, which had not initially been claimed, "hoping", she said, "that an analysis on that basis might lead to a remedy for the [appellant].¹ One day prior to the end of the oral arguments, she allowed an amendment to the appellant's statement of claim so as to include, as a separate cause of action, a claim in negligence for failure, on the part of the respondent, to exercise a duty of care in her dealing with the appellant in the negotiations for a lease renewal in the appellant's building as well as the preparation of the tender documents and the evaluation

[2] L'action a été instruite à la fois comme une action contractuelle et comme une action en responsabilité délictuelle. Au cours de l'instance, le juge de première instance a pris l'initiative d'inciter l'avocat de l'appelante à étayer la réclamation de celle-ci dans le cadre de la catégorie plus large des principes généraux applicables en matière de négligence, qui n'avaient pas encore été invoqués, «en espérant», disait-elle, «qu'une telle analyse pourrait permettre de fonder un redressement pour [l'appelante]»¹. La veille de la clôture des débats, le juge de première instance a autorisé l'appelante à modifier sa déclaration de manière à y ajouter, en tant que droit d'action distinct, une poursuite en responsabilité fondée sur le défaut de l'intimée d'agir avec diligence lors des négociations

of the appellant's bid in response to the tender. The respondent objected to the amendment, but was overruled by the Trial Judge. She however offered the respondent an opportunity to reopen her case.² The respondent declined the offer.

[3] The trial proceeded first on the issue of liability. Damages were left for future hearings depending on the outcome on the issue of liability.

The facts

[4] A summary of events is necessary for the understanding of this appeal.

[5] The respondent had been leasing the larger part of the appellant's building (the Martel building) since its construction in 1975 under a 10-year lease due to expire on August 31, 1993, with an option for renewal. The premises were occupied by the Atomic Energy Control Board (AECB). The Department of Public Works, more specifically the National Capital Region Division of Public Works and its different subdivisions (the Department), was the leasing party for federal agencies.

[6] In anticipation of the expiration of the lease, the appellant's President and Chief Executive Officer, Mr. McMurray, met with the representatives of the Department, Messrs. Séguin and Mahar, to negotiate the possibility of a renewal. The appellant planned to renovate the building in conjunction with the renewal. Despite numerous meetings, Mr. Séguin failed to communicate properly with Mr. McMurray with the result that Mr. McMurray was never advised that the Department required further information than that already provided to Mr. Séguin. In the end, the Department decided to proceed by way of a call for tenders in order to acquire the necessary leased space.

entamées avec l'appelante en vue de la reconduction du bail de l'immeuble de l'appelante, dans la préparation des documents d'appel d'offres et dans l'évaluation de la soumission de l'appelante. L'intimée s'est opposée à cette modification, mais le juge de première instance a rejeté son opposition. Elle a toutefois offert à l'intimée la possibilité de modifier ses conclusions². L'intimée ne s'est pas prévalu de cette possibilité.

[3] Le débat a d'abord porté sur la question de la responsabilité. La question des dommages-intérêts devait être examinée lors d'audiences ultérieures, selon la décision qui serait rendue au sujet de la responsabilité.

Les faits

[4] Il est nécessaire de relater brièvement les événements pour bien comprendre le présent appel.

[5] L'intimée était locataire de la plus grande partie des locaux de l'immeuble de l'appelante (l'immeuble Martel) et ce, depuis la construction de l'immeuble en 1975. Le bail consenti à l'appelante était d'une durée de dix ans et expirait le 31 août 1993. Le bail était assorti d'une option de reconduction. Les locaux loués étaient occupés par la Commission de contrôle de l'énergie atomique (la CCEA). Le ministère des Travaux publics, plus précisément sa Division de la région de la capitale nationale et ses différentes subdivisions (le Ministère), était chargé de conclure les baux pour le compte de divers organismes fédéraux.

[6] En prévision de l'expiration du bail, le président-directeur général de l'appelante, M. McMurray, a rencontré des représentants du Ministère, MM. Séguin et Mahar, pour examiner la possibilité de renégocier et de reconduire le bail. L'appelante prévoyait procéder à la réfection de l'immeuble une fois le bail reconduit. Malgré les nombreuses rencontres qui ont eu lieu, M. Séguin a mal communiqué avec M. McMurray, de sorte que celui-ci n'a jamais été avisé que le Ministère avait besoin d'autres renseignements en plus de ceux qui avaient été fournis à M. Séguin. Le Ministère a fini par décider de lancer un appel d'offres dans le but d'acquérir la superficie locative nécessaire.

[7] The appellant participated in the tenders. When the bids were opened, it appeared to have won the tenders. The appellant, however, was not awarded the contract despite having been the lowest bidder. Firstly, the tender invitation carried the standard clause stating that the respondent was not required to accept the lowest or any bid. But more importantly, it was later found that the appellant's bid had been calculated as more costly than the second lowest bid, the one of Standard Life, mainly because of additional costs added by the respondent to the appellant's bid for fit-up and other costs.

The judgment under appeal³

[8] The remarkably clear and distinct findings of facts made by the Trial Judge on the elaborate and often contradictory evidence adduced before her are key to this appeal.

[9] The Trial Judge saw no merit in the allegations based on the law of contract. She rejected the appellant's contention that a breach of an implied term of an existing lease between the parties had occurred. She stated that while the lease contemplated the possibility of renewal, there was no obligation therein to renegotiate. She dismissed the possibility that an agreement might have been reached on or about October 30, 1992, since Mr. Séguin did not have the authority to conclude a contract with the appellant.

[10] With regard to the negotiations in the tort action, the Trial Judge found that Messrs. Séguin and Mahar were the lessor's "window" into the Department and, as such, they had the responsibility of being an effective and transparent window, which they failed to be. She found that Mr. Séguin was an employee of the respondent with ostensible authority to negotiate, but not to conclude a contract. Mr. McMurray, she wrote, had been misled, perhaps inadvertently, into thinking that Mr. Séguin had the authority to commit the Department.⁴ Nevertheless, Mr. McMurray was

[7] L'appelante a participé à l'appel d'offres. À l'ouverture des plis, l'appelante avait apparemment présenté la soumission gagnante. Le marché ne lui a cependant pas été attribué, même si sa soumission était la plus basse. En premier lieu, l'appel d'offres était assorti de la clause habituelle stipulant que l'intimée n'était tenue d'accepter ni l'offre la plus basse ni une offre quelconque. Mais fait encore plus important, on a par la suite découvert que l'offre de l'appelante avait été calculée comme étant plus coûteuse que celle de la deuxième offre parmi les plus basses, celle de la Standard Life, à cause surtout des frais supplémentaires ajoutés à la soumission de l'appelante au titre notamment des coûts d'aménagement.

Le jugement frappé d'appel³

[8] Les conclusions de fait remarquablement claires et nettes que le juge de première instance a tirées au sujet des éléments de preuve complexes et souvent contradictoires qui lui avaient été soumis jouent un rôle déterminant dans le présent appel.

[9] Le juge de première instance a jugé mal fondées les moyens tirés du droit des contrats. Elle a rejeté l'argument de l'appelante suivant lequel il y avait eu inexécution d'une condition implicite du bail existant entre les parties. Elle a déclaré que, malgré le fait qu'il prévoyait la possibilité d'une reconduction, le bail ne contenait aucune obligation de renégocier. Elle a écarté la possibilité qu'une entente avait pu être conclue le 30 octobre 1992 ou vers cette date, étant donné que M. Séguin n'avait pas le pouvoir de conclure un marché avec l'appelante.

[10] En ce qui concerne les négociations dans l'action en responsabilité civile délictuelle, le juge de première instance a conclu que MM. Séguin et Mahar étaient le «point de contact» du bailleur au Ministère et qu'à ce titre, ils se devaient d'être un point de contact efficace et transparent et qu'ils avaient manqué à ce devoir. Elle a conclu que M. Séguin était un employé de l'intimée, qui avait en apparence le pouvoir de négocier, mais pas celui de conclure un marché avec l'appelante. Elle a ajouté que M. McMurray avait été induit en erreur et qu'il avait,

aware that any concluded negotiations would only result in a recommendation for ultimate approval by Treasury Board. She found that had such a recommendation been made, it was “exceedingly likely”⁵ that Treasury Board would have accepted it.

[11] The Trial Judge found that Mr. Séguin had failed to act upon the instructions of the Department to obtain information regarding Mr. McMurray’s proposal, and that he had also left the Department with the impression that he had taken initiatives in this regard when he had not. She found that the respondent’s non-negotiable bottom line price of \$220/m² and the time limits within which an agreement had to be reached were never made clear to Mr. McMurray. Mr. McMurray had reasonably understood, on the basis of the communications that he had received from Messrs. Séguin and Mahar that, if he met the \$220/m² price rate, the Department would recommend renewal of the lease to the Treasury Board for approval and that, barring some unforeseen circumstances, the lease would “likely be renewed”.⁶ The failure of Messrs. Séguin and Mahar to communicate effectively and in a timely fashion with Mr. McMurray resulted in Mr. McMurray being unable to provide timely information on the retrofit details,⁷ which ultimately became the “deal breaker”. Decisions were later made by the Department hastily and on the basis of incorrect information. As a consequence, Mr. McMurray lost the opportunity to negotiate the lease renewal.

[12] With regard to the tender process in the tort action, the Trial Judge found that the costs added to the appellant’s bid were attributable in part to the tender’s contiguous space requirements, which required that AEBC move from some floors in the Martel building to others. The contiguous space requirement, however, had not been requested by the AEBC. The Trial Judge found that this requirement had been included in the expression of interest advertisement by Mr. Mahar, because he had never prepared one before and had worked from a precedent

peut-être par inadvertance, été amené à penser à tort que M. Séguin avait le pouvoir d’engager le Ministère⁴. Quoi qu’il en soit, M. McMurray savait bien que les négociations ne pouvaient déboucher que sur une recommandation qui devait être approuvée par le Conseil du Trésor. Elle a conclu que, si cette recommandation avait été faite, il était «plus que probable»⁵ que le Conseil du Trésor l’aurait acceptée.

[11] Le juge de première instance a conclu que M. Séguin n’avait pas suivi les instructions que le Ministère lui avait données pour obtenir des renseignements au sujet de la proposition de M. McMurray, et qu’il avait également laissé au Ministère l’impression qu’il avait entrepris des démarches à cette fin, ce qui n’était pas le cas. Elle a conclu que le tarif minimum non négociable de 220 \$/m² offert par l’intimée et le délai dans lequel une entente devait être conclue n’avaient jamais été expliqués clairement à M. McMurray. M. McMurray avait compris, ce qui était raisonnable compte tenu des échanges qu’il avait eus avec MM. Séguin et Mahar, que, s’il pouvait offrir un tarif de 220 \$/m², le Ministère recommanderait la reconduction du bail au Conseil du Trésor et que, à moins de circonstances imprévisibles, le bail serait «probablement renouvelé»⁶. Le défaut de MM. Séguin et Mahar de communiquer efficacement et en temps opportun avec M. McMurray a eu pour effet que M. McMurray n’a pas réussi à fournir à temps les renseignements demandés au sujet des travaux de réfection⁷, ce qui a finalement entraîné la «rupture du marché». Le Ministère a par la suite pris des décisions hâtives sur la foi de renseignements inexacts. Par conséquent, M. McMurray a perdu l’occasion de négocier la reconduction du bail.

[12] En ce qui concerne la procédure d’appel d’offres dans le cadre de l’action en responsabilité délictuelle, le juge de première instance a conclu que les frais qui avaient été ajoutés à la soumission de l’appelante étaient attribuables en partie à l’exigence relative aux locaux adjacents qui était prévue dans l’appel d’offres et qui obligeait la CCEA à quitter les étages qu’elle occupait dans l’immeuble Martel pour se réinstaller ailleurs dans le même immeuble. La CCEA n’avait toutefois pas exigé cette condition. Le juge de première instance a conclu que M. Mahar avait inséré

which called for contiguous space.

[13] According to the Trial Judge, it was primarily fit-up costs⁸ which had made the appellant's bid the second lowest rather than the lowest. No details of the fit-up requirements were provided at trial. She found, however, that Mr. McMurray had not been informed that fit-up costs would have been required if the AECEB were to stay in the Martel building.

[14] She stated that costs for a secured card access system had been added to the appellant's bid even if Mr. McMurray had included such a system as an option in his retrofit plans. No amount for this purpose had been added to the Standard Life bid although the evidence showed that the respondent subsequently had to install such systems in two of the Standard Life building elevators. She concluded that one could understand Mr. McMurray's suspicion that undisclosed preferences played a role in the addition of unmentioned fit-up costs to the financial analysis of his bid. She found that a "somewhat arbitrary"⁹ assessment appeared to have been made in the financial analysis of the appellant's bid.

[15] At this stage, she commented:¹⁰

It is clear that something went terribly wrong for the plaintiff in its dealing with Public Works. The difficulty, however, is framing what occurred as a legal cause of action.

[16] She then proceeded with a legal analysis of this case.

[17] She rejected the appellant's argument that there was, in Canadian law, a distinct tort of failure to

cette condition dans l'annonce invitant les entrepreneurs à manifester leur intérêt, parce qu'il n'avait jamais préparé de dossier d'appel d'offres auparavant et qu'il s'était inspiré d'un modèle qui exigeait l'insertion d'une stipulation relative aux locaux adjacents dans l'offre.

[13] Suivant le juge de première instance, c'étaient surtout les coûts d'aménagement⁸ qui avaient fait en sorte que l'appelante était le soumissionnaire classé second plutôt que l'entrepreneur le moins disant. Aucun détail n'a été fourni au procès au sujet des travaux d'aménagement à effectuer. Le juge de première instance a toutefois conclu que M. McMurray n'avait pas été avisé que des travaux d'aménagement seraient nécessaires si la CCEA devait rester dans l'immeuble Martel.

[14] Elle a fait remarquer que le coût du système de cartes d'accès sécuritaire avait été ajouté à la soumission de l'appelante même si M. McMurray avait prévu un tel système à titre d'option dans ses plans de réfection. Aucune somme n'avait été ajoutée à ce chapitre à la soumission de la Standard Life, malgré le fait qu'il ressortait de la preuve que l'intimée avait dû par la suite installer de tels systèmes dans deux des ascenseurs de l'immeuble de la Standard Life. Le juge de première instance a conclu qu'on pouvait comprendre que M. McMurray avait pensé qu'un parti pris caché avait joué un rôle dans l'ajout dans l'analyse financière de sa soumission de coûts d'aménagement jusqu'alors non mentionnés. Elle a conclu qu'une évaluation «quelque peu arbitraire»⁹ des coûts d'aménagement semblait avoir été faite lors de l'analyse financière de la soumission de l'appelante.

[15] Elle a alors fait remarquer ce qui suit¹⁰:

Il est évident que les rapports de la demanderesse avec Travaux publics se sont très mal déroulés. La difficulté réside toutefois dans l'établissement des faits comme cause légitime d'action.

[16] Elle a ensuite procédé à une analyse juridique de l'affaire.

[17] Elle a rejeté l'argument de l'appelante suivant lequel il existe, en droit canadien, un délit distinct

negotiate in good faith to which corresponded a duty to negotiate in good faith. She simply stated that such tort had not yet emerged.

[18] She then proceeded on the ground of general negligence principles with a three-step analysis, namely (a) whether a duty of care existed; (b) whether a breach of that duty had occurred; and (c) whether damage resulted from that breach. Applying the criteria elaborated in *City of Kamloops v. Nielsen et al.*¹¹ and in *Hall v. Hebert*,¹² she concluded that a duty of care existed since the relationship between the parties was sufficiently close that, in the reasonable contemplation of the respondent, carelessness on her part might cause damages to the appellant. She then found there had been a breach of that duty for the following reasons:¹³

The second requirement to be met, to succeed in a negligence claim, is whether there was a breach of the duty of care. The content of a duty of care is determined by considering what is reasonable in the circumstances. That is, did the defendant, as represented by the various officers of Public Works, act reasonably in the light of all the circumstances. I cannot conclude that they did. First, a great deal of delay ensued in entering into negotiations when the defendant's employees knew of the time constraints under which they worked and the plaintiff did not. Then, there was carelessness in failing to make Mr. McMurray aware of who had authority to commit the Department and who did not. There was a failure to make the defendant's negotiating position clear to him. There was a failure to make clear to him, at an early enough time to give him a realistic opportunity to comply, that retrofit details were required before the Department would recommend lease renewal. There was a failure to set a realistic schedule and make Mr. McMurray aware of it so that he knew the deadlines. There was a failure to ensure that timely and pertinent information was supplied to avoid creating such time constraints for the internal departmental decision-making process that decisions were made to Mr. McMurray's detriment, on the basis of incomplete and inaccurate information. I have no doubt that the standard of care was breached. In addition, a somewhat arbitrary assessment of fit-up costs appears to have been added to the financial analysis of the plaintiff's bid. I am aware that the terms of the tender invitation expressly state that there is no requirement to choose the lowest or any bid.

résultant du défaut de négociier de bonne foi auquel correspond une obligation de négociier de bonne foi. Elle s'est contentée d'affirmer qu'un tel délit n'existait pas encore en droit canadien.

[18] Elle a ensuite procédé à une analyse en trois étapes des principes généraux applicables en matière de négligence en se demandant: a) s'il existait un devoir de diligence; b) s'il y avait eu manquement à ce devoir de diligence; c) si des dommages avaient été causés par suite de ce manquement. Appliquant les critères posés dans les arrêts *Ville de Kamloops c. Nielsen et autres*¹¹ et *Hall c. Hebert*¹², elle a conclu qu'il existait bel et bien un devoir de diligence, étant donné qu'il existait entre les parties des relations suffisamment étroites pour que l'intimée ait pu raisonnablement prévoir que son manque de diligence pourrait causer des dommages à l'appelante. Elle a ensuite conclu qu'il y avait eu manquement à ce devoir pour les motifs suivants¹³:

Dans une action fondée sur la négligence, le deuxième critère à satisfaire, pour avoir gain de cause, consiste à déterminer s'il y a eu violation de l'obligation de diligence. Le contenu de l'obligation de diligence dépend de ce qui est raisonnable dans les circonstances. En d'autres termes, la défenderesse, représentée par les divers responsables de Travaux publics, a-t-elle agi raisonnablement compte tenu des circonstances. Je ne peux pas conclure qu'elle a agi raisonnablement. Tout d'abord, un long délai s'est écoulé avant que les négociations ne soient entreprises et ce, même si les employés de la défenderesse connaissaient les restrictions liées au temps tandis que la demanderesse les ignorait. Ensuite, il y a eu négligence, car on n'a pas indiqué à M. McMurray qui avait le pouvoir d'engager le ministère et qui ne l'avait pas. On ne lui a pas indiqué clairement la position de la défenderesse en ce qui concerne les négociations. On ne lui a pas indiqué assez rapidement, pour lui permettre réalistement de les fournir, que les détails de la modernisation étaient requis avant que le Ministère ne puisse recommander le renouvellement du bail. Il y a eu défaut d'établir un échéancier réaliste et d'en informer M. McMurray afin que celui-ci puisse respecter les échéances. Il y a eu défaut de communiquer en temps opportun les renseignements pertinents de manière à éviter des contraintes de temps pour le déroulement du processus décisionnel ministériel interne et, en conséquence, des décisions ont été prises au détriment de M. McMurray sur la base de renseignements incomplets et inexacts. Je suis convaincue que l'obligation de diligence a été enfreinte. De plus, une évaluation quelque peu arbitraire des coûts d'aménagement semble avoir été ajoutée à l'analyse financière de la soumission de la demanderesse. Je sais qu'il est stipulé expressément

[19] She however dismissed the action having failed to see a causal link between the breach of duty and the damages. This is what she said:¹⁴

Unfortunately, the difficulty the plaintiff faces, regardless of how the facts are characterized, is that of proving causation. He claims damages on the basis of the loss of a ten year rental contract. As a result of the defendant's employees actions he lost the opportunity to complete negotiations of the lease renewal. The market was in a downward spiral. This also contributed to the loss of his lease opportunity. In *Stewart v. Pettie et al.*, [1995] 1 S.C.R. 131; 177 N.R. 297; 162 A.R. 241; 83 W.A.C. 241, at 153, it was stated that one must prove, on the balance of probabilities, that the breach of duty of care actually caused the loss complained of. See also *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, 110 N.R. 200; 107 N.B.R. (2d) 94; 267 A.P.R. 94, at pp. 319-320, 328. I am not able to conclude that the plaintiff has proven the causal linkage to support the damages claimed.

With great regret, I dismiss the plaintiff's claim.

Analysis

[20] I shall dispose first of a preliminary matter.

[21] The respondent's contention that the Trial Judge erred in allowing the appellant's amendment to its statement of claim, so as to include a distinct tort of failure to negotiate in good faith, is without merit. The respondent was offered the opportunity to reopen her case and has suffered no prejudice. Rule 420 of the Rules of our Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], applicable at the relevant time, provided:

Rule 420. . . .

(2) No amendment shall be allowed under this Rule

. . . .

(b) during or after trial, except to make the pleadings accord with the issues on which all parties went to trial or

ment, dans les modalités de l'appel d'offres, que la soumission la plus basse ou toute autre soumission ne sera pas nécessairement acceptée.

[19] Elle a toutefois rejeté l'action parce qu'elle ne pouvait conclure à l'existence d'un lien de causalité entre le manquement au devoir de diligence et les dommages subis. Voici en quels termes elle s'est exprimée¹⁴:

Malheureusement, l'obstacle auquel doit faire face la demanderesse, peu importe la manière dont les faits sont qualifiés, est la preuve du lien de causalité. La demanderesse réclame des dommages-intérêts en invoquant la perte d'un bail d'une durée de dix ans. En raison des actes des employés de la défenderesse, elle n'a pas eu l'occasion de parachever les négociations en vue du renouvellement du bail. Le marché était fortement à la baisse. Cela a également contribué à la perte du bail. Dans l'arrêt *Stewart c. Pettie et autres*, [1995] 1 R.C.S. 131; 177 N.R. 297; 162 A.R. 241; 83 W.A.C. 241, à la page 153, la Cour a dit qu'il est nécessaire de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la violation de l'obligation de diligence a réellement causé le dommage subi. Voir aussi *Snell v. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; 110 N.R. 200; 107 N.B.R. (2d) 94; 267 A.P.R. 94, aux pages 319-320 et 328. Je ne suis pas en mesure de conclure que la demanderesse a prouvé le lien de causalité fondant les dommages-intérêts réclamés.

Avec beaucoup de regrets, je rejette la réclamation de la demanderesse.

Analyse

[20] Je trancherai d'abord une question préliminaire.

[21] L'argument de l'intimée suivant lequel le juge de première instance a commis une erreur en permettant à l'appelante de modifier sa déclaration pour y invoquer un délit distinct résultant du défaut de négocier de bonne foi est mal fondé. L'intimée s'est vue offrir la possibilité de modifier ses conclusions et elle n'a donc subi aucun préjudice. Dans sa rédaction en vigueur à l'époque en cause, la Règle 420 des Règles de notre Cour [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] disposait:

Règle 420. . . .

(2) Aucun amendement ne doit être permis en vertu de la présente Règle

. . . .

b) pendant ou après l'instruction, sauf pour faire concorder les plaidoiries avec les questions en litige sur lesquelles

on terms that there be a new trial, or that the other parties otherwise be given an opportunity for such discovery and preparation for trial as may be necessary to meet the new or amended allegations.

[22] In *Canderel Ltd. v. Canada*,¹⁵ Décary J.A., for this Court, summarized the principles applicable to amendments of pleadings pursuant to Rule 420:

... while it is impossible to enumerate all the factors that a judge must take into consideration in determining whether it is just, in a given case, to authorize an amendment, the general rule is that an amendment should be allowed at any stage of an action for the purpose of determining the real questions in controversy between the parties, provided, notably, that the allowance would not result in an injustice to the other party not capable of being compensated by an award of costs and that it would serve the interests of justice. [My emphasis.]

[23] He then referred¹⁶ to the decision of Bowman T.C.J. in *Continental Bank Leasing Corporation et al. v. The Queen*:¹⁷

... I prefer to put the matter on a broader basis: whether it is more consonant with the interests of justice that the withdrawal or amendment be permitted or that it be denied. The tests mentioned in cases in other courts are of course helpful but other factors should also be emphasized, including the timeliness of the motion to amend or withdraw, the extent to which the proposed amendments would delay the expeditious trial of the matter, the extent to which a position taken originally by one party has led another party to follow a course of action in the litigation which it would be difficult or impossible to alter and whether the amendments sought will facilitate the court's consideration of the true substance of the dispute on its merits. No single factor predominates nor is its presence or absence necessarily determinative. All must be assigned their proper weight in the context of the particular case. Ultimately it boils down to a consideration of simple fairness, common sense and the interest that the courts have that justice be done. [My emphasis.]

[24] Considering that the new claims of negligence rested upon the exact same facts as those upon which the other claims were based, that it was difficult to

les les parties sont allées en justice ou à condition qu'il y ait une nouvelle instruction, ou que les autres parties obtiennent par ailleurs la possibilité de communication, d'interrogatoire préalable et de préparation de l'instruction qui peuvent leur être nécessaires pour répondre aux allégations nouvelles ou amendées.

[22] Dans l'arrêt *Canderel Ltée. c. Canada*¹⁵, notre Cour a, sous la plume du juge Décary, résumé les principes applicables à la modification des actes de procédure en vertu de la Règle 420:

... même s'il est impossible d'énumérer tous les facteurs dont un juge doit tenir compte en décidant s'il est juste, dans une situation donnée, d'autoriser une modification, la règle générale est qu'une modification devrait être autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties, pourvu, notamment, que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépenses ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice. [Non souligné dans l'original.]

[23] Le juge Décary cite ensuite¹⁶ le jugement rendu par le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt, dans l'affaire *Continental Bank Leasing Corporation et autre c. La Reine*¹⁷:

... je préfère tout de même examiner la question dans une perspective plus large: les intérêts de la justice seraient-ils mieux servis si la demande de modification ou de rétractation était approuvée ou rejetée? Les critères mentionnés dans les affaires entendues par d'autres tribunaux sont évidemment utiles, mais il convient de mettre l'accent sur d'autres facteurs également, y compris le moment auquel est présentée la requête visant la modification ou la rétractation, la mesure dans laquelle les modifications proposées retarderaient l'instruction expéditive de l'affaire, la mesure dans laquelle la thèse adoptée à l'origine par une partie a amené une autre partie à suivre dans le litige une ligne de conduite qu'il serait difficile, voire impossible, de modifier, et la mesure dans laquelle les modifications demandées faciliteront l'examen par la Cour du véritable fond du différend. Il n'existe aucun facteur qui soit prédominant, ou dont la présence ou l'absence soit nécessairement déterminante. On doit accorder à chacun des facteurs le poids qui lui revient dans le contexte de l'espèce. Il s'agit, en fin de compte, de tenir compte de la simple équité, du sens commun et de l'intérêt qu'ont les tribunaux à ce que justice soit faite. [Passages non soulignés dans l'original.]

[24] Compte tenu du fait que les nouveaux moyens tirés de la négligence reposaient sur exactement les mêmes faits que ceux sur lesquels les autres conclu-

frame what occurred in this case as a cause of action, and that the respondent was clearly offered by the Trial Judge to reopen her case, the Trial Judge properly exercised her discretion in allowing the amendment. This is even more so considering that the respondent suffered no prejudice.

[25] Having disposed of the respondent's contention on the amendment, I do not plan to deal with whether the time has come for this Court to recognize that a distinct tort of failure to negotiate in good faith has now emerged. The Trial Judge's clear findings of facts make it possible for this Court to decide this appeal on the general principles of negligence without the help of a novel doctrine.

[26] The Trial Judge found, correctly in my view, that a duty of care existed and that a breach of that duty occurred. She erred, however, in failing to see the causal link between the damages and the breach of the duty of care. Moreover, her analysis is directed exclusively to the negotiation process. She failed to consider the conduct of the respondent during the tendering process.

The duty of care

[27] The respondent claims that the Trial Judge erred in finding that a duty of care existed.

[28] I see no merit in the respondent's argument that a finding of a duty of care between two business adversaries would be incompatible with long-standing principles of business efficacy because the respondent would then have to take into account the appellant's interests instead of her own. Imposing a duty of care upon the respondent would not have the effect of imposing on her an obligation to act in the best interest of the appellant. What it does is to impose on her the obligation to act and deal fairly with the

sions étaient fondées, qu'il était difficile de considérer les événements survenus en l'espèce donnaient ouverture à une poursuite en justice, et vu que l'intimée s'est vue offrir dans les termes les plus nets par le juge de première instance la possibilité de modifier ses conclusions, c'est à bon droit que le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire en permettant la modification demandée, d'autant plus que l'intimée n'a subi aucun préjudice.

[25] Ayant statué sur le moyen invoqué par l'intimée au sujet de la modification, je n'ai pas l'intention de me pencher sur la question de savoir si le temps est venu pour la Cour de reconnaître l'existence d'un délit distinct résultant du défaut de négociier de bonne foi. Les conclusions de fait non ambiguës tirées par le juge de première instance permettent à la Cour de trancher le présent appel en fonction des principes généraux de la négligence sans avoir à recourir à une nouvelle théorie.

[26] Le juge de première instance a conclu, à bon droit selon moi, qu'il existait un devoir de diligence et qu'il y avait eu manquement à ce devoir. Elle a toutefois commis une erreur en ne concluant pas à l'existence d'un lien de causalité entre les dommages reprochés et le manquement au devoir de diligence. Qui plus est, son analyse était axée exclusivement sur le processus de négociation. Elle n'a pas tenu compte de la conduite de l'intimée au cours de l'appel d'offres.

Le devoir de diligence

[27] L'intimée affirme que le juge de première instance a commis une erreur en concluant à l'existence d'un devoir de diligence.

[28] J'estime mal fondé l'argument de l'intimée suivant lequel conclure à l'existence d'un devoir de diligence entre des adversaires commerciaux serait incompatible avec les principes séculaires de l'efficacité commerciale parce que l'intimée devrait alors tenir compte des intérêts de l'appelante au lieu des siens. Imposer un devoir de diligence à l'intimée n'aurait pas le même effet que lui imposer l'obligation d'agir au mieux des intérêts de l'appelante. L'obligation qui lui est imposée est celle d'agir avec équité

appellant. Such an obligation does not preclude the respondent from acting in her own interest.

[29] Whether a duty of care arises will depend on the circumstances of each particular case. The Trial Judge correctly stated that, with some qualification, a duty of care arises where there is a sufficiently close relationship between the parties that, in the reasonable contemplation of the respondent, carelessness on its part might cause damages to the appellant.¹⁸ Two factors must then be established: the existence of a sufficiently close relationship between the parties and the foreseeability of harm being caused to the appellant.

[30] The fact that the parties had a long-standing lessor/lessee relationship, that the lease contemplated a possibility of renewal, that the respondent was essentially the only tenant in the building and had been so since the building was first constructed, and that the respondent was the dominant player in the leasing of rental space in the area, viewed as a whole, are all relevant factors to support the conclusion that the parties enjoyed a sufficiently close relationship to give rise to a duty of care in the negotiation process.¹⁹

[31] Negligence in the tendering process was a matter before the Trial Judge which she failed to address. I add, in this regard, that the respondent owed the appellant a common law duty of care in the context of the call for tenders.

[32] Following the decision of the Supreme Court of Canada in *R. in right of Ontario et al. v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*,²⁰ this Court held in *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*²¹ that in addition to the obligations resting upon an owner on the basis of the terms and conditions of a call for tenders, that person is obliged “not to award a contract except in accordance with the terms of the tender call”.²² Although dissenting, Pratte J.A. expressed the view that a term was to be implied in

envers l’appelante. L’existence d’une telle obligation n’empêche pas l’intimée d’agir dans son propre intérêt.

[29] La question de savoir s’il existe un devoir de diligence dépend des circonstances de chaque espèce. Le juge de première instance a affirmé à juste titre qu’à quelques nuances près, un devoir de diligence est imposé lorsqu’il existe des rapports suffisamment étroits entre les parties pour que, selon ce que l’intimée peut raisonnablement prévoir, une négligence de sa part serait susceptible de causer des dommages à l’appelante¹⁸. En conséquence, deux facteurs doivent être établis: l’existence de rapports suffisamment étroits entre les parties et le risque prévisible que l’appelante subisse un préjudice.

[30] Le fait que les parties entretenaient depuis longtemps des rapports locateur-locataire, que le bail prévoyait la possibilité d’une reconduction, que l’intimée était à toutes fins utiles le seul locataire de cet immeuble et qu’elle l’était depuis la construction de l’immeuble et, finalement, le fait que l’intimée était le principal intervenant dans la location de superficies locatives dans le secteur, pris globalement, constituent tous des facteurs pertinents appuyant la conclusion que les parties entretenaient des rapports suffisamment étroits pour créer un devoir de diligence dans le processus de négociation¹⁹.

[31] Le juge de première instance n’a pas traité de la question de la négligence dans le processus d’appel d’offres, malgré le fait que cette question lui avait été soumise. J’ajoute, à cet égard, que l’intimée était tenue en common law à un devoir de diligence envers l’appelante dans le cadre de l’appel d’offres.

[32] À la suite de l’arrêt *R. du chef de l’Ontario et autre c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*²⁰ de la Cour suprême du Canada, notre Cour a statué, dans l’arrêt *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*²¹ qu’en plus des obligations qui lui sont imposées aux termes de l’appel d’offres, le propriétaire est tenu «de n’accorder un contrat qu’en conformité des modalités de l’appel d’offres»²². Malgré le fait qu’il était dissident, le juge Pratte s’est dit d’avis que le dossier d’appel d’offres renfermait une condi-

the bidding contract so as to impose upon the owner calling the tender the "obligation to treat all bidders fairly and not to give any of them an unfair advantage over the others".²³ An obligation of fair treatment to all bidders was also recognized by this Court in *Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authorities*²⁴ so as to preserve the integrity of the tendering process.

[33] In determining whether the parties enjoyed a sufficiently close relationship so as to give rise to a common law duty of care, as I said earlier,²⁵ the relationship between the parties and assumed or imposed obligations are factors to be considered under the principles enunciated in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*²⁶ The implied contractual obligation of the respondent under the bidding contract to treat all the bidders fairly, according to the good faith principle, is an assumed obligation which gives rise to a common law duty of care *vis-à-vis* the appellant.²⁷ The relationship between the appellant and the respondent was sufficiently close that it ought to have been in the respondent's contemplation that the appellant would be injured by a breach of that duty.

[34] Both in *Central Trust Co. v. Rafuse*²⁸ and in *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*²⁹ the Supreme Court of Canada makes it clear that sometimes a given wrong *prima facie* supports an action in contract and in tort. Such case arises, for instance, where the duty in contract and the common law duty in tort are coextensive.³⁰

The case at bar falls into this category.

Breach of a duty

[35] The respondent's contention, that the facts upon which the Trial Judge relied to conclude that there was

tion implicite qui imposait au propriétaire qui avait lancé l'appel d'offres «l'obligation de traiter équitablement tous les soumissionnaires et de n'accorder à aucun d'entre eux un avantage indu sur les autres». ²³ Dans l'arrêt *Northeast Marine Services Ltd. c. Administration de pilotage de l'Atlantique*²⁴, notre Cour a également reconnu qu'il existait une obligation d'agir équitablement envers tous les soumissionnaires et que cette obligation visait à protéger l'intégrité de l'appel d'offres.

[33] Pour déterminer si les parties avaient entre elles des liens suffisamment étroits pour donner lieu à un devoir de diligence en common law, les rapports entre les parties et les obligations présumées ou imposées sont, ainsi que je l'ai déjà dit²⁵, des facteurs dont il faut tenir compte suivant les principes énoncés dans l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*²⁶. L'obligation contractuelle implicite à laquelle était soumise l'intimée aux termes du dossier d'appel d'offres et qui l'obligeait à traiter tous les soumissionnaires équitablement, suivant le principe de la bonne foi, constitue une obligation présumée qui la soumettrait à un devoir de diligence reconnu en common law envers l'appelante²⁷. Les liens qui existaient entre l'appelante et l'intimée étaient suffisamment étroits pour que l'intimée prévoie que l'appelante subirait un préjudice en cas de manquement à ce devoir.

[34] Tant dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*²⁸ que dans l'arrêt *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*²⁹, la Cour suprême du Canada a bien précisé qu'il arrive parfois qu'un acte préjudiciable déterminé donne à première vue ouverture à une action en responsabilité contractuelle et à une action en responsabilité délictuelle. C'est le cas, notamment, lorsque l'obligation stipulée au contrat et l'obligation de common law en responsabilité délictuelle coïncident³⁰.

La présente espèce entre dans cette catégorie.

Manquement à un devoir

[35] J'estime mal fondé l'argument de l'intimée suivant lequel les faits sur lesquels le juge de première

a breach of duty were not supported by the evidence, is without merit.

[36] With respect to the negotiations, the Trial Judge found, correctly so in my view, that the respondent had failed to:

- pursue the negotiations in a timely fashion;
- make Mr. McMurray aware of who had authority to commit the Department and who did not;
- make the respondent’s negotiating position clear to him;
- make clear to him, at an early enough time to give him a realistic opportunity to comply, that retrofit details were required before the Department would recommend the lease renewal;
- set a realistic schedule and make Mr. McMurray aware of it so that he knew the deadlines;
- ensure that timely and pertinent information was supplied to avoid creating such time constraints for the internal departmental decision-making process that decisions were made to Mr. McMurray’s detriment, on the basis of incomplete and inaccurate information.

[37] The duty of care owed to the appellant in the context of the tendering process was also, in my view, breached by the respondent. The respondent had the obligation to ensure fair treatment in the tenders by avoiding such factors as undisclosed preferences and awards of contracts to non-conforming bidders. The Trial Judge clearly found as a fact that “a somewhat arbitrary assessment of fit-up costs appear[ed] to have been added to the financial analysis of the plaintiff’s bid”.³¹ She also found that some of the costs arbitrarily assessed to the appellant’s bid were attributable to the tender’s contiguous space requirements, which had not been required initially by the AECB and which, obviously, had been negligently added to the tender specifications by Mr. Mahar, resulting in a higher bid for the appellant. There had not been any

instance s’est fondée pour conclure à un manquement à un devoir n’étaient pas appuyés par la preuve.

[36] En ce qui concerne les négociations, le juge de première instance a conclu, à bon droit selon moi, que l’intimée n’avait pas:

- négocié dans un délai acceptable;
- indiqué à M. McMurray qui avait le pouvoir d’engager le Ministère et qui ne l’avait pas;
- indiqué clairement sa position dans le cadre des négociations;
- indiqué assez rapidement pour lui permettre de façon réaliste de les fournir que les détails de la réfection devaient être communiqués avant que le Ministère ne puisse recommander la reconduction du bail;
- établi un échéancier réaliste et informé M. McMurray afin qu’il puisse respecter les échéances;
- fait en sorte que les renseignements pertinents soient communiqués en temps opportun pour éviter de créer dans le processus décisionnel interne des contraintes de temps faisant en sorte que des décisions soient prises au détriment de M. McMurray en raison de l’insuffisance et de l’inexactitude des renseignements communiqués.

[37] L’intimée a également, à mon avis, manqué au devoir de diligence auquel elle était tenue envers l’appelante dans le cadre du processus d’appel d’offres. L’intimée avait l’obligation de garantir le traitement équitable des soumissionnaires en évitant des facteurs comme des partis pris cachés et l’attribution de marchés à des soumissionnaires qui ne respectaient pas les conditions de l’appel d’offres. Le juge de première instance a conclu dans les termes les plus nets qu’«une évaluation quelque peu arbitraire des coûts d’aménagement sembl[ait] avoir été ajoutée à l’analyse financière de la soumission de la demanderesse»³¹. Elle a également conclu que certains des coûts qui avaient été arbitrairement ajoutés à la soumission de l’appelante étaient attribuables aux conditions de l’appel d’offres relatives aux locaux

mention of fit-up costs being required if the AECB stayed in the Martel building. No details of any fit-up requirements had ever been provided to the appellant in this regard. While \$60,000 were added to the appellant's bid for a secured card access system—even though the appellant had suggested to include those costs in its retrofit—no such costs were added to the Standard Life bid. Moreover, the respondent later incurred installation costs of \$15,000 on that building for such a system. The Trial Judge concluded that as a result, one could understand “Mr. McMurray’s suspicion that undisclosed preferences played a role in the addition of the hitherto unmentioned fit-up costs to the financial analysis of his bid”.³² In my view, all these facts lead to the conclusion that the respondent breached her duty to act fairly towards the appellant in the tenders.

Causation

[38] In order to assess whether the respondent's conduct caused the appellant's loss, we must assess what, exactly, is the appellant's loss; what “injury” or “harm” it suffered.

[39] In the context of the negotiations, I agree with the Trial Judge that the loss suffered by the appellant was the loss of an opportunity to negotiate the lease renewal. The Trial Judge concluded that the respondent's negligent conduct resulted not only in Mr. McMurray being unable to provide the required retrofit details, but also in decisions being made hastily by the appropriate branch of the Department and on the basis of incorrect information.³³

[40] In the context of the tender, I am of the view that the loss suffered by the appellant was the loss of opportunity to fairly participate in the tender and the

adjacents, condition que la CCEA n'avait pas exigée au départ et qui avait été de toute évidence ajoutée par négligence au cahier des charges par M. Mahar, d'où la soumission plus élevée de l'appelante. Il n'avait jamais été mentionné qu'il fallait prévoir des frais d'aménagement pour le cas où la CCEA demeurerait dans l'immeuble Martel. Aucun détail n'a jamais été fourni à l'appelante au sujet des exigences relatives aux travaux d'aménagement. Par ailleurs, une somme de 60 000 \$ a été ajoutée à la soumission de l'appelante relativement à un système de carte d'accès sécuritaire—même si l'appelante avait suggéré d'inclure ces frais dans ses coûts de réfection—alors qu'aucuns frais semblables n'ont été ajoutés à la soumission de la Standard Life. Qui plus est, l'intimée a par la suite dépensé 15 000 \$ pour installer un tel système dans cet immeuble. Le juge de première instance a conclu qu'en conséquence, on pouvait comprendre que «M. McMurray ait pensé qu'un parti pris caché a[vait] joué un rôle dans l'ajout dans l'analyse financière de sa soumission de coûts d'aménagement jusqu'alors non mentionnés»³². À mon avis, tous ces faits amènent à la conclusion que l'intimée a manqué à son devoir d'agir avec équité envers l'appelante dans le processus d'appel d'offres.

Lien de causalité

[38] Pour établir si les agissements de l'intimée ont causé le préjudice que l'appelante a subi, il faut préciser la nature du préjudice, de la «perte» ou des «dommages» que l'appelante a subis.

[39] Pour ce qui est des négociations, je suis d'accord avec le juge de première instance pour dire que le préjudice que l'appelante a subi est celui d'avoir été privée de la possibilité de négocier la reconduction du bail. Le juge de première instance a conclu qu'en raison de la négligence de l'intimée, non seulement M. McMurray n'a-t-il pas pu fournir les détails requis au sujet de la réfection, mais encore les autorités compétentes du Ministère ont-elles pris des décisions hâtives sur la foi de renseignements inexacts³³.

[40] Pour ce qui est de l'appel d'offres, j'estime que le préjudice qu'a subi l'appelante consiste à avoir été privée de la possibilité de participer à l'appel d'offres

loss of a reasonable expectation of receiving the contract. Absent the respondent's negligent conduct, the appellant's bid would have been the lowest bid and, most probably, the most beneficial contract for the respondent.

[41] We must now assess whether the respondent's negligence caused the appellant's losses. In my view, a causal link clearly exists between the appellant's loss and the respondent's negligence.

[42] I agree with the appellant that the Trial Judge has made two distinct mistakes in her analysis. Her first error was to confuse the test for causation with the legal analysis for quantifying damages. Her second error occurred when she applied an erroneous legal test to prove causation.

[43] The Trial Judge confused the test for causation with the legal analysis for quantifying damages on the basis of the following statements she made:³⁴

[The appellant] claims damages on the basis of the loss of a ten year rental contract. As a result of the defendant's employees actions he lost the opportunity to complete negotiations of the lease renewal. . . . I am not able to conclude that the plaintiff has proven the causal linkage to support the damages claimed. [My emphasis.]

[44] The "loss of a ten-year rental contract", however, was the amount of damages claimed by the appellant as a result of its having lost the opportunity to complete negotiations with the respondent. The Trial Judge concluded that the respondent's negligence had not caused the appellant to lose a ten-year contract. She should instead have assessed the question as to whether the respondent's negligence had caused the appellant to lose the opportunity to renegotiate a renewal and to fairly and equally participate in the tender. What the Trial Judge concluded was that the loss of opportunity to complete the negotiations did not justify an amount of damages equal to a ten-year

de façon équitable et d'une possibilité raisonnable de se voir attribuer le marché. N'eût été la conduite négligente de l'intimée, la soumission de l'appelante aurait été la plus basse et aurait fort probablement été aussi l'offre la plus avantageuse pour l'intimé.

[41] Il nous faut maintenant déterminer si le préjudice qu'a subi l'appelante a été causé par la négligence de l'intimée. À mon avis, il existe un lien de causalité évident entre le préjudice subi par l'appelante et la négligence de l'intimée.

[42] Je suis d'accord avec l'appelante pour dire que le juge de première instance a commis deux erreurs flagrantes dans son analyse. Sa première erreur a été de confondre le critère applicable au lien de causalité avec l'analyse juridique permettant d'établir le montant des dommages-intérêts. Sa seconde erreur s'est produite lorsqu'elle a appliqué un critère légal erroné pour établir l'existence du lien de causalité.

[43] Le juge de première instance a en effet confondu le critère applicable au lien de causalité avec l'analyse juridique permettant d'établir le montant des dommages-intérêts en faisant les affirmations suivantes³⁴:

[L'appelante] réclame des dommages-intérêts en invoquant la perte d'un bail d'une durée de dix ans. En raison des actes des employés de la défenderesse, elle n'a pas eu l'occasion de parachever les négociations en vue du renouvellement du bail . . . Je ne suis pas en mesure de conclure que la demanderesse a prouvé le lien de causalité fondant les dommages-intérêts réclamés. [Mots non soulignés dans l'original.]

[44] La «perte d'un bail d'une durée de dix ans» correspondait toutefois au montant des dommages-intérêts réclamés par l'appelante en raison du fait qu'elle avait été privée de la possibilité de mener à terme les négociations entamées avec l'intimée. Le juge de première instance a conclu que la négligence de l'intimée n'avait pas fait perdre à l'appelante un contrat d'une durée de dix ans. Elle aurait plutôt dû vérifier si la négligence de l'intimée avait privé l'appelante de la possibilité de négocier la reconduction du bail et de participer de façon juste et équitable au processus d'appel d'offres. Ce que le juge de première instance a conclu, c'est que le fait d'être

rental contract. In my view, that was not the question she had to decide at that stage.

[45] The appellant rightly points out that the degree of probability of the contract being awarded to the appellant is a future event which is irrelevant in the assessment of causation, although clearly relevant in the assessment of damages. In *Athey v. Leonati*,³⁵ the Supreme Court of Canada clearly stated that what would have happened in the future in the absence of the tortious conduct is a factor which is relevant only in the context of the assessment of damages.³⁶

The respondents argued that the trial judge's assessment of probabilities in causation was similar to the assessment of probabilities routinely undertaken by courts in adjusting damages to reflect contingencies. This argument overlooks the fundamental distinction between the way in which courts deal with alleged past events and the way in which courts deal with potential future or hypothetical events.

Hypothetical events (such as how the plaintiff's life would have proceeded without the tortious injury) or future events need not be proven on a balance of probabilities. Instead, they are simply given weight according to their relative likelihood A future or hypothetical possibility will be taken into consideration as long as it is a real and substantial possibility and not mere speculation

By contrast, past events must be proven, and once proven they are treated as certainties. In a negligence action, the court must declare whether the defendant was negligent, and that conclusion cannot be couched in terms of probabilities. Likewise, the negligent conduct either was or was not a cause of the injury. The court must decide, on the available evidence, whether the thing alleged has been proven; if it has, it is accepted as a certainty

This point was expressed by Lord Diplock in *Mallet v. McMonagle*, [[1970] A.C. 166 (H.L.)], at 176:

The role of the court in making an assessment of damages which depends upon its view as to what will be and what would have been is to be contrasted with its ordinary function in civil actions of determining what was. In determining what did happen in the past a court

privée de la possibilité de mener les négociations à terme ne justifiait pas l'octroi de dommages-intérêts d'un montant équivalent à un bail d'une durée de dix ans. À mon avis, ce n'était pas la question qu'elle était appelée à trancher à cette étape-là de l'instance.

[45] L'appelante souligne à juste titre que le degré de probabilité que le marché soit attribué à l'appelante est un événement futur qui n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'un lien de causalité et ce, malgré le fait qu'il soit nettement pertinent lorsqu'il s'agit d'évaluer les dommages-intérêts. Dans l'arrêt *Athey c. Leonati*³⁵, la Cour suprême du Canada a bien précisé que ce qui aurait pu se produire à l'avenir n'eût été les agissements délictueux est un facteur qui n'est pertinent que lorsqu'il s'agit d'établir les dommages-intérêts³⁶.

Les intimés ont plaidé que l'évaluation par le juge de première instance des causes probables est semblable à l'évaluation des probabilités que font régulièrement les tribunaux quand ils rajustent les dommages-intérêts pour tenir compte des aléas. Cet argument fait abstraction de la distinction fondamentale entre la façon dont les tribunaux considèrent les faits passés allégués et les événements futurs ou hypothétiques susceptibles de survenir.

Des événements hypothétiques (par exemple la vie qu'aurait menée le demandeur sans le préjudice délictuel subi) ou futurs n'ont pas à être prouvés selon la prépondérance des probabilités. Au contraire, on leur accorde simplement un certain poids en fonction de leur probabilité relative Une possibilité future ou hypothétique est prise en considération à la condition qu'il s'agisse d'une possibilité réelle et substantielle et non d'une pure conjecture

À l'opposé, les événements passés doivent être prouvés et, une fois prouvés, ils sont considérés comme des certitudes. Dans une action en négligence, le tribunal doit décider si le défendeur a été négligent, et cette conclusion ne peut pas être exprimée en probabilités. De même, ou bien la conduite négligente a été une cause du préjudice ou bien elle ne l'a pas été. Le tribunal doit décider, à la lumière de la preuve disponible, si le fait allégué a été prouvé; si oui, il est tenu pour certain

Dans *Mallet c. McMonagle*, [[1970] A.C. 166 (H.L.)], lord Diplock s'est exprimé ainsi sur ce point, à la p. 176:

[TRADUCTION] Le rôle que joue la cour lorsqu'elle fait une évaluation des dommages-intérêts qui repose sur sa perception de ce qui va se produire ou de ce qui se serait produit doit être mis en contraste avec le rôle ordinaire qu'elle joue dans des poursuites civiles et qui consiste à

decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain. But in assessing damages which depend upon its view as to what will happen in the future or would have happened in the future if something had not happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that a particular thing will or would have happened and reflect those chances, whether they are more or less than even, in the amount of damages which it awards.

[46] Furthermore, the Trial Judge applied an erroneous causation test. It is clear from her reasons for judgment that the fact that the downward spiral in the market also contributed to the loss of the appellant's lease opportunity led her to conclude that the respondent's negligence was not "actually" the cause of its loss. The Supreme Court of Canada made it clear in *Athey v. Leonati* that a defendant's conduct need not be the sole cause of the injury or loss:³⁷

It is not now necessary, nor has it ever been, for the plaintiff to establish that the defendant's negligence was the sole cause of the injury. There will frequently be a myriad of other background events which were necessary preconditions to the injury occurring As long as a defendant is part of the cause of an injury, the defendant is liable, even though his act alone was not enough to create the injury. There is no basis for a reduction of liability because of the existence of other preconditions: defendants remain liable for all injuries caused or contributed to by their negligence. [Emphasis in the text.]

[47] In my view, the negligent conduct of the respondent was clearly the main, if not the only, cause of both the appellant's loss of opportunity to negotiate the lease renewal and its loss of a reasonable expectation of receiving the contract following a fair tendering process.

Conclusion

[48] I would allow the appeal with costs and would set aside the decision of the Trial Judge. Pursuant to subparagraph 52(b)(iii) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], I would declare the respondent

déterminer ce qui s'est produit. En déterminant ce qui est arrivé dans le passé, une cour se fonde sur la prépondérance des probabilités. Ce qui est plus probable que moins probable est tenu pour certain. Mais en faisant une évaluation des dommages-intérêts qui repose sur sa perception de ce qui va se produire dans l'avenir ou de ce qui se serait produit par la suite si quelque chose ne s'était pas produit dans le passé, la cour doit estimer les chances qu'un événement particulier se produise ou celles qu'il se serait produit et traduire ces chances, qu'elles soient plus ou moins égales, dans le montant des dommages-intérêts qu'elle accorde.

[46] En outre, le juge de première instance a appliqué un critère erroné pour ce qui est du lien de causalité. Il ressort en effet à l'évidence des motifs de son jugement que le fait que le déclin du marché avait également contribué à la perte du bail l'a amenée à conclure que la négligence de l'intimée n'avait pas «réellement» causé le dommage subi. La Cour suprême du Canada a pourtant bien précisé, dans l'arrêt *Athey c. Leonati*, qu'il n'est pas nécessaire que les agissements du défendeur soient la cause unique du préjudice ou du dommage³⁷:

Il n'est pas et il n'a jamais été nécessaire que le demandeur établisse que la négligence du défendeur a été la seule cause du préjudice. Fréquemment, une myriade d'autres facteurs ont été des préalables nécessaires à la réalisation du préjudice Dans la mesure où le défendeur est en partie la cause du préjudice, il engage sa responsabilité, même si son acte était insuffisant à lui seul pour concrétiser le préjudice. Il n'y a aucune raison de réduire la responsabilité parce qu'il existait d'autres préalables: le défendeur reste responsable de tout préjudice qu'il a causé ou contribué à causer par sa négligence. [Mots soulignés dans l'original.]

[47] À mon avis, la négligence de l'intimée est de toute évidence la principale, sinon la seule, cause du préjudice qu'a subi l'appelante en perdant la possibilité de négocier la reconduction du bail et en se voyant privée d'une possibilité raisonnable d'obtenir le marché à l'issue d'un processus d'appel d'offres équitable.

Dispositif

[48] Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens et d'annuler la décision du juge de première instance. En vertu du sous-alinéa 52b)(iii) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], je suis d'avis de

liable in negligence and would refer the matter back to the Trial Judge for a continuance of the trial on the issue of damages. Costs in the action in the Trial Division will be in the cause.

ISAAC C.J.: I agree.

DÉCARY J.A.: I agree.

¹ *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.), at p. 267, Reed J.

² Transcript of proceedings, March 25, 1997, at p. 32ff.

³ *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.).

⁴ *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.), at p. 267.

⁵ *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.), at p. 265.

⁶ *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.), at p. 261.

⁷ A retrofit is a renovation undertaken by a landlord to renew the common areas of a building and to upgrade the building, including its mechanical and electrical systems, to current standards; *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.), at p. 252.

⁸ «Fit-up» is work undertaken by a tenant to the space it occupies, to meet its particular requirements; *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.), at p. 252.

⁹ *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.), at p. 268.

¹⁰ *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.), at p. 265.

¹¹ [1984] 2 S.C.R. 2.

¹² [1993] 2 S.C.R. 159.

¹³ *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.), at p. 268.

¹⁴ *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.), at p. 268.

¹⁵ [1994] 1 F.C. 3 (C.A.), at p. 10.

¹⁶ [1994] 1 F.C. 3 (C.A.), at p. 12.

¹⁷ (1993), 93 DTC 298 (T.C.C.), at p. 302.

¹⁸ *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, at p. 408; *City of Kamloops v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2, at p. 10; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1160.

déclarer l'intimée coupable de négligence et de renvoyer l'affaire au juge de première instance pour qu'elle poursuive l'instruction sur la question des dommages-intérêts. Les dépens de l'action introduite devant la Section de première instance suivront le sort du principal.

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je suis du même avis.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je suis du même avis.

¹ *Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 267, juge Reed.

² Transcription des débats, 25 mars 1997, à la p. 32 et suivantes.

³ *Martel Building Ltd c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{re} inst.).

⁴ *Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 267.

⁵ *Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 265.

⁶ *Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 261.

⁷ Les travaux de «réfection» en question s'entendent de la rénovation, entreprise par le propriétaire, des aires communes d'un immeuble, ainsi que de la modernisation de l'immeuble, notamment des systèmes mécaniques et électriques, en vue de les rendre conformes aux normes actuelles; *Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 252.

⁸ L'«aménagement» s'entend des travaux entrepris par le locataire des locaux qu'il occupe afin de répondre aux besoins particuliers de celui-ci; *Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 252.

⁹ *Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 268.

¹⁰ *Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 265.

¹¹ [1984] 2 R.C.S. 2.

¹² [1993] 2 R.C.S. 159.

¹³ *Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 268.

¹⁴ *Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 268.

¹⁵ [1994] 1 C.F. 3 (C.A.), à la p. 10.

¹⁶ [1994] 1 C.F. 3 (C.A.), à la p. 12.

¹⁷ (1993), 93 DTC 298 (C.C.I.), à la p. 302.

¹⁸ *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, à la p. 408; *Ville de Kamloops c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2, à la p. 10; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, à la p. 1160.

¹⁹ Factors such as the nature of the relationship between the parties, physical propinquity, assumed or imposed obligations and close causal connection, are all relevant to establish sufficient proximity giving rise to a duty of care; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1153.

²⁰ [1981] 1 S.C.R. 111.

²¹ [1985] 2 F.C. 293 (C.A.).

²² [1985] 2 F.C. 293, at p. 306, Mahoney J.A. for the majority.

²³ *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 (C.A.), at p. 300, Pratte J.A.

²⁴ [1995] 2 F.C. 132 (C.A.), at pp. 159-160, Stone J.A. dissenting. The majority was "in general agreement" with him in this regard; see p. 179. See also *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, [1990] 1 W.W.R. 624 (B.C.C.A.); *Health Care Developers Inc. v. Newfoundland* (1996), 141 Nfld. & P.E.I.R. 34 (C.A.).

²⁵ See note 19.

²⁶ [1992] 1 S.C.R. 1021, at pp. 1152-1153. See more fully at pp. 1147-1155.

²⁷ *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (Ont. Gen. Div.) and *Ken Toby Ltd. v. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263 (S.C.) have applied the duty of fairness to all bidders in tort situations. In *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206, the Supreme Court of Canada has extended the duty of care (negligent misrepresentation) owed by the province to a contractor so as to include the engineering firm which prepared the drawings. The contract between the province and the contractor did not negate the duty of care. See also S. K. O'Byrne, "Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 70, at p. 92ff.

²⁸ [1986] 2 S.C.R. 147.

²⁹ [1993] 1 S.C.R. 12, at p. 26.

³⁰ *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, at pp. 26-37. See also Allen M. Linden, *Canadian Tort Law*, 6th ed. (Toronto: Butterworths, 1997), at pp. 439-440.

³¹ *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.), at p. 268.

³² *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.), at p. 264.

³³ *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (F.C.T.D.).

³⁴ *Martel Building Ltd. v. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249, (F.C.T.D.), at p. 268.

¹⁹ Des facteurs comme la nature des rapports entre les parties, la proximité physique, l'existence d'obligations présumées ou imposées et l'existence d'un lien de causalité étroit, sont tous pertinents pour démontrer que les rapports étaient suffisamment étroits pour créer un devoir de diligence: *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, à la p. 1153.

²⁰ [1981] 1 R.C.S. 111.

²¹ [1985] 2 C.F. 293 (C.A.).

²² [1985] 2 C.F. 293, à la p. 306, le juge d'appel Mahoney, pour la majorité.

²³ *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293 (C.A.), à la p. 300, juge Pratte.

²⁴ [1995] 2 C.F. 132 (C.A.), aux p. 159 et 160, le juge d'appel Stone étant dissident. La majorité était «d'une façon générale» d'accord avec lui à cet égard; voir p. 179. Voir également les arrêts *Chinook Aggregates Ltd. v. Abbotsford (Mun. Dist.)*, [1990] 1 W.W.R. 624 (C.A. C.-B.); et *Health Care Developers Inc. v. Newfoundland* (1996), 141 Nfld. & P.E.I.R. 34 (C.A.).

²⁵ Voir note 19.

²⁶ [1992] 1 R.C.S. 1021, aux p. 1152 et 1153. Pour de plus amples détails, voir les p. 1147 à 1155.

²⁷ Dans les décisions *Twin City Mechanical v. Bradsil (1967) Ltd.* (1996), 31 C.L.R. (2d) 210 (Div. gén. Ont.) et *Ken Toby Ltd. v. British Columbia Buildings Corp.* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 263 (C.S.), les tribunaux ont appliqué le devoir d'agir avec équité à tous les soumissionnaires dans les cas faisant entrer en jeu la responsabilité civile délictuelle. Dans l'arrêt *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206, la Cour suprême du Canada a élargi la portée du devoir de diligence (déclaration inexacte faite par négligence) auquel la province était tenue envers un entrepreneur de manière à inclure le cabinet d'ingénieurs qui avait préparé les dessins. Le marché conclu entre la province et l'entrepreneur n'excluait pas le devoir de diligence. Voir également S. K. O'Byrne, «Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments» (1995), 74 *Rev. du Bar. can.* 70, à la p. 92 et suivantes.

²⁸ [1986] 2 R.C.S. 147.

²⁹ [1993] 1 R.C.S. 12, à la p. 26.

³⁰ *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, aux p. 26 à 37. Voir également Allen M. Linden, *Canadian Tort Law*, 6^e éd. (Toronto: Butterworths, 1997), aux p. 439 et 440. (voir: *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1988, à la p. 508).

³¹ *Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{er} inst.), à la p. 268.

³² *Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{er} inst.), à la p. 264.

³³ *Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{er} inst.).

³⁴ *Martel Building Ltd. c. Canada* (1997), 129 F.T.R. 249 (C.F. 1^{er} inst.), à la p. 268.

³⁵ [1996] 3 S.C.R. 458.

³⁶ [1996] 3 S.C.R. 458, at pp. 470-471.

³⁷ [1996] 3 S.C.R. 458, at p. 467.

³⁵ [1996] 3 R.C.S. 458.

³⁶ [1996] 3 R.C.S. 458, aux p. 470 et 471.

³⁷ [1996] 3 R.C.S. 458, à la p. 467.

IMM-1712-97

IMM-1712-97

Parminder Singh Saini (*Applicant*)**Parminder Singh Saini** (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*intimé*)**INDEXED AS: SAINI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP
AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: SAINI c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYEN-
NETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)**Trial Division, Gibson J.—Toronto, April 7; Ottawa,
June 29, 1998.Section de première instance, juge Gibson—Toronto,
7 avril; Ottawa, 29 juin 1998.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Immigration inquiry process — Judicial review of destination decision — Applicant, citizen of India, convicted in Pakistan for role in hijacking of Air India plane — Upon release from jail, arriving in Canada without status — In immigration detention since 1995 — Conditional removal order issued — Before Convention refugee claim determined, danger opinion issued — Ineligible to have Convention refugee claim determined — Applicant making submissions as to risk faced if returned to India — Removal officer informing applicant would be removed to India — No assessment of risk of harm to applicant if returned to India — Application allowed — Risk assessment, determination required on facts herein — Under Immigration Act, s. 48 removal officers having discretion to delay execution of removal order pending risk assessment determination — Removal officer may have regard to evidence of risk in removal to particular destination, and as to whether risk assessment conducted, evaluated, solely for purpose of exercising discretion regarding deferral — Appropriate risk assessment not conducted — Danger opinion process not amounting to risk assessment — Removal officer's failure to consider whether or not to exercise discretion under Immigration Act, s. 48, pending conduct of appropriate risk assessment, making of risk determination, reviewable error in nature of failure, refusal to exercise jurisdiction — Questions certified.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Procédure d'enquête en matière d'immigration — Contrôle judiciaire de la décision relative au pays de destination — Le demandeur, un citoyen indien, a été condamné au Pakistan pour le rôle qu'il a joué dans le détournement d'un avion d'Air India — À sa libération de prison, il est venu au Canada sans statut — Les autorités de l'immigration le détient depuis 1995 — Une mesure de renvoi conditionnel a été prise contre lui — Avant qu'une décision concernant sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention ait été prise, un avis de danger a été émis — Il ne peut plus demander que soit examinée sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention — Le demandeur a présenté des observations concernant le risque auquel il sera exposé s'il retourne en Inde — L'agent chargé du renvoi a informé le demandeur qu'il serait renvoyé en Inde — Il n'y a pas eu d'évaluation du risque auquel serait exposé le demandeur s'il retournait en Inde — Demande accueillie — D'après les faits de l'espèce, une évaluation du risque et une décision à cet égard étaient nécessaires — En vertu de l'art. 48 de la Loi sur l'immigration, les agents chargés du renvoi ont le pouvoir discrétionnaire de différer l'exécution d'une mesure de renvoi en attendant qu'une décision soit prise relativement à l'évaluation du risque — L'agent chargé du renvoi peut tenir compte d'une preuve au sujet du risque que représente le renvoi d'une personne dans un pays de destination donné, et aussi se demander si une évaluation du risque a été effectuée et une décision prise à cet égard, uniquement pour savoir s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de différer le renvoi — Il n'y a pas eu d'évaluation appropriée du risque en l'espèce — La procédure menant à l'avis de danger ne constitue pas une évaluation du risque — Le fait que l'agent chargé du renvoi ne se soit pas demandé s'il devait ou non exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 48 de la Loi sur l'immigration, en attendant la décision consécutive à une évaluation appropriée du risque, constitue une erreur susceptible de contrôle de la nature d'une négligence ou d'un refus d'exercer sa compétence — Des questions ont été certifiées.

This was an application for judicial review of a destination decision made under the *Immigration Act*. The applicant

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision relative au pays de destination prise en vertu de la

is a citizen of India. He was convicted and served 10 years in jail in Pakistan for his role in the hijacking of an Air India plane flying from India to Pakistan. Following his release on parole, he was ordered to leave Pakistan. He arrived in Canada without status. He has been held in immigration detention since 1995. A conditional removal order was issued, which did not determine the date of removal or place of destination on removal. Before the applicant's claim to Convention refugee status was determined, he was found to be a "danger to the public in Canada". He became ineligible to have his claim to Convention refugee status determined. The danger opinion was confirmed and the conditional removal order became a valid and subsisting deportation order that could be executed at any time. The applicant made extensive submissions as to the risk that he might face if returned to India. The removal officer communicated to the applicant that he would be removed to India. There was no indication that the removal officer had evaluated and determined the risk the applicant might face if removed to India.

The issues were: (1) whether a risk assessment and determination were necessary before the removal officer made the destination decision; (2) whether the applicant's materials addressing risk were properly part of the record before the removal officer; (3) whether an appropriate risk assessment was conducted and determination made in this case; and (4) whether the removal officer committed a reviewable error in failing to consider whether or not to exercise discretion to delay the applicant's removal pending the conduct of such an assessment and appropriate consideration of the result.

Held, the application should be allowed.

(1) The applicant raised before the removal officer an allegation that he will be tortured or otherwise suffer persecution if returned to India, and that no risk assessment had been carried out or determination made. On the narrow and unusual facts of this case, a risk assessment and determination were required.

(2) There is no discretion to take into account risk under *Immigration Act*, section 52. However, under section 48 removal officers have a discretion to delay the execution of a deportation order. Section 48 provides that, subject to sections 49 and 50, a removal order shall be executed as soon as reasonably practicable. Sections 49 and 50 were not applicable. Section 48 covers a broad range of circumstances, including discretion to consider whether it is

Loi sur l'immigration. Le demandeur est un citoyen de l'Inde. Il a fait dix ans de prison après avoir été reconnu coupable au Pakistan d'avoir participé au détournement d'un avion d'Air India se rendant de l'Inde au Pakistan. Après sa libération conditionnelle, on lui a ordonné de quitter le Pakistan. Il est arrivé au Canada sans statut. Il est détenu par les autorités de l'immigration depuis 1995. Une mesure de renvoi conditionnel a été prise contre lui, mais celle-ci ne fixait pas la date de renvoi ni le lieu de destination. Avant que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention présentée par le demandeur ait été examinée, il a été informé qu'il «constituait un danger pour le public au Canada». Sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention ne pouvait donc plus être examinée. L'avis de danger a été confirmé et la mesure de renvoi conditionnel est devenue une ordonnance d'expulsion valide et toujours en vigueur qui peut être exécutée à n'importe quel moment. Le demandeur a présenté de nombreuses observations concernant le risque auquel il pourrait être exposé s'il était renvoyé en Inde. L'agent chargé du renvoi a informé le demandeur qu'il serait renvoyé en Inde. Rien n'indique si l'agent chargé du renvoi évalué le risque auquel pourrait être exposé le demandeur s'il était renvoyé en Inde et pris une décision à cet égard.

Les questions étaient les suivantes: 1) Fallait-il effectuer une évaluation du risque et prendre une décision à cet égard avant que l'agent chargé du renvoi prenne la décision relative au pays de destination? 2) Les documents du demandeur concernant le risque faisaient-ils à bon droit partie du dossier dont était saisi l'agent chargé du renvoi? 3) A-t-on procédé en l'espèce à une évaluation appropriée du risque et une décision a-t-elle été prise à cet égard? 4) L'agent chargé du renvoi a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle en négligeant de se demander s'il devait ou non exercer son pouvoir discrétionnaire de différer le renvoi du demandeur jusqu'à ce qu'une telle évaluation ait été effectuée et qu'il ait eu le temps d'en examiner soigneusement le résultat?

Jugement: la demande doit être accueillie.

1) Le demandeur a prétendu devant l'agent chargé du renvoi qu'il serait soumis à la torture ou à d'autres formes de persécution s'il était renvoyé en Inde, qu'aucune évaluation du risque n'avait été effectuée ni aucune décision prise à cet égard. D'après les faits restreints et inusités de cette affaire, une évaluation du risque et une décision à cet égard étaient nécessaires.

2) Il n'existe pas de pouvoir discrétionnaire de tenir compte du risque en vertu de l'article 52 de la *Loi sur l'immigration*. Toutefois, en vertu de l'article 48, les agents chargés du renvoi ont le pouvoir discrétionnaire de différer l'exécution d'une ordonnance d'expulsion. L'article 48 dispose que, sous réserve des articles 49 et 50, une mesure de renvoi est exécutée dès que les circonstances le permettent. Les articles 49 et 50 ne s'appliquaient pas aux faits de

reasonable to defer the making of removal arrangements pending a risk assessment and determination. A removal officer may have regard to cogent evidence of risk in removal to a particular destination, and as to whether or not an appropriate risk assessment has been conducted and evaluated, solely for the purpose of informing his or her exercise of discretion regarding deferral.

(3) On the record, neither an appropriate risk assessment was conducted nor a determination made.

(4) The removal officer's failure to consider whether or not to exercise his or her discretion under section 48, pending the conduct of an appropriate risk assessment and the making of a risk determination, constituted a reviewable error in the nature of a failure or refusal to exercise jurisdiction. Presumably the removal officer had regard to all of the material before him or her, which indicated no appropriate risk assessment was done or determination made. The material disclosed no evidence that an exercise of the discretion to delay was considered.

The following questions were certified: (1) Where a person claims that he faces a risk of torture or death in his country of origin, and faces removal to that country without the risk faced on removal having been assessed and determined in a manner that respects the principles of natural justice and fundamental justice, may a Court that is conducting a judicial review of the destination decision have regard to evidence respecting such risk that was before the federal board, commission or other tribunal that made the destination decision? (2) Where a person claims that he faces a risk of torture or death in his country of origin, is a risk assessment and determination conducted in accordance with the principles of natural justice and fundamental justice a condition precedent to a valid determination to remove the individual to that country, without delay to allow for such an assessment and determination? If so, on the facts herein, did the process by which the respondent formed the opinion that the applicant constitutes a danger to the public in Canada constitute or incorporate such a risk assessment and determination? (3) When an immigration officer is making removal arrangements for a person under a removal order and the person being removed claims that he is at risk of torture or death in the country to which he will be removed, must the immigration officer consider whether a risk assessment and determination has been carried out?

l'espèce. L'article 48 couvre un large éventail de circonstances qui englobent le pouvoir discrétionnaire d'évaluer s'il est raisonnable de reporter l'exécution des mesures de renvoi en attendant de connaître la décision consécutive à l'évaluation du risque. Un agent chargé du renvoi peut tenir compte d'une preuve concluante au sujet du risque que représente le renvoi dans un pays donné et se demander si une évaluation du risque a été effectuée de façon appropriée, uniquement pour savoir s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de différer le renvoi.

3) D'après le dossier, aucune évaluation appropriée du risque n'a été faite et aucune décision n'a été prise à cet égard.

4) L'omission de l'agent chargé du renvoi d'examiner s'il devait ou non exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 48, en attendant la décision consécutive à une évaluation appropriée du risque constitue une erreur susceptible de contrôle de la nature d'une négligence ou d'un refus d'exercer sa compétence. Il faut présumer que l'agent chargé du renvoi a tenu compte de l'ensemble des documents dont il était saisi et qui indiquaient qu'aucune évaluation appropriée du risque n'avait été faite ni aucune décision prise à cet égard. Le dossier ne renfermait aucune preuve que l'agent chargé du renvoi avait songé à exercer son pouvoir discrétionnaire de différer l'exécution du renvoi.

Les questions suivantes ont été certifiées: 1) Lorsqu'une personne a fait valoir qu'elle risque d'être soumise à la torture ou mise à mort dans son pays d'origine et que cette personne est susceptible d'être renvoyée dans ce pays sans que le risque auquel ce renvoi l'expose ait été évalué d'une manière conforme aux principes de justice naturelle et de justice fondamentale, la Cour qui effectue le contrôle judiciaire de la décision relative au pays de destination touchant cette personne peut-elle tenir compte d'une preuve concernant ce risque dont était saisi l'office fédéral qui a pris la décision relative au pays de destination? 2) Lorsqu'une personne a fait valoir qu'elle risque d'être soumise à la torture ou mise à mort dans son pays d'origine, faut-il au préalable qu'une évaluation du risque ait été effectuée et qu'une décision ait été prise à cet égard conformément aux principes de justice naturelle et de justice fondamentale pour que la décision de renvoyer la personne dans ce pays soit valide, sans qu'il soit possible de différer le renvoi pour permettre que soit faite cette évaluation et que soit prise cette décision? Dans l'affirmative, d'après les faits de l'espèce, y a-t-il eu dans la procédure utilisée par l'intimé pour exprimer l'avis que le demandeur constitue un danger pour le public au Canada une telle évaluation du risque et une telle décision? 3) Quand un agent d'immigration prend des mesures en vue d'exécuter l'ordonnance de renvoi touchant une personne et que celle-ci prétend qu'elle risque d'être soumise à la torture ou d'être mise à mort dans le pays où elle sera renvoyée, l'agent d'immigration doit-il vérifier qu'une évaluation du risque a été effectuée et une décision prise à cet égard?

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].

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46.01(1)(e)(i) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9), 48, 52 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 7; S.C. 1992, c. 49, s. 42).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Poyanipur v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1995), 116 F.T.R. 4 (F.C.T.D.); *Pavalaki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 338 (T.D.) (QL); *Farhadi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 315 (T.D.) (as to the issue of whether the danger opinion process incorporated an appropriate risk assessment and determination procedure).

DISTINGUISHED:

Farhadi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 3 F.C. 315 (T.D.) (as to the issue of whether a risk assessment and determination were required before the removal officer made the destination decision).

REFERRED TO:

Gerist v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1997] F.C.J. No. 1584 (T.D.) (QL); *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.); *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th) 141; 180 N.R. 1; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; (1984), 9 D.L.R. (4th) 161; 20 Admin. L.R. 1; 11 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R.R. 193; 53 N.R. 169; 3 O.A.C. 321.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., Scarborough: Carswell, 1992.

APPLICATION for judicial review of a destination decision to remove the applicant, who had been found

LOIS ET RÈGLEMENTS

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

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01(1)e(i) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9), 48, 52 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 7; L.C. 1992, ch. 49, art. 42).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Poyanipur c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1995), 116 F.T.R. 4 (C.F. 1^{re} inst.); *Pavalaki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] F.C.J. n° 338 (1^{re} inst.) (QL); *Farhadi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 315 (1^{re} inst.) (sur la question de savoir si la procédure relative à l'avis de danger incorporait une procédure appropriée d'évaluation du risque et de prise de décision à cet égard).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Farhadi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 3 C.F. 315 (1^{re} inst.) (sur la question de savoir si une évaluation et une décision relatives au risque étaient nécessaires avant que l'agent chargé du renvoi prenne la décision relative au pays de destination).

DÉCISIONS CITÉES:

Gerist c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1997] A.C.F. n° 1584 (1^{re} inst.) (QL); *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.); *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th) 141; 180 N.R. 1; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; 1984, 9 D.L.R. (4th) 161; 20 Admin. L.R. 1; 11 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R.R. 193; 53 N.R. 169; 3 O.A.C. 321.

DOCTRINE

Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., Scarborough: Carswell, 1992.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision relative au pays vers lequel sera renvoyé le demandeur

to constitute a danger to the public in Canada, to India, notwithstanding his submissions as to the risk of harm he might face if removed thereto. Application allowed.

APPEARANCES:

H. Lorne Waldman for applicant.
David W. Tyndale for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Jackman, Waldman & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

GIBSON J.:

BACKGROUND

[1] These reasons arise out of an application for judicial review of a decision or order made, or a matter arising, under the *Immigration Act*¹ in the form of a communication from an immigration officer (the removal officer) to the applicant indicating that he would be removed from Canada May 5, 1997 via Amsterdam to Delhi, India. The communication (the destination decision) is dated April 29, 1997.

[2] The factual background giving rise to the destination decision is essentially not in dispute and can be summarized as follows.

[3] The applicant is a citizen of India. He was a member of the All India Sikh Student Federation. In 1984, pursuant to a plan formulated by that organization, he participated in the hijacking of an Air India passenger flight from India to Pakistan. The applicant was apprehended, convicted and sentenced to death in Pakistan. His sentence was later commuted to life imprisonment. He served 10 years and then was released on parole in Pakistan. Following his release

considéré comme un danger pour le public au Canada, c'est-à-dire vers l'Inde, malgré ses observations concernant le danger auquel il pourrait être exposé s'il était renvoyé dans ce pays. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

H. Lorne Waldman, pour le demandeur.
David W. Tyndale, pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Jackman, Waldman & Associates, Toronto, pour le demandeur.
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 GIBSON:

CONTEXTE

[1] Les présents motifs se rapportent à une demande de contrôle judiciaire d'une décision ou d'une ordonnance prise, ou d'une question découlant de la *Loi sur l'immigration*¹, par suite d'un communiqué qu'un agent d'immigration (l'agent chargé du renvoi) a adressé au demandeur dans laquelle il l'informait qu'il serait renvoyé du Canada le 5 mai 1997 à destination de Delhi (Inde), en passant par Amsterdam. Le communiqué (la décision relative au pays de destination) est datée du 29 avril 1997.

[2] Les faits ayant mené à la décision relative au pays de destination ne sont pas contestés et peuvent être résumés de la façon suivante.

[3] Le demandeur est un citoyen de l'Inde. Il a été membre du All India Sikh Student Federation. En 1984, dans le cadre d'un plan mis au point par cet organisme, il a participé au détournement d'un avion d'Air India transportant des passagers de l'Inde vers le Pakistan. Le demandeur a été arrêté, reconnu coupable et condamné à mort au Pakistan. Par la suite, sa peine a été commuée en une peine d'emprisonnement à perpétuité. Après dix ans de prison, il a

on parole, he was ordered to leave Pakistan. He arrived in Canada without status. He has relatives in this country.

[4] In September of 1995, the applicant was apprehended by immigration authorities. Since that time he has been held in immigration detention.

[5] A conditional removal order was issued against the applicant. That order did not determine the date of removal or place of destination on removal. The applicant made a claim to Convention refugee status in Canada based on an alleged well-founded fear of persecution if required to return to India. Before the applicant's refugee claim was determined, the applicant received notice that the respondent was considering issuing a "danger to the public in Canada" opinion (danger opinion) against him pursuant to subparagraph 46.01(1)(e)(i) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9] of the *Immigration Act*. The applicant was invited to make submissions. A delegate of the respondent determined the applicant to constitute a "danger to the public in Canada". In the result, he became ineligible to have his claim to Convention refugee status determined.

[6] The respondent agreed to reconsider the danger opinion. Following reconsideration, despite extensive submissions on behalf of the applicant regarding the risk that he might face if returned to India, the danger opinion was confirmed.

[7] The conditional removal order made against the applicant became a valid and subsisting deportation order that could be executed at any time.

[8] The applicant again made extensive submissions to the officials responsible for removal arrangements in the respondent's ministry, as to the risk that he might face if removed to India. It was not in dispute before me that removal officers, such as the immigration officer who made the destination decision in respect of the applicant, do not have jurisdiction to

bénéficié d'une libération conditionnelle au Pakistan. À la suite de cette libération conditionnelle, on lui a ordonné de quitter le Pakistan. Il est arrivé au Canada sans statut. Il a des parents dans ce pays.

[4] En septembre 1995, le demandeur a été arrêté par les autorités de l'immigration, qui le gardent en détention depuis ce temps.

[5] Une mesure de renvoi conditionnel a été prise contre le demandeur. Cette mesure n'indique pas la date du renvoi ni le lieu de destination. Le demandeur a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention au Canada en alléguant une crainte fondée d'être persécuté s'il est forcé de retourner en Inde. Avant que sa revendication du statut de réfugié ait été examinée, le demandeur a reçu un avis l'informant que l'intimé envisageait la possibilité d'exprimer un avis «sur le danger qu'il constitue pour le public au Canada» (l'avis de danger) aux termes du sous-alinéa 46.01(1)e)(i) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9] de la *Loi sur l'immigration*. Le demandeur a été invité à formuler ses observations. Un délégué de l'intimé a déterminé que le demandeur constituait un «danger pour le public au Canada». Par conséquent, sa revendication du statut de réfugié ne peut plus être examinée.

[6] L'intimé a consenti à réévaluer l'avis de danger. Après cette réévaluation, et malgré les observations exhaustives fournies par le demandeur au sujet du risque auquel il serait exposé s'il retourne en Inde, l'avis de danger a été confirmé.

[7] La mesure de renvoi conditionnel prise contre le demandeur est devenue une ordonnance d'expulsion valide et toujours en vigueur qui peut être exécutée à n'importe quel moment.

[8] Le demandeur a de nouveau présenté des observations détaillées aux responsables des mesures d'exécution du renvoi au ministère de l'intimé, concernant le risque auquel il pourrait être exposé s'il est renvoyé en Inde. Personne n'a fait valoir devant moi que les agents chargés du renvoi, par exemple l'agent d'immigration qui a pris la décision relative au pays

evaluate and determine risk prior to making removal arrangements. There is no indication that the removal officer varied from the established practice and jurisdiction to evaluate and determine risk in this case, despite the voluminous material before her or him.

[9] The applicant applied for leave and for judicial review of the danger opinion issued on behalf of the respondent against him. Leave was denied.

ISSUES

[10] The applicant raised a number of issues, including the constitutional validity of sections 48 and 52 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 7; S.C. 1992, c. 49, s. 42] of the *Immigration Act* when read together with sections 7 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*² and against the factual background of this matter. Before turning to the Charter submissions, I will first consider the following questions:

1. was a risk assessment and determination necessary before the removal officer made the destination decision;
2. were the applicant's materials addressing risk properly part of the record before the removal officer;
3. was an appropriate risk assessment conducted and determination made in this case; and
4. if no appropriate risk assessment was carried out and determination made, did the removal officer commit a reviewable error in failing to consider whether or not to exercise discretion to delay the applicant's removal pending the conduct of such an assessment and appropriate consideration of the result.

de destination, n'ont pas compétence pour évaluer le risque et prendre une décision à cet égard avant d'exécuter le renvoi. Rien n'indique que l'agent chargé du renvoi a dérogé à la pratique établie et au pouvoir concernant l'évaluation et la détermination du risque dans cette affaire, malgré le volumineux dossier dont il ou elle était saisi(e).

[9] Le demandeur a présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire concernant l'avis de danger qui a été émis au nom de l'intimé contre lui. Cette autorisation lui a été refusée.

QUESTIONS EN LITIGE

[10] Le demandeur soulève un certain nombre de questions, notamment la validité constitutionnelle des articles 48 et 52 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 30, art. 7; L.C. 1992, ch. 49, art. 42] de la *Loi sur l'immigration*, lus de concert avec les articles 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*² et au regard des faits de l'espèce. Avant d'aborder les observations portant sur la Charte, j'examinerai d'abord les questions suivantes:

1. Fallait-il effectuer une évaluation du risque et prendre une décision à cet égard avant que l'agent chargé du renvoi prenne la décision relative au pays de destination?
2. Les documents du demandeur concernant le risque font-ils à bon droit partie du dossier dont était saisi l'agent chargé du renvoi?
3. A-t-on procédé en l'espèce à une évaluation du risque appropriée et une décision a-t-elle été prise à cet égard?
4. S'il n'y a pas eu d'évaluation du risque appropriée et qu'aucune décision n'a été prise à cet égard, l'agent chargé du renvoi a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle en négligeant de se demander s'il devait ou non exercer son pouvoir discrétionnaire de différer le renvoi du demandeur jusqu'à ce qu'une telle évaluation ait été effectuée et qu'il ait eu le temps d'en examiner soigneusement le résultat?

ANALYSIS

[11] The factual background to this matter, and the argument presented on behalf of the applicant, are substantially similar to those that were before me in *Farhadi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*³ (*Farhadi*). The factual differences are the following. Mr. Farhadi had been determined to have a “credible basis” to a refugee claim in Canada, as against Iran and was landed on that basis. Thus, unlike the applicant here, he had status in Canada. Further, in *Farhadi*, I had both the destination decision and the danger opinion decision before me for judicial review.

[12] Counsel for the applicant relied extensively on *Farhadi* for the proposition that a risk assessment had to be conducted and evaluated before the destination decision could be made against this applicant. *Farhadi* does not, in my view, stand for the proposition that a risk assessment and determination is always required before a destination decision flowing from a valid deportation order can be made involving removal to a country in which persecution is feared. The ruling in *Farhadi* pertained, rather, to unique circumstances in which the applicant therein had made out a credible allegation that he would confront torture upon removal to Iran, had a “credible basis” refugee claim as against Iran and was landed in Canada. On those facts, I found that a risk assessment and determination was necessary, and that the danger opinion did not incorporate such an assessment and determination.

[13] The applicant herein has similarly raised before the removal officer an allegation that he will be tortured or otherwise suffer persecution if returned to India, and that no risk assessment has been carried out or determination made. On the distinct, but similarly narrow and unusual facts of this case, I find that a risk assessment and determination are required.

ANALYSE

[11] Le contexte factuel de cette affaire, et les arguments présentés au nom du demandeur, sont très semblables à ceux dont j'étais saisi dans l'affaire *Farhadi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*³ (*Farhadi*). Les différences de fait sont les suivantes. Dans le cas de M. Farhadi, il avait été décidé que sa revendication du statut de réfugié au Canada concernant l'Iran avait «un minimum de fondement», et de ce fait, il avait obtenu le droit d'établissement. Donc, contrairement au demandeur en l'espèce, il avait un statut au Canada. En outre, dans l'affaire *Farhadi*, la procédure de contrôle judiciaire concernait à la fois la décision relative au pays de destination et la décision concernant l'avis de danger.

[12] L'avocat du demandeur s'est abondamment appuyé sur l'affaire *Farhadi* pour faire valoir qu'une évaluation du risque devait être effectuée avant que la décision relative au pays de destination soit prise contre le demandeur. À mon sens, l'affaire *Farhadi* ne permet pas de soutenir qu'une évaluation du risque et une décision à cet égard sont toujours exigées avant qu'une décision relative au pays de destination, prise dans le cadre d'une ordonnance d'expulsion valide, puisse être prise concernant le renvoi dans un pays où la personne visée craint d'être persécutée. La décision dans l'affaire *Farhadi* s'appuie plutôt sur des circonstances uniques en vertu desquelles la prétention crédible du requérant, selon laquelle il craignait d'être soumis à la torture s'il était renvoyé en Iran, avait un «minimum de fondement», ce qui lui avait permis d'obtenir le droit d'établissement au Canada. En m'appuyant sur les faits de cette espèce, j'ai conclu qu'une évaluation du risque et une décision à cet égard étaient nécessaires, et que celles-ci n'avaient pas été incorporées aux procédures liées à l'avis de danger.

[13] En l'espèce, le demandeur a prétendu, de la même façon, devant l'agent chargé du renvoi qu'il sera soumis à la torture ou à d'autres formes de persécution s'il est renvoyé en Inde, et qu'aucune évaluation du risque n'a été effectuée ni aucune décision prise à cet égard. En m'appuyant sur les faits distincts, mais tout aussi restreints et inusités de cette

[14] As earlier indicated, the applicant filed before the removal officer extensive submissions as to the risk he might face if removed to India, including the representations made in advance of the danger to the public redetermination. Those submissions are now before this Court as a part of the certified tribunal record, despite what is acknowledged to be the limited jurisdiction of the removal officer. The question then arises whether the removal officer had discretion to consider the risk submissions and, by implication, whether those submissions are properly before this Court on this judicial review application.

[15] As noted earlier in these reasons, it was not disputed that removal officers do not have jurisdiction to conduct risk assessments and make risk determinations in the course of making destination decisions. The options open to removal officers in making destination decisions are circumscribed by section 52 of the *Immigration Act*, which leaves them little, if any, discretion unless there is a voluntary departure or unless removal to a country as provided in subsection (2) of that section cannot be made. In such circumstances, with the approval of the respondent, or on the respondent's initiative, any destination country may be selected. There is no discretion to take into account risk under section 52 of the Act.

[16] However, under section 48 of the *Immigration Act*, removal officers have a discretion to delay the execution of a deportation order. Section 48 provides:

48. Subject to sections 49 and 50, a removal order shall be executed as soon as reasonably practicable.

Sections 49 and 50 are not applicable on the facts of this matter.

affaire, je conclus qu'une évaluation du risque et une décision à cet égard sont nécessaires.

[14] Comme je l'ai indiqué ci-dessus, le demandeur a déposé devant l'agent chargé du renvoi des observations détaillées concernant le risque auquel il serait exposé s'il était renvoyé en Inde, y compris les observations qu'il a faites avant le réexamen de l'avis de danger émis contre lui. La Cour est maintenant saisie de ces observations qui ont été versées au dossier certifié du tribunal, malgré ce qui est reconnu comme étant la compétence limitée de l'agent chargé du renvoi. La question est donc de savoir si l'agent chargé du renvoi avait le pouvoir discrétionnaire d'examiner les observations concernant le risque et, par implication, si la Cour est à bon droit saisie de ces observations dans la présente instance de contrôle judiciaire.

[15] Comme on l'a noté ci-dessus dans les présents motifs, il n'a pas été contesté que les agents chargés du renvoi n'ont pas compétence pour faire les évaluations du risque et se prononcer à cet égard dans le cadre des décisions qu'ils doivent prendre relativement à la destination. Les choix qui leur sont offerts pour prendre ces décisions relatives au pays de destination sont restreints par l'article 52 de la *Loi sur l'immigration*, qui leur laisse peu de pouvoir discrétionnaire, sinon aucun, à moins que la personne visée n'accepte volontairement de quitter le Canada ou à moins qu'elle ne puisse être renvoyé dans un des pays mentionnés au paragraphe (2) de cet article. Dans ces circonstances, avec l'approbation de l'intimé ou sur son initiative, tout autre pays de destination peut être choisi. L'article 52 de la Loi ne confère aucun pouvoir discrétionnaire de tenir compte du risque.

[16] Toutefois, en vertu de l'article 48 de la *Loi sur l'immigration*, les agents chargés du renvoi ont le pouvoir discrétionnaire de différer l'exécution d'une ordonnance d'expulsion. L'article 48 est rédigé dans les termes suivants:

48. Sous réserve des articles 49 et 50, la mesure de renvoi est exécutée dès que les circonstances le permettent.

Les articles 49 et 50 ne s'appliquent pas aux faits de l'espèce.

[17] In *Poyanipur v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,⁴ Madam Justice Simpson wrote at page 6:

What is clear, however, is that removal officers have some discretion under the **Immigration Act** concerning, among other things, the pace of the removal once they become involved in making deportation arrangements. This is so because the May Affidavit indicates in paragraph 8 that removals are to be carried out as soon as “reasonably” practicable. This language is also found in section 48 of the **Immigration Act**. In my view, this language covers a broad range of circumstances which might include a consideration of whether it would be reasonable to await a pending decision on a H&C application before removal. [Emphasis added.]

[18] Similarly, in *Pavalaki v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,⁵ Madam Justice Reed stated at paragraph 12:

I accept that removal officers have, in certain circumstances, authority to defer execution of a removal order (certainly if an applicant was ill, or if the scheduled flight was cancelled, such must exist).

Although Madam Justice Reed did not comment on whether a removal officer had discretion to delay removal to await the determination of a humanitarian and compassionate grounds application, I conclude that she acknowledged, in principle, that a removal officer has discretion in such circumstances.⁶

[19] I conclude that the “broad range of circumstances” that Madam Justice Simpson found to be contemplated by section 48 of the *Immigration Act* includes discretion to consider whether it is reasonable to defer the making of removal arrangements pending a risk assessment and determination. Accordingly, it follows that a removal officer may have regard to cogent evidence of risk in removal to a particular destination and as to whether or not an appropriate risk assessment has been conducted and evaluated, solely for the purpose of informing his or her exercise of discretion regarding deferral.

[17] Dans l’affaire *Poyanipur c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*⁴, M^{me} le juge Simpson écrit ceci à la page 6:

Toutefois, ce qui est clair, c’est que les agents chargés du renvoi disposent d’un certain pouvoir discrétionnaire en vertu de la **Loi sur l’immigration** au sujet, notamment, de la rapidité avec laquelle ils peuvent procéder au renvoi une fois qu’ils ont commencé à prendre les mesures d’expulsion. L’affidavit de May indique au paragraphe 8 que les renvois doivent être exécutés aussi rapidement qu’il est «raisonnablement» possible de le faire. Cette formulation se retrouve également à l’article 48 de la **Loi sur l’immigration**. À mon avis, ce libellé couvre un large éventail de circonstances pouvant inclure une situation dans laquelle on pourrait se demander s’il est raisonnable d’attendre une décision imminente concernant une demande fondée sur des raisons d’ordre humanitaire avant de procéder au renvoi. [Non souligné dans l’original.]

[18] De même, dans l’affaire *Pavalaki c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*⁵, M^{me} le juge Reed a déclaré ceci au paragraphe 12:

Je reconnais que les agents chargés du renvoi peuvent, dans certaines circonstances, reporter l’exécution d’une mesure de renvoi (certainement si un demandeur était malade, ou si le vol prévu était annulé, de tels cas doivent exister).

Même si M^{me} le juge Reed n’a pas fait d’observations sur la question de savoir si l’agent chargé du renvoi avait le pouvoir discrétionnaire de différer le renvoi afin d’attendre le résultat d’une demande fondée sur des raisons d’ordre humanitaire, je conclus qu’elle a reconnu, en principe, qu’un agent chargé du renvoi a un tel pouvoir discrétionnaire dans les circonstances⁶.

[19] Je conclus que le «large éventail de circonstances» que couvre, de l’avis de M^{me} le juge Simpson, l’article 48 de la *Loi sur l’immigration* englobe le pouvoir discrétionnaire d’évaluer s’il est raisonnable de reporter l’exécution des mesures de renvoi en attendant de connaître la décision consécutive à l’évaluation du risque. Par conséquent, il s’ensuit qu’un agent chargé du renvoi peut tenir compte d’une preuve concluante au sujet du risque que représente le renvoi de la personne visée dans un pays de destination donné et se demander si une évaluation du risque a été effectuée de façon appropriée et une décision prise à cet égard, simplement pour savoir s’il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de différer le renvoi.

[20] Based on the foregoing considerations, I conclude that the applicant's materials in respect of risk filed before the removal officer were properly before that officer, but only for the limited purpose of determining whether or not an appropriate assessment had been conducted and evaluated and whether or not a delay in making removal arrangements is warranted. As such, the representations in respect of risk and the alleged lack of an appropriate assessment and evaluation that were placed before the removal officer properly constitute a part of the certified record filed before me in this matter.

[21] In this regard, the facts here are distinguishable from those in *Farhadi*. In that case, certain of the evidence as to risk that was placed before me was not before the federal boards, commissions or other tribunals the decisions of which were under review. The evidence was introduced for the first time on the judicial review application. In deciding that case without regard to the new evidence filed on judicial review, I stated [at page 329]:

It is trite law that a reviewing court is bound by the record filed before the federal board, commission or other tribunal the decision of which is under [review].

By contrast, the evidence as to risk in this matter was before the decision-maker whose decision is under review. The applicant's evidentiary submissions as to risk, including material that was before the respondent's delegate charged with arriving at a danger opinion decision, are therefore properly before me.⁷

[22] I turn then, to the third issue enumerated above, that being whether an appropriate risk assessment was, in fact, conducted and determination made in this case. The applicant argued that no such assessment had been conducted or determination made.

[23] By contrast, the respondent essentially took the position that the danger opinion effectively addressed risk of return, it then being "known" to the parties that removal, if effected, would be to India. The relevant

[20] À partir des observations précitées, je conclus que les documents du demandeur concernant le risque dont était saisi l'agent chargé du renvoi ont été à bon droit déposés devant cet agent, mais dans le seul but restreint de déterminer si une évaluation du risque avait été effectuée de façon appropriée et s'il était justifié de reporter l'exécution du renvoi. Donc, les observations concernant le risque et l'absence alléguée d'une évaluation appropriée et d'une décision à cet égard dont était saisi l'agent chargé du renvoi constituaient à bon droit une partie du dossier certifié dont j'ai été saisi en l'espèce.

[21] À cet égard, les faits de l'espèce peuvent être distingués de ceux de l'affaire *Farhadi*. Dans cette affaire, l'office fédéral dont la décision faisait l'objet du contrôle n'avait pas été saisi d'une partie de la preuve concernant le risque qui avait été déposée devant moi. Cette preuve avait été présentée pour la première fois dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire. En décidant de cette affaire sans avoir recours à la nouvelle preuve déposée dans l'instance de contrôle judiciaire, j'ai déclaré ceci [à la page 329]:

Il est bien établi en droit qu'une cour de révision est liée par le dossier qui a été déposé devant l'office fédéral dont la décision fait l'objet [du contrôle].

Par opposition, en l'espèce, le décideur dont la décision fait l'objet du contrôle était saisi de la preuve concernant le risque. Les observations du demandeur concernant le risque qui ont été déposées en preuve, y compris les documents dont étaient saisis le délégué du ministre qui a exprimé l'avis de danger, ont donc à bon droit été déposés devant moi⁷.

[22] J'aborde donc la troisième question qui a été énoncée ci-dessus, c'est-à-dire la question de savoir si une évaluation du risque a en fait été effectuée de façon appropriée et si une décision a été prise à cet égard. Le demandeur prétend qu'aucune évaluation de ce genre n'a été faite ni aucune décision prise à cet égard.

[23] L'intimé fait au contraire valoir que l'avis de danger traitait effectivement du risque que présentait le renvoi, et que les parties savaient que le pays de destination, si la mesure était exécutée, serait l'Inde.

portion of the summary prepared for the respondent's delegate who rendered the danger opinion specifically noted that the applicant feared persecution upon return to India. As such, it was urged, an appropriate risk assessment had been conducted and determination made. All of this evidence, counsel for the respondent pointed out, was before the removal officer.

[24] On the record before me, I find nothing to satisfy me that an appropriate risk assessment had been conducted or determination made. Moreover, nothing on the relevant facts here is distinguishable from *Farhadi* on whether the danger opinion process incorporated an appropriate risk assessment and determination procedure. Clearly, it did not. In *Farhadi*, I wrote [at pages 333, 337 and 341]:

The issues before the respondent's delegate under subparagraph 46.01(1)(e)(iv) and subsection 70(5) of the Act, were clear: whether or not, in the respondent's opinion, the applicant constitutes a danger to the public in Canada. This was the sole issue before the delegate. In making the danger to the public determination, the delegate was authorized to consider, although he or she was not required in law to do so, material other than that relating strictly to danger to the public in Canada, including material that speaks to a risk assessment.

...

I conclude that counsel for the applicant is correct in his submission that there is no decision or final conclusion on the issue of risk to the applicant in the decision of the respondent's delegate. The decision of the delegate is merely to the effect that, in the Minister's opinion, the applicant is a danger to the public in Canada; nothing more.

...

I am satisfied that the danger opinion process simply did not amount to a risk assessment and determination and that, if it did, it provided insufficient attributes of natural justice and fundamental justice, given the potential implications of a risk assessment decision adverse to the applicant. [Emphasis added.]

La partie pertinente du résumé préparé à l'intention du délégué de l'intimé qui a exprimé l'avis de danger indiquait précisément que le demandeur craignait d'être persécuté à son retour en Inde. Il fait donc valoir qu'une évaluation du risque appropriée a été effectuée et une décision prise à cet égard. L'avocat de l'intimé souligne que l'agent chargé du renvoi était saisi de toute cette preuve.

[24] D'après le dossier dont je suis saisi, je ne trouve rien qui me convainque qu'une évaluation du risque a été effectuée d'une façon appropriée ou qu'une décision a été prise à cet égard. En outre, il n'y a rien dans les faits pertinents de l'espèce qui puisse être distingué de l'affaire *Farhadi* quant à savoir si les procédures relatives à l'avis de danger incorporaient une évaluation appropriée du risque et une décision à cet égard. Manifestement, il n'y en avait pas. Dans l'affaire *Farhadi*, j'ai déclaré ceci [aux pages 333, 337 et 341]:

Les questions dont le délégué du ministre a été saisi en vertu du sous-alinéa 46.01(1)e)(iv) et du paragraphe 70(5) de la Loi étaient claires: il lui fallait déterminer si, de l'avis de l'intimé, le requérant constituait un danger pour le public au Canada. C'était la seule question dont il était saisi. Pour parvenir à une décision à cet égard, le délégué était autorisé à tenir compte, même si la loi ne l'y obligeait pas, d'autres documents que ceux qui avaient trait strictement au danger pour le public au Canada, notamment des documents ayant trait à une évaluation du risque.

...

Je conclus que l'avocat du requérant a raison quand il prétend qu'il n'y a pas de décision ou de conclusion finale sur la question du risque auquel sera exposé le requérant dans la décision du délégué de l'intimé. La décision du délégué indique simplement que, de l'avis du ministre, le requérant constitue un danger pour le public au Canada, et rien de plus.

...

Je suis convaincu que la procédure ayant mené à la formulation de l'avis de danger ne constituait tout simplement pas une évaluation et une décision relatives au risque et que, si tel était le cas, cette procédure ne comportait pas suffisamment d'attributs des principes de justice naturelle et de justice fondamentale, compte tenu des conséquences potentielles d'une décision sur l'évaluation du risque défavorable au requérant. [Non souligné dans l'original.]

CONCLUSION

[25] Accordingly, I can only conclude in the affirmative on the issue of whether the removal officer erred in failing to consider whether or not to exercise his or her discretion to delay the applicant's removal. It must be presumed that the removal officer had regard to all of the material before him or her.⁸ That material indicates no appropriate risk assessment was done or determination made. The material discloses no evidence that exercise of discretion to delay was considered. In my view, the removal officer's failure to consider whether or not to exercise his or her discretion under section 48 of the *Immigration Act*, pending the conduct of an appropriate risk assessment and the making of a risk determination, constituted a reviewable error in the nature of a failure or refusal to exercise jurisdiction.

[26] For the foregoing reasons, this application for judicial review will be allowed. In light of the above analysis, it is unnecessary and, indeed, undesirable, to consider the constitutional issues raised.⁹

CERTIFICATION OF A QUESTION OR QUESTIONS

[27] At the close of the hearing of this matter, I reserved my decision and undertook to distribute draft reasons to allow counsel to consider the reasons and make further submissions if considered appropriate and to make recommendations regarding certification of a question or questions. Draft reasons were distributed under cover of a letter from the Registry of the Court dated May 28. Brief further submissions in written form were received from counsel for the respondent. An acknowledgement was received from counsel for the applicant without further submissions.

[28] On June 25, 1998, the Court received from counsel for the respondent a proposal for certification of three questions in the following form:

CONCLUSION

[25] Par conséquent, je ne peux que conclure par l'affirmative à la question de savoir si l'agent chargé du renvoi a commis une erreur en ne se demandant pas s'il devait exercer son pouvoir discrétionnaire pour différer le renvoi du demandeur. Il faut présumer que l'agent chargé du renvoi a tenu compte de l'ensemble des documents dont il était saisi⁸. Ces documents indiquent qu'aucune évaluation appropriée du risque n'a été faite et qu'aucune décision n'a été prise à cet égard. Le dossier ne renferme aucune preuve que l'agent a songé à exercer son pouvoir discrétionnaire de différer l'exécution du renvoi. À mon avis, l'omission de l'agent du renvoi d'examiner s'il devait ou non exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'article 48 de la *Loi sur l'immigration*, en attendant la décision consécutive à une évaluation appropriée du risque, constitue une erreur susceptible de contrôle de la nature d'une négligence ou d'un refus d'exercer sa compétence.

[26] Pour les motifs précités, la demande de contrôle judiciaire est accueillie. Compte tenu de l'analyse qui précède, il est inutile et, en fait peu souhaitable, d'examiner les questions constitutionnelles soulevées⁹.

CERTIFICATION D'UNE OU DE PLUSIEURS QUESTIONS

[27] À la fin de l'audition de la présente demande, j'ai réservé ma décision et je me suis engagé à faire circuler une version préliminaire de mes motifs afin de donner aux avocats la possibilité de les examiner et de soumettre d'autres observations s'ils le jugeaient approprié et de faire des recommandations concernant la certification d'une ou de plusieurs questions. La version préliminaire de mes motifs a été distribuée accompagnée d'une lettre du greffe de la Cour en date du 28 mai. L'avocat de l'intimé a fourni de brèves observations supplémentaires. L'avocat du demandeur a fait parvenir un accusé de réception sans soumettre d'autres observations.

[28] Le 25 juin 1998, la Cour a reçu de l'avocat de l'intimé une proposition de certification de trois questions rédigées sous la forme suivante:

- | | |
|---|---|
| <p>1. Where a person has made a claim that the person faces a risk of torture or death in the person's country of origin, and faces removal to that country without the risk that he or she faces on removal having been assessed in a manner that respects the principles of natural justice and fundamental justice, may a Court that is conducting a judicial review of the removal decision affecting the individual have regard to evidence respecting such risk that was before the federal board, commission or other tribunal that made the removal decision?</p> <p>2. Where a person has made a claim that the person faces a risk of torture or death in the person's country of origin, is a risk assessment and determination conducted in accordance with the principles of natural justice and fundamental justice a condition precedent to a valid determination to remove the individual to that country? If so, on the facts of this matter, did the process by which the respondent formed the opinion that the applicant constitutes a danger to the public in Canada constitute or incorporate such a risk assessment and determination?</p> <p>3. When an immigration officer is making removal arrangements for a person under removal order and the person being removed claims that he/she is at risk of torture or death in the country to which he/she will be removed, must the immigration officer consider whether a risk assessment has been done? If yes, what is the extent of the Officer's obligation to decide whether an appropriate risk assessment has been conducted?</p> | <p>1. Lorsqu'une personne a fait valoir qu'elle risque d'être soumise à la torture ou mise à mort dans son pays d'origine et que cette personne est susceptible d'être renvoyée dans ce pays sans que le risque auquel ce renvoi l'expose ait été évalué d'une manière conforme aux principes de justice naturelle et de justice fondamentale, la Cour qui effectue le contrôle judiciaire de la mesure de renvoi visant cette personne peut-elle tenir compte d'une preuve concernant ce risque dont était saisi l'office fédéral qui a pris la mesure de renvoi?</p> <p>2. Lorsqu'une personne a fait valoir qu'elle risque d'être soumise à la torture ou mise à mort dans son pays d'origine, faut-il au préalable qu'une évaluation du risque ait été effectuée et qu'une décision ait été prise à cet égard conformément aux principes de justice naturelle et de justice fondamentale pour que la décision de renvoyer la personne dans ce pays soit valide? Dans l'affirmative, d'après les faits de l'espèce, y a-t-il eu dans la procédure utilisée par l'intimé pour exprimer l'avis que le demandeur constitue un danger pour le public au Canada une telle évaluation du risque et une telle décision?</p> <p>3. Quand un agent d'immigration prend des mesures en vue d'exécuter l'ordonnance de renvoi touchant une personne et que celle-ci prétend qu'elle risque d'être soumise à la torture ou mise à mort dans le pays où elle sera renvoyée, l'agent d'immigration doit-il s'assurer ou vérifier qu'une évaluation du risque a été effectuée? Dans l'affirmative, quelle est l'étendue de l'obligation de l'agent concernant la question de savoir si une évaluation appropriée du risque a été effectuée?</p> |
|---|---|

[29] During a teleconference held on the 26th of June, some modifications to the proposed questions was discussed and the Court advised that modifications would be made. The modifications, generally speaking, are technical in nature. The most important, perhaps, is the deletion of the second sentence in the proposed third question. In the opinion of the Court, that sentence represented a request for legal advice rather than a proposal of a question that would be determinative on an appeal from the order herein.

[29] Au cours d'une conférence téléphonique qui a eu lieu le 26 juin, quelques modifications aux questions proposées ont été discutées et la Cour a informé les avocats que certaines modifications seraient apportées. De façon générale, ces modifications sont de nature technique. La plus importante est peut-être la suppression de la deuxième phrase de la troisième question proposée. De l'avis de la Cour, cette phrase constitue une demande d'avis juridique plutôt qu'une proposition de question qui pourrait régler de façon définitive un appel concernant l'ordonnance visée.

[30] Accordingly, the following three questions will be certified.

[30] Par conséquent, les trois questions suivantes seront certifiées.

- | | |
|--|---|
| <p>1. Where a person has made a claim that the person faces a risk of torture or death in the person's country of origin, and faces removal to that country without the risk that he or she faces on removal having been assessed and determined in a manner that respects the</p> | <p>1. Lorsqu'une personne a fait valoir qu'elle risque d'être soumise à la torture ou mise à mort dans son pays d'origine et que cette personne est susceptible d'être renvoyée dans ce pays sans que le risque auquel ce renvoi l'expose ait été évalué d'une manière conforme</p> |
|--|---|

principles of natural justice and fundamental justice, may a Court that is conducting a judicial review of the destination decision affecting the individual have regard to evidence respecting such risk that was before the federal board, commission or other tribunal that made the destination decision?

2. Where a person has made a claim that the person faces a risk of torture or death in the person's country of origin, is a risk assessment and determination conducted in accordance with the principles of natural justice and fundamental justice a condition precedent to a valid determination to remove the individual to that country, without delay to allow for such an assessment and determination? If so, on the facts of this matter, did the process by which the respondent formed the opinion that the applicant constitutes a danger to the public in Canada constitute or incorporate such a risk assessment and determination?
3. When an immigration officer is making removal arrangements for a person under a removal order and the person being removed claims that he/she is at risk of torture or death in the country to which he/she will be removed, must the immigration officer consider whether a risk assessment and determination has been carried out?

¹ R.S.C., 1985, c. I-2.

² 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].

³ [1998] 3 F.C. 315 (T.D.). Notice of Appeal filed 26 March, 1998 to the Federal Court of Appeal; A-201-98.

⁴ (1995), 116 F.T.R. 4 (F.C.T.D.).

⁵ [1998] F.C.J. No. 338 (T.D.) (QL).

⁶ See also *Gerist v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 1584 (T.D.) (QL).

⁷ I note, however, that there is also evidence before this Court which appears to not have been before the removal officer: see, for example, Applicant's Application Record, Tab 3, at p. 6. For the reasons set out in *Farhadi, supra*, I have not had regard to such material in deciding this matter.

⁸ *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.).

⁹ See generally, P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Scarborough: Carswell, 1992), at p. 56-18; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; and *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357.

aux principes de justice naturelle et de justice fondamentale, la Cour qui effectue le contrôle judiciaire de la décision relative au pays de destination touchant cette personne peut-elle tenir compte d'une preuve concernant ce risque dont était saisi l'office fédéral qui a pris la décision relative au pays de destination?

2. Lorsqu'une personne a fait valoir qu'elle risque d'être soumise à la torture ou mise à mort dans son pays d'origine, faut-il au préalable qu'une évaluation du risque ait été effectuée et qu'une décision ait été prise à cet égard conformément aux principes de justice naturelle et de justice fondamentale pour que la décision de renvoyer la personne dans ce pays soit valide, sans qu'il soit possible de différer le renvoi pour permettre que soit faite cette évaluation et que soit prise cette décision? Dans l'affirmative, d'après les faits de l'espèce, y a-t-il eu dans la procédure utilisée par l'intimé pour exprimer l'avis que le demandeur constitue un danger pour le public au Canada une telle évaluation du risque et une telle décision?
3. Quand un agent d'immigration prend des mesures en vue d'exécuter l'ordonnance de renvoi touchant une personne et que celle-ci prétend qu'elle risque d'être soumise à la torture ou mise à mort dans le pays où elle sera renvoyée, l'agent d'immigration doit-il vérifier qu'une évaluation du risque a été effectuée et une décision prise à cet égard?

¹ L.R.C. (1985), ch. I-2.

² Qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

³ [1998] 3 C.F. 315 (1^{re} inst.). Avis d'appel déposé le 26 mars 1998 à la Cour d'appel fédérale; A-201-98.

⁴ (1995), 116 F.T.R. 4 (C.F. 1^{re} inst.).

⁵ [1998] F.C.J. n° 338 (1^{re} inst.) (QL).

⁶ Voir également *Gerist c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1584 (1^{re} inst.) (QL).

⁷ Je note toutefois que la Cour est également saisie d'une preuve qui ne semble pas avoir été présentée à l'agent chargé du renvoi: voir, par exemple, le dossier de la demande, onglet 3, à la p. 6. Pour les motifs énoncés dans l'affaire *Farhadi*, précitée, je n'ai pas tenu compte de ces éléments de preuve pour décider de la présente affaire.

⁸ *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.).

⁹ Voir généralement P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Scarborough: Carswell, 1992), à la p. 56-18; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; et *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

T-1893-96

The Friends of the West Country Association
(Applicant)

v.

Minister of Fisheries and Oceans, Director, Marine Programs, Canadian Coast Guard (Respondents)

INDEXED AS: *FRIENDS OF THE WEST COUNTRY ASSN. v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (T.D.)*

Trial Division, Gibson J.—Calgary, April 22 and 23; Vancouver, July 7, 1998.

Environment — Judicial review of Screening Environmental Assessment Reports, addenda, approvals issued under Navigable Waters Protection Act (NWP), s. 5(1) — Proponent (not party herein) applying for approval to construct two bridges over navigable waters — Triggering requirement for environmental assessment under Canadian Environmental Assessment Act — Reports, addenda concluding bridges not likely to cause significant adverse environmental effects — Approvals issued by Canadian Coast Guard on behalf of Minister of Fisheries and Oceans (MFO) based on Order in Council P.C. 1998-527 transferring to Department of Fisheries and Oceans control and supervision of Canadian Coast Guard — Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act, s. 2 authorizing Governor in Council to transfer powers, duties, functions from one minister to another, and to transfer supervision of any portion of public service from one department to another — Order in Council not transferring powers, duties, functions of “Minister” defined in NWP, s. 5(1) as Minister of Transport, to MFO — Although issuance of approvals by MFO irregular, not in interests of justice to declare approvals void — In American case law, principle of independent utility of proposed work critical factor in determining scope of project — Canadian Environmental Assessment Act: Responsible Authority’s Guide extending principle on mandatory basis to defining scope of assessment — While s. 15(2) indicating responsible authority having discretion as to whether multiple projects forming single project, ss. 15(3), 16(1) indicating mandatory application of independent utility principle to definition of scope of assessment — Reasonably open to responsible authority to treat bridges as separate projects for purposes of environmental assessments — But environmental assessments deficient as (1) not conducted in respect of construction or other undertaking “in relation to” projects, namely Mainline Road; (2) failed to include consideration of cumulative environmental effects likely to result from each project in combination with Mainline Road project — Deficiencies constituting errors in

T-1893-96

The Friends of the West Country Association
(demanderesse)

c.

Le ministre des Pêches et des Océans, le directeur, Programmes maritimes, Garde côtière canadienne (défendeurs)

RÉPERTORIÉ: *FRIENDS OF THE WEST COUNTRY ASSN. c. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge Gibson—Calgary, 22 et 23 avril; Vancouver, 7 juillet 1998.

Environnement — Contrôle judiciaire de rapports d’examen préalable, de leurs compléments, et des approbations accordées en vertu de l’art. 5(1) de la Loi sur la protection des eaux navigables (LPEN) — Le promoteur (qui n’est pas partie à la présente instance) a demandé l’approbation nécessaire en vue de construire deux ponts enjambant des eaux navigables — Cela a entraîné la mise en œuvre de l’exigence d’évaluation environnementale prévue par la Loi canadienne sur l’évaluation environnementale — Les rapports et leurs compléments ont conclu que les ponts n’étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants — Les approbations ont été délivrées par la Garde côtière canadienne au nom du ministre des Pêches et des Océans (MPO) en vertu du décret C.P. 1998-527 qui transférait au ministre des Pêches et des Océans la responsabilité de la Garde côtière canadienne — L’art. 2 de la Loi sur les restructurations et les transferts d’attribution dans l’administration publique permet au gouverneur en conseil de transférer des pouvoirs, obligations et fonctions entre ministres, et la responsabilité à l’égard d’un secteur de l’administration publique, entre ministères — Le décret ne transférait pas les pouvoirs, obligations et fonctions du «ministre», défini à l’art. 5(1) de la LPEN comme le ministre des Transports, au MPO — Bien que la délivrance des approbations par le MPO ait été irrégulière, il n’était pas dans l’intérêt de la justice de les déclarer nulles — En jurisprudence américaine, le principe de l’utilité propre d’un projet proposé constitue un facteur décisif dans la détermination de la portée du projet — La publication intitulée la Loi canadienne sur l’évaluation environnementale — Guide des autorités responsables étend ce principe de façon obligatoire à la définition de la portée de l’évaluation — Bien que l’art. 15(2) prévoit qu’une autorité responsable a le pouvoir discrétionnaire de considérer ou non que plusieurs projets n’en forment qu’un seul, les arts. 15(3) et 16(1) prévoient l’application obligatoire du principe de l’utilité propre dans l’analyse de la portée de l’évaluation — L’autorité responsable pouvait raisonnable-

law justifying judicial intervention — Preamble to CEEA committing Government to facilitating public participation in environmental assessment of projects — CEEA, s. 55 requiring establishment of public registry in respect of every project for which environmental assessment conducted — Public registry herein maintained at Sarnia, Ontario — Applicant comprised mainly of residents of rural Alberta in region where bridges to be built — Not complying with requirement of convenient access for most concerned public — Inviting applicant to request copies of materials in registry through Access to Information Act not meeting s. 55, preamble obligations, constituting reviewable error.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Screening Environmental Assessment Reports, addenda, approvals issued under Navigable Waters Protection Act, s. 5(1) — Reports, addenda concluding two proposed bridges not likely to cause significant adverse environmental effects — Not separate reviewable decisions — Bridges designed to be integral elements of single roadway — Resulting in virtually identical recommendations — Judicial review process not impeded by seeking review of more than one decision — In interests of justice to treat matter as single application notwithstanding comprised multiple decisions integrally interrelated — Court ordering production of substantially more material than filed in tribunal record — All material provided pursuant to Court order relevant, properly before Court — Unlike human rights scenario where document relied upon by investigator, but not called for by Commission, not subject to production — No distinct investigation, decision-making stage herein because Canadian Environmental Assessment Act, s. 17(2) mandating Minister, other responsible authority to take supervisory role over investigation, not merely be passive recipient.

This was an application for judicial review of Screening Environmental Assessment Reports, their addenda, and approvals issued under *Navigable Waters Protection Act* (NWPA), subsection 5(1). The proponent (not a party

ment considérer les ponts comme des projets distincts aux fins des évaluations environnementales — Cependant, les évaluations environnementales souffraient de lacunes: 1) elles ne portaient pas sur une construction ou sur tout autre ouvrage «lié» aux projets, soit la Mainline Road; 2) elles ne portaient pas sur les effets environnementaux cumulatifs que leur réalisation, combinée à celle du projet de la Mainline Road, était susceptible de causer à l'environnement — Lacunes constituant des erreurs de droit justifiant l'intervention de la Cour — Le préambule de la LCEE engage le gouvernement à favoriser la participation de la population à l'évaluation environnementale des projets — L'art. 55 de la LCEE exige la tenue d'un registre public relatif à chacun des projets pour lesquels une évaluation environnementale est effectuée — En l'espèce, le registre public a été maintenu à Sarnia (Ontario) — La demanderesse était formée en majeure partie de résidents ruraux de l'Alberta qui vivaient dans la région où les ponts devaient être construits — Cela n'était pas conforme à l'exigence d'accès facile pour les membres du public les plus touchés — La recommandation faite à la demanderesse de présenter une demande en vertu de la Loi sur l'accès à l'information pour obtenir les documents contenus au registre n'était pas conforme aux obligations prévues à l'art. 55 et au préambule, et constituait une erreur susceptible de contrôle.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Rapports d'examen préalable, compléments et approbations délivrées en vertu de l'art. 5(1) de la Loi sur la protection des eaux navigables — Les rapports et leurs compléments concluaient que les deux ponts proposés n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants — Demande ne visant pas le contrôle de décisions distinctes — Ponts conçus pour faire partie intégrante d'une seule route — Rapports en venant pratiquement aux mêmes recommandations — La procédure de contrôle judiciaire n'a pas été entravée en raison du fait que la demande portait sur plus d'une décision — Il était dans l'intérêt de la justice que cette affaire soit traitée dans le cadre d'une seule demande, nonobstant le fait qu'elle comportait de nombreuses décisions liées les unes aux autres de façon étroite — La Cour a ordonné le dépôt de beaucoup plus de documentation que ce qui avait été déposé dans le dossier de l'office — L'ensemble des documents produits conformément à l'ordonnance étaient pertinents et la Cour en était saisie à bon droit — Les faits n'étaient pas semblables à un scénario en matière de droits de la personne où un document utilisé par l'enquêteur, mais qui n'a pas été demandé par la Commission, ne saurait être produit — Il n'y a pas deux étapes distinctes, savoir l'enquête et la décision, parce que l'art. 17(2) oblige le ministre (ou toute autre autorité responsable) à assumer un rôle de supervision sur l'enquête, non pas une simple participation passive.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire des rapports d'examen préalable, de leurs compléments, et des approbations accordées en vertu du paragraphe 5(1) de la *Loi sur la protection des eaux navigables* (LPEN). Le

herein) holds extensive logging rights in the region in question, and has engaged in a long-term timber harvest planning process which identified the need for a major "haul road" to transport logs from the area where it has logging rights to its plant site. The construction of the new Mainline Road, involving the two bridges, was identified as the preferred option. The proponent applied for approval to construct two bridges, one over Prairie Creek and the other over Ram River, both "navigable waters". The application for approvals triggered a requirement for environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA). Two separate environmental assessments were conducted. Screening Environmental Assessment Reports were approved and issued. Following the public consultations required by the CEAA, addenda to the Screening Environmental Assessment Reports were completed. Both reports and their addenda determined that the bridges were not likely to cause significant adverse environmental effects. The Canadian Coast Guard issued the approvals on behalf of the Minister of Fisheries and Oceans, who had assumed responsibility in respect of relevant portions of the Canadian Coast Guard effective April 1, 1995, apparently based on Order in Council P.C. 1995-527, which had been made pursuant to *Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act*. Section 2 thereof authorizes the Governor in Council to transfer any powers, duties or functions from one minister to another as well as to transfer the control or supervision of any portion of the public service from one department or portion of the public service to another. "Minister" is defined in the NWPA as the Minister of Transport.

The applicant, which was comprised mainly of rural Alberta residents living in the region in which Prairie Creek and Ram River are situated, was concerned that the proponent's proposal for extensive new forestry operations might adversely affect the environment. The applicant alleged that the bridges and a related road, known as the "Mainline Road", were integrally related to the new forestry operations.

Pursuant to a Court order, the respondents provided substantially more material than originally filed in the tribunal record. The Federal Court of Appeal subsequently dismissed the appeal from that order on the ground that it was moot. The respondents then raised the relevance of the additional documentation produced pursuant to that order.

The issues were: (1) whether the matter was properly before the Court; (2) whether the additional documentation produced pursuant to the Court order was relevant; (3)

promoteur (qui n'est pas partie à la présente instance) détient d'importants droits de coupe de bois dans la région en question, et il a enclenché un processus de planification à long terme de coupe de bois qui a permis d'identifier le besoin d'un «chemin d'exploitation» important pour transporter les billots de la région dans laquelle il est titulaire de droits de coupe jusqu'au site de son usine. La construction de la nouvelle Mainline Road, comprenant les deux ponts, a été identifiée comme l'option préférée. Le promoteur a demandé l'approbation nécessaire en vue de construire deux ponts, l'un enjambant le ruisseau Prairie Creek et l'autre au-dessus de la rivière Ram, deux «eaux navigables». La demande d'approbations a entraîné la mise en œuvre de l'exigence d'évaluation environnementale prévue par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (LCEE). Deux évaluations environnementales distinctes ont été effectuées. Les rapports d'examen préalable ont été approuvés et communiqués. Suivant les consultations publiques requises par la LCEE, des compléments ont été ajoutés aux rapports d'examen préalable. Les rapports et leurs compléments concluaient que les ponts n'étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants. La Garde côtière canadienne a délivré les approbations au nom du ministre des Pêches et des Océans, qui a pris charge de la responsabilité qui lui était conférée relativement aux parties pertinentes de la Garde côtière à compter du 1^{er} avril 1995, se fondant apparemment sur le décret C.P. 1995-527, qui avait été pris en vertu de la *Loi sur les restructurations et les transferts d'attribution dans l'administration publique*. L'article 2 de cette loi permet au gouverneur en conseil de procéder à tout transfert d'attributions entre ministres, et de responsabilité à l'égard d'un secteur de l'administration publique entre ministères ou secteurs de l'administration publique. Le «ministre» est défini dans la LPEN comme étant le ministre des Transports.

La demanderesse, dont les membres sont en majeure partie des résidents ruraux de l'Alberta vivant dans la région dans laquelle le ruisseau Prairie Creek et la rivière Ram sont situés, craignait que les nouvelles opérations forestières à grande échelle proposées par le promoteur aient des répercussions sur l'environnement. La demanderesse a prétendu que les ponts et une route afférente, connue sous le nom de «Mainline Road», étaient entièrement liés aux nouvelles opérations forestières.

Conformément à une ordonnance de la Cour, les défendeurs ont fourni beaucoup plus de documentation que ce qui avait été déposé à l'origine dans le dossier de l'office. La Cour d'appel fédérale a par la suite rejeté l'appel interjeté contre cette ordonnance au motif qu'il était sans objet. Les défendeurs ont alors soulevé la question de la pertinence de la documentation supplémentaire produite en vertu de cette ordonnance.

Voici les questions en litige: 1) la demande avait-elle été déposée à bon droit devant la Cour?; 2) la documentation supplémentaire produite conformément à l'ordonnance de la

whether the approvals were void because they were issued by the wrong Minister; and (4) whether the environmental screening was conducted in accordance with law.

Held, the application should be allowed.

(1) The respondents urged that the application was improperly before the Court because it sought review of at least four separate decisions (the two reports, their addenda and the two approvals). The Screening Environmental Assessment Reports are very similar. The two bridges are designed to be integral elements of a single roadway. They result in virtually identical recommendations. The two approvals appear to have flowed from the Screening Environmental Assessment Reports. There was no evidence that any separate study or decision-making process was engaged in. This judicial review process was not impeded or rendered more complex by the fact that judicial review was sought of more than one decision. It was in the interests of justice that this matter be dealt with as a single application notwithstanding that it comprised multiple decisions that were so integrally interrelated.

(2) All of the material produced pursuant to the Court order was relevant and properly before the Court. The situation herein was not analogous to a human rights scenario where a document relied upon by the investigator in his report, but not called for by the Commission, was not subject to production as a document relied upon by the Commission in its decision. There is no distinct investigation and decision-making stage because CEAA, subsection 17(2), which states that no action under subsection 20(1) can be taken unless the responsible authority is satisfied that the delegated duty has been carried out in accordance with the CEAA, mandates that the Minister, or other responsible authority, take a supervisory role over the investigation, and not merely that of a passive recipient.

(3) P.C. 1995-527 did not transfer the powers, duties or functions of the "Minister", as defined, from the Minister of Transport to the Minister of Fisheries and Oceans. Rather, it transferred to the Department of Fisheries and Oceans the control and supervision of Canadian Coast Guard, with certain irrelevant exceptions. The Minister of Fisheries and Oceans has the management and direction of the Department of Fisheries and Oceans. The Minister of Fisheries and Oceans could have been empowered by the Governor in Council to make the authorizations under NWPA, subsection 5(1) by a transfer of powers, duties and functions from the Minister of Transport, but, for whatever reason, he or she was not. The issuance of the approvals on behalf of the Minister of Fisheries and Oceans was irregular. But to

Cour était-elle pertinente?; 3) les approbations étaient-elles nulles parce qu'elles n'avaient pas été accordées par le bon ministre?; 4) l'évaluation environnementale avait-elle été effectuée conformément à la loi?

Jugement: la demande doit être accueillie.

1) Les défendeurs ont soutenu que la demande avait été déposée à tort devant la Cour au motif qu'elle visait le contrôle d'au moins quatre décisions distinctes (les deux rapports, leurs compléments, et les deux approbations). Les deux rapports d'examen préalable se ressemblent beaucoup. Les deux ponts sont conçus pour faire partie intégrante d'une seule route. Les rapports en viennent pratiquement aux mêmes recommandations. Il apparaît que les deux approbations ont découlé des rapports d'examen préalable. Aucune preuve n'indiquait qu'une étude distincte ou qu'un processus de prise de décision ait eu lieu. La présente procédure de contrôle judiciaire n'a été ni entravée ni rendue plus complexe du fait que la demande de contrôle portait sur plus d'une décision. Il était dans l'intérêt de la justice que cette affaire soit traitée dans le cadre d'une seule demande, nonobstant le fait qu'elle comportait de nombreuses décisions liées les unes aux autres de façon tellement étroite.

2) L'ensemble des documents produits conformément à l'ordonnance étaient pertinents et la Cour en était saisi à bon droit. Les faits de l'espèce n'étaient pas semblables à un scénario qui pourrait se présenter en matière de droits de la personne, lorsqu'un document utilisé par l'enquêteur dans son rapport, mais qui n'a pas été demandé par la Commission, ne saurait faire l'objet d'une demande de production à titre de document utilisé par la Commission dans sa décision. Il n'y a pas deux étapes distinctes, savoir l'enquête et la décision, parce que le paragraphe 17(2), qui dispose que les mesures prévues au paragraphe 20(1) ne peuvent être prises que si l'autorité responsable est convaincue que les attributions déléguées ont été exercées conformément à la LCEE, oblige le ministre (ou toute autre autorité responsable) à assumer un rôle de supervision sur l'enquête, non pas une simple participation passive.

3) Le décret C.P. 1995-527 n'a pas transféré les pouvoirs, obligations ou fonctions du «ministre», tel que défini, du ministre des Transports au ministre des Pêches et des Océans. Il a plutôt transféré au ministère des Pêches et des Océans la responsabilité de la Garde côtière canadienne, à l'exception de certains secteurs non pertinents. Le ministre des Pêches et des Océans assume la direction et la gestion du ministère des Pêches et des Océans. Le gouverneur en conseil aurait pu conférer au ministre des Pêches et des Océans l'autorité nécessaire pour qu'il accorde les autorisations aux termes du paragraphe 5(1) de la LPEN, par un transfert de pouvoirs, d'obligations et de fonctions du ministre des Transports, mais, pour une raison inconnue, cela n'a pas été fait. La délivrance des approbations au nom

declare the issuance of the approvals void would not be in the interests of justice.

(4) A broad interpretation of the application of the CEAA was mandated, particularly when the preamble thereto and the purposes of the Act enunciated in section 4 are read together with other provisions of the Act.

In American case law, the independent utility of a proposed work or project appears to constitute a critical factor in determining its scope. While the concept of "independent utility" has not been directly reflected in Canadian case law, it is implicit in at least one case, and more directly in *The Canadian Environmental Assessment Act: Responsible Authority's Guide*. Since "responsible authorities" may be found in any department or agency of the government of Canada and beyond, the guide was published to achieve some degree of uniformity in the application of the CEAA, and its pronouncements should be accorded a reasonable degree of deference. The Guide indicates that other physical works or activities accessory to the principal project may be included as part of the scoped project. It also indicates that all relevant aspects of a physical work that are likely to be carried out must be included in the assessment. It appears to interpret the CEAA as extending the independent utility principle, on a mandatory basis, to defining the scope of the assessment, not merely the scope of the project. Thus a "generous interpretation" of the CEAA could lead a responsible authority into an examination of the environmental effects of related works and undertakings that, in themselves, might fall entirely outside the legislative competence of Parliament, a result clearly contemplated by subsection 12(4) and the definition of "jurisdiction" contained in CEAA, subsection 12(5).

CEAA, subsection 15(1) provides that the scope of the project in relation to which an environmental assessment is to be conducted shall be determined by the responsible authority. Subsection 15(2) makes it clear that a responsible authority has discretion as to whether or not to consider multiple projects as forming a single project. The responsible authority, the Canadian Coast Guard, Navigable Waters Protection Division, determined that the two bridges were not so closely related as to form a single project for purposes of the conduct of environmental assessments. Such a finding was reasonably open to it. There was no error in defining the projects subject to environmental review, specifically in not including within the scope of the bridge projects the road and the proposed forestry operations to which the bridges might be considered accessory. That was not, however, an end of the matter.

du ministre des Pêches et des Océans était irrégulière. Toutefois, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice de déclarer la délivrance des approbations nulle.

4) Une interprétation large de la LCEE s'imposait, surtout lorsque son préambule et ses objectifs, tels que prévus à l'article 4, sont interprétés en corrélation avec les autres dispositions de la Loi.

La jurisprudence américaine considère que l'utilité propre d'un ouvrage ou d'un projet proposé constitue un facteur décisif dans la détermination de sa portée. Bien que ce concept d'«utilité propre» ne se retrouve pas explicitement dans la jurisprudence canadienne, il est implicite dans au moins une affaire, et plus directement dans la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale: Guide des autorités responsables*. Étant donné qu'on peut trouver des «autorités responsables» dans tout ministère ou organisme du gouvernement du Canada et ailleurs, le guide a été publié dans le but d'assurer un certain niveau d'uniformité dans l'application de la LCEE, et ses prescriptions devraient faire l'objet d'une certaine déférence. Le Guide indique que les ouvrages ou activités concrètes accessoires au projet principal peuvent faire partie de l'évaluation environnementale. Il indique également que tous les éléments significatifs d'un ouvrage qui sont susceptibles d'être entrepris doivent être inclus dans l'évaluation. Il semble interpréter la LCEE de manière à étendre, de façon obligatoire, la portée du principe de l'utilité propre non seulement à la définition de la portée du projet mais aussi à celle de l'évaluation. Ainsi, une «interprétation libérale» de la LCEE pourrait conduire une autorité responsable à analyser les effets environnementaux de travaux et d'entreprises liés qui, de par eux-mêmes, peuvent se trouver complètement à l'extérieur du champ de compétence législative du Parlement, résultat qui est manifestement visé par le paragraphe 12(4) et par la définition du terme «instance» figurant au paragraphe 12(5) de la LCEE.

Le paragraphe 15(1) de la LCEE prévoit que l'autorité responsable détermine la portée du projet à l'égard duquel l'évaluation environnementale doit être effectuée. Le paragraphe 15(2) prévoit explicitement qu'une autorité responsable jouit du pouvoir discrétionnaire de considérer ou non que plusieurs projets n'en forment qu'un seul. L'autorité responsable, soit la Division des programmes de protection des eaux navigables de la Garde côtière canadienne, a décidé que les deux ponts n'étaient pas liés assez étroitement pour être considérés comme un seul projet aux fins des évaluations environnementales. Elle pouvait raisonnablement en arriver à une telle conclusion. Il n'y a eu aucune erreur dans la qualification des projets assujettis à la demande de contrôle des évaluations environnementales, et, plus précisément, dans l'omission d'inclure dans la portée des projets de pont la route et les opérations forestières proposées, dont les ponts pourraient être considérés comme accessoires. Mais, cela n'a pas eu pour effet de clore l'affaire.

Subsection 15(3) requires the responsible authority, where a project is in relation to a physical work, to conduct the relevant environmental assessment in respect not merely of the project as defined but also in respect of every construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to the physical work that constitutes the project that is proposed by the proponent or that is, in the opinion of the responsible authority, “likely to be carried out [by any other than the proponent] in relation to [the physical work that constitutes the project]”. The construction of the road and the forestry operations were “proposed by the proponent”, not by some other person. Thus the responsible authority was obliged by subsection 15(3) to include within the scope of the environmental assessment the road, and perhaps the forestry operations, if they were “in relation to” the projects, i.e. the bridges and their related abutments. The responsible authority was without discretion. The discretion provided by the closing words of subsection 15(3) only comes into play where a proposed project is likely to be carried out in relation to the defined project by some other person. Subsection 15(3) clearly shows, on the facts of this case, that the responsible authority must apply the independent utility principle in the definition of the scope of the assessment.

Subsection 16(1) requires a responsible authority to include within an environmental screening the environmental effects that may occur in connection with the project as defined and also those that are likely to result from the project in combination with other projects or activities that have been or will be carried out. The construction of the road and the proponent’s proposed forestry operations will be carried out. Subsection 16(1) clearly reflects, on the facts of this case, an obligation on the part of the responsible authority to apply the independent utility principle in the definition of the scope of the assessment. The scope of the environmental assessments did not extend to the environmental effects of the road construction project, or to the environmental effects of that project and the forestry operations. The environmental assessments were deficient in two fundamental respects: (1) they were not conducted in respect of a construction or other undertaking, namely the Mainline Road, that was a construction or other undertaking “in relation to” the projects, as defined, and that was proposed by the proponent; (2) they failed to include consideration of the cumulative environmental effects likely to result from each project in combination with another project that had been or would be carried out, once again, the Mainline Road. These deficiencies were errors of law in the essential statutory preliminary steps to the issuance of the approvals under the NWPA. Against a standard of correctness, such errors justified the Court’s intervention.

Pursuant to the Government’s commitment, as set out in the preamble to the CEAA, to facilitate public participation in the environmental assessment of projects and to provide access to the information on which those environmental

Le paragraphe 15(3) oblige l’autorité responsable, lorsqu’un projet concerne un ouvrage, à effectuer l’évaluation environnementale pertinente non seulement du projet visé, mais aussi de toute opération, construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre liée à l’ouvrage qui constitue le projet proposé par le promoteur ou que l’autorité responsable estime «susceptible d’être réalisée [par toute personne autre que le promoteur] en liaison avec [l’ouvrage qui constitue le projet]». La construction de la route et les opérations forestières ont été «proposées par le promoteur», et non pas par un tiers. En conséquence, le paragraphe 15(3) obligeait l’autorité responsable à faire porter l’évaluation environnementale sur la route et peut-être sur les opérations forestières, dans la mesure où ces dernières étaient «en liaison avec» les projets, c’est-à-dire, les ponts et les culées afférentes. L’autorité responsable ne jouissait d’aucun pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire conféré par les derniers mots du paragraphe 15(3) n’entre en jeu que lorsqu’un projet proposé est susceptible d’être réalisé, en liaison avec le projet visé, par une autre personne. Le paragraphe 15(3) montre clairement, dans le cadre des faits de la présente affaire, que l’autorité responsable doit appliquer le principe de l’utilité propre dans l’analyse de la portée de l’évaluation.

Le paragraphe 16(1) oblige une autorité responsable à faire porter un examen préalable sur les effets environnementaux pouvant résulter du projet visé ainsi que sur ceux que sa réalisation, combinée à la réalisation d’autres projets ou activités, est susceptible de causer. La construction de la route et les opérations forestières proposées par le promoteur auront lieu. Le paragraphe 16(1) laisse clairement voir l’existence de l’obligation de l’autorité responsable d’appliquer le principe de l’utilité propre dans l’analyse de la portée de l’évaluation. La portée de l’évaluation environnementale ne s’étendait pas aux effets environnementaux du projet de construction de la route ni à ceux de ce projet et des opérations forestières. Les évaluations environnementales souffraient de deux lacunes fatales: 1) elles ne portaient pas sur une construction ou sur tout autre ouvrage, soit la Mainline Road, qui constituait une construction ou un autre ouvrage «lié» aux projets visés et qui avait été proposée par le promoteur; 2) elles ne portaient pas sur les effets environnementaux cumulatifs que leur réalisation, combinée à la réalisation d’un autre projet, soit la route déjà mentionnée, est susceptible de causer à l’environnement. Ces vices étaient des erreurs de droit, commises au cours des étapes préliminaires indispensables menant à la délivrance des approbations aux termes de la LPEN. En vertu de la norme de justesse, il s’agissait d’erreurs justifiant l’intervention de la Cour.

C’est en vertu de l’engagement du gouvernement énoncé dans le préambule de la LCEE, soit de favoriser la participation de la population à l’évaluation environnementale des projets et de fournir l’accès à l’information sur laquelle se

assessments are based, section 55 of the CEEA requires the establishment of a public registry in respect of every project for which an environmental assessment is conducted. Such registry is to be maintained from the commencement of the environmental assessment until any follow-up program in respect of the project is completed. The public registry herein was maintained at Sarnia, Ontario although the applicant's members resided in a remote area of the Alberta foothills. The requirement that the registry be established and operated in a manner to ensure convenient public access for the most concerned public had not been met. When the applicant requested copies, only some materials were provided. The applicant's representative was invited to make an application for the remaining materials under the *Access to Information Act*. Given that the materials were requested for the purpose of the public consultation provided for in CEEA, subsection 18(3) and that the period provided for such consultation was quite short, the recommendation to make use of the *Access to Information Act* procedures was completely inappropriate and not in keeping with the obligation under section 55 of the CEEA and the related commitment recited in the preamble to the CEEA. This failure on the part of the Minister of Fisheries and Oceans and his or her delegate constituted a further reviewable error in the procedure leading to the decisions here under review.

fonde cette évaluation, que l'article 55 de la LCEE exige la tenue d'un registre public relatif à chacun des projets pour lesquels une évaluation environnementale est effectuée. Ce registre doit être tenu dès le début de l'évaluation environnementale et jusqu'à ce que le programme de suivi soit terminé. En l'espèce, le registre public a été maintenu à Sarnia (Ontario) même si les membres de la demanderesse vivaient dans une région isolée, au pied des montagnes en Alberta. Il n'a pas été satisfait à l'exigence que le registre soit tenu et fonctionne de manière à assurer un accès facile pour les membres du public les plus touchés. Lorsque la demanderesse a demandé des copies, seulement certains documents lui ont été fournis. Il a été suggéré au représentant de la demanderesse de présenter une demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* pour obtenir les documents manquants. Étant donné que les documents étaient demandés aux fins de la consultation publique prévue au paragraphe 18(3) de la LCEE et que la période allouée à cette fin était assez courte, la recommandation d'utiliser la procédure prévue par la *Loi sur l'accès à l'information* était totalement inappropriée et non conforme à l'obligation existante en vertu de l'article 55 de la LCEE et aux engagements énoncés dans son préambule. Cette omission de la part du ministre des Pêches et des Océans et de son délégué constituait une autre erreur susceptible de contrôle dans la procédure menant aux décisions faisant l'objet de la présente demande de contrôle.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, preamble, ss. 2(1) "environmental assessment", "environmental effect", "federal authority", "interested party", "project", "responsible authority", 4(a),(b),(b.1) (as enacted by S.C. 1994, c. 46, s. 1), (c),(d), 5(1), 11, 12(3),(4),(5) "jurisdiction", 14(a), 15(1),(2),(3), 16(1),(2),(3),(4), 17, 18(1),(2),(3), 20(1), 55(1),(2),(3),(4),(5),(6)(7), 59(f).
Department of Fisheries and Oceans Act, R.S.C., 1985, c. F-15.
Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2(2), 1602(2) (as enacted by SOR/92-43, s. 19).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, R. 302.
Law List Regulations, SOR/94-636.
Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22, ss. 2 "Minister", "navigable water", 3, 5.
Order Transferring from the Department of Transport to the Department of Fisheries and Oceans the Control and Supervision of the Canadian Coast Guard other Than the Harbours and Ports Directorate and the Regional Harbours and Ports Branches,

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467.
Décret transférant du ministère des Transport au ministère des Pêches et des Océans la responsabilité à l'égard de la Garde côtière canadienne à l'exception de la Direction des havres et des ports et les divisions régionales des havres et des ports, la Direction de la réglementation maritime, la Direction des inspections des navires et les divisions régionales des inspections des navires, TR/95-46.
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, préambule, art. 2(1) «autorité fédérale», «autorité responsable», «effets environnementaux», «évaluation environnementale», «partie intéressée», «projet» (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 18), 4a) (mod., *idem*, art. 19), b), b.1) (édicte par L.C. 1994, ch. 46, art. 1), c),d), 5(1), 11, 12(3),(4) (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 20), (5) «instance», 14a), 15(1),(2),(3) (mod., *idem*, art. 21), 16(1) (mod., *idem*, art. 22), (2),(3),(4), 17, 18(1) (mod., *idem*, art. 23), (2) (mod., *idem*, (3), 20(1), 55(1),(2),(3) (mod., *idem*, art. 38), (4),(5),(6)(7), 59f).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

the Marine Regulatory Directorate, and the Ship Inspection Directorate and the Regional Ship Inspection Branches, SI/95-46.

Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act, R.S.C., 1985, c. P-34, ss. 2, 3.

Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 2 «eaux navigables», «ministre», 3, 5.

Loi sur le ministère des Pêches et des Océans, L.R.C. (1985), ch. F-15.

Loi sur les restructurations et les transferts d'attributions dans l'administration publique, L.R.C. (1985), ch. P-34, art. 2, 3.

Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées, DORS/94-636.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 2(2), 1602(2) (éditée par DORS/92-43, art. 19).

Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, Règle 302.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Mossop, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *Union of Nova Scotia Indians v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 325; (1996), 22 C.E.L.R. (N.S.) 293; [1997] 4 C.N.L.R. 280; 122 F.T.R. 81 (T.D.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Thomas v. Peterson*, 753 F.2d 754 (9th Cir. 1985); *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; (1994), 112 D.L.R. (4th) 129; 20 Admin. L.R. (2d) 79; 14 C.E.L.R. (N.S.) 1; [1994] 3 C.N.L.R. 49; 163 N.R. 241; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; (1997), 151 D.L.R. (4th) 32; 118 C.C.C. (3d) 97; 24 C.E.L.R. (N.S.) 167; 9 C.R. (5th) 157; 217 N.R. 241.

DISTINGUISHED:

Canada (Human Rights Commission) v. Pathak, [1995] 2 F.C. 455; (1995), 180 N.R. 152 (C.A.).

CONSIDERED:

Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans), [1997] F.C.J. No. 1666 (T.D.) (QL); *Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries & Oceans)* (1997), 23 C.E.L.R. (N.S.) 145; 130 F.T.R. 206 (F.C.T.D.); affd (1997), 25 C.E.L.R. (N.S.) 230 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans), [1998] F.C.J. No. 821 (T.D.) (QL).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Procureur général) c. Mossop, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *Union of Nova Scotia Indians c. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 325; (1996), 22 C.E.L.R. (N.S.) 293; [1997] 4 C.N.L.R. 280; 122 F.T.R. 81 (1^{re} inst.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; *Thomas v. Peterson*, 753 F.2d 754 (9th Cir. 1985); *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; (1994), 112 D.L.R. (4th) 129; 20 Admin. L.R. (2d) 79; 14 C.E.L.R. (N.S.) 1; [1994] 3 C.N.L.R. 49; 163 N.R. 241; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; (1997), 151 D.L.R. (4th) 32; 118 C.C.C. (3d) 97; 24 C.E.L.R. (N.S.) 167; 9 C.R. (5th) 157; 217 N.R. 241.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak, [1995] 2 C.F. 455; (1995), 180 N.R. 152 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Alberta Wilderness Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans), [1997] F.C.J. n° 1666 (1^{re} inst.) (QL); *Friends of the West Country Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1997), 23 C.E.L.R. (N.S.) 145; 130 F.T.R. 206 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1997), 25 C.E.L.R. (N.S.) 230 (C.A.F.).

DÉCISION CITÉE:

Alberta Wilderness Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans), [1998] F.C.J. n° 821 (1^{re} inst.) (QL).

AUTHORS CITED

Canadian Environmental Assessment Agency. *The Canadian Environmental Assessment Act: Responsible Authority's Guide*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1994.

APPLICATION for judicial review of Screening Environmental Assessment Reports, their addenda and approvals determining that the proposed construction of two bridges would not likely cause significant adverse environmental effects. Application allowed.

APPEARANCES:

Stewart A. G. Elgie and Jerry V. DeMarco for applicant.
Ursula M. Tauscher for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Sierra Legal Defence Fund, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

GIBSON J.:

(1) BACKGROUND AND DECISIONS UNDER REVIEW

[1] Under cover of a letter dated December 13, 1995, Agra Earth & Environmental Limited, on behalf of Sunpine Forest Products Ltd., (the proponent), submitted to the Canadian Coast Guard, Navigable Waters Protection Division, an application for approval to construct two bridges, one over Prairie Creek and the other over Ram River, each of which is acknowledged to be a "navigable water" within the meaning assigned to that term in section 2 of the *Navigable Waters Protection Act*¹ (the NWPA). In the result, neither bridge could be built unless the bridge "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 con-

DOCTRINE

Agence canadienne d'évaluation environnementale. *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale: Guide des autorités responsables*. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1994.

DEMANDE de contrôle judiciaire des rapports d'examen préalable, de leurs compléments, et des approbations concluant que la construction projetée de deux ponts n'était pas susceptible de causer des effets environnementaux négatifs importants. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Stewart A. G. Elgie et Jerry V. DeMarco pour la demanderesse.
Ursula M. Tauscher pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Sierra Legal Defence Fund, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

LE JUGE GIBSON:

1) LE CONTEXTE ET LES DÉCISIONS FAISANT L'OBJET DU CONTRÔLE

[1] Au moyen d'une lettre datée du 13 décembre 1995, Agra Earth & Environmental Limited, agissant au nom de Sunpine Forest Products Ltd. (le promoteur), a soumis à la Division des programmes de protection des eaux navigables de la Garde côtière canadienne une demande d'approbation pour la construction de deux ponts, soit l'un au-dessus de Prairie Creek et l'autre au-dessus de la rivière Ram, toutes deux reconnues comme étant des «eaux navigables» au sens de l'article 2 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*¹ (la LPEN). Ainsi, ni l'un ni l'autre pont ne pouvait être construit, à moins que le pont, «préalablement au début des travaux, et son emplacement et ses plans, n'aient été approuvés par le

struction”.² The “Minister” is defined in section 2 of the NWPA to be the Minister of Transport. Subsection 5(1) of the NWPA is prescribed in the *Law List Regulations*³ enacted pursuant to section 59 of the *Canadian Environmental Assessment Act*⁴ (the CEAA). In the result, the application for approvals pursuant to subsection 5(1) of the NWPA to construct the two bridges triggered a requirement for environmental assessment under the CEAA.

[2] Two separate environmental assessments were conducted. Screening Environmental Assessment Reports were approved July 17, 1996 and issued the next day. Public consultations were then conducted as required by the CEAA. Following the public consultations, addenda to the Screening Environmental Assessment Reports were completed August 16, 1996. Both reports and their addenda determined that the bridges were not likely to cause significant adverse environmental effects. Thus, it was determined that the Canadian Coast Guard, on behalf of the “Minister”, was entitled to proceed with the issuance of approvals under subsection 5(1) of the NWPA. The approvals were issued August 17, 1996 on behalf of the Minister of Fisheries and Oceans.

[3] The applicant filed this application for judicial review on August 19, 1996 seeking review of the Screening Environmental Assessment Reports and their addenda and of the approvals issued under subsection 5(1) of the NWPA.

(2) THE PARTIES

[4] The applicant, The Friends of the West Country Association, is a non-profit organization, made up mainly of rural residents living in the vicinity of Strachan, Alberta, a small community in the Rocky Mountain foothills, west of Rocky Mountain House. The applicant alleges that many of its members actively hunt, hike, trap, fish and engage in other recreational activities in the region where they live, which is also the region in which Prairie Creek and the Ram River are situated. The applicant expresses

ministre selon les modalités qu’il juge à propos”². Le «ministre» est défini à l’article 2 de la LPEN comme étant le ministre des Transports. Le paragraphe 5(1) de la LPEN est désigné dans le *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires désignées*³, pris en vertu de l’article 59 de la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*⁴ (la LCEE). En conséquence, la demande d’obtention des approbations requises en vertu du paragraphe 5(1) de la LPEN pour la construction des deux ponts a entraîné la mise en œuvre de l’exigence d’évaluation environnementale prévue par la LCEE.

[2] Deux évaluations environnementales distinctes ont été effectuées. Les rapports d’examen préalable ont été approuvés le 17 juillet 1996 et communiqués le jour suivant. Des consultations publiques ont alors eu lieu, conformément à la LCEE. Suivant ces consultations, des compléments ont été ajoutés aux rapports d’examen préalable le 16 août 1996. Les rapports et leurs compléments concluaient que les ponts n’étaient pas susceptibles de causer des effets environnementaux négatifs importants. Il a donc été décidé que la Garde côtière canadienne pouvait, au nom du ministre, procéder à la délivrance des approbations visées au paragraphe 5(1) de la LPEN. Les approbations ont été délivrées le 17 août 1996 au nom du ministre des Pêches et des Océans.

[3] La demanderesse a, le 19 août 1996, déposé la présente demande de contrôle judiciaire, par laquelle elle demande le contrôle des rapports d’examen préalable et de leurs compléments et des approbations accordées en vertu du paragraphe 5(1) de la LPEN.

2) LES PARTIES

[4] La demanderesse, The Friends of the West Country Association, est un organisme sans but lucratif dont les membres sont, pour la majorité, des résidents ruraux vivant dans les environs de Strachan (Alberta), une petite communauté située au pied des montagnes Rocheuses, à l’ouest de Rocky Mountain House. La demanderesse allègue que plusieurs de ses membres chassent, font de la randonnée, du piégeage, pêchent et s’adonnent à d’autres activités récréatives dans la région où ils vivent, qui se trouve aussi à être

the concerns of its members, regarding a proposal for extensive new forestry operations by the proponent, that they fear might affect the environment and the quality of life in the region in which they live. The applicant alleges that the bridges and a related road, known as the "Mainline Road", are integrally related to the new forestry operations.

[5] The respondent, the Director, Marine Programs, Canadian Coast Guard, is the individual who "signed off" the Screening Environmental Assessment Reports and the related addenda. The approvals under subsection 5(1) of the NWPA were signed by or on behalf of the Regional Director, Central & Arctic Region, Canadian Coast Guard for the respondent Minister of Fisheries and Oceans.

[6] The proponent, though not a party to this application for judicial review, is vitally interested in its outcome. It apparently holds extensive logging rights in the region in question, known as the "West Country". It has engaged in a long-term timber harvest planning process which identified the need for a major "haul road" to transport logs from the area where it has logging rights to its Strachan plant site. In examining various road alternatives to meet its needs, the construction of the new Mainline Road, involving the two bridges in question, was identified as the preferred option. Thus, the application for permission under the NWPA to construct the two bridges followed.

(3) THE RELIEF SOUGHT

[7] In its memorandum of fact and law, the applicant refines the reliefs sought in its originating notice of motion to the following terms:

... an order:

la région dans laquelle Prairie Creek et la rivière Ram sont situées. La demanderesse fait valoir les inquiétudes de ses membres au sujet d'une proposition du promoteur quant à de nouvelles opérations forestières à grande échelle qui, craignent-ils, pourrait avoir des répercussions sur l'environnement et la qualité de vie dans la région dans laquelle ils vivent. La demanderesse prétend que les ponts et une route afférente, connue sous le nom de «Mainline Road», sont entièrement liés aux nouvelles opérations forestières.

[5] Le défendeur, soit le directeur des programmes maritimes à la Garde côtière canadienne, est la personne qui a «apposé sa signature en guise d'approbation» sur les rapports d'examen préalable et leurs compléments. Les approbations en vertu du paragraphe 5(1) de la LPEN ont été données au moyen d'une signature par le directeur régional, région centrale et arctique, de la Garde côtière canadienne, ou en son nom, pour l'autre défendeur, soit le ministre des Pêches et des Océans.

[6] Bien que le promoteur ne soit pas partie à la présente demande de contrôle judiciaire, l'issue de celle-ci revêt une importance capitale pour lui. Il semble détenir d'importants droits de coupe dans la région en question, qui est connue sous le nom de «West Country». Il a enclenché un processus de planification à long terme de coupe de bois qui a permis d'identifier le besoin d'un «chemin d'exploitation» important pour transporter les billots de la région dans laquelle il est titulaire de droits de coupe jusqu'au site de son usine de Strachan. Après analyse des divers choix de route possibles aux fins de satisfaire à ses besoins, il a préféré l'option de construire la nouvelle Mainline Road comprenant les deux ponts en question. La demande de permission pour la construction des deux ponts, qui a été présentée aux termes de la LPEN, en a donc résulté.

3) LES RÉPARATIONS DEMANDÉES

[7] Dans son mémoire des faits et du droit, la demanderesse a précisé ainsi les réparations demandées dans l'avis de requête introductive d'instance:

[TRADUCTION]

... une ordonnance:

- (a) That the decisions of the Director [Director, Marine Programs, Canadian Coast Guard] and MFO [Minister of Fisheries and Oceans] on July 18, 1996, August 16, 1996 and December 3, 1996 pursuant to section 20(1) of *CEAA*, that the proposed construction of the Prairie Creek and Ram River Bridges, and related undertakings is not likely to cause significant adverse environmental effects, be quashed or set aside;⁵
- (b) That the Screening Environmental Assessment Reports for the Prairie Creek and Ram River bridges, approved by the MFO and the Director on July 18, 1996, August 16, 1996 and December 3, 1996, be declared invalid or unlawful;
- (c) That the MFO be prohibited from issuing any approvals under the *NWPA* or any other enactment, that would authorize Sunpine to proceed with construction of the Prairie Creek or Ram River bridges or related undertakings until the requirements of the *CEAA* have been fully complied with;
- (d) That the decision by the MFO to issue approvals under *NWPA* to authorize Sunpine to proceed with construction of the Prairie Creek and Ram River bridges, and related undertakings, be quashed or set aside;
- (e) That the Director and the MFO (if it is the responsible Minister) be required to subject Sunpine's application for permission to construct the Prairie Creek and Ram River bridges, and related undertakings, to a full environmental assessment that complies with the requirements of *CEAA*, including the requirements in sections 15 and 16, before making any decisions under section 20(1) of *CEAA*, and before deciding whether to issue any permits under the *NWPA* or to otherwise approve the project in any way;
- (f) That the Director and the MFO (if it is the responsible Minister) be required to refer Sunpine's Prairie Creek and Ram River bridge proposals to a review panel under section 20(1)(c) of the *CEAA*; and
- (g) Such other order or orders as to the Court seems just.
- a) annulant les décisions du directeur [Directeur, Programmes maritimes, Garde côtière canadienne] et du MPO [Ministre des Pêches et des Océans] des 18 juillet, 16 août et 3 décembre 1996, rendues en vertu du paragraphe 20(1) de la *LCEE*, statuant que la construction projetée des ponts de Prairie Creek et de la rivière Ram et les travaux liés ne sont pas susceptibles d'entraîner des effets environnementaux importants⁵;
- b) invalidant ou déclarant illégaux les rapports d'examen préalable pour les ponts de Prairie Creek et de la rivière Ram qui ont été approuvés par le MPO et le directeur les 18 juillet, 16 août et 3 décembre 1996;
- c) interdisant au MPO d'accorder toute approbation, en vertu de la *LPEN* ou de tout autre texte législatif ou réglementaire, qui autoriserait Sunpine à procéder à la construction des ponts de Prairie Creek ou de la rivière Ram ou aux travaux liés jusqu'à ce que l'ensemble des exigences de la *LCEE* aient été respectées;
- d) annulant la décision du MPO d'accorder, en vertu de la *LPEN*, des approbations autorisant Sunpine à procéder à la construction des ponts de Prairie Creek et de la rivière Ram et aux travaux liés;
- e) obligeant le directeur et le MPO (s'il s'agit du ministre responsable) à soumettre à une évaluation environnementale exhaustive la demande de Sunpine d'obtenir la permission de construire les ponts de Prairie Creek et de la rivière Ram et d'effectuer les travaux liés, conformément aux exigences de la *LCEE*, dont les exigences prévues aux articles 15 et 16, avant de prendre quelque décision que ce soit aux termes du paragraphe 20(1) de la *LCEE*, et avant de décider de délivrer ou non tout permis aux termes de la *LPEN* ou d'approuver le projet de quelque façon que ce soit;
- f) obligeant le directeur et le MPO (s'il s'agit du ministre responsable) à renvoyer les propositions de Sunpine relatives aux ponts de Prairie Creek et de la rivière Ram à une commission aux termes de l'alinéa 20(1)c) de la *LCEE*; et
- g) Toute autre ordonnance que la Cour estime juste.

[8] Before the Court, counsel for the applicant abandoned the request for the relief set out in paragraph (c) quoted above. Further, counsel acknowledged that the reliefs set out in paragraphs (e) and (f) are in the alternative.

[8] À l'audience, l'avocat de la demanderesse s'est désisté de sa demande relativement à la mesure énoncée à l'alinéa c) susmentionné. De plus, il a reconnu que les réparations demandées aux alinéas e) et f) sont subsidiaires.

(4) THE ISSUES AND RELATED ANALYSIS

- (1) Preliminary, procedural and jurisdictional matters

(4) LES QUESTIONS EN LITIGE ET LEUR ANALYSE

- (1) Les questions préliminaires, d'ordre procédural et de compétence

(a) Single decision, order or other matter

a) Décision ou ordonnance unique ou toute autre question

[9] Counsel for the respondents urged that this application for judicial review is improperly before the Court in that it purports to seek review of at least four separate decisions:⁶ the decisions reflected in the two Screening Environmental Assessment Reports⁷ and their addenda and the two approvals under subsection 5(1) of the NWPA.

[9] L'avocate des défendeurs a soutenu que la présente demande de contrôle judiciaire a été déposée à tort auprès de la Cour au motif qu'elle visait au moins quatre décisions différentes⁶: les décisions figurant dans les deux rapports d'examen préalable⁷ et leurs compléments, et les deux approbations accordées aux termes du paragraphe 5(1) de la LPEN.

[10] The Screening Environmental Assessment Reports are, not surprisingly, very similar. They relate to two, two-lane, single span bridges over two relatively narrow and shallow waterways that are in relatively close proximity to one another. The two bridges are designed to be integral elements of a single roadway, the Mainline Road connecting the proponent's timber rights areas with the Strachan plant site. They result in virtually identical recommendations. As I read subsection 15(2) of the CEEA, the "responsible authority", here allegedly the Minister of Fisheries and Oceans, could have determined that the two "projects", the bridges, "are so closely related that they can be considered to form a single project." If such a determination had been made, and it was not on the facts of this matter, only one Screening Environmental Assessment Report, one recommendation and, arguably, one approval would have resulted.

[10] Les deux rapports d'examen préalable se ressemblent beaucoup, ce qui n'est pas surprenant. Ils ont trait à deux ponts à une travée, comprenant deux voies, qui passeraient au-dessus de deux voies navigables relativement étroites et peu profondes et relativement proches l'une de l'autre. Les deux ponts sont conçus pour faire partie intégrante d'une seule et unique route, soit la Mainline Road, reliant les zones de droits de coupe du promoteur au site de l'usine de Strachan. Les rapports en viennent pratiquement aux mêmes recommandations. Si je comprends bien le paragraphe 15(2) de la LCEE, l'«autorité responsable», soit, prétendument, le ministre des Pêches et des Océans en l'espèce, aurait pu déterminer que les deux «projets», soit les ponts, «sont liés assez étroitement pour être considérés comme un seul projet». Si une telle détermination avait été faite, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, il en serait résulté seulement un rapport d'examen préalable, une recommandation et, possiblement, une seule approbation.

[11] The two approvals under subsection 5(1) of the NWPA appear to have flowed from the Screening Environmental Assessment Reports. There is no evidence before me that any separate study or decision-making process was engaged in. The dates of the approvals follow very shortly after the completion of the addenda to the Screening Environmental Assessment Reports.

[11] Il apparaît que les deux approbations accordées en vertu du paragraphe 5(1) de la LPEN ont découlé des rapports d'examen préalable. Aucune preuve ne m'indique qu'une étude distincte ou qu'un processus de prise de décision ait eu lieu. Les dates d'approbation suivent de très près l'achèvement des compléments de rapports d'examen préalable.

[12] Given the foregoing, I could find no ground, at the time of the hearing before me, for concluding that this judicial review process was in any way impeded or rendered more complex or intractable by reason of the fact that judicial review was sought of more than one decision. Indeed, if a number of separate judicial

[12] Vu ce qui précède, je n'ai pu trouver aucun motif à l'audition qui m'aurait permis de conclure que la présente procédure de contrôle judiciaire avait été entravée ou rendue plus complexe ou plus difficile à gérer, de quelque façon que ce soit, en raison du fait que la demande de contrôle portait sur plus d'une

review applications had been filed, the only practical course would have been to order that the separate applications be heard together on the basis of a single tribunal record. Equally, I would anticipate that, in such circumstances, the parties would also have each only filed one record, or if they had filed more, each would have been essentially identical. Accordingly, I concluded at the hearing before me that it would not have been in the interests of justice to break up this application. Indeed, to the contrary, I concluded that it was in the interests of justice that this matter be dealt with as a single application notwithstanding that it comprised multiple decisions that were so integrally interrelated. I emphasized to counsel that my decision in this regard turned purely on the facts of this matter.

(b) The tribunal record

[13] The tribunal record originally filed in this matter in accordance with the *Federal Court Rules*⁸ was a relatively thin document. The applicant understood the Canadian Coast Guard to have before it in its consideration of the proponent's proposals substantially more material. It applied to this Court for an order requiring that additional material be filed. By order dated May 7, 1997 [(1997), 23 C.E.L.R. (N.S.) 145], my colleague Mr. Justice Muldoon required the respondents to provide the applicant and the Registry of this Court with substantial additional material, duly certified, as more particularly described in his order. Mr. Justice Muldoon's order was appealed. It was not stayed pending the determination of the appeal. Thus, the material was provided and filed in accordance with the order.

[14] The Federal Court of Appeal [(1997), 25 C.E.L.R. (N.S.) 230] dismissed the appeal from Mr. Justice Muldoon's order on the basis that, since the material had been provided and filed in accordance with the order of Mr. Justice Muldoon, the appeal was moot. In related reasons, Strayer J.A. wrote [at page 231]:

In dismissing the appeal we take no position on the correctness of the decision under appeal. Further, our

décision. D'ailleurs, si plusieurs demandes de contrôle judiciaire distinctes avaient été déposées, la seule façon logique de procéder aurait été d'ordonner la tenue d'une audition conjointe des différentes demandes à partir d'un seul dossier de l'office. De même, je me serais attendu que, dans de telles circonstances, les parties n'auraient déposé qu'un seul dossier ou que, si elles en avaient déposé plus d'un, ils auraient été, à toutes fins utiles, identiques. À l'audition, j'ai donc conclu qu'il n'aurait pas été dans l'intérêt de la justice de diviser la présente demande. Je suis plutôt parvenu à la conclusion contraire, soit qu'il était dans l'intérêt de la justice que cette affaire soit traitée dans le cadre d'une seule demande, nonobstant le fait qu'elle comportait de nombreuses décisions liées les unes aux autres de façon tellement étroite. J'ai bien fait comprendre aux avocats que ma décision à cet égard découlait uniquement des faits de la présente affaire.

b) Le dossier de l'office

[13] Le dossier de l'office déposé à l'origine en l'instance en vertu des *Règles de la Cour fédérale*⁸ était un document assez mince. La demanderesse a réalisé que la Garde côtière canadienne disposait de beaucoup plus de documentation lors de l'analyse des propositions du promoteur. Elle a présenté à la Cour une demande d'ordonnance enjoignant la production de documentation supplémentaire. Par ordonnance datée du 7 mai 1997 [(1997), 23 C.E.L.R. (N.S.) 145], mon collègue le juge Muldoon a ordonné aux défendeurs de fournir à la demanderesse et au greffe de la Cour de la documentation supplémentaire, dûment certifiée, celle-ci étant décrite plus en détail dans son ordonnance. Cette dernière a été portée en appel, mais elle n'a pas été suspendue en attendant l'issue de l'appel, de sorte que la documentation a été fournie et produite en conformité avec ses dispositions.

[14] La Cour d'appel fédérale [(1997), 25 C.E.L.R. (N.S.) 230] a rejeté l'appel de l'ordonnance rendue par le juge Muldoon au motif que, étant donné que la documentation avait été fournie et déposée conformément à cette ordonnance, l'appel était sans objet. Dans des motifs connexes, le juge Strayer, J.C.A. a écrit [à la page 231]:

Nous rejetons l'appel sans nous prononcer sur le bien-fondé de la décision portée en appel. De plus, notre décision

decision should not be taken to affect the right or obligation of the motions judge who hears the judicial review to determine which decisions are subject to review and which documents are relevant for the review of those decisions. [Emphasis added.]

[15] Thus, counsel for the respondents raised before me the relevance of the additional documentation produced pursuant to Mr. Justice Muldoon's order. That material was much more extensive than the original tribunal record provided. It included, perhaps most importantly, the application submitted on behalf of the proponent for approval to construct the bridges here at issue.

[16] Counsel acknowledged that officers of the Canadian Coast Guard who conducted the environmental screening had before them much more material than was in the tribunal record filed, including all of the material provided to the Court in response to the order of Mr. Justice Muldoon. She referred me to *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*⁹ where Mr. Justice MacGuigan wrote:

Only the report of the investigator and the representations of the parties are necessary matter for the Commission's decision. Anything else is in the discretion of the Commission. If the Commission, therefore, elects not to call for some document, that document cannot be said to be before it in its decision-making phase, as opposed to its investigative phase. It is therefore not subject to production as a document relied upon by the Commission in its decision, although it may well have been relied upon by the investigator in his report. These are two different moments of the Commission's life, distinct moments not to be obliterated by a legal fiction.

[17] The same authority was cited before Mr. Justice Muldoon and in his reasons for decision. Following the citation, he wrote [at page 156]:

The respondents' submission is that the case at bar is analogous to a Human Rights Commission scenario because subsection 20(1) of the CEAA states: "The responsible authority shall take one of the following courses of action in respect of a project after taking into consideration the screening report and any comments filed pursuant to subsection 18(3)". That submission must be rejected by virtue of subsection 17(2) of the CEAA . . . which states

ne devrait pas être considérée comme une décision modifiant le droit ou l'obligation du juge des requêtes qui entend le contrôle judiciaire de décider quelles décisions font l'objet d'un contrôle et quels documents sont pertinents pour le contrôle de ces décisions. [Non souligné dans l'original.]

[15] Aussi, l'avocate des défendeurs a soulevé à l'audience la question de la pertinence de la documentation supplémentaire produite en vertu de l'ordonnance du juge Muldoon. Cette documentation contenait beaucoup plus de documents que le dossier de l'office qui avait été produit au départ. Elle contenait surtout la demande soumise au nom du promoteur pour l'approbation de la construction des ponts dont il est question en l'espèce.

[16] L'avocate a reconnu que les fonctionnaires de la Garde côtière canadienne qui ont effectué l'examen préalable disposaient de beaucoup plus de documents, dont l'ensemble de la documentation fournie à la Cour en réponse à l'ordonnance du juge Muldoon, que ce que comprenait le dossier de l'office qui avait été produit. Elle a invoqué l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*⁹, dans lequel le juge MacGuigan, J.C.A. a écrit:

Seuls le rapport de l'enquêteur et les observations des parties sont nécessaires pour la décision de la Commission. Tout le reste est laissé au bon plaisir de la Commission. Si la Commission choisit donc de ne pas demander tel ou tel document, alors on ne peut dire que ce document se trouve devant la Commission à l'étape de la décision, par opposition à l'étape de l'enquête. Ledit document ne saurait donc faire l'objet d'une demande de production à titre de document utilisé par la Commission dans sa décision, même s'il a fort bien pu être utilisé par l'enquêteur dans son rapport. Ce sont là deux moments différents de la vie de la Commission, des moments distincts qui ne sauraient être confondus par l'effet d'une fiction juridique.

[17] Le même arrêt a été cité devant le juge Muldoon et dans ses motifs de décision. Suivant la référence, il a écrit [à la page 156]:

Les intimés font valoir que l'espèce est semblable à un scénario qui pourrait se présenter devant la Commission des droits de la personne parce que le paragraphe 20(1) de la LCEE dispose comme suit: «L'autorité responsable prend l'une des mesures suivantes, après avoir pris en compte le rapport d'examen préalable et les observations reçues aux termes du paragraphe 18(3)». Cet argument doit être rejeté au vu du paragraphe 17(2) de la LCEE . . . qui dispose

that no action under subsection 20(1) can be taken unless the responsible authority is satisfied that the delegated duty has been carried out in accordance with the CEAA. There is no distinct investigation and decision-making stage, because subsection 17(2) of the CEAA mandates that the Minister (or other responsible authority) take a supervisory role over the investigation, and not merely that of a passive recipient.

[18] I concur with the analysis of my colleague. I conclude that all of the material produced in accordance with the order of Mr. Justice Muldoon was relevant and properly before me on this application for judicial review.

(c) The authority of the decision maker under the *Navigable Waters Protection Act*

[19] As indicated earlier in these reasons, the “Minister” as defined in the NWPA is the Minister of Transport; it is he or she who is authorized to issue approvals under subsection 5(1) of that Act. However, on the evidence before me, the approvals under subsection 5(1) of the NWPA were issued on behalf of the Minister of Fisheries and Oceans. That action was apparently taken on the strength of Order in Council P.C. 1995-527, dated March 28, 1995 [SI/95-46], enacted by the Governor General in Council pursuant to the *Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act*.¹⁰ Section 2 of the *Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act* authorizes the Governor in Council to transfer “any powers, duties or functions . . . from one minister to another” as well as to transfer “the control or supervision of any portion of the public service . . . from one department or portion of the public service to another”.

[20] P.C. 1995-527 did not purport to transfer the powers, duties or functions of the “Minister”, as defined, from the Minister of Transport to the Minister of Fisheries and Oceans as it would appear it could have. Rather, the Order in Council transferred to the Department of Fisheries and Oceans “the control and supervision of that portion of the public service in the Department of Transport known as the Canadian Coast

qu’aucune des mesures prévues au paragraphe 20(1) ne peut être prise que si l’autorité responsable est convaincue que les attributions déléguées ont été exercées conformément à la LCEE. Il n’y a pas deux étapes distinctes, savoir l’enquête et la décision, parce que le paragraphe 17(2) de la LCEE oblige le ministre (ou toute autre autorité responsable) à assumer un rôle de supervision sur l’enquête, non pas une simple participation passive.

[18] Je souscris à l’analyse de mon collègue. Je conclus que l’ensemble des documents produits conformément à l’ordonnance du juge Muldoon étaient pertinents et que j’en étais saisi à bon droit lors de l’audition de la présente demande de contrôle judiciaire.

c) Le pouvoir du décisionnaire en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*

[19] Comme il a été mentionné précédemment dans les présents motifs, le «ministre», tel que défini dans la LPEN, est le ministre des Transports; c’est lui qui autorise la délivrance des approbations aux termes du paragraphe 5(1) de cette Loi. Toutefois, la preuve dont je dispose indique que les approbations délivrées en vertu du paragraphe 5(1) de la LPEN l’ont été au nom du ministre des Pêches et des Océans. Cette action a apparemment été fondée sur le décret C.P. 1995-527 [TR/95-46], en date du 28 mars 1995, adopté par le gouverneur général en conseil en vertu de la *Loi sur les restructurations et les transferts d’attributions dans l’administration publique*¹⁰. L’article 2 de la *Loi sur les restructurations et les transferts d’attributions dans l’administration publique* permet au gouverneur en conseil de procéder à tout transfert «d’attributions . . . entre ministres» et «de responsabilité à l’égard d’un secteur de l’administration publique . . . entre ministères ou secteurs de l’administration publique».

[20] Le décret C.P. 1995-527 ne visait pas à transférer les pouvoirs, les obligations ou les fonctions du «ministre», tel que défini, du ministre des Transports au ministre des Pêches et des Océans, comme il semble que cela aurait pu être le cas. Le décret a plutôt transféré au ministère des Pêches et des Océans «la responsabilité à l’égard du secteur de l’administration publique connu sous le nom de Garde côtière

Guard,” other than certain portions of the Coast Guard that are not relevant here. By virtue of the *Department of Fisheries and Oceans Act*,¹¹ the Minister of Fisheries and Oceans “has the management and direction” of the Department of Fisheries and Oceans.

[21] Thus, it is alleged on behalf of the respondents, pursuant to the Order in Council, the Minister of Fisheries and Oceans assumed responsibility for the portions of the Canadian Coast Guard relevant to the purposes of this matter and, implicitly at least, was substituted for the Minister of Transport as the Minister designated for the purposes of subsection 5(1) of the NWPA.

[22] Mr. Justice Muldoon, in his reasons referred to earlier, casts serious doubt on the efficacy for the purposes of this matter of the action of the Governor in Council. While acknowledging that [at page 155]:

When the validity of an administrative decision is challenged on the grounds that it is *ultra vires*, it is the Court at the judicial review hearing which will decide whether this is in fact so. The effect of such a fundamental procedural defect is beyond the issue now before the Court, . . .

Mr. Justice Muldoon nonetheless opined [at page 153]:

At the time of the assessment the Minister of Fisheries and Oceans did not have and presently still does not have the power to issue approvals under the NWPA or delegate his authority to issue such approvals to the Canadian Coast Guard.

He went on [at page 154]:

The fact that the Minister of Fisheries and Oceans has the power under section 3 of the *Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act* to “carry out the respective powers that formerly belonged to or were to be carried out by the Minister . . . from whom or which the power, duty, function, control or supervision is so transferred” does not mean that the Minister of Fisheries and Oceans has the power under the NWPA to grant an authorization. The order-in-council did not amend the NWPA. The effect of the order-in-council made pursuant to the *Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act* is that the Minister of Fisheries and Oceans has all powers formerly within the purview of the Minister of Transport to adminis-

canadienne qui fait partie du ministère des Transports» à l’exception de certains secteurs de la Garde côtière qui ne sont pas pertinents en l’espèce. En vertu de la *Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*¹¹, le ministre des Pêches et des Océans «assure la direction et la gestion» du ministère des Pêches et des Océans.

[21] Ainsi, les défendeurs prétendent qu’en vertu du décret, le ministre des Pêches et des Océans a pris en charge la responsabilité pour les parties de la Garde côtière canadienne pertinentes aux fins de la présente affaire et qu’au moins implicitement, il a été substitué au ministre des Transports en tant que ministre désigné pour l’application du paragraphe 5(1) de la LPEN.

[22] Dans ses motifs précités, le juge Muldoon a émis de sérieux doutes sur l’efficacité, aux fins de la présente affaire, de l’acte du gouverneur en conseil. Bien que reconnaissant que [à la page 155]:

Quand la validité d’une décision administrative est contestée au motif qu’elle est *ultra vires*, c’est à la Cour qui entend la demande de contrôle judiciaire qu’il incombe de se prononcer sur cette question. L’effet d’un vice procédural aussi fondamental dépasse le cadre de la question dont la Cour est actuellement saisie, . . .

Le juge Muldoon n’en a pas moins émis l’opinion suivante [à la page 153]:

Au moment où l’évaluation a été faite, le ministre des Pêches et Océans n’avait pas et n’a toujours pas le pouvoir de donner des autorisations en vertu de la LPEN ou de déléguer son pouvoir d’accorder de telles autorisations à la Garde côtière canadienne.

Il a poursuivi en disant que [à la page 154]:

Le fait que le ministre des Pêches et Océans a, en vertu de l’article 3 de la *Loi sur les restructurations et les transferts d’attributions dans l’administration publique*, «le plein exercice des pouvoirs et fonctions dévolus à [ses] prédécesseurs» ne signifie pas que le ministre des Pêches et Océans a le pouvoir, en vertu de la LPEN, d’accorder une autorisation. Le décret n’a pas modifié la LPEN. Le décret adopté en vertu de la *Loi sur les restructurations et les transferts d’attributions dans l’administration publique* a pour effet de transférer au ministre des Pêches et Océans tous les pouvoirs qui étaient auparavant dévolus au ministre des Transports relativement à l’administration de la Garde côtière. La LPEN stipule que c’est le ministre des Transports, et non le

ter the Coast Guard. The NWPA stipulates that the Minister of Transport, not the Minister of Fisheries and Oceans, makes the authorizations. The Minister of Transport can delegate this to anybody, and not necessarily to the Coast Guard. (So, too, can the Minister of Fisheries and Oceans but only after the Act is amended, if ever.) How the Minister of Fisheries and Oceans was ever involved in the first place remains a mystery.

[23] Counsel for the applicant urged that I should adopt the position of my colleague and find the approvals under the NWPA to be simply void because they were issued on behalf of the wrong Minister.

[24] The Minister of Fisheries and Oceans assumed responsibility in respect of the relevant portions of the Coast Guard effective April 1, 1995. The responsibility for conducting the environmental screening in respect of the two bridges was delegated to the Coast Guard after that day. That responsibility was carried out, reports with respect to the screening and public consultation results formulated and, in the result, recommendations were made by the Coast Guard for the issuance of approvals under subsection 5(1) of the NWPA. These recommendations were made to the delegate of the Minister responsible for the relevant portions of the Coast Guard. That Minister, I conclude, could have been empowered by the Governor in Council to, in the words of Mr. Justice Muldoon, “make[s] the authorizations” under subsection 5(1) of the *Navigable Waters Protection Act* by a transfer of powers, duties and functions from the Minister of Transport. But, for whatever reason, he or she was not. Thus, I am in agreement with Mr. Justice Muldoon to this extent: that the issuance of the approvals on behalf of the Minister of Fisheries and Oceans was irregular.

[25] Nevertheless, I decline the suggestion that I should go further and decide this application on this highly technical ground which would be the result if I were to find the issuance of the approvals to be, in the result, void. I make no such finding. To do so, in my opinion, would not be in the interests of justice. The applicant and the proponent are, I conclude, entitled to a decision from this Court as to whether the

ministre des Pêches et Océans, qui accorde les autorisations. Le ministre des Transports peut déléguer ces pouvoirs à n'importe qui, et pas nécessairement à la Garde côtière. (Le ministre des Pêches et Océans le pourra également, mais uniquement après que la loi aura été modifiée, si tant est qu'elle l'est.) La manière dont le ministre des Pêches et Océans a pu être impliqué dans cette affaire demeure pour la Cour un mystère.

[23] L'avocat de la demanderesse a soutenu que je devrais adopter la position de mon collègue et juger que les approbations accordées en vertu de la LPEN sont carrément nulles car elles n'ont pas été accordées au nom du bon ministre.

[24] Le ministre des Pêches et des Océans a pris charge de la responsabilité qui lui était conférée relativement aux parties pertinentes de la Garde côtière à compter du 1^{er} avril 1995. La responsabilité de la tenue de l'examen préalable quant aux deux ponts a été déléguée à la Garde côtière après cette date. La Garde côtière s'est acquittée de cette responsabilité, a présenté des rapports sur l'examen préalable et sur les résultats de la consultation publique et a ensuite recommandé la délivrance d'approbations aux termes du paragraphe 5(1) de la LPEN. Ces recommandations ont été faites au délégué du ministre responsable pour les parties pertinentes de la Garde côtière. Je conclus que le gouverneur en conseil aurait pu conférer à ce ministre l'autorité nécessaire pour qu'il (selon les termes utilisés par le juge Muldoon) «accorde les autorisations» aux termes du paragraphe 5(1) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, par un transfert de pouvoirs, d'obligations et de fonctions du ministre des Transports. Mais, pour une raison que j'ignore, cela n'a pas été fait. Je partage donc l'opinion du juge Muldoon dans la mesure suivante: que la délivrance des approbations au nom du ministre des Pêches et des Océans était irrégulière.

[25] Néanmoins, je rejette la suggestion que je devrais aller aussi loin que de trancher la présente demande en me fondant sur ce motif hautement technique, ce qui serait le cas si je devais conclure que la délivrance des approbations était, en fin de compte, nulle. Je refuse de conclure en ce sens. J'estime qu'il ne serait pas dans l'intérêt de la justice de le faire. Je conclus que la demanderesse et le promoteur ont droit

environmental screening that is at the base of this application was conducted in accordance with law.

(2) Standard of Review

[26] Counsel for the applicant framed the substantive issues regarding the environmental screening reports in terms of failure on the part of the responsible authority to comply with statutory duties placed upon it by the CEAA. Thus, he urged, the issues were issues of statutory interpretation regarding the nature or scope of the statutory duties in question. On this basis, he referred me to *Canada (Attorney General) v. Mossop*¹² where Chief Justice Lamer wrote:

The question before the Court in this case is one of statutory interpretation: it is therefore a question of law. The appellant argued that, nevertheless, the Federal Court of Appeal should have exercised judicial restraint and upheld the Tribunal's decision. Absent a privative clause, the courts have shown curial deference *vis-à-vis* certain specialized tribunals when interpreting their own Act. The question is therefore whether a tribunal set up under the *CHRA* [the Canadian Human Rights Act] is such a body. On this point, this court, my colleague L'Heureux-Dubé J. dissenting, just a few months ago, in *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)* . . . found that such a board does not have the kind of expertise that should enjoy curial deference on matters other than findings of fact:

In spite of the ability to overturn decisions of the Board on findings of fact, this Court has indicated that some curial deference will apply even to cases without privative clauses to reflect the principle of the specialization of duties While curial deference will apply to findings of fact, which the Board of Inquiry may have been in a better position to determine, such deference will not apply to findings of law in which the Board has no particular expertise.

It seems to me that this should have put the matter to rest. But if any additional reasons need be given for our having come to that conclusion, I would adopt in that regard the reasons of my colleague Justice La Forest in this case. [Citations omitted.]

Mr. Justice La Forest, in concurring reasons, wrote at page 585:

à une décision de la Cour sur la question de savoir si l'examen préalable sur lequel se fonde la présente demande a été effectué conformément à la loi.

(2) La norme de contrôle

[26] L'avocat de la demanderesse a présenté les questions de fond concernant les rapports d'examen préalable en termes d'omission de la part de l'autorité responsable de se conformer aux obligations légales qui lui sont imposées par la LCEE. Il a donc soutenu que ces questions relevaient de l'interprétation législative de la nature ou de la portée de ces obligations légales. À l'appui de son argumentation, il a invoqué l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*¹², dans lequel le juge en chef Lamer a écrit:

Nous sommes saisis en l'espèce d'une question d'interprétation des lois; il s'agit donc d'une question de droit. L'appelante a soutenu que, néanmoins, la Cour d'appel fédérale aurait dû faire preuve de retenue judiciaire et maintenir la décision du Tribunal. En l'absence d'une clause privative, les cours de justice ont fait montre de retenue judiciaire à l'égard de certains tribunaux spécialisés lorsqu'ils interprètent leur propre loi. Il nous faut donc déterminer si un tribunal constitué en vertu de la *LCDP* est un organisme de ce genre. Sur ce point, notre Cour, ma collègue le juge L'Heureux-Dubé étant dissidente, a conclu il y a quelques mois, dans l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)* . . . qu'un tel organisme n'a pas le genre d'expertise qui appelle une retenue judiciaire sur des questions autres que des conclusions de fait:

Malgré la possibilité d'infirmier les décisions de la commission relativement aux conclusions de fait, notre Cour a indiqué qu'un certain degré de retenue judiciaire est requis même dans les cas où il n'existe pas de clause privative afin de tenir compte du principe de la spécialisation des fonctions . . . Bien que le principe de la retenue judiciaire s'applique aux conclusions de fait, que la commission pouvait être en meilleure position de trancher, il ne s'applique pas relativement aux conclusions de droit qui ne relèvent pas de son champ d'expertise particulier.

À mon avis, cela aurait dû régler la question. Toutefois, s'il faut donner d'autres raisons pour lesquelles nous en sommes arrivés à cette conclusion, j'adopterais à cet égard les motifs de mon collègue, le juge La Forest, en l'espèce. [Références omises.]

Le juge La Forest, souscrivant à ces motifs, a écrit à la page 585:

The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context. It does not extend to general questions of law such as the one at issue in this case. These are ultimately matters within the province of the judiciary and involve concepts of statutory interpretation and general legal reasoning which the courts must be supposed competent to perform. The courts cannot abdicate this duty to the tribunal. They must, therefore, review the tribunal's decisions on questions of this kind on the basis of correctness, not on a standard of reasonability.

[27] Counsel for the respondents urged that the substantive issues before me were not questions of statutory interpretation and therefore questions of law, but rather were questions of review of reports made in the exercise of judgment, on the basis of wide discretion, and therefore the standard of review should be one of patent unreasonableness. She referred to the reasons of my colleague Mr. Justice MacKay in *Union of Nova Scotia Indians v. Canada (Attorney General)*¹³ where he wrote at pages 348-349:

Yet it must be remembered that the decision of the Ministers under the CEAA is not a scientific decision; it is a decision made in the exercise of judgment that takes into account appropriate scientific, economic, political and social considerations. In *Alberta Wilderness Assn. v. Express Pipelines Ltd.* . . . the Court of Appeal described the process under CEAA as follows . . . :

No information about the probable future effects of a project can ever be complete or exclude all possible future outcomes . . . the principal criterion set by the statute is the "significance" of the environmental effects of the project: that is not a fixed or wholly objective standard and contains a large measure of opinion and judgment. Reasonable people can and do disagree about the adequacy and completeness of evidence which forecasts future results and about the significance of such results without thereby raising questions of law.

The very nature of the decision means that in judicial review proceedings, the Court must inevitably defer to the statutory decision maker, unless persuaded that the decision is patently unreasonable, in the sense that it cannot

L'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne. Cette expertise ne s'étend pas aux questions générales de droit comme celle qui est soulevée en l'espèce. Ces questions relèvent de la compétence des cours de justice et font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui sont censés relever de la compétence des cours de justice. Ces dernières ne peuvent renoncer à ce rôle en faveur du tribunal administratif. Elles doivent donc examiner les décisions du tribunal sur des questions de ce genre du point de vue de leur justesse et non en fonction de leur caractère raisonnable.

[27] L'avocate des défendeurs a soutenu que les questions de fond dont j'étais saisi n'étaient pas des questions d'interprétation législative, et ne constituaient donc pas des questions de droit, mais qu'elles étaient plutôt des questions liées au contrôle de rapports faits selon le bon jugement, dans le cadre d'un large pouvoir discrétionnaire, et que la norme de contrôle devrait donc être celle du caractère manifestement déraisonnable. Elle a fait référence aux motifs de mon collègue, le juge MacKay, dans la décision *Union of Nova Scotia Indians c. Canada (Procureur général)*¹³, dans laquelle il a écrit, aux pages 348 et 349:

Il faut toutefois se souvenir que la décision que prennent les ministres en vertu de la LCEE n'est pas de nature scientifique. Il s'agit d'un exercice de jugement qui tient compte de questions scientifiques, économiques, politiques et sociales appropriées. Dans l'arrêt *Alberta Wilderness Assn. c. Express Pipelines Ltd.* . . . la Cour d'appel a décrit en ces termes le processus que prévoit la LCEE . . . :

Aucun élément d'information portant sur les effets futurs probables d'un projet ne saurait jamais être complet ou exclure toutes les conséquences possibles . . . le principal critère établi par la loi est l'«importance» des effets environnementaux du projet. Il ne s'agit pas là d'un critère entièrement fixe ou objectif; il fait largement appel au jugement et à l'opinion de la commission. Des personnes raisonnables peuvent ne pas être du même avis—et ne le sont effectivement pas—sur la question de savoir si des éléments de preuve qui prévoient certaines répercussions à venir sont suffisants et exhaustifs et sur l'importance de ces répercussions sans soulever par le fait même des questions de droit.

La nature même de la décision signifie que, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, la Cour doit forcément s'en remettre au décisionnaire habilité par la loi, à moins d'être convaincue que la décision est manifestement déraisonnable,

rationality be justified in light of all the information available to the decision maker at the time of the decision. So long as there is information on which the decision could be rationally based, the Court will not intervene. [Citations omitted.]

[28] The decisions cited before me are not in the least incompatible. To the extent that the substantive issues before me are questions of law, whether as to jurisdiction or as to interpretation of statutory authority, the standard of review that I will apply is correctness. To the extent that they relate to the exercise of discretion by the responsible authority, the standard of review that I will apply is that of reasonableness.

(3) Substantive Matters

(a) General principles

[29] In *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*,¹⁴ Mr. Justice La Forest wrote:

The protection of the environment has become one of the major challenges of our time. To respond to this challenge, governments and international organizations have been engaged in the creation of a wide variety of legislative schemes and administrative structures. In Canada, both the federal and provincial governments have established Departments of the Environment, which have been in place for about 20 years. More recently, however, it was realized that a department of environment was one among many other departments, many of which pursued policies that came into conflict with its goals. Accordingly, at the federal level steps were taken to give a central role to that department, and to expand the role of other government departments and agencies so as to ensure that they took account of environmental concerns in taking decisions that could have an environmental impact.

He continued at pages 40-41:

A broad interpretation of the application of the *Guidelines Order*¹⁵ is consistent with the objectives stated in both the Order itself and its parent legislation—to make environmental impact assessment an essential component of federal decision making. A similar approach has been followed in the United States with respect to the *National Environmental Policy Act*. As Pratt J. put it in *Environmental Defense*

c'est-à-dire qu'elle ne peut se justifier logiquement au vu de l'ensemble des renseignements dont disposait le décisionnaire au moment où il a pris sa décision. Tant qu'il existe des renseignements sur lesquels la décision pouvait être logiquement fondée, la Cour n'interviendra pas. [Références omises.]

[28] Les décisions qui m'ont été citées ne sont pas du tout incompatibles. Dans la mesure où les questions de fond dont je suis saisi sont des questions de droit, qu'elles concernent la compétence ou l'autorité législative, la norme de contrôle que je vais appliquer est celle de la justesse. Dans la mesure où elles ont trait à l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'autorité responsable, la norme de contrôle que je vais appliquer est celle du caractère raisonnable.

(3) Les questions de fond

a) Les principes généraux

[29] Dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*¹⁴, le juge La Forest a écrit:

La protection de l'environnement est devenue l'un des principaux défis de notre époque. Pour y faire face, les gouvernements et les organismes internationaux ont participé à la création d'un éventail important de régimes législatifs et de structures administratives. Au Canada, les gouvernements fédéral et provinciaux ont mis sur pied des ministères de l'environnement, qui existent maintenant depuis environ 20 ans. Cependant, on s'est récemment rendu compte qu'un ministère de l'environnement est entouré d'un grand nombre d'autres ministères dont les politiques entrent en conflit avec ses objectifs. En conséquence, le gouvernement fédéral a pris des mesures pour confier au ministère de l'Environnement un rôle central et élargir le rôle d'autres ministères et organismes gouvernementaux pour s'assurer qu'ils tiennent compte des préoccupations touchant l'environnement dans la prise de décisions susceptibles d'entraîner des incidences environnementales.

Il a continué, aux pages 40 et 41:

Une interprétation libérale de l'application du *Décret sur les lignes directrices*¹⁵ est compatible avec les objectifs mentionnés à la fois dans le Décret et dans la loi en vertu de laquelle il a été adopté—faire de l'évaluation des incidences environnementales un élément essentiel de la prise de décisions fédérales. Une analyse similaire a été adoptée aux États-Unis relativement à la *National Environmental Policy*

Fund, Inc. v. Mathews, 410 F.Supp. 336 (D.D.C. 1976), at p. 337:

NEPA does not supersede other statutory duties, but, to the extent that it is reconcilable with those duties, it supplements them. Full compliance with its requirements cannot be avoided unless such compliance directly conflicts with other existing statutory duties.

To hold otherwise would, in my view, set at naught the legislative scheme for the protection of the environment envisaged by Parliament in enacting the *Department of the Environment Act*, and in particular s. 6.

[30] I am satisfied that a similarly broad interpretation of the application of the CEAA is mandated, particularly when the preamble thereto and the purposes of the Act enunciated in section 4 [as am. by S.C. 1994, c. 46, s. 1] are read together with other provisions of the Act, as they must be. Mr. Justice La Forest continued at page 71:

Environmental impact assessment is, in its simplest form, a planning tool that is now generally regarded as an integral component of sound decision-making. Its fundamental purpose is summarized by R. Cotton and D. P. Emond in "Environmental Impact Assessment", in J. Swaigen ed., *Environmental Rights in Canada*, 1981, 245, at p. 247:

The basic concepts behind environmental assessment are simply stated: (1) early identification and evaluation of all potential environmental consequences of a proposed undertaking; (2) decision making that both guarantees the adequacy of this process and reconciles, to the greatest extent possible, the proponent's development desires with environmental protection and preservation.

As a planning tool it has both an information-gathering and a decision-making component which provide the decision maker with an objective basis for granting or denying approval for a proposed development: see M. I. Jeffrey, *Environmental Approvals in Canada* (1989), at p. 1.2, § 1.4; D. P. Emond, *Environmental Assessment Law in Canada* (1978), at p. 5. In short, environmental impact assessment is simply descriptive of a process of decision making.

Act. Comme l'affirme le juge Pratt dans l'arrêt *Environmental Defense Fund, Inc. c. Mathews*, 410 F.Supp. 336 (D.D.C. 1976), à la p. 337:

[TRADUCTION] La *National Environmental Policy Act* ne l'emporte pas sur les autres fonctions conférées par des lois mais, dans la mesure où cette loi est conciliable avec ces fonctions, elle vient les compléter. On ne peut éviter de se conformer pleinement aux exigences de cette loi, sauf si la conformité entraine directement en conflit avec d'autres fonctions existantes conférées par des lois.

Toute autre interprétation ne tiendrait pas compte, à mon avis, du régime législatif de protection de l'environnement envisagé par le législateur lorsqu'il a adopté la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, et, plus particulièrement, l'art. 6.

[30] Je suis convaincu qu'une interprétation aussi large de l'application de la LCEE s'impose, surtout lorsque son préambule et ses objectifs, tels que prévus à l'article 4 [mod. par L.C. 1993, c. 34, art. 19; 1994, ch. 46, art. 1], s'interprètent en corrélation avec les autres dispositions de la loi, comme elles le doivent. Le juge La Forest a poursuivi, à la page 71:

L'évaluation des incidences environnementales est, sous sa forme la plus simple, un outil de planification que l'on considère généralement comme faisant partie intégrante d'un processus éclairé de prise de décisions. R. Cotton et D. P. Emond, dans un ouvrage intitulé «Environmental Impact Assessment», dans J. Swaigen dir., *Environmental Rights in Canada* (1981), 245, à la p. 247, résumant l'objet fondamental de cette évaluation:

[TRADUCTION] Les concepts fondamentaux à la base de l'évaluation environnementale peuvent être énoncés en termes simples: 1) déterminer et évaluer avant coup toutes les conséquences environnementales possibles d'une entreprise proposée; 2) permettre une prise de décisions qui à la fois garantira l'à-propos du processus et conciliera le plus possible les désirs d'aménagement du promoteur et la protection et la préservation de l'environnement.

En tant qu'outil de planification, le processus d'évaluation renferme un mécanisme de collecte de renseignements et de prise de décisions, qui fournit au décideur une base objective sur laquelle il pourra s'appuyer pour autoriser ou refuser un projet d'aménagement; voir M. I. Jeffrey, *Environmental Approvals in Canada* (1989), à la p. 1.2, § 1.4; D. P. Emond, *Environmental Assessment Law in Canada* (1978), à la p. 5. Bref, l'évaluation des incidences environnementales constitue simplement une description du processus de prise de décisions.

(b) Interpretation: The independent utility test and the Responsible Authority's Guide

[31] Bridges are singularly useless structures when taken in abstract. They serve no useful purpose but to facilitate getting from someplace to someplace else over an impediment, usually water, that separates the places. In American jurisprudence, the independent utility of a proposed work or project appears to constitute a critical factor in determining its scope. It appears to have crystallized in what has come to be known as the "independent utility test".

[32] In *Thomas v. Peterson*,¹⁶ the Court had before it an application to enjoin construction of a timber road in a former national forest, a roadless area, a situation not dissimilar to that before me when it is considered that the bridges constituting the projects here under review were to form integral parts of a forestry road. Judge Sneed wrote at page 758:

While it is true that administrative agencies must be given considerable discretion in defining the scope of environmental impact statements . . . there are situations in which an agency is required to consider several related actions in a single EIS Not to require this would permit dividing a project into multiple "actions," each of which individually has an insignificant environmental impact, but which collectively have a substantial impact

...

It is clear that the timber sales cannot proceed without the road, and the road would not be built but for the contemplated timber sales

The same might be said of the forestry operations contemplated by the proponent and the road of which the bridges in question form an integral part.

[33] Judge Sneed continued at page 759:

We conclude, therefore, that the road construction and the contemplated timber sales are inextricably intertwined, and that they are "connected actions" within the meaning of the CEQ regulations.

...

b) Interprétation: Le critère de l'utilité propre et le Guide des autorités responsables

[31] Les ponts sont des structures particulièrement inutiles lorsqu'ils sont envisagés de façon abstraite. Ils n'ont aucun but utile, à l'exception de faciliter le passage d'un endroit à un autre au-dessus d'un obstacle, qui est généralement de l'eau, séparant ces endroits. La jurisprudence américaine considère que l'utilité propre d'un ouvrage ou d'un projet proposé constitue un facteur décisif dans la détermination de sa portée. Il en a découlé ce qui est maintenant appelé le «critère de l'utilité propre».

[32] Dans *Thomas v. Peterson*¹⁶, on demandait au tribunal d'ordonner la construction d'un chemin en bois dans une ancienne forêt fédérale, une région sans route existante, ce qui n'est pas sans rappeler les faits de l'espèce, d'autant plus que les ponts faisant l'objet des projets visés par la présente demande de contrôle devaient faire partie intégrante d'un chemin forestier. Le juge Sneed a écrit à la page 758:

[TRADUCTION] Bien qu'il soit vrai que l'on doit accorder un pouvoir discrétionnaire considérable aux organismes administratifs pour établir la portée des énoncés d'incidences environnementales . . . il existe des situations exigeant de l'organisme qu'il examine plusieurs actions interreliées dans un seul EIE . . . L'absence de cette exigence permettrait la division d'un projet en de multiples «actions», dont chacune, prise isolément, a un impact environnemental minime, mais qui, prises ensemble, ont un impact important . . .

...

Il est clair que les ventes de bois d'œuvre ne peuvent avoir lieu sans la route et que la route ne serait pas construite si ce n'était de ces ventes projetées.

On pourrait en dire autant des opérations forestières projetées par le promoteur et de la route dont les ponts en question font partie intégrante.

[33] Le juge Sneed a poursuivi, à la page 759:

[TRADUCTION] Nous concluons donc que la construction de la route et les ventes projetées de bois d'œuvre forment un tout et qu'elles constituent des «actions liées» au sens du règlement du CEQ.

...

We stated that an EIS must cover subsequent stages when “[t]he dependency is such that it would be irrational, or at least unwise, to undertake the first phase if subsequent phases were not also undertaken.” . . . The dependency of the road on the timber sales meets this standard; it would be irrational to build the road and then not sell the timber to which the road was built to provide access.

The same principle is embodied in standards that we have established for determining when a highway may be segmented for purposes of NEPA. In *Daly v. Volpe* . . . we held that the environmental impacts of a single highway segment may be evaluated separately from those of the rest of the highway only if the segment has “independent utility.” [Emphasis added.]

[34] While this concept of “independent utility” has apparently not been directly reflected in judicial authority from Canadian courts dealing with environmental assessment issues, it is at least implicitly reflected in the following passage from the reasons of Mr. Justice Iacobucci on behalf of the Court in *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*:¹⁷

I am of the view that the Court of Appeal erred in limiting the scope of the Board’s environmental inquiry to the effects on the environment of the transmission of power by a line of wire across the border. To limit the effects considered to those resulting from the physical act of transmission is an unduly narrow interpretation of the activity contemplated by the arrangements in question. The narrowness of this view of the Board’s inquiry is emphasized by the detailed regulatory process that has been created. I would find it surprising that such an elaborate review process would be created for such a limited inquiry. As the Court of Appeal in this case recognized, electricity must be produced, either through existing facilities or the construction of new ones, in order for an export contract to be fulfilled. Ultimately, it is proper for the Board to consider in its decision-making process the overall environmental costs of granting the licence sought. [Emphasis added.]

The independent utility concept or principle is much more directly reflected in a publication entitled *The Canadian Environmental Assessment Act: Responsible Authority’s Guide*¹⁸ prepared by the Canadian Environmental Assessment Agency (the Guide). At the first page of the Guide, its purpose is set out in the following terms:

Nous avons dit qu’un EIE doit s’appliquer aux étapes subséquentes lorsque «la dépendance est telle qu’il serait irrationnel, ou à tout le moins irréfléchi, d’entreprendre la première phase si les phases subséquentes ne devaient pas être entreprises» . . . La dépendance entre la route et les ventes de bois d’œuvre satisfait à cette norme; il serait irrationnel de construire la route et de ne pas ensuite vendre le bois d’œuvre, la route ayant été construite pour y donner accès.

Le même principe se reflète dans les normes que nous avons établies pour décider quand une autoroute peut être segmentée aux fins de la NEPA. Dans la décision *Daly v. Volpe* . . . nous avons jugé que les incidences environnementales d’un seul segment d’autoroute peuvent être évaluées séparément de celles du reste de l’autoroute seulement si celui-ci a une «utilité propre». [Non souligné dans l’original.]

[34] Bien que ce concept d’«utilité propre» ne se retrouve pas explicitement dans la jurisprudence canadienne relative aux questions d’évaluation environnementale, il se retrouve au moins implicitement dans l’extrait suivant des motifs du juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la Cour, dans *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l’énergie)*¹⁷:

Je suis d’avis que la Cour d’appel a commis une erreur en limitant l’examen de l’Office sur les incidences environnementales aux effets sur l’environnement du transport d’électricité par une ligne de fil métallique au-delà de la frontière. Limiter l’examen aux effets résultant du transport physique même constitue une interprétation indument restrictive de l’activité envisagée. Le processus de réglementation détaillé qui a été constitué fait bien ressortir le caractère restrictif de cette interprétation. Je serais fort étonné qu’un processus si détaillé soit créé aux fins d’un examen si restrictif. Comme la Cour d’appel l’a reconnu, l’électricité à fournir dans le cadre du contrat d’exportation doit être produite par les installations actuelles ou nécessitera la construction de nouvelles installations. En fin de compte, il convient que l’Office tienne compte, dans son processus décisionnel, de l’ensemble des coûts environnementaux de la délivrance d’une licence. [Non souligné dans l’original.]

Le concept ou principe de l’utilité propre ressort de façon beaucoup plus explicite d’une publication intitulée *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale: Guide des autorités responsables*¹⁸, préparée par l’Agence canadienne d’évaluation environnementale (le Guide). À la première page du Guide, son objet est énoncé dans les termes suivants:

The **Responsible Authority's Guide** is one part of the **Canadian Environmental Assessment Act Procedural Manual**, a set of reference materials designed to provide guidance on the application of the *Canadian Environmental Assessment Act* (Act) to federal government departments and agencies, provincial and municipal governments, private sector proponents of projects requiring federal funding or decisions, and members of the public interested in environmental assessment.

The guide interprets the legal framework established by the Act and provides guidance to responsible authorities (RAs) for conducting environmental assessments (EAs) of projects in compliance with the Act. It is designed for those within federal departments and agencies who are required to plan, manage, conduct, review, or otherwise participate in federal environmental assessments.

[35] At page 17 of the Guide under the heading "Scope of the project", the following appears:

Under the Act, the RA must determine the scope of the project in a screening or comprehensive study. The scope of the project refers to those components of the proposed development that should be considered part of the project for the purposes of the EA.

[36] At page 18, under the heading "The principal project/accessory test", the Guide continues:

The Act does not provide direction to RAs in determining which physical works should be included within the scope of a project. To ensure consistency in scope of the project determinations, RAs should consider applying the "principal project/accessory" test. This test consists of two steps.

First, what is the principal project? The principal project is always either the undertaking in relation to a physical work or the physical activity for which a power, duty, or function is being exercised (therefore triggering the need for an EA under the Act. The principal project must always be included as part of the scoped project.

Second, are other physical works or physical activities accessory to the principal project? If so, then these may be included as part of the scoped project. Those physical works or physical activities not accessory to the principal project may not be included as part of the scoped project. To determine what is accessory to the principal project, the RA should apply the following two criteria:

- **interdependence:** If the principal project could not proceed without the undertaking of another physical work or activity, then that other physical work or activity may be considered as a component of the scoped project.

Le **Guide des autorités responsables** fait partie du **Manuel des procédures de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale**, ensemble de documents de référence conçu pour fournir une orientation quant à l'application de la *Loi* aux ministères et organismes du gouvernement fédéral, aux gouvernements provinciaux et aux autorités municipales, aux promoteurs privés de projets soumis à un financement ou à une décision du gouvernement fédéral, ainsi qu'aux citoyens concernés par l'évaluation environnementale.

Ce guide donne une interprétation du cadre juridique établi par la *Loi* et fournit aux autorités responsables (AR) une orientation pour l'exécution de l'évaluation environnementale (ÉE) de projets conformément à la *Loi*. Il est destiné aux ministères et organismes fédéraux qui doivent planifier, gérer, mener ou revoir des évaluations environnementales fédérales, ou y participer de toute manière.

[35] À la page 20 du Guide, sous le titre «Portée du projet» se trouve ce qui suit:

Aux termes de la *LCÉE*, l'AR doit mener un examen préalable ou une étude approfondie pour déterminer la portée du projet. La portée du projet concerne les éléments d'une entreprise que l'on considère comme faisant partie du projet aux fins de l'évaluation environnementale.

[36] Aux pages 20 et 21, sous le titre «Le test du principal et de l'accessoire», le Guide continue:

La *LCÉE* ne contient pas de dispositions permettant aux autorités responsables de déterminer quels ouvrages devraient entrer dans le cadre d'un projet. Afin d'uniformiser la détermination de la portée des projets, les AR devraient utiliser le test du «principal et de l'accessoire» qui comporte deux volets.

Premièrement, quel est le projet principal? Le projet principal est toujours l'entreprise liée à un ouvrage ou les activités concrètes qui exigent l'exercice d'un pouvoir, d'une attribution ou d'une fonction (déclenchant par conséquent la tenue d'une ÉE aux termes de la *LCÉE*). La détermination de la portée du projet doit toujours inclure le projet principal.

Deuxièmement, le projet principal est-il assorti d'ouvrages ou d'activités concrètes accessoires? Si oui, ils peuvent faire partie de l'ÉE. Les ouvrages ou les activités concrètes qui ne sont pas accessoires au projet principal peuvent ne pas en faire partie. Pour déterminer les éléments accessoires au projet principal, l'AR devrait appliquer les critères suivants:

- **interdépendance:** si le projet principal ne peut être mené à bien sans entreprendre un autre ouvrage ou une autre activité concrète, il faut alors les considérer comme un tout;

• **linkage**: If the decision to undertake the principal project makes the decision to undertake another physical work or activity inevitable, then that other physical work or activity may be considered as a component of the scoped project. [Emphasis added.]

[37] The foregoing guidance reflects the “independent utility” principle enunciated in *Thomas v. Peterson, supra*, particularly in determining the scope of the project that will form the subject of an environmental assessment.

[38] The Guide goes further. At page 19, under the heading “Undertakings in relation to a physical work”, the Guide advises:

Finally, under the Act, the RA must include in the EA all relevant aspects of a physical work (that is, all undertakings in relation to that physical work) that are proposed or, in its opinion, are likely to be carried out. These undertakings could include, for example, the construction, operation, modification, decommissioning, or abandonment of a physical work. Such proposed undertakings or undertakings that are likely to be carried out must be included in the scope of the project even if there is no specific trigger for them. The assessment of all proposed undertakings or undertakings that are likely to be carried out in relation to a physical work should be conducted as early in the planning stages of the physical work as is practicable. [Emphasis added.]

This passage would appear to be a paraphrasing of subsection 15(3) of the CEAA. If I am correct in this, this guidance would appear to more properly relate to the scope of the assessment than to the scope of the project but in all other respects it appears to be an accurate reflection of the law.

[39] At page 20, under the heading “Scope of the assessment” and subheading “Effects to be assessed”, the Guide states:

The RA exercising any power, duty or function under section 5 of the Act must include in the assessment all factors that are relevant to the decision that the RA must make:

- all the factors that the Act requires an RA to consider, including all effects that fall within the Act’s definition of “environmental effect”, regardless of whether the effect falls within an area of federal jurisdiction. [Emphasis added.]

• **lien**: si la décision d’entreprendre l’exécution du projet principal rend inévitable l’exécution d’autres ouvrages ou activités, ils peuvent être considérés comme faisant partie du même projet. [Non souligné dans l’original.]

[37] Les lignes directrices qui précèdent reflètent le principe de l’«utilité propre» établi dans la décision *Thomas v. Peterson*, précitée, plus particulièrement en ce qui concerne la détermination de la portée du projet qui doit constituer l’objet d’une évaluation environnementale.

[38] Le Guide va plus loin. À la page 21, sous le titre «Projets liés à un ouvrage», le Guide prescrit:

Enfin, aux termes de la *LCÉE*, l’AR doit inclure dans l’ÉE tous les éléments significatifs d’un ouvrage (i.e. toutes les opérations liées à un ouvrage) qui sont projetés ou qui, à son avis, sont susceptibles d’être entrepris. Ces opérations peuvent comporter, par exemple, la construction, l’exploitation, la modification, la désaffectation ou la fermeture d’un ouvrage. Les opérations proposées ou celles qui sont susceptibles d’être entreprises doivent être visées par l’ÉE, même en l’absence de déclencheur. L’évaluation de toutes les opérations proposées ou de toutes celles qui sont susceptibles d’être réalisées en rapport avec un ouvrage devrait être menée aussi tôt que possible pendant les étapes de planification de l’ouvrage. [Non souligné dans l’original.]

Cet extrait semble paraphraser le paragraphe 15(3) de la *LCÉE*. Si je ne me trompe pas, cette ligne directrice paraît s’appliquer davantage à la portée de l’évaluation plutôt qu’à celle du projet, mais, pour ce qui est du reste, elle apparaît refléter la loi de manière précise.

[39] Aux pages 22 et 23, sous le titre «Portée de l’évaluation» et le sous-titre «Effets à évaluer», le Guide prévoit:

L’AR qui exerce des attributions en vertu de l’article 5 de la *LCÉE* doit faire porter l’évaluation sur tous les facteurs qui concernent la décision qu’elle doit prendre:

- tous les facteurs que doit considérer l’AR aux termes de la *LCÉE*, y compris les effets qu’englobe la définition des «effets environnementaux» de la *LCÉE*, peu importe si un effet relève d’un domaine de compétence fédérale ou non. [Non souligné dans l’original.]

[40] These elements of the Guide would appear to interpret the CEAA to extend the independent utility principle, on a mandatory basis, to defining the scope of the assessment, not merely the scope of the project. Further, they clearly identify the reality that a “generous interpretation” of the CEAA leads a responsible authority into examination of the environmental effects of related works and undertakings that, in themselves, might fall entirely outside the legislative competence of Parliament. This result is clearly contemplated by subsection 12(4) and the definition “jurisdiction” contained in subsection 12(5) of the CEAA.

[41] The Guide, of course, does not have the force of law. It is not binding on responsible authorities, nor is it binding on, or enforceable by, this Court. That being said, I find the quoted portions apt to the circumstances before me and entirely consistent with the CEAA and the position enunciated by Mr. Justice Iacobucci on behalf of the Supreme Court in *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, *supra*. I am satisfied that the quoted portions reflect the principles enunciated in the preamble to the CEAA, the purposes enunciated in section 4 thereof, and the principles enunciated by Mr. Justice La Forest in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, *supra*. While the CEAA is, in general terms, administered under the authority of the Minister of the Environment, responsible authorities may be found in any department or agency of the Government of Canada and beyond that Government. It therefore makes eminent sense that such a guide was published to achieve some degree of uniformity in the application of the CEAA, and its pronouncements should therefore be treated both by responsible authorities and courts with a reasonable degree of deference as an interpretive tool, to the extent that they are not inconsistent with law.

[42] The analysis that follows will be guided by the foregoing general principles and by reference to the independent utility principle, as reflected in the foregoing quotations from the Guide which I find to be consistent with the provisions of the CEAA.

[40] Ces éléments du Guide semblent interpréter la LCEE de manière à étendre, de façon obligatoire, la portée du principe de l'utilité propre non seulement à la définition de la portée du projet mais aussi à celle de l'évaluation. De plus, il est clairement mentionné qu'une «interprétation libérale» de la LCEE conduit une autorité responsable à analyser les effets environnementaux de travaux et d'entreprises liés qui, de par eux-mêmes, peuvent se trouver complètement à l'extérieur du champ de compétence législative du Parlement. Ce résultat est manifestement visé par le paragraphe 12(4) [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 20] et par la définition du terme «instance» figurant au paragraphe 12(5) de la LCEE.

[41] Naturellement, le Guide n'a pas force de loi. Il ne lie pas les autorités responsables ni la Cour et n'est pas susceptible d'exécution par elle. Ceci étant dit, je juge les parties citées pertinentes aux faits de l'espèce et absolument conformes à la LCEE et à la position énoncée par le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour suprême, dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, précité. Je suis convaincu que les extraits cités reflètent les principes énumérés dans le préambule de la LCEE, les objectifs énoncés à son article 4 et les principes établis par le juge La Forest dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, précité. Bien que la LCEE soit, de façon générale, appliquée sous l'autorité du ministre de l'Environnement, on peut trouver des autorités responsables dans tout ministère ou organisme du gouvernement du Canada et ailleurs. Il est donc tout à fait logique que, dans le but de s'assurer d'un certain niveau d'uniformité dans l'application de la LCEE, l'on ait publié un tel guide, et ses prescriptions devraient donc faire l'objet, à titre d'outils d'interprétation, d'une certaine déférence de la part des autorités responsables et des tribunaux, dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la loi.

[42] L'analyse qui suit est guidée par les principes généraux qui précèdent et par l'application du principe de l'utilité propre, comme celui-ci transparaît des citations précédentes du Guide, que je juge conformes aux dispositions de la LCEE.

(c) The scope of the projects

[43] Section 15 of the CEAA is set out in full in the Appendix to these reasons. For ease of reference, the relevant portions of section 15 are quoted here:

15. (1) The scope of the project in relation to which an environmental assessment is to be conducted shall be determined by

(a) the responsible authority; or

...

(2) For the purposes of conducting an environmental assessment in respect of two or more projects,

(a) the responsible authority, or

...

may determine that the projects are so closely related that they can be considered to form a single project.

Subsection 15(2) makes it clear that a responsible authority has discretion as to whether or not to consider multiple projects to form a single project.

[44] The responsible authority, in this case, the Canadian Coast Guard, Navigable Waters Protection Division, determined the projects in respect of which the proponent sought approval, that is, the two bridges, to be not so closely related that they could be considered to form a single project. Each bridge was determined to be a separate project. While I or others might have reached a different conclusion, that is not the test. I am satisfied that it was reasonably open to the responsible authority to treat the bridges as separate projects for purposes of the conduct of environmental assessments.

[45] The responsible authority determined the scope of the Ram River bridge project to be as follows:

The scope of the Ram River Bridge project includes: the construction and maintenance of a two lane dual span bridge [later modified to a single span bridge] over the Ram River, including associated approaches and related works, storage areas or other undertakings directly associated with the construction of this bridge. The project involves preparation of the construction site, construction of a centre pier [later

c) La portée des projets

[43] L'article 15 de la LCEE est énuméré au long dans l'appendice des présents motifs. Les parties pertinentes de cet article sont reproduites ici pour mieux pouvoir s'y référer:

15. (1) L'autorité responsable ou, dans le cas où le projet est renvoyé à la médiation ou à l'examen par une commission, le ministre, après consultation de l'autorité responsable, . . .

...

(2) Dans le cadre d'une évaluation environnementale de deux ou plusieurs projets, l'autorité responsable . . . , après consultation de l'autorité responsable, peut décider que deux projets sont liés assez étroitement pour être considérés comme un seul projet.

Le paragraphe 15(2) prévoit explicitement qu'une autorité responsable jouit du pouvoir discrétionnaire de considérer ou non que plusieurs projets n'en forment qu'un seul.

[44] L'autorité responsable, soit la Division des programmes de protection des eaux navigables de la Garde côtière canadienne dans le cas présent, a décidé que les projets pour lesquels le promoteur demandait l'approbation, c.-à-d. les deux ponts, n'étaient pas liés assez étroitement pour être considérés comme un seul projet. Chaque pont a été considéré comme un projet distinct. Le fait que j'aurais pu, ou que d'autres auraient pu, en arriver à une conclusion différente ne constitue pas le critère à appliquer. Je suis convaincu que l'autorité responsable pouvait raisonnablement considérer les ponts comme des projets distincts aux fins des évaluations environnementales.

[45] L'autorité responsable a déterminé la portée du projet du pont de la rivière Ram de la façon suivante:

[TRADUCTION] Le projet du pont de la rivière Ram comprend notamment: la construction et l'entretien d'un pont à deux travées de deux voies [modifié par la suite pour un pont à une travée] au-dessus de la rivière Ram, ce qui inclut les voies d'accès et les travaux liés, les zones d'entreposage et autres ouvrages directement reliés à la construction du pont. Le projet entraîne la préparation du chantier de

deleted], abutments and the bridge structure.

[46] The scope of the Prairie Creek bridge project was defined in essentially identical terms to the scope of the Ram River bridge project as modified.

[47] I have emphasized in the quotation from the Guide appearing above on the application of the principle project/accessory test the use of the permissive “may” in determining whether other physical works or physical activities are accessory to the principle project. That discretion recommended to responsible authorities is consistent with the discretion granted to them by section 15 of the CEAA. I can find no reviewable error in the manner in which the responsible authority here exercised its discretion in defining the projects subject to environmental assessment review. More specifically, I find no error on the part of the responsible authority in failing to include within the scope of the bridge projects the road to which the principal projects, that is to say the bridges and their related abutments, could be said to be accessory and the proposed forestry operations to which the bridges might also, on the facts of this matter, be considered to be accessory.

[48] But that is not the end of the matter.

- (d) The scope of the assessments—Undertakings in relation to the projects and effects to be assessed

[49] Subsection 15(3) of the CEAA reads as follows:¹⁹

15. . . .

(3) Where a project is in relation to a physical work, an environmental assessment shall be conducted in respect of every construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work that is proposed by the proponent or that is, in the opinion of

- (a) the responsible authority, or

construction, la construction d'une pile centrale [abandonnée par la suite], de culées et de la structure du pont.

[46] La portée du projet du pont de Prairie Creek a été établie dans des termes essentiellement identiques à celle du projet du pont de la rivière Ram, tel que modifié.

[47] Dans l'extrait du Guide portant sur l'application du test du principal et de l'accessoire, cité précédemment, j'ai souligné l'utilisation du verbe de permission «peuvent» relativement à la détermination de la question de savoir si les ouvrages ou les activités concrètes sont accessoires au projet principal. Le pouvoir discrétionnaire conféré aux autorités responsables est conforme à celui qui leur est accordé en vertu de l'article 15 de la LCEE. Je ne peux voir aucune erreur susceptible de contrôle dans la manière dont l'autorité responsable en l'espèce a exercé son pouvoir discrétionnaire quant à la qualification des projets assujettis à la demande de contrôle des évaluations environnementales. Plus précisément, j'estime que l'autorité responsable n'a commis aucune erreur en omettant d'inclure dans la portée des projets de pont la route, de laquelle on pourrait dire que les principaux projets, soit les ponts et les culées afférentes, sont les accessoires, et les opérations forestières proposées, desquelles, selon les faits de l'espèce, les ponts pourraient aussi être considérés comme accessoires.

[48] Mais cela ne clôt pas l'affaire.

- d) La portée des évaluations—Ouvrages liés aux projets et effets à évaluer

[49] Le paragraphe 15(3) [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 21] de la LCEE prévoit¹⁹:

15. . . .

(3) Est effectuée, dans l'un ou l'autre des cas suivants, l'évaluation environnementale de toute opération—construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre—constituant un projet lié à un ouvrage:

- a) l'opération est proposée par le promoteur;

(b) where the project is referred to a mediator or a review panel, the Minister, after consulting with the responsible authority,

likely to be carried out in relation to that physical work.

In sum, subsection 15(3) requires the responsible authority, where a project is in relation to a physical work, to conduct the relevant environmental assessment in respect not merely of the project as defined but also in respect of every construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to the physical work that constitutes the project that is proposed by the proponent or that is, in the opinion of the responsible authority, “likely to be carried out [by any person other than the proponent] in relation to [the physical work that constitutes the project].”

[50] Here, it was not in dispute before me that the construction of the road to which the bridges, the physical works constituting the defined projects, could be said to be accessory and the forestry operations to which the bridges might also be said to be accessory were “proposed by the proponent”, and not by some other person or persons. Thus, I conclude that the responsible authority was obliged by subsection 15(3) to include within the scope of the environmental assessment the road, and, perhaps, the forestry operations, if they were “in relation to” the projects, that is to say the bridges and their related abutments. The responsible authority was without discretion. I interpret the discretion provided by the closing words of subsection 15(3) to only come into play where a proposed project is likely to be carried out in relation to the defined project by some other person. Subsection 15(3) clearly reflects, on the facts of this case without discretion to the responsible authority, an obligation to apply the independent utility principle in the definition of the scope of the assessment.

[51] Subsection 16(1) of the CEEA provides in part as follows:

16. (1) Every screening . . . shall include a consideration of the following factors:

(a) the environmental effects of the project, including the environmental effects of malfunctions or accidents that

b) l'autorité responsable ou, dans le cadre d'une médiation ou de l'examen par une commission et après consultation de cette autorité, le ministre estime l'opération susceptible d'être réalisée en liaison avec l'ouvrage.

En bref, lorsqu'un projet concerne un ouvrage, le paragraphe 15(3) oblige l'autorité responsable à effectuer l'évaluation environnementale pertinente non seulement du projet visé, mais aussi de toute opération, construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre liée à l'ouvrage qui constitue le projet proposé par le promoteur ou que l'autorité responsable estime «susceptible d'être réalisée [par toute personne autre que le promoteur] en liaison avec [l'ouvrage qui constitue le projet]».

[50] N'a pas été débattu à l'audition le fait que la construction de la route, dont les ponts et les ouvrages constituant les projets visés pouvaient être considérés les accessoires, et les opérations forestières, dont les ponts pouvaient aussi être considérés les accessoires, aient été «proposée[s] par le promoteur», et non pas par un ou des tiers. Je conclus donc que le paragraphe 15(3) obligeait l'autorité responsable à faire porter l'évaluation environnementale sur la route et peut-être sur les opérations forestières, dans la mesure où ces dernières étaient «en liaison avec» les projets, c'est-à-dire, les ponts et les culées afférentes. L'autorité responsable ne jouissait d'aucun pouvoir discrétionnaire. J'interprète le pouvoir discrétionnaire conféré par les derniers mots du paragraphe 15(3) comme n'entrant en jeu que lorsqu'un projet proposé est susceptible d'être réalisé en liaison avec le projet visé, par une autre personne. Le paragraphe 15(3) laisse clairement voir, dans le cadre des faits de la présente affaire, que l'autorité responsable doit obligatoirement appliquer le principe de l'utilité propre dans l'analyse de la portée de l'évaluation.

[51] Le paragraphe 16(1) [mod., *idem*, art. 22] de la LCEE prévoit notamment:

16. (1) L'examen préalable, . . . portent notamment sur les éléments suivants:

a) les effets environnementaux du projet, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en

may occur in connection with the project and any cumulative environmental effects that are likely to result from the project in combination with other projects or activities that have been or will be carried out; [Emphasis added.]

[52] I read subsection 16(1) to require a responsible authority to include within an environmental screening the environmental effects that may occur in connection with the project as defined and also those that are likely to result from the project in combination with other projects or activities that have been or will be carried out. There can be no doubt that the construction of the road will be carried out. Indeed, the evidence before me indicated that it had already, at least to a very substantial degree, been carried out at the time of the hearing before me. Similarly, the evidence before me would appear to indicate that, with the approvals under subsection 5(1) NWPA, the proponent's proposed forestry operations in the West Country will also be carried out. Once again, I conclude that subsection 16(1) clearly reflects, on the facts of this case, an obligation on the part of the responsible authority to apply the independent utility principle in the definition of the scope of the assessment.

[53] It was not in dispute before me that the scope of the environmental assessments here under review did not extend to the environmental effects of the road construction project, or to the environmental effects of that project and the forestry operations including the operations on the roads including the bridges.

[54] In *R. v. Hydro-Québec*²⁰, Mr. Justice La Forest, writing for the majority and by reference to the first quotation cited above from his reasons in *Friends of the Oldman River Society*, *supra*, wrote:

This Court has in recent years been increasingly called upon to consider the interplay between federal and provincial legislative powers as they relate to environmental protection. Whether viewed positively as strategies for maintaining a clean environment, or negatively as measures to combat the evils of pollution, there can be no doubt that these measures relate to a public purpose of superordinate importance, and one in which all levels of government and numerous organs of the international community have become increasingly engaged.

résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à l'existence d'autres ouvrages ou à la réalisation d'autres projets ou activités, est susceptible de causer à l'environnement; [Je souligne.]

[52] J'interprète le paragraphe 16(1) comme obligeant une autorité responsable à faire porter un examen préalable sur les effets environnementaux pouvant résulter du projet visé ainsi que sur ceux que sa réalisation, combinée à la réalisation d'autres projets ou activités, est susceptible de causer. Il ne fait aucun doute que la construction de la route aura lieu. En effet, la preuve dont je dispose indique qu'elle avait déjà eu lieu, ou à tout le moins en très grande partie, au moment de l'audition. De même, la preuve dont je suis saisi semble indiquer qu'en raison des approbations accordées en vertu du paragraphe 5(1) de la LPEN, les opérations forestières proposées par le promoteur dans la région de West Country auront également lieu. Une fois de plus, les faits de la présente affaire m'amènent à conclure que le paragraphe 16(1) laisse clairement voir l'existence de l'obligation de l'autorité responsable d'appliquer le principe de l'utilité propre dans l'analyse de la portée de l'évaluation.

[53] À l'audition, il n'a pas été contesté que la portée de l'évaluation environnementale faisant l'objet de la présente demande de contrôle ne s'étendait pas aux effets environnementaux du projet de construction de la route ou à ceux de ce projet et des opérations forestières comprenant les travaux sur les routes, dont les ponts.

[54] Dans l'arrêt *R. c. Hydro-Québec*²⁰, le juge La Forest, s'exprimant au nom de la majorité et, faisant référence au premier extrait de ses motifs dans *Friends of the Oldman River Society*, précité, a écrit:

Au cours des dernières années, on a demandé de plus en plus à notre Cour d'examiner l'interaction entre les pouvoirs législatifs du Parlement et ceux des législatures provinciales en ce qui concerne la protection de l'environnement. Qu'elles soient considérées positivement comme des stratégies en vue de maintenir un environnement propre, ou négativement comme des dispositions prises en vue de combattre les maux engendrés par la pollution, il ne fait pas de doute que ces mesures visent un objectif public d'une importance supérieure, objectif que tous les niveaux de gouvernement et les nombreux organismes de la commu-

[55] Taking into account the totality of the evidence before me and the provisions of the CEAA to which I have referred, in the absence of a direct constitutional challenge to those provisions, and there is none here, I conclude that the environmental assessments conducted were deficient in two fundamental respects: first, they were not conducted in respect of a construction or other undertaking, namely, the Mainline Road, that was a construction or other undertaking “in relation to” the projects, as defined, and that was proposed by the proponent; and, secondly, they failed to include consideration of the cumulative environmental effects likely to result from each project²¹ in combination with another project that had been or would be carried out, once again, the Mainline Road.

[56] These deficiencies constituted errors of law in the essential statutory preliminary steps to the issuance of the approvals under the NWPA. They are errors reviewable against a standard of correctness. Against that standard, they are errors which justify the intervention of this Court in respect of the decisions under review.

[57] I make no finding with respect to the question of whether the scope of the environmental assessments should have extended to the environmental effects of the proponent’s proposed forestry operations and the operations on the road and bridges because I need not do so. That being said however, it would appear clear that a generous reading of the CEAA would require the extension of the environmental assessment to cover the likely environmental effects of those operations as well.

(e) Access to information and public consultation

[58] The preamble to the CEAA provides in part:

AND WHEREAS the Government of Canada is committed to facilitating public participation in the environmental assessment of projects to be carried out by or with the approval or assistance of the Government of Canada and

nauté internationale ont entrepris de plus en plus de poursuivre.

[55] M’appuyant sur l’ensemble de la preuve dont je dispose et sur les dispositions susmentionnées de la LCEE, la constitutionnalité de ces dernières n’étant pas contestée, je conclus que les évaluations environnementales effectuées souffraient de deux lacunes fatales: premièrement, elles ne portaient pas sur une construction ou sur tout autre ouvrage, soit la Mainline Road, qui constituait une construction ou un autre ouvrage «lié» aux projets visés et qui avait été proposée par le promoteur; deuxièmement, elles ne portaient pas sur les effets environnementaux cumulatifs que leur réalisation²¹, combinée à la réalisation d’un autre projet, soit la route déjà mentionnée, est susceptible de causer à l’environnement.

[56] Ces vices constituaient des erreurs de droit, commises au cours des étapes préliminaires indispensables menant à la délivrance des approbations aux termes de la LPEN. Ils étaient des erreurs susceptibles de contrôle en vertu de la norme de la justesse. En vertu de cette norme, ce sont des erreurs justifiant l’intervention de la Cour relativement aux décisions faisant l’objet du contrôle.

[57] Puisqu’il n’est pas nécessaire de le faire, je ne rends pas jugement sur la question de savoir si la portée des évaluations environnementales devrait avoir été étendue aux effets environnementaux des opérations forestières proposées par le promoteur et des travaux à faire sur la route et les ponts. Toutefois, cela étant dit, il apparaît évident qu’une interprétation libérale de la LCEE ferait en sorte qu’une évaluation environnementale plus approfondie devrait également inclure les effets probables de ces opérations.

e) L’accès à l’information et la consultation publique

[58] Le préambule de la LCEE prévoit notamment:

que le gouvernement fédéral s’engage à favoriser la participation de la population à l’évaluation environnementale des projets à entreprendre par lui ou approuvés ou aidés par lui, ainsi qu’à fournir l’accès à l’information sur laquelle se

providing access to the information on which those environmental assessments are based;

[59] Obviously pursuant to that commitment, section 55 of the CEAA requires the establishment of a public registry in respect of every project for which an environmental assessment is conducted. The registry is to be established for the purpose of facilitating public access to records relating to the environmental assessment and is required to be established and operated in a manner to ensure convenient public access. It is to be maintained from the commencement of the environmental assessment until any follow-up program in respect of the project is completed. The nature of the records to be contained in the registry is specified.

[60] On the facts of this matter, for reasons not entirely clear on the record, the public registry was maintained at Sarnia, Ontario, a place that could hardly be said to meet the requirement that the registry be established and operated in a manner to ensure convenient public access for the most concerned public. The applicant and its members resident in a relatively remote area in the foothills of Alberta could hardly be said to have had convenient public access to a registry in Sarnia.

[61] A representative or representatives of the applicant requested that, in light of the remoteness of the registry from the site of the bridge projects, copies of all materials on the registry be provided to the applicant. Copies of some materials were provided but copies of other materials were not provided for the stated reasons of cost and the amount of work in duplication of the materials. The applicant's representative or representatives were invited to make an application for the materials under the *Access to Information Act*.²² Given that the materials were requested for the purpose of the public consultation provided for in subsection 18(3) of the CEAA and that the period provided for such consultation was quite short, the recommendation to make use of the *Access to Information Act* procedures was completely inappropriate and, more importantly, not in keeping with the obligation under section 55 of the CEAA and the

fonde cette évaluation,

[59] C'est en vertu de cet engagement que l'article 55 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 38] de la LCEE exige la tenue d'un registre public relatif à chacun des projets pour lesquels une évaluation environnementale est effectuée. Le registre a été créé afin de faciliter l'accès aux documents relatifs à l'évaluation environnementale et doit être tenu de manière à atteindre cet objectif. Il doit être tenu dès le début de l'évaluation environnementale et jusqu'à ce que le programme de suivi soit terminé. La nature des documents devant être conservés au registre est précisée.

[60] Il ressort des faits de la présente affaire que, pour des motifs n'apparaissant pas clairement au dossier, le registre public a été maintenu à Sarnia (Ontario), un endroit dont on peut difficilement dire qu'il satisfait à l'exigence que le registre soit tenu et fonctionne de manière à assurer un accès facile pour les membres du public les plus concernés. On ne peut pas dire que la demanderesse, dont les membres vivent dans une région relativement isolée au pied des montagnes en Alberta, a eu facilement accès à un registre situé à Sarnia.

[61] La demanderesse a requis, par l'entremise d'un ou de plusieurs représentants, des copies de l'ensemble des documents se trouvant au registre étant donné son éloignement du site des projets de pont. Des copies de certains documents ont été fournies, mais on a informé la demanderesse que les autres ne pouvaient l'être pour des motifs liés aux coûts et à la quantité de travail qu'aurait entraînés la photocopie de ces derniers. Il a été suggéré au(x) représentant(s) de la demanderesse de présenter une demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*²² pour obtenir les documents. Étant donné que les documents étaient demandés aux fins de la consultation publique prévue au paragraphe 18(3) de la LCEE et que la période allouée à cette fin était assez courte, la recommandation d'utiliser la procédure prévue par la *Loi sur l'accès à l'information* était totalement inappropriée et, plus important encore, non conforme à l'obligation

related commitment recited in the preamble to the CEAA.

[62] I conclude that this failure on the part of the Minister of Fisheries and Oceans and his or her delegate constitutes a further reviewable error in the procedure leading to the decisions here under review.

(5) CONCLUSION

[63] Based upon the foregoing analysis, I conclude that the Screening Environmental Assessment Reports and their addenda, and the resultant approvals under subsection 5(1) of the NWPA that are here under review cannot stand. I am satisfied that the Screening Environmental Assessment Reports and their addenda are not separate reviewable decisions in and of themselves but rather are, in the words of Mr. Justice Hugessen,²³ “essential statutory preliminary step[s] required by the *Canadian Environmental Assessment Act* prior to” the resultant approvals. The approvals will be set aside and, together with the related essential statutory preliminary steps will be referred back to the Minister of Fisheries and Oceans, or other appropriate Minister, for reconsideration and, if appropriate, for redetermination in a manner consistent with the *Canadian Environmental Assessment Act*, the *Navigable Waters Protection Act* and these reasons.

(6) COSTS

[64] This matter was heard at Calgary, Alberta on April 22 and 23, 1998. At that time the *Federal Court Rules*²⁴ provided that no costs were to be awarded on a judicial review proceeding such as this in the absence of special reasons. At the close of the hearing, the Court consulted counsel as to whether special reasons existed in this matter. Neither counsel identified special reasons. There will be no order as to costs.

¹ R.S.C., 1985, c. N-22. An extensive number of statutory and regulatory provisions, as well as the provisions of an

existante en vertu de l'article 55 de la LCEE et aux engagements énoncés dans son préambule.

[62] Je conclus que cette omission de la part du ministre des Pêches et des Océans et de son ou sa délégué(e) constitue une autre erreur susceptible de contrôle dans la procédure menant aux décisions faisant l'objet de la présente demande de contrôle.

5) CONCLUSION

[63] Vu l'analyse qui précède, je conclus que les rapports d'examen préalable et leurs compléments ainsi que les approbations en résultant aux termes du paragraphe 5(1) de la LPEN, qui font l'objet de la présente demande de contrôle, ne peuvent être maintenus. Je suis convaincu que les rapports d'examen préalable et leurs compléments ne sont pas en soi des décisions distinctes qui sont chacune susceptibles de contrôle, mais ils constituent plutôt, pour reprendre les termes employés par le juge Hugessen²³, des «étape[s] préliminaire[s] essentielle[s], prévue[s] par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, qui précède[nt]» les approbations en résultant. Les approbations sont annulées et renvoyées, de concert avec les étapes préliminaires essentielles qui y sont liées, au ministre des Pêches et des Océans, ou à tout autre ministre approprié, pour nouvelle considération et, si nécessaire, pour nouvelle détermination, d'une manière conforme à la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, à la *Loi sur la protection des eaux navigables* et aux présents motifs.

6) DÉPENS

[64] La présente affaire a été entendue à Calgary (Alberta), les 22 et 23 avril 1998. À cette époque, les *Règles de la Cour fédérale*²⁴ prévoyaient que des dépens ne pouvaient être accordés dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire de même nature que la présente en l'absence de motifs exceptionnels. À la fin de l'audition, la Cour a demandé l'opinion des avocats sur la question de savoir s'il existait de tels motifs en l'espèce. Ceux-ci n'en ont mentionné aucun. Aucune ordonnance ne sera rendue quant aux dépens.

¹ L.R.C. (1985), ch. N-22. Un grand nombre de dispositions législatives et réglementaires et celles provenant d'un

order in council, will be referred to throughout these reasons. To minimize quotations in the body of the reasons, the provisions that will be referred to are set out at length in an appendix.

² See s. 5(1)(a) of the *Navigable Waters Protection Act*.

³ SOR/94-636.

⁴ S.C. 1992, c. 37 (as amended).

⁵ The December 3, 1996, "decision" relates to minor design modifications for the Ram River bridge.

⁶ At the time this matter was heard, s. 1602(2) [as enacted by SOR/92-43, s. 19] of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 read in part as follows:

Rule 1602. . . .

(2) The applicant's notice of motion [initiating an application for judicial review] shall be dated and signed by the applicant, or the applicant's solicitor, and shall

. . . .

(f) set out the date and details of the decision, order or other matter in respect of which judicial review is sought; and [Emphasis added.]

Only days after the hearing of this matter, the new *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] came into force. Rule 302 of the new Rules provides:

302. Unless the Court orders otherwise, an application for judicial review shall be limited to a single order [which includes a decision] in respect of which relief is sought.

I note the authority provided to the Court, by order, to relieve from the "one application, one decision" general rule. I am satisfied that equivalent flexibility, without the necessity for an order, was provided under the old Rules by the general rule of interpretation that was s. 2(2) of the Rules. It read as follows:

Rule 2. . . .

(2) These Rules are intended to render effective the substantive law and to ensure that it is carried out; and they are to be so interpreted and applied as to facilitate rather than to delay or to end prematurely the normal advancement of cases.

⁷ Two decisions of this Court have recently held that panel review reports under the *Canadian Environmental Assessment Act* are not judicially reviewable under s. 18.1(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] (*Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] F.C.J. No. 1666 (T.D.) (QL), *per* Hugessen J., quoted with approval in *Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1998] F.C.J. No. 821 (T.D.) (QL), *per* McKeown J.). Mr. Justice Hugessen stated [at para. 4]:

décret seront mentionnées tout au long des présents motifs. Afin de minimiser les références dans le corps des motifs, ces dispositions sont reproduites intégralement dans un appendice.

² Voir l'art. 5(1)a) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*.

³ DORS/94-636.

⁴ L.C. 1992, ch. 37 (et modifications).

⁵ La «décision» du 3 décembre 1996 a trait à des modifications mineures de conception du pont de la rivière Ram.

⁶ Au moment de l'audience de la présente affaire, l'art. 1602(2) [édicte par DORS/92-43, art. 19] des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, prévoyait ce qui suit:

Règle 1602. . . .

(2) L'avis de requête [TRADUCTION] [introduisant une demande de contrôle judiciaire], daté et signé par la partie requérante ou son avocat, indique:

. . . .

f) la date et les particularités de la décision, de l'ordonnance ou de toute autre question à l'égard de laquelle le contrôle judiciaire est demandé; [Non souligné dans l'original.]

Quelques jours seulement après l'audition de la présente affaire, les nouvelles *Règles de la Cour fédérale (1998)* sont entrées en vigueur. La Règle 302 des nouvelles Règles prévoit:

302. Sauf ordonnance contraire de la Cour, la demande de contrôle judiciaire ne peut porter que sur une seule ordonnance [TRADUCTION] [ce qui comprend une décision] pour laquelle une réparation est demandée.

Je souligne le pouvoir conféré à la Cour de passer outre, par ordonnance, à la règle générale voulant qu'il y ait une demande, une décision. Je suis convaincu qu'une souplesse semblable était prévue aux termes des anciennes Règles, sans qu'une ordonnance ne soit nécessaire, en vertu de la règle générale d'interprétation que constituait l'art. 2(2) des Règles. Cette Règle prévoit:

Règle 2. . . .

(2) Les présentes Règles visent à faire apparaître le droit et en assurer la sanction; elles doivent s'interpréter les unes par les autres et autant que possible faciliter la marche normale des procès plutôt que la retarder ou y mettre fin prématurément.

⁷ Dans deux décisions récentes de la Cour, il a été jugé que les rapports des commissions visées par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* ne peuvent faire l'objet d'un contrôle aux termes de l'art. 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)] (*Alberta Wilderness Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] F.C.J. n° 1666 (1^{re} inst.) (QL), *par* le juge Hugessen, cité à l'appui dans *Alberta Wilderness Assn. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1998] F.C.J. n° 821 (1^{re} inst.) (QL), *par* le juge McKeown). Le juge Hugessen a dit [au par. 4]:

Rather I think that the Report should be seen as an essential statutory preliminary step required by the *Canadian Environmental Assessment Act* prior to a decision by the Minister to issue an authorization under section 35 of the *Fisheries Act*.

The same might be said of the screening assessment reports issued under s. 18 of the CEEA, prior to the decisions on behalf of a Minister represented by the approvals under s. 5(1) of the NWPA. This issue was not argued before me. It will therefore not be further pursued at this point in these reasons.

⁸ C.R.C., c. 663 (as amended); since the hearing of this matter, repealed and replaced by the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, 5 February, 1998.

⁹ [1995] 2 F.C. 455 (C.A.), at p. 464.

¹⁰ R.S.C., 1985, c. P-34.

¹¹ R.S.C., 1985, c. F-15.

¹² [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 577-578.

¹³ [1997] 1 F.C. 325 (T.D.).

¹⁴ [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 16-17.

¹⁵ The Guidelines Order [*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467] was a predecessor to the *Canadian Environmental Assessment Act*.

¹⁶ 753 F.2d 754 (9th Cir. 1985).

¹⁷ [1994] 1 S.C.R. 159, at p. 191.

¹⁸ Minister of Supply and Services Canada, Cat. No. EN106-25/1-1994E, ISBN 0-662-22773-5, November 1994.

¹⁹ I note that the English and French language versions of s. 15(3) might be interpreted differently. Both versions are, of course, equally authoritative. No difference was argued before me and, for the purposes of this matter only, I find none. Nevertheless, I note that this question of interpretation might arise in the context of another proceeding.

²⁰ [1997] 3 S.C.R. 213, at pp. 266-267.

²¹ "Project" is a defined term in s. 2(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act*. Please see the Appendix to these reasons.

²² R.S.C., 1985, c. A-1.

²³ *Supra*, note 7.

²⁴ *Supra*, note 8.

J'estime plutôt que le rapport devrait être considéré comme une étape préliminaire essentielle, prévue par la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, qui précède la décision du ministre de donner son autorisation en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les pêches*.

On pourrait en dire autant des rapports d'examen préalable déposés en vertu de l'art. 18 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 23] de la LCÉE, qui précèdent les décisions rendues au nom du ministre que sont les approbations visées par le par. 5(1) de la LPEN. Cette question n'a pas été débattue devant moi. Elle ne sera donc pas explorée plus à fond à cette étape-ci dans les présents motifs.

⁸ C.R.C., ch. 663 (et modifications); depuis l'audition de la présente affaire, ce règlement a été abrogé et remplacé par les *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, 5 février 1998.

⁹ [1995] 2 C.F. 455 (C.A.), à la p. 464.

¹⁰ L.R.C. (1985), ch. P-34.

¹¹ L.R.C. (1985), ch. F-15.

¹² [1993] 1 R.C.S. 554, aux p. 577 et 578.

¹³ [1997] 1 C.F. 325 (1^{re} inst.).

¹⁴ [1992] 1 R.C.S. 3, aux p. 16 et 17.

¹⁵ Le Décret sur les lignes directrices [*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467] a précédé la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*.

¹⁶ 753 F.2d 754 (9th Cir. 1985).

¹⁷ [1994] 1 R.C.S. 159, à la p. 191.

¹⁸ Ministère des Approvisionnements et Services Canada, cat. n° EN106-25/1-1994 F, ISBN 0-662-99561-9, novembre 1994.

¹⁹ Je souligne que les versions anglaise et française de l'art. 15(3) pourraient être interprétées différemment. Naturellement, les deux versions ont la même force de loi. L'existence d'une différence n'a pas été plaidée devant moi et, uniquement pour les fins de cette affaire, je n'en vois aucune. Toutefois, je souligne que cette question d'interprétation pourrait se poser dans le cadre d'une autre procédure.

²⁰ [1997] 3 R.C.S. 213, aux p. 266 et 267.

²¹ «Projet» [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 18] est un terme défini au par. 2(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*. Veuillez consulter l'appendice des présents motifs.

²² L.R.C. (1985), ch. A-1.

²³ Précité, note 7.

²⁴ Précité, note 8.

APPENDIX

1. CANADIAN ENVIRONMENTAL ASSESSMENT ACT

WHEREAS the Government of Canada seeks to achieve sustainable development by conserving and enhancing environmental quality and by encouraging and promoting economic development that conserves and enhances environmental quality;

WHEREAS environmental assessment provides an effective means of integrating environmental factors into planning and decision-making processes in a manner that promotes sustainable development;

WHEREAS the Government of Canada is committed to exercising leadership within Canada and internationally in anticipating and preventing the degradation of environmental quality and at the same time ensuring that economic development is compatible with the high value Canadians place on environmental quality;

AND WHEREAS the Government of Canada is committed to facilitating public participation in the environmental assessment of projects to be carried out by or with the approval or assistance of the Government of Canada and providing access to the information on which those environmental assessments are based;

NOW, THEREFORE, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

...

2. (1) In this Act,

...

“environmental assessment” means, in respect of a project, an assessment of the environmental effects of the project that is conducted in accordance with this Act and the regulations;

“environmental effect” means, in respect of a project,
 (a) any change that the project may cause in the environment, including any effect of any such change on health and socio-economic conditions, on physical and cultural heritage, on the current use of lands and resources for traditional purposes by aboriginal persons, or on any structure, site or thing that is of historical, archaeological, paleontological or architectural significance, and

(b) any change to the project that may be caused by the environment,

whether any such change occurs within or outside Canada;

...

APPENDICE

1. LOI CANADIENNE SUR L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE

Attendu:

que le gouvernement fédéral vise au développement durable par des actions de conservation et d'amélioration de la qualité de l'environnement ainsi que de promotion d'une croissance économique de nature à contribuer à la réalisation de ces fins;

que l'évaluation environnementale constitue un outil efficace pour la prise en compte des facteurs environnementaux dans les processus de planification et de décision, de façon à promouvoir un développement durable;

que le gouvernement fédéral s'engage à jouer un rôle moteur tant au plan national qu'au plan international dans la prévention de la dégradation de l'environnement tout en veillant à ce que les activités de développement économique soient compatibles avec la grande valeur qu'accordent les Canadiens à l'environnement;

que le gouvernement fédéral s'engage à favoriser la participation de la population à l'évaluation environnementale des projets à entreprendre par lui ou approuvés ou aidés par lui, ainsi qu'à fournir l'accès à l'information sur laquelle se fonde cette évaluation,

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :

...

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

...

«autorité fédérale»

a) Ministre fédéral;

b) agence fédérale ou organisme constitué sous le régime d'une loi fédérale et tenu de rendre compte au Parlement de ses activités par l'intermédiaire d'un ministre fédéral;

c) ministère ou établissement public mentionnés aux annexes I et II de la *Loi sur la gestion des finances publiques*;

d) tout autre organisme désigné par les règlements d'application de l'alinéa 59e).

Sont exclus le commissaire en conseil du territoire du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest et tous les organismes de ces territoires, tout conseil de bande au sens donné à « conseil de la bande » dans la *Loi sur les Indiens*, les commissions portuaires constituées par la *Loi sur les*

“federal authority” means

- (a) a Minister of the Crown in right of Canada,
- (b) an agency of the Government of Canada or other body established by or pursuant to an Act of Parliament that is ultimately accountable through a Minister of the Crown in right of Canada to Parliament for the conduct of its affairs,
- (c) any department or departmental corporation set out in Schedule I or II to the *Financial Administration Act*, and
- (d) any other body that is prescribed pursuant to regulations made under paragraph 59(e),

but does not include the Commissioner in Council or an agency or body of the Yukon Territory or the Northwest Territories, a council of the band within the meaning of the *Indian Act*, The Hamilton Harbour Commissioners constituted pursuant to *The Hamilton Harbour Commissioners' Act*, The Toronto Harbour Commissioners constituted pursuant to *The Toronto Harbour Commissioners' Act, 1911*, a harbour Commission established pursuant to the *Harbour Commissions Act* or a Crown corporation within the meaning of the *Financial Administration Act*;

“interested party” means, in respect of an environmental assessment, any person or body having an interest in the outcome of the environmental assessment for a purpose that is neither frivolous nor vexatious;

“project” means

- (a) in relation to a physical work, any proposed construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work, or
- (b) any proposed physical activity not relating to a physical work that is prescribed or is within a class of physical activities that is prescribed pursuant to regulations made under paragraph 59(b);

“responsible authority”, in relation to a project, means a federal authority that is required pursuant to subsection 11(1) to ensure that an environmental assessment of the project is conducted;

4. The purposes of this Act are

- (a) to ensure that the environmental effects of projects receive careful consideration before responsible authorities take actions in connection with them;
- (b) to encourage responsible authorities to take actions that promote sustainable development and thereby achieve

commissions portuaires, les commissaires nommés en vertu de la *Loi des commissaires du havre de Hamilton* et de la *Loi de 1911 concernant les commissaires du havre de Toronto*, et les sociétés d'État au sens de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

« autorité responsable » L'autorité fédérale qui, en conformité avec le paragraphe 11(1), est tenue de veiller à ce qu'il soit procédé à l'évaluation environnementale d'un projet.

« effets environnementaux » Tant les changements que la réalisation d'un projet risque de causer à l'environnement que les changements susceptibles d'être apportés au projet du fait de l'environnement, que ce soit au Canada ou à l'étranger; sont comprises parmi les changements à l'environnement les répercussions de ceux-ci soit en matière sanitaire et socio-économique, soit sur l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles par les autochtones, soit sur une construction, un emplacement ou une chose d'importance en matière historique, archéologique, paléontologique ou architecturale.

« évaluation environnementale » Évaluation des effets environnementaux d'un projet effectuée conformément à la présente loi et aux règlements.

« partie intéressée » Toute personne ou tout organisme pour qui le résultat de l'évaluation environnementale revêt un intérêt qui ne soit ni frivole ni vexatoire.

« projet » Réalisation—y compris l'exploitation, la modification, la désaffectation ou la fermeture—d'un ouvrage ou proposition d'exercice d'une activité concrète, non liée à un ouvrage, désignée par règlement ou faisant partie d'une catégorie d'activités concrètes désignée par règlement aux termes de l'alinéa 59b).

4. La présente loi a pour objet :

- a) de permettre aux autorités responsables de prendre des mesures à l'égard de tout projet susceptible d'avoir des effets environnementaux en se fondant sur un jugement éclairé quant à ces effets;
- b) d'inciter ces autorités à favoriser un développement durable propice à la salubrité de l'environnement et à la

or maintain a healthy environment and a healthy economy;

(b.1) to ensure that responsible authorities carry out their responsibilities in a coordinated manner with a view to eliminating unnecessary duplication in the environmental assessment process;

(c) to ensure that projects that are to be carried out in Canada or on federal lands do not cause significant adverse environmental effects outside the jurisdictions in which the projects are carried out; and

(d) to ensure that there be an opportunity for public participation in the environmental assessment process.

5. (1) An environmental assessment of a project is required before a federal authority exercises one of the following powers or performs one of the following duties or functions in respect of a project, namely, where a federal authority

(a) is the proponent of the project and does any act or thing that commits the federal authority to carrying out the project in whole or in part;

(b) makes or authorizes payments or provides a guarantee for a loan or any other form of financial assistance to the proponent for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part, except where the financial assistance is in the form of any reduction, avoidance, deferral, removal, refund, remission or other form of relief from the payment of any tax, duty or impost imposed under any Act of Parliament, unless that financial assistance is provided for the purpose of enabling an individual project specifically named in the Act, regulation or order that provides the relief to be carried out;

(c) has the administration of federal lands and sells, leases or otherwise disposes of those lands or any interests in those lands, or transfers the administration and control of those lands or interests to Her Majesty in right of a province, for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part; or

(d) under a provision prescribed pursuant to paragraph 59(f), issues a permit or licence, grants an approval or takes any other action for the purpose of enabling the project to be carried out in whole or in part.

...

11. (1) Where an environmental assessment of a project is required, the federal authority referred to in section 5 in relation to the project shall ensure that the environmental assessment is conducted as early as is practicable in the planning stages of the project and before irrevocable decisions are made, and shall be referred to in this Act as the responsible authority in relation to the project.

santé de l'économie;

b.1) de faire en sorte que les autorités responsables s'acquittent de leurs obligations afin d'éviter tout double emploi dans le processus d'évaluation environnementale;

c) de faire en sorte que les éventuels effets environnementaux négatifs importants des projets devant être réalisés dans les limites du Canada ou du territoire domanial ne débordent pas ces limites;

d) de veiller à ce que le public ait la possibilité de participer au processus d'évaluation environnementale.

5. (1) L'évaluation environnementale d'un projet est effectuée avant l'exercice d'une des attributions suivantes:

a) une autorité fédérale en est le promoteur et le met en œuvre en tout ou en partie;

b) une autorité fédérale accorde à un promoteur en vue de l'aider à mettre en œuvre le projet en tout ou en partie un financement, une garantie d'emprunt ou toute autre aide financière, sauf si l'aide financière est accordée sous forme d'allègement—notamment réduction, évitement, report, remboursement, annulation ou remise—d'une taxe ou d'un impôt qui est prévu sous le régime d'une loi fédérale, à moins que cette aide soit accordée en vue de permettre la mise en œuvre d'un projet particulier spécifié nommément dans la loi, le règlement ou le décret prévoyant l'allègement;

c) une autorité fédérale administre le territoire domanial et en autorise la cession, notamment par vente ou cession à bail, ou celle de tout droit foncier relatif à celui-ci ou en transfère à Sa Majesté du chef d'une province l'administration et le contrôle, en vue de la mise en œuvre du projet en tout ou en partie;

d) une autorité fédérale, aux termes d'une disposition prévue par règlement pris en vertu de l'alinéa 59f), délivre un permis ou une licence, donne toute autorisation ou prend toute mesure en vue de permettre la mise en œuvre du projet en tout ou en partie.

...

11. (1) Dans le cas où l'évaluation environnementale d'un projet est obligatoire, l'autorité fédérale visée à l'article 5 veille à ce que l'évaluation environnementale soit effectuée le plus tôt possible au stade de la planification du projet, avant la prise d'une décision irrévocable, et est appelée, dans la présente loi, l'autorité responsable de ce projet.

(2) A responsible authority shall not exercise any power or perform any duty or function referred to in section 5 in relation to a project unless it takes a course of action pursuant to paragraph 20(1)(a) or 37(1)(a).

12. . . .

(3) Every federal authority that is in possession of specialist or expert information or knowledge with respect to a project shall, on request, make available that information or knowledge to the responsible authority or to a mediator or a review panel.

(4) Where a screening or comprehensive study of a project is to be conducted and a jurisdiction has a responsibility or an authority to conduct an assessment of the environmental effects of the project or any part thereof, the responsible authority may cooperate with that jurisdiction respecting the environmental assessment of the project.

(5) In this section, "jurisdiction" means

(a) the government of a province;

(b) an agency or a body that is established pursuant to the legislation of a province and that has powers, duties or functions in relation to an assessment of the environmental effects of a project;

(c) a body that is established pursuant to a land claims agreement referred to in section 35 of the *Constitution Act, 1982* and that has powers, duties or functions in relation to an assessment of the environmental effects of a project; or

(d) a governing body that is established pursuant to legislation that relates to the self-government of Indians and that has powers, duties or functions in relation to an assessment of the environmental effects of a project.

. . .

14. The environmental assessment process includes, where applicable,

(a) a screening or comprehensive study and the preparation of a screening report or a comprehensive study report;

. . .

15. (1) The scope of the project in relation to which an environmental assessment is to be conducted shall be determined by

(a) the responsible authority; or

(b) where the project is referred to a mediator or a review panel, the Minister, after consulting with the responsible authority.

(2) L'autorité responsable d'un projet ne peut exercer ses attributions à l'égard de celui-ci que si elle prend une décision aux termes des alinéas 20(1)a) ou 37(1)a).

12. . . .

(3) Il incombe à l'autorité fédérale pourvue des connaissances voulues touchant un projet de fournir, sur demande, les renseignements pertinents à l'autorité responsable ou à un médiateur ou à une commission.

(4) L'autorité responsable peut, dans le cadre de l'examen préalable ou de l'étude approfondie d'un projet, coopérer, pour l'évaluation environnementale de celui-ci, avec l'instance qui a la responsabilité ou le pouvoir d'effectuer l'évaluation des effets environnementaux de tout ou partie d'un projet.

(5) Dans le présent article, « instance » s'entend :

a) du gouvernement d'une province;

b) d'un organisme établi sous le régime d'une loi provinciale ayant des attributions relatives à l'évaluation des effets environnementaux d'un projet;

c) d'un organisme, constitué aux termes d'un accord sur des revendications territoriales visé à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ayant des attributions relatives à l'évaluation des effets environnementaux d'un projet;

d) d'un organisme dirigeant, constitué par une loi relative à l'autonomie gouvernementale des Indiens, ayant des attributions relatives à l'évaluation des effets environnementaux d'un projet.

. . .

14. Le processus d'évaluation environnementale d'un projet comporte, selon le cas :

a) un examen préalable ou une étude approfondie et l'établissement d'un rapport d'examen préalable ou d'un rapport d'étude approfondie;

. . .

15. (1) L'autorité responsable ou, dans le cas où le projet est renvoyé à la médiation ou à l'examen par une commission, le ministre, après consultation de l'autorité responsable, détermine la portée du projet à l'égard duquel l'évaluation environnementale doit être effectuée.

(2) For the purposes of conducting an environmental assessment in respect of two or more projects,

- (a) the responsible authority, or
- (b) where at least one of the projects is referred to a mediator or a review panel, the Minister, after consulting with the responsible authority,

may determine that the projects are so closely related that they can be considered to form a single project.

(3) Where a project is in relation to a physical work, an environmental assessment shall be conducted in respect of every construction, operation, modification, decommissioning, abandonment or other undertaking in relation to that physical work that is proposed by the proponent or that is, in the opinion of

- (a) the responsible authority, or
- (b) where the project is referred to a mediator or a review panel, the Minister, after consulting with the responsible authority,

likely to be carried out in relation to that physical work.

16. (1) Every screening or comprehensive study of a project and every mediation or assessment by a review panel shall include a consideration of the following factors:

- (a) the environmental effects of the project, including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the project and any cumulative environmental effects that are likely to result from the project in combination with other projects or activities that have been or will be carried out;
- (b) the significance of the effects referred to in paragraph (a);
- (c) comments from the public that are received in accordance with this Act and the regulations;
- (d) measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects of the project; and
- (e) any other matter relevant to the screening, comprehensive study, mediation or assessment by a review panel, such as the need for the project and alternatives to the project, that the responsible authority or, except in the case of a screening, the Minister after consulting with the responsible authority, may require to be considered.

(2) In addition to the factors set out in subsection (1), every comprehensive study of a project and every mediation or assessment by a review panel shall include a consideration of the following factors:

- (a) the purpose of the project;

(2) Dans le cadre d'une évaluation environnementale de deux ou plusieurs projets, l'autorité responsable ou, si au moins un des projets est renvoyé à la médiation ou à l'examen par une commission, le ministre, après consultation de l'autorité responsable, peut décider que deux projets sont liés assez étroitement pour être considérés comme un seul projet.

(3) Est effectuée, dans l'un ou l'autre des cas suivants, l'évaluation environnementale de toute opération—construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou autre—constituant un projet lié à un ouvrage :

- a) l'opération est proposée par le promoteur;
- b) l'autorité responsable ou, dans le cadre d'une médiation ou de l'examen par une commission et après consultation de cette autorité, le ministre estime l'opération susceptible d'être réalisée en liaison avec l'ouvrage.

16. (1) L'examen préalable, l'étude approfondie, la médiation ou l'examen par une commission d'un projet portent notamment sur les éléments suivants :

- a) les effets environnementaux du projet, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à l'existence d'autres ouvrages ou à la réalisation d'autres projets ou activités, est susceptible de causer à l'environnement;
- b) l'importance des effets visés à l'alinéa a);
- c) les observations du public à cet égard, reçues conformément à la présente loi et aux règlements;
- d) les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux importants du projet;
- e) tout autre élément utile à l'examen préalable, à l'étude approfondie, à la médiation ou à l'examen par une commission, notamment la nécessité du projet et ses solutions de rechange,—dont l'autorité responsable ou, sauf dans le cas d'un examen préalable, le ministre, après consultation de celle-ci, peut exiger la prise en compte.

(2) L'étude approfondie d'un projet et l'évaluation environnementale qui fait l'objet d'une médiation ou d'un examen par une commission portent également sur les éléments suivants:

- a) les raisons d'être du projet;

- (b) alternative means of carrying out the project that are technically and economically feasible and the environmental effects of any such alternative means;
- (c) the need for, and the requirements of, any follow-up program in respect of the project; and
- (d) the capacity of renewable resources that are likely to be significantly affected by the project to meet the needs of the present and those of the future.
- (3) The scope of the factors to be taken into consideration pursuant to paragraphs (1)(a), (b) and (d) and (2)(b), (c) and (d) shall be determined
- (a) by the responsible authority; or
- (b) where a project is referred to a mediator or a review panel, by the Minister, after consulting the responsible authority, when fixing the terms of reference of the mediation or review panel.
- (4) An environmental assessment of a project is not required to include a consideration of the environmental effects that could result from carrying out the project in response to a national emergency for which special temporary measures are taken under the *Emergencies Act*.
17. (1) A responsible authority may delegate to any person, body or jurisdiction within the meaning of subsection 12(5) any part of the screening or comprehensive study of a project or the preparation of the screening report or comprehensive study report, and may delegate any part of the design and implementation of a follow-up program, but shall not delegate the duty to take a course of action pursuant to subsection 20(1) or 37(1).
- (2) For greater certainty, a responsible authority shall not take a course of action pursuant to subsection 20(1) or 37(1) unless it is satisfied that any duty or function delegated pursuant to subsection (1) has been carried out in accordance with this Act and the regulations.
18. (1) Where a project is not described in the comprehensive study list or the exclusion list, the responsible authority shall ensure that
- (a) a screening of the project is conducted; and
- (b) a screening report is prepared.
- (2) Any available information may be used in conducting the screening of a project, but where a responsible authority is of the opinion that the information available is not adequate to enable it to take a course of action pursuant to subsection 20(1), it shall ensure that any studies and information that it considers necessary for that purpose are undertaken or collected.
- b) les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, et leurs effets environnementaux;
- c) la nécessité d'un programme de suivi du projet, ainsi que ses modalités;
- d) la capacité des ressources renouvelables, risquant d'être touchées de façon importante par le projet, de répondre aux besoins du présent et à ceux des générations futures.
- (3) L'évaluation de la portée des éléments visés aux alinéas (1)a), b) et d) et (2)b), c) et d) incombe:
- a) à l'autorité responsable;
- b) au ministre, après consultation de l'autorité responsable, lors de la détermination du mandat du médiateur ou de la commission d'examen.
- (4) L'évaluation environnementale d'un projet n'a pas à porter sur les effets environnementaux que sa réalisation peut entraîner en réaction à des situations de crise nationale pour lesquelles des mesures d'intervention sont prises aux termes de la *Loi sur les mesures d'urgence*.
17. (1) L'autorité responsable d'un projet peut déléguer à un organisme, une personne ou une instance, au sens du paragraphe 12(5), l'exécution de l'examen préalable ou de l'étude approfondie, ainsi que les rapports correspondants, et la conception et la mise en œuvre d'un programme de suivi, à l'exclusion de toute prise de décision aux termes du paragraphe 20(1) ou 37(1).
- (2) Il est entendu que l'autorité responsable qui a délégué l'exécution de l'examen ou de l'étude ainsi que l'établissement des rapports en vertu du paragraphe (1) ne peut prendre une décision aux termes du paragraphe 20(1) ou 37(1) que si elle est convaincue que les attributions déléguées ont été exercées conformément à la présente loi et à ses règlements.
18. (1) Dans le cas où le projet n'est pas visé dans la liste d'étude approfondie ou dans la liste d'exclusion, l'autorité responsable veille :
- a) à ce qu'en soit effectué l'examen préalable;
- b) à ce que soit établi un rapport d'examen préalable.
- (2) Dans le cadre de l'examen préalable qu'elle effectue, l'autorité responsable peut utiliser tous les renseignements disponibles; toutefois, si elle est d'avis qu'il n'existe pas suffisamment de renseignements pour lui permettre de prendre une décision en vertu du paragraphe 20(1), elle fait procéder aux études et à la collecte de renseignements nécessaires à cette fin.

(3) Where the responsible authority is of the opinion that public participation in the screening of a project is appropriate in the circumstances, or where required by regulation, the responsible authority shall give the public notice and an opportunity to examine and comment on the screening report and on any record that has been filed in the public registry established in respect of the project pursuant to section 55 before taking a course of action under section 20.

...

20. (1) The responsible authority shall take one of the following courses of action in respect of a project after taking into consideration the screening report and any comments filed pursuant to subsection 18(3):

(a) subject to subparagraph (c)(iii), where, taking into account the implementation of any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate, the project is not likely to cause significant adverse environmental effects, the responsible authority may exercise any power or perform any duty or function that would permit the project to be carried out and shall ensure that any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate are implemented;

(b) where, taking into account the implementation of any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate, the project is likely to cause significant adverse environmental effects that cannot be justified in the circumstances, the responsible authority shall not exercise any power or perform any duty or function conferred on it by or under any Act of Parliament that would permit the project to be carried out in whole or in part; or

(c) where

(i) it is uncertain whether the project, taking into account the implementation of any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate, is likely to cause significant adverse environmental effects,

(ii) the project, taking into account the implementation of any mitigation measures that the responsible authority considers appropriate, is likely to cause significant adverse environmental effects and paragraph (b) does not apply, or

(iii) public concerns warrant a reference to a mediator or a review panel,

the responsible authority shall refer the project to the Minister for a referral to a mediator or a review panel in accordance with section 29.

...

55. (1) For the purpose of facilitating public access to records relating to environmental assessments, a public

(3) Avant de prendre sa décision aux termes de l'article 20, l'autorité responsable, dans les cas où elle estime que la participation du public à l'examen préalable est indiquée ou dans le cas où les règlements l'exigent, avise celui-ci et lui donne la possibilité d'examiner le rapport d'examen préalable et les documents consignés au registre public établi aux termes de l'article 55 et de faire ses observations à leur égard.

...

20. (1) L'autorité responsable prend l'une des mesures suivantes, après avoir pris en compte le rapport d'examen préalable et les observations reçues aux termes du paragraphe 18(3) :

a) sous réserve du sous-alinéa c)(iii), si la réalisation du projet n'est pas susceptible, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées, d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants, exercer ses attributions afin de permettre la mise en œuvre du projet et veiller à l'application de ces mesures d'atténuation;

b) si, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées, la réalisation du projet est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants qui ne peuvent être justifiés dans les circonstances, ne pas exercer les attributions qui lui sont conférées sous le régime d'une loi fédérale et qui pourraient lui permettre la mise en œuvre du projet en tout ou en partie;

c) s'adresser au ministre pour une médiation ou un examen par une commission prévu à l'article 29 :

(i) s'il n'est pas clair, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées, que la réalisation du projet soit susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants,

(ii) si la réalisation du projet, compte tenu de l'application de mesures d'atténuation qu'elle estime indiquées, est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs importants et si l'alinéa b) ne s'applique pas,

(iii) si les préoccupations du public le justifient.

...

55. (1) Est tenu, conformément à la présente loi et aux règlements, un registre public pour chacun des projets pour

registry shall be established and operated in a manner to ensure convenient public access to the registry and in accordance with this Act and the regulations in respect of every project for which an environmental assessment is conducted.

(2) The public registry in respect of a project shall be maintained

(a) by the responsible authority from the commencement of the environmental assessment until any follow-up program in respect of the project is completed; and

(b) where the project is referred to a mediator or a review panel, by the Agency from the appointment of the mediator or the members of the review panel until the report of the mediator or review panel is submitted to the Minister.

(3) Subject to subsection (4), a public registry shall contain all records produced, collected, or submitted with respect to the environmental assessment of the project, including

(a) any report relating to the assessment;

(b) any comments filed by the public in relation to the assessment;

(c) any records prepared by the responsible authority for the purposes of section 38;

(d) any records produced as the result of the implementation of any follow-up program;

(e) any terms of reference for a mediation or a panel review; and

(f) any documents requiring mitigation measures to be implemented.

(4) A public registry shall contain a record referred to in subsection (3) if the record falls within one of the following categories:

(a) records that have otherwise been made available to the public in carrying out the assessment pursuant to this Act and any additional records that have otherwise been made publicly available;

(b) any record or part of a record that the responsible authority, in the case of a record under its control, or the Minister, in the case of a record under the Agency's control, determines would have been disclosed to the public in accordance with the *Access to Information Act* if a request had been made in respect of that record under that Act at the time the record comes under its control, including any record that would be disclosed in the public interest pursuant to subsection 20(6) of that Act; and

(c) any record or part of a record, except a record or part containing third party information, if the responsible

lesquels une évaluation environnementale est effectuée afin de faciliter l'accès aux documents relatifs à cette évaluation.

(2) Le registre public est tenu :

a) par l'autorité responsable dès le début de l'évaluation environnementale et jusqu'à ce que le programme de suivi soit terminé;

b) par l'Agence, dans les cas où une médiation ou un examen par une commission est effectuée, dès la nomination du médiateur ou des membres de la commission jusqu'au moment de la remise du rapport au ministre.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), le registre public contient tous les documents produits, recueillis ou reçus relativement à l'évaluation environnementale d'un projet, notamment :

a) tout rapport relatif à l'évaluation environnementale du projet;

b) toute observation du public à l'égard de l'évaluation;

c) tous les documents que l'autorité responsable a préparés pour l'application de l'article 38;

d) tous les documents produits par l'application d'un programme de suivi;

e) le mandat du médiateur ou d'une commission;

f) tous les documents exigeant l'application de mesures d'atténuation.

(4) Le registre public permet l'accès aux documents visés au paragraphe (3) si ceux-ci appartiennent à l'une des catégories suivantes :

a) documents qui sont mis à la disposition du public dans le registre conformément à la présente loi ainsi que tout autre document qui a déjà été rendu public;

b) tout ou partie d'un document qui, de l'avis de l'autorité responsable, dans le cas d'un document qu'elle contrôle, ou de l'avis du ministre dans le cas d'un document que l'Agence contrôle, serait communiqué conformément à la *Loi sur l'accès à l'information* si une demande en ce sens était faite aux termes de celle-ci au moment où l'Agence prend le contrôle du document, y compris tout document qui serait communiqué dans l'intérêt public aux termes du paragraphe 20(6) de cette loi;

c) tout ou partie d'un document, à l'exception d'un document contenant des renseignements relatifs à un tiers,

authority, in the case of a record under the responsible authority's control, or the Minister, in the case of a record under the Agency's control, believes on reasonable grounds that its disclosure would be in the public interest because it is required in order for the public to participate effectively in the assessment.

(5) Sections 27, 28 and 44 of the *Access to Information Act* apply, with such modifications as the circumstances require, to any determination made under paragraph (4)(b) in respect of third party information, and, for the purpose of section 27 of that Act, any record referred to in paragraph (4)(b) shall be deemed to be a record that the responsible authority or the Minister intends to disclose and, for the purpose of applying that Act, any reference in that Act to the person who requested access shall be disregarded if no person has requested access to the information.

(6) Notwithstanding any other Act of Parliament, no civil or criminal proceedings lie against a responsible authority or the Minister, or against any person acting on behalf of or under the direction of a responsible authority or the Minister, and no proceedings lie against the Crown or any responsible authority for the disclosure in good faith of any record or any part of a record pursuant to this Act, for any consequences that flow from that disclosure, or for the failure to give any notice required under section 27 or any other provision of the *Access to Information Act* if reasonable care is taken to give the required notice.

(7) For the purposes of this section, "third party information" means

- (a) trade secrets of a third party;
- (b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;
- (c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; and
- (d) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

...

59. The Governor in Council may make regulations

...

(f) prescribing the provisions of any Act of Parliament or any regulation made pursuant thereto that confer powers, duties or functions on federal authorities the exercise or

si l'autorité responsable, dans le cas d'un document qu'elle contrôle ou le ministre, dans le cas d'un document que l'Agence contrôle, a des motifs raisonnables de croire qu'il serait d'intérêt public de le communiquer parce qu'il est nécessaire à une participation efficace du public à l'évaluation environnementale.

(5) Les articles 27, 28 et 44 de la *Loi sur l'accès à l'information* s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à toute détermination faite aux termes de l'alinéa (4)b) à l'égard de renseignements relatifs à un tiers, et tout document visé à cet alinéa est réputé, pour l'application de l'article 27 de cette loi, constituer un document que le ministre ou l'autorité responsable a l'intention de communiquer; pour l'application de cette loi, il ne doit pas être tenu compte de la mention de la personne qui a demandé la communication des renseignements si nul ne l'a demandée.

(6) Malgré toute autre loi fédérale, l'autorité responsable ou le ministre et les personnes qui agissent en leur nom ou sous leur autorité bénéficient de l'immunité en matière civile ou pénale, et la Couronne ainsi que les autorités responsables bénéficient de l'immunité devant toute juridiction, pour la communication totale ou partielle d'un document faite de bonne foi dans le cadre de la présente loi ainsi que pour les conséquences qui en découlent; ils bénéficient également de l'immunité dans les cas où, ayant fait preuve de la diligence nécessaire, ils n'ont pu donner les avis prévus à l'article 27 ou à toute autre disposition de la *Loi sur l'accès à l'information*.

(7) Au présent article, « renseignements relatifs à un tiers » s'entend des renseignements suivants :

- a) secrets industriels de tiers;
- b) renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;
- c) renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;
- d) renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

...

59. Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

...

f) déterminer les dispositions législatives ou réglementaires fédérales prévoyant les attributions des autorités fédérales relativement à un projet dont l'exercice rend

performance of which requires an environmental assessment under paragraph 5(1)(d);

nécessaire une évaluation environnementale en vertu de l'alinéa 5(1)d);

2. CANADIAN ENVIRONMENTAL ASSESSMENT ACT—
LAW LIST REGULATIONS

2. LOI CANADIENNE SUR L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE—RÈGLEMENT SUR LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES DÉSIGNÉES

REGULATIONS PRESCRIBING PROVISIONS OF ACTS PARLIAMENT AND REGULATIONS MADE PURSUANT TO ANY SUCH ACT THAT CONFER POWERS, DUTIES OR FUNCTIONS ON FEDERAL AUTHORITIES OR ON THE GOVERNOR IN COUNCIL, THE EXERCISE OF WHICH REQUIRES AN ENVIRONMENTAL ASSESSMENT

RÈGLEMENT DÉSIGNANT LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES FÉDÉRALES PRÉVOYANT LES ATTRIBUTIONS DES AUTORITÉS FÉDÉRALES ET DU GOUVERNEUR EN CONSEIL DONT L'EXERCICE REND NÉCESSAIRE UNE ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE

...

...

1. These Regulations may be cited as the *Law List Regulations*.

1. *Règlement sur les dispositions législatives et réglementaires.*

...

...

2. The provisions of an Act set out in Part I of Schedule I and a regulation set out in Part II of that Schedule are prescribed for the purposes of paragraph 5(1)(d) of the *Canadian Environmental Assessment Act*.

2. Pour l'application de l'alinéa 5(1)d) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, les dispositions législatives et réglementaires sont celles prévues respectivement aux parties I et II de l'annexe I.

...

...

SCHEDULE I
(Section 2)

ANNEXE I
(article 2)

PROVISIONS OF ACTS AND REGULATIONS THAT CONFER POWERS, DUTIES OR FUNCTIONS ON FEDERAL AUTHORITIES

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES CONFÉRANT DES ATTRIBUTIONS À UNE AUTORITÉ FÉDÉRALE

PART I
PROVISIONS OF ACTS

PARTIE I
DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

Item* Provisions

Article* Dispositions

...

...

11. *Navigable Waters Protection Act (14)*

14. *Loi sur la protection des eaux navigables (11)*

- (a) paragraph 5(1)(a)
- (b) subsection 6(4)
- (c) section 16
- (d) section 20

- a) alinéa 5(1)a)
- b) paragraphe 6(4)
- c) article 16
- d) article 20

3. NAVIGABLE WATERS PROTECTION ACT

3. LOI SUR LA PROTECTION DES EAUX NAVIGABLES

2. In this Act,

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

“Minister” means the Minister of Transport;

«eaux navigables» Sont compris parmi les eaux navigables les canaux et les autres plans d'eau créés ou modifiés par suite de la construction d'un ouvrage.

“navigable water” includes a canal and any other body of water created or altered as a result of the construction of any work.

3. In this Part,

...

“work” includes

(a) any bridge, boom, dam, wharf, dock, pier, tunnel or pipe and the approaches or other works necessary or appurtenant thereto,

(b) any dumping of fill or excavation of materials from the bed of a navigable water,

(c) any telegraph or power cable or wire, or

(d) any structure, device or thing, whether similar in character to anything referred to in this definition or not, that may interfere with navigation.

...

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).

(2) Except in the case of a bridge, boom, dam or causeway, this section does not apply to any work that, in the opinion of the Minister, does not interfere substantially with navigation.

4. PUBLIC SERVICE REARRANGEMENT AND TRANSFER OF DUTIES ACT

2. The Governor in Council may

(a) transfer any powers, duties or functions or the control or supervision of any portion of the public service from one minister to another, or from one department or portion of the public service to another; or

«ministre» Le ministre des Transports.

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

...

«ouvrages» Sont compris parmi les ouvrages:

a) les ponts, estacades, barrages, quais, docks, jetées, tunnels ou conduites ainsi que les abords ou autres ouvrages nécessaires ou accessoires;

b) les déversements de remblais ou excavations de matériaux tirés du lit d'eaux navigables;

c) les câbles ou fils de télégraphe ou de transport d'énergie;

d) les constructions, appareils ou objets similaires ou non à ceux mentionnés à la présente définition et susceptibles de nuire à la navigation.

...

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).

(2) Sauf dans le cas d'un pont, d'une estacade, d'un barrage ou d'une chaussée, le présent article ne s'applique pas à un ouvrage qui, de l'avis du ministre, ne gêne pas sérieusement la navigation.

4. LOI SUR LES RESTRUCTURATIONS ET LES TRANSFERTS D'ATTRIBUTIONS DANS L'ADMINISTRATION PUBLIQUE

2. Le gouverneur en conseil peut procéder:

a) à tout transfert d'attributions, ou de responsabilité à l'égard d'un secteur de l'administration publique, entre ministres ou entre ministères ou secteurs de l'administration publique;

(b) amalgamate and combine any two or more departments under one minister and under one deputy minister.

3. Where under this Act, or under any other lawful authority, any power, duty or function, or the control or supervision of any portion of the public service, is transferred from one minister to another, or from one department or portion of the public service to another, the minister, department or portion of the public service to whom or which the power, duty, function, control or supervision is transferred, and the appropriate officers of that department or portion of the public service, shall, in relation thereto, be substituted for and have and carry out the respective powers and duties that formerly belonged to or were to be carried out by the minister, department or portion of the public service and the respective officers of the department or portion of the public service from whom or which the power, duty, function, control or supervision is so transferred.

5. ORDER IN COUNCIL P.C. 1995-527, MARCH 28, 1995, SI/95-46

His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Prime Minister, pursuant to paragraph 2(a) of the Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act, is pleased hereby to transfer, effective April 1, 1995, to the Department of Fisheries and Oceans the control and supervision of that portion of the public service in the Department of Transport known as the Canadian Coast Guard, other than

(a) the Harbours and Ports Directorate and the regional Harbours and Ports Branches;

(b) the Marine Regulatory Directorate; and

(c) the Ship Inspection Directorate and the regional Ship Inspection Branches.

b) au regroupement de deux ministères ou plus sous l'autorité d'un seul ministre et d'un seul sous-ministre.

3. Le ministre, le ministère ou le secteur de l'administration publique auxquels sont transférées, sous le régime de la présente loi ou en vertu de toute autre habilitation, des attributions ou responsabilités, ainsi que leurs fonctionnaires compétents, ont le plein exercice des pouvoirs et fonctions dévolus à leurs prédécesseurs.

5. DÉCRET C.P. 1995-527, 28 MARS 1995, TR/95-46

Sur recommandation du premier ministre et en vertu de l'alinéa 2a) de la Loi sur les restructurations et les transferts d'attributions dans l'administration publique, il plaît à Son Excellence le Gouverneur Général en conseil de transférer au ministère des Pêches et des Océans la responsabilité à l'égard du secteur de l'administration publique connu sous le nom de Garde côtière canadienne qui fait partie du ministère des Transports, à l'exception des secteurs suivants :

a) la Direction des havres et des ports et les divisions régionales des havres et des ports;

b) la Direction de la réglementation maritime;

c) la Direction des inspections des navires et les divisions régionales des inspections des navires.

Le transfert prend effet le 1^{er} avril 1995.

T-2416-97

The Governor and Company of the Bank of Scotland (Plaintiff)

v.

The Owners and All Others Interested in the Ship Nel and Ocean Profile Maritime Limited (Defendants)**INDEXED AS: GOVERNOR AND COMPANY OF THE BANK OF SCOTLAND v. NEL (THE) (T.D.)**

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver and Montréal (teleconference), May 27 and June 25; Vancouver, July 2, 1998.

Maritime law — Creditors and debtors — Motion by necessities supplier to compel production of documents showing any collateral benefits obtained by mortgagee for which should account, making more funds available to lien claimants — Procedure preliminary to determination of priorities to proceeds of judicial sale of ship — Bank's claim as mortgagee will substantially exhaust sale proceeds — Documents relevant if necessities claimants, holding only statutory rights in rem, able to require Bank to marshal — Marshalling equitable right whereby Court ordering creditor, having secured right on more than one res or fund belonging to debtor, or security from two or more debtors for same debt, to exercise right on security in manner in best interests of all creditors — Formerly, unsecured creditors had right to benefit of marshalling — Overlooked in recent Canadian cases concerned with in personam right of creditors — Those cases limited to facts, not to be followed as contrary to equitable doctrine of marshalling — Production of commitment letter ordered.

Equity — Doctrine of marshalling — As between mortgagee, creditor — Priorities to proceeds of judicial sale of ship — Authoritative definitions of marshalling referred to — Whether unsecured creditors have benefit of marshalling — Equity engineered redress of marshalling so that no man made rich by another's injury — Canadian case law limiting availability of marshalling to be departed from to uphold obvious legal principles.

T-2416-97

The Governor and Company of the Bank of Scotland (demanderesse)

c.

Les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire Nel et Ocean Profile Maritime Limited (défendeurs)**RÉPERTORIÉ: GOVERNOR AND COMPANY OF THE BANK OF SCOTLAND c. NEL (LE) (1^{re} INST.)**

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver et Montréal (téléconférence), 27 mai et 25 juin; Vancouver, 2 juillet 1998.

Droit maritime — Créanciers et débiteurs — Requête présentée par un fournisseur d'approvisionnements nécessaires sollicitant la production de documents démontrant que la créancière hypothécaire a reçu des avantages accessoires dont elle doit rendre compte, ce qui dégagerait plus de fonds pour les titulaires de privilèges — Procédure préliminaire à l'établissement de l'ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente judiciaire du navire — La réclamation de la Banque, créancière hypothécaire, épuiserait en grande partie le produit de la vente — Les documents pertinents si les fournisseurs d'approvisionnement nécessaires, titulaires uniquement de droits réels, peuvent obliger la Banque à procéder à une collocation en equity — La collocation est un mécanisme reconnu en equity par lequel le tribunal ordonne au créancier qui possède un droit garanti sur plusieurs choses ou sur plusieurs fonds appartenant au débiteur, ou la garantie de deux ou de plusieurs débiteurs pour la même créance, d'exercer son droit sur la garantie de la manière qui favorise le mieux les intérêts de la masse des créanciers — À l'origine, les créanciers chirographaires avaient droit à la collocation en equity — Les causes canadiennes récentes portant sur les droits personnels des créanciers n'en ont pas tenu compte — Cette jurisprudence se limite aux faits en cause dans chaque cas et ne doit pas être suivie parce qu'elle est contraire à la doctrine de la collocation en equity — La production de la lettre d'engagement a été ordonnée.

Equity — Doctrine de la collocation en equity — Entre la créancière hypothécaire et l'autre créancière — Ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente judiciaire — Mention des définitions de la collocation en equity qui font autorité — Les créanciers chirographaires peuvent-ils se prévaloir de la collocation en equity? — L'equity a conçu la collocation en equity comme réparation afin d'empêcher qu'une personne s'enrichisse en lésant autrui — Il faut déroger à la jurisprudence canadienne, qui a limité l'accès

This was a motion by a necessities supplier for production of documents on which the plaintiff's nominee might be cross-examined during the procedure leading up to a determination of priorities to the proceeds of the judicial sale of the *Nel*. The plaintiff mortgagee will be looking to the sale proceeds to satisfy its claim. If it holds a priority coming after the marshal's sale costs, its claims will substantially exhaust the sale proceeds. Alpha Bunkering wishes to cross-examine the Bank's nominee to determine whether the Bank obtained any collateral benefit as lender to the new owners of the *Nel*, for which it should account thus making more funds available to the lien claimants. Such information is relevant only if the necessities claimants do not have maritime liens ranking ahead of the Bank, but are able to require the Bank to marshal. Marshalling is an equitable process whereby the Marshall or the court orders a creditor who has a secured right on more than one *res* or fund belonging to the debtor, or security from two or more debtors for the same debt, to exercise his right on the security in a manner which will be in the best interests of all creditors.

The issue was whether an unsecured creditor is able to rely on the doctrine of marshalling.

Held, the motion should be allowed.

Equity engineered the redress of marshalling as an application of the maxim that no man ought to be made rich out of another's injury. Under Canadian law, necessities suppliers with mere rights *in rem* are in the same position as unsecured creditors. The plaintiff referred to various cases for the proposition that unsecured creditors cannot avail themselves of the doctrine of marshalling. In England, marshalling applies to cases of double security generally to afford equitable redress. While English cases and authorities which treat marshalling as a broad equitable concept to give relief where needed, including to mere holders of oral and written contracts, are not binding on the Federal Court, they are persuasive. The early cases setting out the scope of the doctrine of marshalling do not suggest that it is not available to ordinary contractual creditors. Indeed, the opposite is true. In the past, unsecured creditors always had a right to the benefit of marshalling. Yet some Canadian courts, in certain circumstances, seem to have limited the availability of this remedy, departing from equitable concepts by specifically denying it to ordinary creditors, but without any real reason. The doctrine of *stare decisis* notwithstanding, current

sibilité à la collocation en equity, pour donner effet à des principes de droit évidents.

Il s'agit d'une requête présentée par un fournisseur d'approvisionnements nécessaires en vue de la production de documents à l'égard desquels le représentant de la demanderesse pourrait être contre-interrogé au cours de la procédure à l'issue de laquelle sera établi l'ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente judiciaire du *Nel*. La créancière hypothécaire demanderesse s'intéresse au produit de la vente pour obtenir le remboursement de sa créance. Si sa créance prend rang immédiatement après celle du prévôt relativement aux frais de la vente, elle épuiserait en grande partie le produit de la vente. Alpha Bunkering veut contre-interroger le représentant de la Banque afin de vérifier si la Banque a pu obtenir un avantage accessoire en consentant un prêt à la nouvelle propriétaire du *Nel*, dont elle devrait rendre compte, ce qui dégagerait plus de fonds pour les titulaires de privilèges. Ces renseignements ne sont pertinents que si les fournisseurs d'approvisionnements nécessaires ne sont pas titulaires de privilèges maritimes prenant rang avant la Banque, mais peuvent obliger la Banque à procéder à une collocation en *equity*. La collocation est un mécanisme reconnu en *equity* par lequel le prévôt ou le tribunal ordonne au créancier qui possède un droit garanti sur plusieurs choses ou sur plusieurs fonds appartenant au débiteur ou la garantie de deux ou de plusieurs débiteurs pour la même créance d'exercer son droit sur la garantie de la manière qui favorise le mieux les intérêts de la masse des créanciers.

La question à trancher était celle de savoir si un créancier chirographaire peut se prévaloir de la doctrine de la collocation en *equity*.

Jugement: la requête est accueillie.

L'*equity* a conçu la collocation, comme réparation, en application de la maxime selon laquelle personne ne doit s'enrichir en lésant autrui. En vertu du droit canadien, les fournisseurs d'approvisionnements nécessaires qui ne jouissent que de droits réels se trouvent dans la même situation que les créanciers chirographaires. La demanderesse a invoqué différentes décisions à l'appui de sa prétention portant que les créanciers chirographaires ne peuvent pas se prévaloir de la doctrine de la collocation en *equity*. En Angleterre, la collocation s'applique à toutes les sûretés doubles afin d'offrir une réparation équitable. La jurisprudence et la doctrine émanant d'Angleterre qui considèrent la collocation comme un concept d'*equity* de portée étendue visant à permettre une réparation lorsque c'est nécessaire, notamment en faveur des parties à un contrat oral ou écrit, ne lient pas la Cour fédérale, mais elles sont convaincantes. Rien n'indique dans la jurisprudence antérieure établissant la portée de la doctrine de la collocation en *equity* que ce recours ne peut être exercé par les créanciers ordinaires en vertu d'un contrat. En fait, l'inverse est vrai. Les créanciers chirographaires ont toujours eu, par le passé, le droit de

precedent on the right to marshal should not be followed blindly. Given the law surrounding the equitable roots of marshalling, a departure from recent case law was necessary to uphold what are plain and obvious principles of law. Furthermore, the cases cited by the Bank could be limited to their facts. They dealt with the rights of *in personam* creditors, not with those of *in rem* creditors. Production of the commitment letter to the *in rem* claimants would not be denied on the dubious proposition that mere *in rem* creditors may not benefit from marshalling.

profiter de la collocation en *equity*. Pourtant, certains tribunaux canadiens ont semblé limiter l'accessibilité à cette réparation, dans certaines circonstances, dérogeant ainsi aux concepts d'*equity* et niant expressément aux créanciers ordinaires le droit à la collocation en *equity*, mais sans véritable motif. Malgré la doctrine du *stare decisis*, il ne faut pas suivre aveuglément les précédents existants en ce qui concerne le droit à la collocation en *equity*. Compte tenu des règles de droit entourant les racines en *equity* de la collocation, il était nécessaire de déroger à la jurisprudence récente pour donner effet à des principes de droit clairs et évidents. De plus, la jurisprudence citée par la Banque peut être limitée aux faits en cause dans chaque cas. Elle traitait simplement des droits des titulaires d'une créance personnelle, et non des droits des titulaires d'une créance réelle. La production de la lettre d'engagement ne doit pas être refusée aux titulaires d'une créance réelle pour la raison quelque peu douteuse que la collocation en *equity* ne s'applique peut-être pas en leur faveur.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Administration of Estates Act, 1925 (U.K.), 15 Geo. 5, c. 23.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 22(2)(m).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Aldrich v. Cooper (1803), 8 Ves. Jun. 382; 32 E.R. 402 (Ch.); *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The Comer*, [1970] Ex. C.R. 13; aff'd [1971] S.C.R. v.

DISTINGUISHED:

Williamson v. Loonstra et al. (1973), 34 D.L.R. (3d) 275 (B.C.S.C.); *Bread Man Inc. (Re)* (1979), 21 O.R. (2d) 59; 89 D.L.R. (3d) 599; 29 C.B.R. (N.S.) 58 (S.C.); *Allison (Re)* (1995), 22 O.R. (3d) 102; 30 C.B.R. (3d) 144; 44 R.P.R. (2d) 237 (Gen. Div.).

CONSIDERED:

Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. v. The Miss Donna, [1978] 1 F.C. 379 (T.D.); *National Provincial Bank Ltd. v. Katz*, [1960] Ch. 179; *Allison (Re)* (1998), 38 O.R. (3d) 337 (C.A.).

REFERRED TO:

Trimmer v. Bayne (1803), 9 Ves. Jun. 209; 32 E.R. 582 (Ch.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Administration of Estates Act, 1925 (R.-U.), 15 Geo. 5, ch. 23.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22(2)m).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Aldrich v. Cooper (1803), 8 Ves. Jun. 382; 32 E.R. 402 (Ch.); *Coastal Equipment Agencies Ltd. c. Le Comer*, [1970] R.C.É. 13; conf. par [1971] R.C.S. v.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Williamson v. Loonstra et al. (1973), 34 D.L.R. (3d) 275 (C.S.C.-B.); *Bread Man Inc. (Re)* (1979), 21 O.R. (2d) 59; 89 D.L.R. (3d) 599; 29 C.B.R. (N.S.) 58 (C.S.); *Allison (Re)* (1995), 22 O.R. (3d) 102; 30 C.B.R. (3d) 144; 44 R.P.R. (2d) 237 (Div. gén.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. c. (Le) Miss Donna, [1978] 1 C.F. 379 (1^{re} inst.); *National Provincial Bank Ltd. v. Katz*, [1960] Ch. 179; *Allison (Re)* (1998), 38 O.R. (3d) 337 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Trimmer v. Bayne (1803), 9 Ves. Jun. 209; 32 E.R. 582 (Ch.).

AUTHORS CITED

- Halsbury's Laws of England*, vol. 16, 4th ed. reissue. London: Butterworths, 1992.
- Story, Joseph. *Commentaries on Equity Jurisprudence*, 3rd English ed. by A. E. Randall. London: Sweet and Maxwell, 1920.
- Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

MOTION for production of documents showing any collateral benefit received by the mortgagee for which it should account thus making more of the proceeds of the judicial sale of the *Nel* available to unsecured creditors. Motion allowed.

APPEARANCE:

- Peter Bernard* for plaintiff.
- John Bromley* for claimant Campotex Shipping Services Ltd.
- Christopher Giaschi* for claimant Legend Marine Singapore Pte. Ltd.
- Jonathan S. McLean* for claimants Aktina SA, Bureau Veritas and Mariners Medical Clinic.
- David F. McEwen* for claimants Petro Marine Products, Ashland Chemical Inc. and Empire International Steavadores Ltd.
- Doug G. Morrison* for claimant Shell Canada Limited.
- Michael J. Bird* for claimant Sait Communications SA.
- Louis Buteau* for claimant Alfa Bunkering Co. Ltd.
- Marc de Man* and *Andrea J. Sterling* for claimant HBI International.
- A. Barry Oland* for claimant Pacific Pilotage Authority.

SOLICITORS OF RECORD:

- Campney & Murphy*, Vancouver, for plaintiff.
- Bromley, Chapelski*, Vancouver, for claimant Campotex Shipping Services Ltd.
- Giaschi, Margolis*, Vancouver, for claimant Legend Marine Singapore Pte. Ltd.
- Edwards, Kenny & Bray*, Vancouver, for claimants Aktina SA, Bureau Veritas and Mariners Medical Clinic.

DOCTRINE

- Halsbury's Laws of England*, vol. 16, 4th ed. reissue. London: Butterworths, 1992.
- Story, Joseph. *Commentaries on Equity Jurisprudence*, 3rd English ed. par A. E. Randall. London: Sweet and Maxwell, 1920.
- Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

REQUÊTE en vue de la production de documents révélant tout avantage accessoire que la créancière hypothécaire aurait reçu et dont elle devrait rendre compte, ce qui rendrait une plus grande part du produit de la vente judiciaire du *Nel* accessible aux créanciers chirographaires. Requête accueillie.

ONT COMPARU:

- Peter Bernard* pour la demanderesse.
- John Bromley* pour la réclamante Campotex Shipping Services Ltd.
- Christopher Giaschi* pour la réclamante Legend Marine Singapore Pte. Ltd.
- Jonathan S. McLean* pour les réclamantes Aktina SA, Bureau Veritas et Mariners Medical Clinic.
- David F. McEwen* pour les réclamantes Petro Marine Products, Ashland Chemical Inc. et Empire International Steavadores Ltd.
- Doug G. Morrison* pour la réclamante Shell Canada Limitée.
- Michael J. Bird* pour la réclamante Sait Communications SA.
- Louis Buteau* pour la réclamante Alfa Bunkering Co. Ltd.
- Marc de Man* et *Andrea J. Sterling* pour la réclamante HBI International.
- A. Barry Oland* pour la réclamante Pacific Pilotage Authority.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

- Campney & Murphy*, Vancouver, pour la demanderesse.
- Bromley, Chapelski*, Vancouver, pour la réclamante Campotex Shipping Services Ltd.
- Giaschi, Margolis*, Vancouver, pour la réclamante Legend Marine Singapore Pte. Ltd.
- Edwards, Kenny & Bray*, Vancouver, pour les réclamantes Aktina SA, Bureau Veritas et Mariners Medical Clinic.

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for claimants Petro Marine Products, Ashland Chemical Inc. and Empire International Steavadores Ltd.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for claimant Shell Canada Limited.

Owen, Bird, Vancouver, for claimant Sait Communications SA.

Sproule, Castonguay, Montréal, for claimant Alfa Bunkering Co. Ltd.

Gottlieb & Pearson, Montréal, for claimant HBI International.

A. B. Oland, Vancouver, for claimant Pacific Pilotage Authority.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] HARGRAVE P.: These reasons which touch on the doctrine of marshalling as between mortgagee and creditor, arise out of the motion of Alfa Bunkering Co. Ltd. (Alfa Bunkering), a necessities supplier and claimant to the proceeds of the judicial sale of the *Nel*. Alfa Bunkering wishes to have the plaintiff, The Governor and Company of the Bank of Scotland (the Bank of Scotland) produce various documents on which its nominee might be cross-examined during the procedure leading up to a determination of priorities to the sale proceeds.

BACKGROUND

[2] The judicial sale and the purchase of the *Nel* were organized by the Bank of Scotland. The Bank of Scotland also financed both the purchase of the *Nel* and of the *Blue L*, the latter vessel a sister ship sold by a South African court.¹

[3] The Bank of Scotland, both in this Canadian proceeding and in the South African proceeding, looks to the sale proceeds to satisfy claims for money lent and secured by mortgages on the *Nel* and the *Blue L* and on several other vessels in the same ownership; in effect the Bank of Scotland held, at material times, a fleet mortgage. If the Bank of Scotland, as a mort-

McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, pour les réclamantes Petro Marine Products, Ashland Chemical Inc. et Empire International Steavadores Ltd.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, pour la réclamante Shell Canada Limitée.

Owen, Bird, Vancouver, pour la réclamante Sait Communications SA.

Sproule, Castonguay, Montréal, pour la réclamante Alfa Bunkering Co. Ltd.

Gottlieb & Pearson, Montréal, pour la réclamante HBI International.

A. B. Oland, Vancouver, pour la réclamante Pacific Pilotage Authority.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les présents motifs, qui portent sur la doctrine de la collocation en *equity* (*marshalling*) entre la créancière hypothécaire et l'autre créancière, font suite à la présentation d'une requête par la société Alfa Bunkering Co. Ltd. (Alfa Bunkering), qui est un fournisseur d'approvisionnements nécessaires et qui revendique une participation au produit de la vente judiciaire du *Nel*. Alfa Bunkering désire que la demanderesse, The Governor and Company of the Bank of Scotland (la Banque d'Écosse) produise différents documents à l'égard desquels son représentant pourrait être contre-interrogé au cours de la procédure à l'issue de laquelle sera établi l'ordre de priorité pour la répartition du produit de la vente.

CONTEXTE

[2] La vente judiciaire du *Nel* a été organisée par la Banque d'Écosse. La Banque d'Écosse a également financé l'achat du *Nel* et du *Blue L*, ce dernier bateau étant un navire jumeau vendu par un tribunal d'Afrique du Sud¹.

[3] La Banque d'Écosse, dans les instances intentées au Canada et en Afrique du Sud, s'intéresse au produit de la vente dans le but d'obtenir le remboursement d'un prêt garanti par une hypothèque grevant le *Nel* et le *Blue L* ainsi que plusieurs autres bateaux appartenant à la même propriétaire; en fait, la Banque d'Écosse était titulaire d'une hypothèque grevant la

gagee, holds a priority coming after the marshal's sale costs, its claims will substantially exhaust the sale proceeds of at least the *Nel*.

[4] Counsel for Alfa Bunkering, which looks to the *Nel* proceeds to satisfy its claim, submits it has a maritime lien, but is concerned that if Alfa Bunkering is found to be the holder of a mere statutory right *in rem*, coming behind a mortgage in priority, there will be no funds left from the sale of the *Nel* once the claim of the Bank of Scotland is satisfied. Alfa Bunkering wishes to make certain that the Bank of Scotland, through its nominee, be thoroughly cross-examined, an examination going beyond the usual proof of security and accounting, to test for any collateral benefit the Bank of Scotland might have obtained as lenders to the new owners of the *Nel*. Counsel for various other claimants are in a similar position to that of Alfa Bunkering.

[5] When the motion initially came on for hearing various counsel for the lien claimants, who brought and who supported the motion, could not produce evidence of the Bank of Scotland receiving a collateral benefit and to that extent any exploration would be an improper fishing expedition. However, counsel submitted that the financing of the purchase of the *Nel* and of the *Blue L* is a special circumstance and thus the Bank of Scotland ought to produce various documents bearing on its post-sale involvement with the two vessels, including the commitment letter and the loan agreement between the Bank of Scotland and the present owner of the *Nel* who is also the buyer and owner of the *Blue L*. Counsel for Alfa Bunkering submits that there might be a close connection between the former owner and the new owner of the *Nel* and *Blue L* and that perhaps the new owner remains responsible to the Bank of Scotland for some portion of the original debt. Again, this was an unsupported submission.

flotte à toutes les époques pertinentes. Si, dans l'ordre des priorités, la créance hypothécaire de la Banque d'Écosse prend rang immédiatement après la créance du prévôt relativement aux frais de la vente, sa réclamation épuiserait en grande partie le produit de la vente, à tout le moins du *Nel*.

[4] L'avocat d'Alfa Bunkering, qui s'intéresse au produit de la vente du *Nel* aux fins du paiement de sa créance, prétend que cette société est titulaire d'un privilège maritime, mais craint, si elle est considérée comme titulaire d'un simple droit réel d'origine législative, qui prendrait rang après l'hypothèque, qu'il ne reste pas de fonds tirés de la vente du *Nel* après le paiement de la créance de la Banque d'Écosse. Alfa Bunkering veut s'assurer que la Banque d'Écosse soit contre-interrogée de façon approfondie, par l'entremise de son représentant, la portée de l'interrogatoire s'étendant au-delà de la preuve habituelle de la sûreté et de la reddition de compte, afin de vérifier si la Banque d'Écosse a pu obtenir un avantage accessoire en consentant un prêt à la nouvelle propriétaire du *Nel*. Les avocats des différents autres créanciers défendent une position semblable à celle de l'avocat d'Alfa Bunkering.

[5] Lors de l'audition initiale de la requête, les différents avocats représentant les titulaires de privilèges, qui ont présenté et appuyé la requête, n'ont pas pu produire d'éléments de preuve établissant que la Banque d'Écosse aurait reçu un avantage accessoire et, dans cette mesure, la recherche de renseignements constituerait un interrogatoire à l'aveuglette inopportun. Toutefois, les avocats ont soutenu que le financement de l'achat du *Nel* et du *Blue L* constitue une circonstance particulière et que la Banque d'Écosse doit donc produire différents documents portant sur ses opérations postérieures à la vente touchant ces deux bateaux, et notamment sa lettre d'engagement et la convention de prêt conclue entre la Banque d'Écosse et la propriétaire actuelle du *Nel* qui a également acheté le *Blue L*. L'avocat d'Alfa Bunkering soutient qu'il se peut qu'il existe un lien étroit entre l'ancienne et la nouvelle propriétaire du *Nel* et du *Blue L* et que la nouvelle propriétaire pourrait demeurer responsable d'une partie de la dette initiale envers la Banque d'Écosse. Aucun élément de preuve n'a été produit à l'appui de cette prétention non plus.

[6] Counsel for the Bank of Scotland had not seen any of the requested material, but submitted that production was not only irrelevant, but also an uncalled for intrusion into the affairs of the new owner.

[7] I ordered the documents produced to the Court for examination, adjourning the motion pending that examination, with the parties to reattend in due course. To assist the parties I provided each counsel with a copy of a memorandum, being my assessment of the documents, before the motion resumed, the disputed documents being again placed in a sealed envelope, this time in the possession of the Court.

[8] Essentially I found the documents irrelevant, except to the extent that the commitment letter indicated the loan secured by the mortgage of the *Blue L* was substantially in excess of both the appraised value and the purchase price of that ship. Now there may be a perfectly good reason for the apparent advance in excess of the purchase price, for example funds earmarked for dry docking or repairing the ship, to the benefit of both owner and mortgage holder, but that is not the present issue.

[9] Counsel for Alfa Bunkering, with support from counsel for other claimants, submits this excessive loan figure could, if the loan proceeds were not entirely advanced, result in a bonus to the Bank of Scotland on repayment. Further there is an indication that if the venture went well and the *Nel*, a twenty-four-year old vessel in a presently declining market, were to increase in value, during the modest term of the mortgage and be sold for more than her purchase price, a price which was consistent with the then appraised value, the Bank of Scotland would participate in that profit. All of this, submit counsel, is a collateral benefit for which the Bank of Scotland should account, for it could make more funds available to the lien claimants. The latter so-called collateral benefit, a possible participation in a very speculative profit, is too far removed and too uncertain

[6] L'avocat de la Banque d'Écosse n'a examiné aucun des documents demandés, mais il a fait valoir non seulement que leur production serait non pertinente, mais encore qu'elle constituerait une intrusion injustifiée dans les affaires de la nouvelle propriétaire.

[7] J'ai ordonné que les documents soient produits devant la Cour pour examen et j'ai ajourné la requête jusqu'à l'issue de cet examen, les parties devant comparaître à nouveau en temps opportun. Pour aider les parties, j'ai remis à chaque avocat une copie d'un mémoire, faisant état de mon évaluation des documents, avant la reprise de l'audition de la requête, les documents contestés étant à nouveau placés dans une enveloppe scellée, cette fois en possession de la Cour.

[8] J'ai conclu pour l'essentiel que ces documents n'étaient pas pertinents, sauf dans la mesure où la lettre d'engagement indiquait que le montant du prêt garanti par l'hypothèque grevant le *Blue L* était de beaucoup supérieur à la valeur estimative et au prix d'achat de ce navire. Toutefois, il existe peut-être une très bonne raison pour laquelle le montant prêté dépassait apparemment le prix d'achat; il peut par exemple s'agir de fonds destinés au paiement de la mise en cale sèche et des réparations du navire, au profit à la fois de la propriétaire et de la titulaire de l'hypothèque, mais ce n'est pas cette question que la Cour doit trancher en l'espèce.

[9] L'avocat d'Alfa Bunkering soutient, avec l'appui des avocats des autres créanciers, que le montant excédentaire du prêt pourrait permettre à la Banque d'Écosse de toucher une prime lors du remboursement du prêt, si les fonds du prêt ne sont pas versés en totalité. Il y a en outre lieu de croire que la Banque d'Écosse participerait au profit, si l'aventure s'avérait fructueuse et si le *Nel*, un navire vieux de vingt-quatre ans dans un marché en déclin, prenait de la valeur pendant la courte durée du prêt et était vendu à un prix supérieur à son prix d'achat, qui correspondait à sa valeur estimative au moment de l'achat. L'avocat prétend que ces possibilités constituent un avantage accessoire dont la Banque d'Écosse doit rendre compte, car elles pourraient dégager plus de fonds pour les créanciers privilégiés. La dernière possibilité qualifiée d'avantage accessoire, savoir la participation

to be relevant. The former, a possible bonus to the Bank of Scotland on the financing of the *Blue L*, is only relevant if the necessary claimants do not have maritime liens, ranking ahead of the Bank of Scotland, but only hold statutory rights *in rem* and are able to require the Bank of Scotland to marshal.

[10] The concept of marshalling was brought up by counsel and therefore I touched upon it in my memorandum to counsel indicating that if counsel “wished to broach the matter of marshalling and the *Blue L*, or other vessels involved, that ought to be done, to the extent that it may be proper, on cross-examination”: at the time I had doubts as to whether the doctrine of marshalling applied and thus the reservation, “to the extent that it may be proper” for there is some authority that creditors of all types are not necessarily entitled to the benefit of marshalling. I now turn to a consideration of the motion, beginning with the concept of marshalling.

CONSIDERATION

[11] There are some very involved formulations of the concept of marshalling and here I have in mind traditional definitions such as that set out in the 4th edition (reissue) of *Halsbury's Laws of England*, Volume 16, paragraph 876 at page 785. However the basic concept of marshalling is very simple:

... a person having resort to two funds shall not by his choice disappoint another, having only one. [*Trimmer v. Bayne* (1803), 32 E.R. 582, at p. 583, a Chancery decision of Sir William Grant, Master of the Rolls.]

One of the authorities to which the Master of the Rolls was referred in *Trimmer v. Bayne* was an earlier case, *Aldrich v. Cooper* (1803), 32 E.R. 402 (Ch.), in which Lord Chancellor Eldon wrote, at page 407:

éventuelle à un profit hautement spéculatif, est beaucoup trop éloignée et incertaine pour être pertinente. La première, soit la prime que la Banque d'Écosse pourrait tirer du financement du *Blue L*, n'est pertinente que si les créanciers fournisseurs d'approvisionnements nécessaires ne sont pas titulaires de privilèges maritimes prenant rang avant la Banque d'Écosse, mais uniquement de droits réels d'origine législative et peuvent obliger la Banque d'Écosse à procéder à une collocation en *equity*.

[10] Le concept de la collocation en *equity* a été soulevé par les avocats. J'en ai donc traité dans mon mémoire adressé aux avocats indiquant que s'ils [TRADUCTION] «désiraient aborder la question de la collocation en *equity* et du *Blue L*, ou d'autres bateaux concernés, ils devaient le faire, dans la mesure où cela convient, lors du contre-interrogatoire»: à ce moment, j'entretenais des doutes sur la question de savoir si la doctrine de la collocation en *equity* s'appliquait, d'où les termes «dans la mesure où cela convient» exprimant une réserve car, selon certaines sources, tous les types de créanciers n'ont pas nécessairement le droit de se prévaloir d'une collocation en *equity*. J'examinerai maintenant la requête, en commençant par la question de la collocation en *equity*.

ANALYSE

[11] Il existe des formulations très complexes de la notion de collocation en *equity*. Je songe en l'occurrence aux définitions traditionnelles telle celle énoncée dans la 4^e édition (réédition) de l'ouvrage intitulé *Halsbury's Laws of England*, volume 16, paragraphe 876, à la page 785. Toutefois, le concept fondamental de la collocation en *equity* est très simple:

[TRADUCTION] ... la personne qui peut recourir à deux fonds ne doit pas faire un choix qui lèse une autre personne, qui ne peut recourir qu'à un seul. [*Trimmer v. Bayne* (1803), 32 E.R. 582, à la page 583, décision de la Chancellerie rendue par Sir William Grant, président de la Cour d'appel.]

L'une des sources portées à l'attention du président de la Cour d'appel, dans l'affaire *Trimmer v. Bayne*, était la décision antérieure *Aldrich v. Cooper* (1803), 32 E.R. 402 (Ch.), dans laquelle le lord chancelier Eldon a écrit à la page 407:

. . . a person having two funds shall not by his election disappoint the party having only one fund; and equity, to satisfy both, will throw him, who has two funds, upon that which can be affected by him only; to the intent that the only fund, to which the other has access, may remain clear to him. [See also *Halsbury's, supra*, footnote 3, at page 785.]

[12] Tetley on *Maritime Liens and Claims*, 2nd edition, International Shipping Publications, 1998, describes marshalling in the following straight forward terms (at page 857):

Marshalling is the equitable process, whereby the Marshall or the court orders a creditor who has a secured right on more than one *res* or more than one fund belonging to the debtor, or security from two or more debtors for the same debt, to exercise his right on the security in a manner which will be in the best interests of all creditors. The Marshal or court must also take into consideration the best interests of third parties and even of the debtor. Marshalling was often used in respect to bottomry bonds.

[13] Counsel for the Bank of Scotland submits there is a limitation on marshalling, that in Canada and in British Columbia an unsecured creditor is not able to rely upon the doctrine of marshalling to cause a mortgagee to proceed against security in any particular way. In order to consider this concept I must first establish the position of a necessary supplier with a mere statutory right *in rem*. Certainly in England the necessary supplier becomes a secured creditor on the issuance of a writ *in rem*: see a discussion of this in Tetley on *Maritime Liens and Claims (supra)*, at pages 556-557. But such is not the case in Canada.

[14] The position of a necessary claimant, with a right *in rem*, is set out in *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The Comer*, [1970] Ex. C.R. 13, in which Mr. Justice Noël dealt particularly with the position of necessary suppliers when the owner of various defendant ships had made a proposal in bankruptcy, but also generally with the position of a necessary supplier under what is now paragraph 22(2)(m) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. He pointed

[TRADUCTION] . . . la personne qui possède deux fonds ne doit pas faire un choix qui lèse la partie qui n'en possède qu'un; et, pour qu'elles soient payées toutes les deux, l'*equity* dirigera celle qui possède deux fonds vers celui qu'elle est seule à pouvoir utiliser; de façon que l'unique fonds auquel l'autre a accès puisse demeurer intact pour elle. [Voir aussi *Halsbury's*, précité, note 3, à la page 785.]

[12] Tetley, dans l'ouvrage intitulé *Maritime Liens and Claims*, 2^e édition, International Shipping Publications, 1998, décrit la collocation en *equity* en termes simples (à la page 857):

[TRADUCTION] La collocation est un mécanisme reconnu en *equity* par lequel le prévôt ou le tribunal ordonne un créancier qui possède un droit garanti sur plusieurs choses ou sur plusieurs fonds appartenant au débiteur ou la garantie de deux ou de plusieurs débiteurs pour la même créance d'exercer son droit sur la garantie de la manière qui favorise le mieux les intérêts de la masse des créanciers. Le prévôt ou le tribunal doit également tenir compte des meilleurs intérêts des tiers et même de ceux du débiteur. La collocation a souvent été utilisée dans le contexte des contrats de prêt à la grosse.

[13] L'avocat de la Banque d'Écosse soutient que la collocation en *equity* est assujettie à des limites, qu'un créancier chirographaire ne peut pas, au Canada et en Colombie-Britannique, s'appuyer sur la doctrine de la collocation en *equity* pour obliger un créancier hypothécaire à réaliser sa garantie d'une façon particulière. Pour examiner cette notion, je dois d'abord déterminer quelle est la situation du fournisseur d'approvisionnements nécessaires titulaire d'un simple droit réel d'origine législative. Certes, en Angleterre, le fournisseur d'approvisionnements nécessaires devient un créancier garanti au moment de la délivrance d'un bref *in rem*: voir l'analyse faite dans Tetley: *Maritime Liens and Claims* (précité), aux pages 556 et 557. Ce n'est toutefois pas le cas au Canada.

[14] La situation du fournisseur d'approvisionnements nécessaires titulaire d'un droit réel est précisée dans l'arrêt *Coastal Equipment Agencies Ltd. c. Le Comer*, [1970] R.C.É. 13, dans lequel le juge Noël a traité en particulier de la situation du fournisseur d'approvisionnements nécessaires dans le cas où le propriétaire de différents navires défendeurs avait fait une proposition en vertu du droit de la faillite, mais également de la situation d'un fournisseur d'approvi-

out that none of the legislation or decisions permitted him to say that the *in rem* right conferred any privilege or lien whatsoever, although an *in rem* action against a ship, an extraordinary right, could be advantageous (page 31). He went on at pages 31 and 33 to say:

This action *in rem*, however, does not give any privilege or lien or preference whatsoever, and the claimant for necessities seems to me to be in the same position as an ordinary unsecured creditor. If he is an execution creditor, he will be entitled to his costs of action but his claim will be ranked only in accordance with the order of priorities set by law. In fact, to give him, through the mere fact that he has a simple right of action *in rem*, a right and specific privilege which would deprive the same debtor's other creditors of exercising their claims against the property seized, especially after the corporation owning such property has made a proposal under the *Bankruptcy Act*, seems to me unacceptable and based on no legal text or judgment. In fact, this would be a serious blow to the principle whereby the property of a debtor is the security of his creditors.

[15] Mr. Justice Addy, in *Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. v. The Miss Donna*, [1978] 1 F.C. 379 (T.D.), at page 383, notes that Mr. Justice Noël's decision in *The Comer* that "the right of action *in rem* gives no privilege, lien or preference of any kind and that the supplier of necessities is still in the same position as an ordinary creditor", was upheld by the Supreme Court of Canada in an unreported decision 25 March 1971 [[1971] S.C.R. v]. Clearly, in the present instance, if those who supplied necessities to the *Nel* cannot, by various means, for example through the application of substantive foreign law, bring themselves within the ambit of maritime lien holders, they must be, under Canadian law, necessities suppliers with mere rights *in rem* which leave them in the position of unsecured creditors.

[16] Counsel for the Bank of Scotland, as I have said, refers in written argument to various cases for

sionnements nécessaires sous le régime de la disposition qui constitue maintenant l'alinéa 22(2)m) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7]. Il a noté qu'aucune disposition législative ni décision ne lui permettait d'affirmer que le droit réel confère un privilège ni un lien quelconque, bien qu'une action réelle intentée contre un navire constitue un droit extraordinaire qui peut être avantageux (page 30). Il a enchaîné, aux pages 30 et 32:

Cette action *in rem*, cependant, ne donne aucun privilège ou lien ou préférence quelconque et le réclamant d'approvisionnement nécessaires me paraît être dans la même situation qu'un créancier chirographaire ordinaire. S'il est créancier exécutant, il aura droit à ses frais d'action mais sa créance ne prendra rang que suivant l'ordre des priorités fixées par la loi. Lui donner, en effet par suite du simple fait qu'il possède un simple droit d'action *in rem* un droit et privilège particulier qui priverait les autres créanciers du même débiteur d'exercer leurs créances contre les biens saisis surtout après que la corporation propriétaire de ces biens ait fait une proposition de vertu de la *Loi sur la faillite*, me paraît inacceptable et fondé sur aucun texte légal ni décision judiciaire. Il y aurait là, en effet, un accroc sérieux au principe qui veut que les biens d'un débiteur soient le gage commun de ses créanciers.

[15] Le juge Addy, dans *Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. c. Le Miss Donna*, [1978] 1 C.F. 379 (1^{re} inst.), aux pages 383 et 384, souligne que la décision du juge Noël dans l'affaire *Le Comer* selon laquelle «le droit d'action *in rem* ne donne aucun privilège, ni aucune préférence de quelque sorte que ce soit, le fournisseur de choses indispensables au navire demeurant dans la même situation qu'un créancier chirographaire», a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans un arrêt non publié du 25 mars 1971 [[1971] R.C.S. v]. En l'occurrence, si les personnes qui ont fourni les approvisionnements nécessaires au *Nel* ne peuvent, par différents moyens, et notamment par l'application du droit substantiel étranger, être reconnues comme titulaires d'un privilège maritime, il est clair qu'en vertu du droit canadien elles constituent des fournisseurs d'approvisionnement nécessaires qui ne jouissent que de droits réels et qui se trouvent donc dans la même situation que les créanciers chirographaires.

[16] L'avocat de la Banque d'Écosse, comme je l'ai dit, invoque, dans sa plaidoirie écrite, différentes

the concept that unsecured creditors are not able to avail themselves of the doctrine of marshalling. Counsel opposing did not meet this last minute written argument with any case law, perhaps by reason of a clear lack of time to prepare. However there is case law to the contrary. I turn first to three representative cases from among those referred to by counsel for the Bank of Scotland.

[17] In *Williamson v. Loonstra et al.* (1973), 34 D.L.R. (3d) 275, at pages 278-279, Mr. Justice Ruttan, of the B.C. Supreme Court, noted that marshalling did not apply in favour of an unsecured creditor:

The doctrine does not extend to all creditors of every degree, it does not apply in favour of an unsecured creditor and it does not apply in favour of a judgment creditor unless he has obtained a charge on the estate that he seeks to have marshalled in his favour.

In support of this proposition Mr. Justice Ruttan refers to several authorities, but does not look at any of the earlier cases which set out and considered the concept of marshalling.

[18] Mr. Justice Saunders, of the Supreme Court of Ontario, referred to the passage from the *Williamson* case in *Re Bread Man Inc.* (1979), 21 O.R. (2d) 59, at page 63, and noted that:

It is also logical that unsecured credits [*sic*] of debtors should not be protected for in the absence of a statutory provision, they should have no better right to the fund than the debtor himself.

This might seem to offend against a number of equitable maxims and doctrines. The Ontario Court General Division also referred to *Loonstra* in *Allison (Re)* (1995), 22 O.R. (3d) 102, applying it against unsecured creditors, however the Ontario Court of Appeal took a somewhat different tack when it considered *Re Allison*, a point I will touch on in due course.

[19] The line of Canadian cases referred to by counsel for the Bank of Scotland bothers me in that

décisions à l'appui de sa prétention portant que les créanciers chirographaires ne peuvent pas se prévaloir de la doctrine de la collocation en *equity*. L'avocat de la partie opposée n'a invoqué aucune jurisprudence pour contrer cet argument de dernière minute, peut-être parce qu'il a manifestement manqué de temps pour se préparer. Il existe toutefois de la jurisprudence à l'appui de l'argument contraire. J'examinerai d'abord trois décisions représentatives parmi celles citées par l'avocat de la Banque d'Écosse.

[17] Dans *Williamson v. Loonstra et al.* (1973), 34 D.L.R. (3d) 275, aux pages 278 et 279, le juge Ruttan, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a souligné que la collocation en *equity* ne s'appliquait pas en faveur d'un créancier chirographaire:

[TRADUCTION] Cette doctrine ne s'étend pas à tous les créanciers occupant chaque rang de l'ordre de priorité, elle ne s'applique pas en faveur d'un créancier chirographaire et elle ne s'applique pas en faveur du créancier d'un jugement à moins qu'il ait obtenu une charge grevant les biens à l'égard desquels il demande une collocation en sa faveur.

Le juge Ruttan appuie cette affirmation sur plusieurs sources, mais il n'examine aucune des décisions antérieures qui ont établi et analysé le concept de la collocation en *equity*.

[18] Le juge Saunders de la Cour suprême de l'Ontario a mentionné ce passage de la décision *Williamson* dans *Re Bread Man Inc.* (1979), 21 O.R. (2d) 59, à la page 63. Il a noté:

[TRADUCTION] Il est aussi logique que les créanciers chirographaires des débiteurs ne soient pas protégés car, en l'absence d'une disposition législative, il ne devraient pas avoir, sur le fonds, de droit supérieur à celui du débiteur.

Cette affirmation peut sembler contraire à plusieurs maximes et doctrines d'*equity*. La Division générale de la Cour de l'Ontario a également fait mention de la décision *Loonstra* dans *Allison (Re)* (1995), 22 O.R. (3d) 102, en l'appliquant contre des créanciers chirographaires, mais la Cour d'appel de l'Ontario a adopté une approche assez différente lorsqu'elle s'est penchée sur l'affaire *Re Allison*. J'en reparlerai en temps opportun.

[19] Le courant jurisprudentiel invoqué par l'avocat de la Banque d'Écosse m'embarrasse parce que les

marshalling was, at one time, available to simple contract holders, that is to holders of written or verbal contracts: see for example *Aldrich v. Cooper* (*supra*) in which simple contract creditors were entitled to stand in the place of creditors by specialty, that is in the place of creditors by deed, thus gaining the benefit of marshalling. This concern about simple contract creditors and specialty creditors no longer exists, for as the editors of Halsbury's point out in Volume 16 (*supra*) at paragraph 879: formerly simple contract creditors might look only to a personal estate for satisfaction, yet specialty contract debtors might look to both real and personal estates and thus, as between creditors, simple contract creditors were entitled to have assets marshalled in their favour so as to throw the specialty creditors on the real estate. This distinction between specialty and simple contract debtors was abolished in England by 1869 and subsequent legislation which is summed up in the *Administration of Estates Act, 1925* (U.K.) [15 Geo. 5, c. 23]. However the concept of allowing contract creditors to marshal still does exist in England. Here I have in mind *National Provincial Bank Ltd. v. Katz. Aldrich v. Cooper* was considered in *National Provincial Bank Ltd. v. Katz*, [1960] Ch. 179, at page 190. There Mr. Justice Danckwerts (as he then was) also referred to a wide application of marshalling from Story's Equity Jurisprudence:²

In the sense of the courts of equity, the marshalling of assets is such an arrangement of the different funds under administration as shall enable all parties, having equities thereon, to receive their due proportions, notwithstanding any intervening interests, liens or other claims of particular persons to prior satisfaction, out of a portion of those funds. [Story, 1920 edition, at p. 239.]

From this beginning Mr. Justice Story [at page 239] goes on to note that equity, in engineering redress in cases involving marshalling, in order to prevent the

parties à un contrat nu, c'est-à-dire les parties à un contrat écrit ou verbal, pouvaient autrefois se prévaloir de la collocation en *equity*: voir, par exemple, l'affaire *Aldrich v. Cooper* (précitée) dans laquelle les parties à des contrats nus ont pu accéder au rang des créanciers munis d'un contrat formaliste, c'est-à-dire les créanciers munis d'un contrat scellé, ce qui leur a donné le droit de se prévaloir de la collocation en *equity*. Le problème des créanciers munis d'un contrat nu et des créanciers munis d'un contrat formaliste n'existe plus, car, comme les rédacteurs du Halsbury's le précisent dans le volume 16 (précité) au paragraphe 879, à l'origine, les créanciers munis d'un contrat nu ne pouvaient s'en prendre qu'aux biens meubles pour obtenir le paiement de leur créance, alors que les créanciers munis d'un contrat formalistes pouvaient utiliser tant les biens immeubles que les biens meubles; en conséquence, les créanciers munis d'un contrat nu pouvaient obtenir une collocation en *equity* en leur faveur de façon à diriger les créanciers munis d'un contrat formaliste vers les biens immeubles. Cette distinction entre les créanciers munis d'un contrat nu et d'un contrat formaliste a été abolie en Angleterre par des mesures législatives prises en 1869 et par la suite. Ces mesures sont résumées dans l'ouvrage intitulé *Administration of Estates Act, 1925* (R.-U.) [15 Geo. 5, ch. 23]. Toutefois, le principe permettant aux créanciers munis d'un contrat d'obtenir la collocation en *equity* existe toujours en Angleterre. Je songe ici à l'affaire *National Provincial Bank Ltd. v. Katz*. On trouve une analyse de la décision *Aldrich v. Cooper* dans l'affaire *National Provincial Bank Ltd. v. Katz*, [1960] Ch. 179, à la page 190. Le juge Danckwerts (tel était alors son titre) s'est également reporté à une application large de la collocation en *equity* tirée de Story's equity Jurisprudence²:

[TRADUCTION] Selon les tribunaux d'*equity*, la collocation des biens constitue un arrangement des différents fonds administrés qui permet à toutes les parties titulaires de droits en *equity* sur ces fonds de recevoir leur juste part, malgré tout intérêt, privilège ou autre créance intermédiaire d'une personne en particulier lui permettant d'être payée en priorité à l'aide de ces fonds. [Story, édition de 1920, à la page 239.]

À partir de ce point de départ, le juge Story (à la page 239) enchaîne en soulignant que l'*equity*, en concevant des réparations dans les cas d'application de la collo-

creditor, with more than one choice of funds from which to satisfy a debt, from defeating other claimants by taking his satisfaction to the exclusion of such claimants, is doing little more than applying the maxim *nemo ex alterius detrimento fieri debet locupletior*: no man ought to be made rich out of another's injury:

... where there exist two or more funds, and there are several claimants against them, and at law one of the parties may resort to either fund for satisfaction, but the others can come upon one only; there, courts of equity exercise the authority to marshal (as it is called) the funds, and by this means enable the parties whose remedy at law is confined to one fund only, to receive due satisfaction. The general principle upon which courts of equity interfere in these cases is, that, without such interference, he who had a title to the double fund would possess an unreasonable power of defeating the claimants upon either fund, by taking his satisfaction out of the other, to the exclusion of them. So that, in fact, it would be entirely in his election, whether they should receive any satisfaction or not. Now, courts of equity treat such an exercise of power as wholly unjust and unconscientious; and therefore will interfere, not, indeed to modify or absolutely to destroy the power, but to prevent it from being made an instrument of caprice, injustice, or imposition. Equity, it affording redress in such cases, does little more than apply the maxim, *Nemo ex alterius detrimento fieri debet locupletior*.

Story notes that the principle of marshalling is not limited to the administration of assets, or competing mortgagees, but indeed applies to cases of double security generally in order to afford equitable redress. Certainly the English cases and authorities which treat marshalling as a broad equitable concept to give relief where needed, including to mere holders of oral and written contracts, are not binding on the Federal Court, yet they are persuasive. There is no suggestion in the early cases setting out the scope of the doctrine of marshalling that it is a remedy barred to ordinary contractual creditors. The opposite is true. Yet some Canadian courts, in certain circumstances, seemed to have applied that limitation, departing from equitable concepts and specifically denying the relief of marshalling to ordinary creditors, but I think without any real reason.

cation en *equity*, afin d'empêcher un créancier qui a le choix de recourir à plus d'un fonds pour obtenir le paiement de sa créance de faire échec aux droits des autres créanciers en procédant d'une façon qui les excluent, va à peine au-delà de l'application de la maxime *nemo ex alterius detrimento fieri debet locupletior*: personne ne doit s'enrichir en lésant autrui:

[TRADUCTION] ... lorsqu'il existe deux ou plusieurs fonds, sur lesquels plusieurs créanciers peuvent faire valoir leurs droits et que, selon la common law, l'une des parties peut recourir à l'un ou l'autre fonds pour obtenir paiement alors que les autres ne peuvent recourir qu'à un seul, les tribunaux d'*equity* exercent leur pouvoir de procéder à une collocation (*to marshal*) à l'égard des fonds, et permettent ainsi aux parties dont les recours reconnus par la common law se limitent à un fonds de recevoir le juste paiement de leur créance. Le principe général en vertu duquel les tribunaux d'*equity* interviennent dans ces cas tient au fait que s'ils s'abstenaient d'intervenir, la personne qui a un titre sur les deux fonds aurait le pouvoir déraisonnable de léser les créanciers qui revendiquent un droit sur l'un ou l'autre fonds en réalisant sa sûreté sur l'autre, ce qui les exclurait. Ainsi, il serait en fait seul à décider s'ils doivent être payés ou non. Les tribunaux d'*equity* considèrent l'exercice d'un tel pouvoir comme totalement injuste et abusif; ils interviennent donc, non pas pour modifier ou annihiler ce pouvoir, mais pour empêcher qu'il soit utilisé de façon arbitraire, injuste ou dominatrice. L'*equity*, permettant une réparation en pareil cas, va à peine au-delà de l'application de la maxime *Nemo ex alterius detrimento fieri debet locupletior*.

Story note que le principe de la collocation en *equity* ne se limite pas à l'administration des biens, ou aux créanciers hypothécaires concurrents, mais s'applique en fait à toutes les sûretés doubles afin d'offrir une réparation équitable. Bien sûr, la jurisprudence et la doctrine émanant d'Angleterre qui considèrent la collocation comme un concept d'*equity* de portée étendue visant à permettre une réparation lorsque c'est nécessaire, notamment en faveur des parties à un contrat oral ou écrit, ne lient pas la Cour fédérale, mais elles sont convaincantes. Rien n'indique dans la jurisprudence antérieure établissant la portée de la doctrine de la collocation en *equity* que ce recours ne peut être exercé par les créanciers ordinaires en vertu d'un contrat. L'inverse est vrai. Pourtant, certains tribunaux canadiens ont semblé appliquer cette limite, dans certaines circonstances, dérogeant ainsi aux concepts d'*equity* et niant expressément aux créanciers

[20] Now it is the policy of courts to stand by applicable precedents, thus avoiding disturbing a point settled by a court of equal or superior jurisdiction. Thus parties can have some general certainty as to the law that ought to be applied when facts are similar. This doctrine, the doctrine of *stare decisis*, is one of policy. It should be departed from only when a departure is necessary to vindicate plain and obvious principles of law. This present dispute over the right to marshal is an issue on which current precedent ought not to be followed blindly, particularly given the law surrounding the equitable roots of marshalling. However the cases cited on behalf of the Bank of Scotland can also be dealt with in another way, by limiting them to their facts.

[21] The *Loonstra* case (*supra*) may be distinguished as the interest of the creditors, in that instance, through the mortgagor, that is, a pure *in personam* claim. In the present instance the creditors have an *in rem* interest. This rationalization does no violence to the original concept of marshalling, which clearly extended to contractual creditors, yet does not disturb either *Loonstra* or *Re Bread Man*, which is based on *Loonstra*.

[22] In deciding that Alfa Bunkering ought to have access to the commitment letter in order to explore marshalling I also take comfort in the approach taken by the Ontario Court of Appeal in its 27 February 1998 decision in *Allison (Re)* (1998), 38 O.R. (3d) 337. There the Court of Appeal agreed with the Trial Judge as to the outcome, but not on the basis that the doctrine of marshalling did not apply in favour of an unsecured creditor. The Court of Appeal refused to deal with this point because the debtors, found by the Trial Judge to be common debtors, were clearly not and to apply the doctrine of marshalling would have required one of them, the holder of a parcel of land,

ordinaires le droit à la collocation en *equity*, mais sans véritable motif, à mon avis.

[20] Les tribunaux ont pour politique de respecter les précédents applicables, évitant ainsi de remettre en cause une question déjà tranchée par un tribunal d'instance égale ou supérieure. Les parties peuvent donc savoir avec certitude, de façon générale, quelles règles de droit s'appliquent lorsque des faits similaires sont en cause. Cette doctrine, la doctrine du *stare decisis*, est une doctrine de principe. On ne peut y déroger que dans les cas où c'est nécessaire pour donner effet à des principes de droit clairs et évidents. Le présent litige concernant le droit à la collocation en *equity* porte sur une question qui ne doit pas être tranchée en suivant aveuglément les précédents existants, plus particulièrement au regard des règles de droit entourant les racines en *equity* de la collocation. Toutefois, il est possible de considérer différemment la jurisprudence citée au nom de la Banque d'Écosse, en la limitant aux faits en cause dans chaque cas.

[21] Il est possible de faire une distinction avec l'affaire *Loonstra* (précitée) quant à l'intérêt des créanciers, dans cette instance, par rapport au débiteur hypothécaire, qui était une créance purement personnelle. En l'espèce, les créanciers ont un intérêt réel. Cette rationalisation est compatible avec le concept initial de la collocation en *equity*, dont la portée s'étendait nettement aux créanciers en vertu d'un contrat, et ne remet pas en cause pour autant les décisions *Loonstra* ou *Re Bread Man*, cette dernière étant fondée sur la première.

[22] Pour décider qu'Alfa Bunkering devrait avoir accès à la lettre d'engagement pour examiner la possibilité d'une collocation en *equity*, je m'appuie en outre sur le raisonnement suivi par la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *Allison (Re)* (1998), 38 O.R. (3d) 337. Dans cet arrêt, la Cour d'appel partage l'opinion du juge de première instance quant au résultat, sans toutefois se fonder sur la thèse selon laquelle la doctrine de la collocation en *equity* ne s'applique pas à un créancier chirographaire. La Cour d'appel, à la page 341, a refusé d'examiner cette question parce que les débiteurs, qualifiés de débiteurs communs par le juge de première instance, ne l'étaient

to pay the debts of another debtor, the holder of another parcel of land; thus clearly marshalling did not apply for it was not intended to create such an inequity between two debtors. However, in touching on the doctrine of marshalling and particularly *Aldrich v. Cooper (supra)* the Court of Appeal was very careful to leave it open as to the nature of a creditor who might seek marshalling. The Court of Appeal, at page 341, summed up the *Aldrich* case by saying that marshalling is an equitable right to prevent a creditor, who may resort to two funds, from defeating another creditor who is limited to only one fund:

The right to marshal securities is an equitable one intended to prevent a creditor who can resort to two funds from defeating another creditor who can resort to only one of them.

In that paragraph the Court went on to discuss marshalling in terms of creditors. In the next paragraph, at page 342, the Court referred to two criteria to be met before marshalling might be applied:

The first criterion is that there must be a creditor or mortgagee who has access to two properties of a debtor to which he or she can resort for payment of the amount owing The second criterion is that there must be a creditor ranking behind or inferior to another creditor or mortgagee of a common debtor with a claim against one of the properties available to the superior creditor or mortgagee. Such an inferior creditor can invoke the assistance of equity to cause or marshal the superior creditor or mortgagee to satisfy the mortgage debt from the property against which the inferior creditor has no recourse so that the property will be available to the inferior creditor, or if this is impossible, or unfair to the superior creditor, equity may allow the inferior creditor to stand as the superior creditor in relation to the property against which the inferior creditor otherwise has no recourse.

Several points arise from this paragraph. First, the Ontario Court of Appeal makes it clear that

manifestement pas et parce que l'application de la doctrine de la collocation en *equity* aurait exigé que l'un deux, le détenteur d'un terrain, paie les dettes d'un autre débiteur, le détenteur d'un autre terrain: il était donc clair que la doctrine de la collocation en *equity* ne s'appliquait pas car il n'était pas conforme à son objet de créer pareille injustice entre les débiteurs. Cependant, en traitant de la doctrine de la collocation en *equity*, et plus particulièrement de l'arrêt *Aldrich v. Cooper* (précité), la Cour d'appel a pris grand soin de ne pas trancher la question de la nature du créancier qui peut réclamer une collocation en *equity*. La Cour d'appel, à la page 341, a résumé l'arrêt *Aldrich* en déclarant que la collocation était un droit en *equity* visant à empêcher un créancier, qui peut recourir à deux fonds, de faire échec à un autre créancier dont les droits se limitent à un seul fonds:

[TRADUCTION] Le droit de procéder à la collocation des sûretés est un droit en *equity* qui vise à empêcher un créancier qui peut recourir à deux fonds de faire échec aux droits d'un autre créancier qui ne peut recourir qu'à un seul d'entre eux.

Dans ce paragraphe, la Cour a poursuivi en discutant de la collocation sous l'angle des créanciers. Dans le paragraphe suivant, à la page 342, la Cour a mentionné les deux critères auxquels il faut satisfaire pour que la doctrine de la collocation en *equity* s'applique:

[TRADUCTION] Le premier critère veut qu'il existe un créancier ou un titulaire d'hypothèque qui a accès à deux biens du débiteur auxquels il peut recourir pour obtenir le paiement du montant qui lui est dû Le deuxième critère veut qu'il existe un créancier prenant rang après un autre créancier, notamment hypothécaire, d'un débiteur commun et que ce créancier de rang inférieur puisse exercer sa créance sur l'un des biens auxquels le créancier de rang supérieur a accès. Le créancier de rang inférieur peut avoir recours à l'*equity* pour obliger le créancier ou le titulaire d'une hypothèque de rang supérieur à procéder à la collocation pour obtenir le paiement de sa créance hypothécaire à l'aide du bien à l'égard duquel le créancier de rang inférieur n'a aucun recours afin que le bien demeure disponible pour le paiement de la créance de rang inférieur ou, si c'est impossible ou injuste envers le créancier de rang supérieur, l'*equity* peut permettre au créancier de rang inférieur de se substituer au créancier de rang supérieur relativement au bien à l'égard duquel le créancier de rang inférieur n'aurait autrement aucun recours.

Plusieurs points ressortent de ce paragraphe. Premièrement, la Cour d'appel de l'Ontario établit clairement

marshalling may be invoked against either a doubly secured creditor or mortgagee. Second, the Court of Appeal does not refer to an inferior mortgagee taking the benefit of marshalling, but rather only to a creditor ranking behind or inferior to another creditor or mortgagee of a common debtor. Third, that inferior creditor may take a benefit against a superior creditor or superior mortgagee. Fourth and finally, as an alternative, equity may allow the inferior creditor to stand as the superior creditor in relation to property against which the inferior creditor otherwise has no recourse. It is clear from all of this that the Ontario Court of Appeal, given the broad scope and long-standing of *Aldrich v. Cooper*, did not wish to be dragged into a consideration of whether *Aldrich v. Cooper* was wrongly decided, or whether the case improperly or incompletely stated the law in referring to the right of simple contract creditors, that is creditors by oral or written agreement, to stand in place of creditors by specialty, that is in place of creditors by deed. But the Ontario Court of Appeal, through its choice of words, supports the broad interpretation of marshalling set out in *Aldrich v. Cooper*.

CONCLUSION

[23] The cases referred to by counsel for the Bank of Scotland, assuming they are correct, merely deal with the right of *in personam* creditors, not with the right of *in rem* creditors and as such may be distinguished. However, going back to more basic case law, it is clear from *Aldrich v. Cooper* that unsecured creditors always had, in the past, a right to the benefit of marshalling. This is something which has been overlooked in the more recent Canadian cases concerned with the *in personam* right of creditors in real estate and in bankruptcy situations.

[24] I prefer the basic concept of marshalling set out in *Aldrich v. Cooper*, which the Court of Appeal in *Re*

que la collocation peut être réclamée contre un créancier ou le titulaire d'une hypothèque qui possède une double garantie. Deuxièmement, la Cour d'appel ne parle pas d'un titulaire d'hypothèque de rang inférieur qui bénéficierait de la collocation en *equity*, mais simplement d'un créancier prenant rang après un autre créancier, notamment hypothécaire, d'un débiteur commun. Troisièmement, ce créancier de rang inférieur peut se prévaloir d'un avantage contre le créancier ou le titulaire d'une hypothèque de rang supérieur. Enfin, quatrièmement, l'*equity* peut plutôt permettre au créancier de rang inférieur de se substituer au créancier de rang supérieur relativement au bien à l'égard duquel le créancier de rang inférieur n'aurait autrement aucun recours. Il ressort clairement de tous ces éléments que la Cour d'appel de l'Ontario ne souhaitait pas, compte tenu de la portée étendue et de l'ancienneté de l'arrêt *Aldrich v. Cooper*, être entraînée dans l'analyse de la question de savoir si cette décision était erronée, ni de celle de savoir si elle énonçait le droit de façon incorrecte ou incomplète, en mentionnant le droit des créanciers en vertu d'un contrat nu, c'est-à-dire des créanciers en vertu d'une entente verbale ou écrite, de se substituer aux créanciers en vertu d'un contrat formaliste, c'est-à-dire d'un contrat scellé. Mais, par le choix des termes qu'elle emploie, la Cour d'appel de l'Ontario appuie l'interprétation large de la collocation en *equity* qui a été donnée de l'arrêt *Aldrich v. Cooper*.

CONCLUSION

[23] En supposant qu'elle soit juste, la jurisprudence citée par l'avocat de la Banque d'Écosse traite simplement du droit des titulaires d'une créance personnelle, et non du droit des titulaires d'une créance réelle. Il est donc possible de distinguer cette jurisprudence à cet égard. Toutefois, si l'on remonte aux décisions plus fondamentales, il ressort clairement de l'arrêt *Aldrich v. Cooper* que les créanciers chirographaires ont toujours eu, par le passé, le droit de profiter de la collocation en *equity*. C'est un fait dont n'ont pas tenu compte les causes canadiennes les plus récentes touchant le droit personnel des créanciers dans le contexte du droit immobilier et du droit de la faillite.

[24] Je préfère le concept fondamental de la collocation en *equity* énoncé dans l'arrêt *Aldrich v. Cooper*,

Allison discussed at length, even though it was not interested in deciding the rights of unsecured creditors.

[25] The production of the commitment letter, which may well be pertinent and relevant, were the doctrine of marshalling to be applied, is not to be denied on the somewhat dubious proposition that marshalling cannot be applied in favour of mere *in rem* creditors.

[26] The Court will produce the commitment letter to the *in rem* claimants at the end of the period during which appeal of these reasons may be made or dispose of the commitment letter as ordered following any appeal. Costs shall be in the cause.

¹ The two ships are now named, respectively, *Seagull Harmony* and *Seagull Fame*, however for the purpose of these reasons I shall refer to both by their original names.

² *Commentaries on Equity Jurisprudence*, Honourable Mr. Justice Story, LL.D. 3rd English ed., by A. E. Randall, published 1920 by Sweet and Maxwell, London. While the original author was American the case law referred to is almost entirely English.

que la Cour d'appel a examiné en profondeur dans l'arrêt *Re Allison*, même si elle ne voulait pas trancher la question des droits des créanciers chirographaires.

[25] La production de la lettre d'engagement, qui pourrait bien s'avérer pertinente si l'on doit appliquer la doctrine de la collocation en *equity*, ne doit pas être refusée pour la raison quelque peu douteuse que la collocation en *equity* ne s'applique pas en faveur des simples titulaires d'une créance réelle.

[26] La Cour produira la lettre d'engagement aux créanciers titulaires d'un droit réel à la fin du délai imparti pour interjeter appel des présents motifs ou prendra, relativement à la lettre d'engagement, les mesures qui pourraient lui être imposées à la suite d'un appel. Les dépens suivront l'issue de l'instance.

¹ Les deux navires se nomment maintenant respectivement le *Seagull Harmony* et le *Seagull Fame*; toutefois, aux fins des présents motifs, je les désignerai par leur nom d'origine.

² *Commentaries on Equity Jurisprudence*, l'honorable juge Story, LL.D., 3^e édition anglaise par A. E. Randall, publié en 1920 par Sweet and Maxwell, Londres. Bien que l'auteur initial ait été américain, la jurisprudence qu'il mentionne est presque totalement anglaise.

DIGESTS

Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ARMED FORCES

Application for judicial review of applicant's release from Armed Forces after number of recorded warnings and poor performance comments, and after being assigned to counselling and probation—Applicant alleging did not have fair notice of reasons for release or of hearing before Commanding Officer and was therefore unable to prepare properly for such hearing—Also alleging denied fair hearing as decision to release him taken before hearing—Issues whether application should be considered in circumstances where applicant did not pursue to completion internal grievance process to deal with concerns about involuntary release; and whether process here followed met requirements of procedural fairness—Application allowed—Failure to pursue internal grievance process hardly attributable entirely to applicant as superiors failed to take seriously their responsibility to ensure that if he had grievance, regardless of their perception of its merits, applicant had right to have that considered by process meeting standards of fairness—In interests of justice to parties most expeditious disposition of matter at this stage is to consider application on its merits—If application allowed, matter would be referred for reconsideration on merits—In present case, decision to release applicant made before time applicant had opportunity to make submissions to decision-maker—Decision appears to have been "*fait accompli*".

MCLENNAN V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T-2524-93, MacKay J., order dated 12/6/98, 17 pp.)

Judicial review of decision to release applicant from service in Armed Forces—Applicant received notice of intent to recommend release alleging personal weaknesses and impairing behaviour—Filed notice of objection to release—Commanding Officer and Base Commander completed recommendation for compulsory release—Subsequently, Base Commander forwarded additional observations for consideration of Career Review Board—Career Review Board approving release—Applicant released

ARMED FORCES—Continued

May 1993—Record including request by applicant for assistance of Assisting Officer and written request concerning redress of grievance about release, requesting copy of all documentation—Applicant challenging release decision on basis certain officer sitting as Career Review Board lacking authority to release applicant—When respondent agreed, originating notice of motion dismissed on consent on understanding recommendation would be reconsidered—Second Career Review Board considering applicant's suitability for continued service—Although applicant assured Board would not have information before it related to previous judicial review proceedings, and Board would be composed of three members, two-member Board contacting applicant's counsel, referring to judicial review proceedings, recommending release—Director General Personnel Career Other Ranks (DGPCOR) approving recommendation for release—Applicant not having opportunity to address DGPCOR directly—Application dismissed—(1) Application not precluded by applicant's failure to exhaust military's internal grievance procedure—Failure to pursue grievance not attributable entirely to applicant, except in most formal sense—Applicant did seek to initiate process, filing objections to release with Commanding Officer who did not respond—Did seek Assisting Officer—While failure to respond to grievance meaning grievor may pursue matter at next level, no evidence either applicant or Assisting Officer aware of this—No one concerned with review of career concerned with facilitating grievance process—In these circumstances, judicial review application should not be dismissed on basis alternative remedy existed—Nearly four years since application filed—In interest of justice most expeditious disposition of matter to consider application on merits—(2) Certified record provided by respondent described as documents before Career Review Board—No material purporting to be that which was in front of DGPCOR before Court—In absence of any evidence decision-maker either failed to consider material that should have been before him or considered material that should not have been before him, failure on part of decision-maker to provide certified record in accord with R. 1613 not warrant-

ARMED FORCES—Concluded

ing automatic quashing of decision in this case—Circumstances here warranting inference submissions on behalf of applicant submitted for consideration of Career Review Board, before DGPCOR when made decision applicant be released—(3) *Miller v. Director General Posting and Career Officers et al.* (1994), 76 F.T.R. 15 (F.C.T.D.) holding standard of procedural fairness in administrative processes leading to dismissal of member of Armed Forces met without direct access of person concerned to decision-maker—Procedural fairness in circumstances not requiring applicant be given opportunity to make submissions directly to decision-maker, so long as able to make submissions to Career Review Board, and those submissions before decision-maker—No legal requirement Board be composed of certain members—Correspondence relating to proposed composition of Board not giving rise to claim of legitimate expectation about Board's composition justifying Court's intervention—No evidence applicant would have behaved differently had he been aware case would be considered by two-member Board rather than by three members as indicated—No basis for arguing reasonable apprehension of bias arising from inclusion on Board of Colonel Brown—Where allegations of bias or reasonable apprehension of bias, must be some evidence upon which reasonable person could conclude decision-maker will not bring impartial mind to bear upon issue—In absence of more compelling evidence of possible bias, Colonel Brown's awareness of procedural history leading up to second Career Review Board not enough in itself to lead reasonable observer, knowing circumstances, to conclude applicant would not be dealt with fairly—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1613 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

HAWCO V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2082-94, MacKay J., order dated 12/6/98, 21 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL**

Application for judicial review of Minister's decision applicant not eligible for inclusion in Deferred Removal Orders Class (DROC)—Issue whether, on facts, applicant hindered or delayed execution of removal order—Based on regulatory impact analysis statement for Immigration Regulations, 1978, s. 2(1)(f), to be excluded from deferred removal order class, person must be actively involved in hindering or delaying removal—Such not case herein, applicant having kept in touch with Immigration authorities, always notifying authorities of any change of address, and not engaging in subterfuge in any way—In essence, reason why applicant unable to make travel arrangements three months required by Embassy for China to process application and that he needed seaman's book then with Canada Immigration—Court unable to conclude applicant hindering

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

or delaying execution of removal order on unique facts of case—Application allowed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1)(f) "member of the deferred removal orders class" (as enacted by SOR/94-681, s. 1).

JIANG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2892-97, McKeown J., order dated 21/4/98, 4 pp.)

STATUS IN CANADA*Citizens*

Appeal from approval of citizenship application—Citizenship Act, s. 5(1)(c) requiring successful applicant to establish permanent residence in Canada and reside in Canada for three out of four years immediately preceding citizenship application—Applicant physically present in Canada for 107 days between date of landing and application for citizenship—Appeal allowed—(1) As to preliminary motion for order new Federal Court Rules, which came into force on April 25, 1998 apply to appeal so that appeal dealt with on basis of record alone, without hearing witnesses, circumstances herein make application of new Rules inappropriate—As of April 25, 1998, procedural steps prior to hearing, some of which imposed by Court order based on premise respondent would be allowed to call witnesses, essentially complete—New Rules providing for different procedure in determining citizenship appeals than that previously existing—Rules setting out interrelated series of procedural steps, time limits for later steps depending upon earlier steps in process—While transitional provision in R. 501(1) providing for application of new Rules to existing proceeding, new Rules intended to apply prospectively from date of coming into force, and not to abrogate or replace procedural steps already completed—R. 501 must be read in light of Interpretation Act, ss. 43, 44 providing new provisions apply only in so far as can be adapted to proceeding taken under former enactment—As of April 25, 1998 no procedural steps remaining to which new Rules could sensibly apply—Procedure followed and ordered based on appeal, often described as *de novo* hearing—Appeal should proceed on that basis—(2) As to merits, Citizenship Judge's decision seriously flawed—Assessment of factors relevant to consideration of whether individual having substantial connection to Canada so that residency can be said to exist despite physical absence identified in *Koo (Re)*, [1993] 1 F.C. 286 (T.D.)—(1) No extended physical presence in Canada prior to respondent's extensive absences, and respondent only present in Canada for 14 days before immediately leaving; (2) although wife, children in Canada, parents, brother, friends in Hong Kong; (3) pattern of sojourns in Canada not exhibiting "returning home", and fact family now living in friend's house, having rented out

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

their home, more consonant with intention to remain in Canada temporarily than with intention to permanently reside here; (4) respondent's physical absences extensive; (5) physical absences not temporary as occasioned by work for Hong Kong company, and Canadian company respondent incorporated shell; (6) no evidence quality of connection to Canada greater than that to Hong Kong—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, R. 501.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)
V. LOK (T-2843-96, Reed J., judgment dated 19/6/98,
13 pp.)

Convention Refugees

Judicial review of decision applicants not Convention refugees—Applicants, citizens of Chile, claiming refugee status based on alleged well-founded fear of persecution because husband member of human rights group and of union—CRDD basing finding of lack of credibility on documentary evidence from which concluded applicant not persecuted because of membership in human rights group or union—Open to CRDD to assess, weigh documentary evidence before it—Documentary evidence concerning Chile generally indicating repressions inflicted on terrorists, criminals, but not on members of human rights groups or unions—Court cannot overrule CRDD in such matters, and impose own findings, where CRDD's conclusions not unreasonable as was case herein—At end of decision CRDD stating, pursuant to Immigration Act, s. 69.1(9.1), no credible basis for claim—Surprising CRDD would come to such conclusion as decision based mostly on documentary evidence, and not strictly on lack of credibility of applicant—This addendum neither vitiating decision nor warranting reference back to CRDD—Following question certified: Does statement by Immigration Refugee Board, Refugee Determination Division that claimant having no credible basis for claim under s. 69.1(9.1), where decision based mostly on documentary evidence, constitute error of law?—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1(9.1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 60).

GONZALEZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2719-97, Dubé J., order dated 25/6/98, 6 pp.)

Judicial review of CRDD's declaration applicant's claim to refugee status abandoned—Applicant, born in 1993, citizen of Iran—Arrived in Canada in 1996 with mother, who filed claim for refugee status on behalf of herself, applicant—Refugee hearing adjourned because applicant not present—Applicant still not present when hearing resumed—CRDD's conclusion resulting from findings: applicant living

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

in United States of America, not present at hearing, would not be able to return in near future—Immigration Act, s. 69.1(6) permitting Refugee Division to declare claim abandoned after giving person reasonable opportunity to be heard, where person not appearing for hearing—Applicant's mother testifying son abducted by father, who had left her message that he had taken applicant to New York—Application allowed—CRDD failing to consider, as it ought to, reason for applicant's failure to appear at hearing—Preoccupied with fact applicant not present at hearing because probably with father in New York—That applicant not leaving Canada willingly, and thus unable to be present at refugee hearing very relevant factor in deciding whether applicant had abandoned refugee claim—Nadon J. disagreeing with CRDD's approach abduction not relevant because result of "family dispute"—Matter returned to differently constituted panel for reconsideration in light of reasons—Had CRDD declared applicant's refugee claim to have been abandoned because of insufficiency of evidence concerning abduction, this application would have been dismissed, but CRDD apparently accepted mother's testimony concerning son's abduction, present whereabouts—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 10, s. 5; as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 60).

SABET V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-12-98, Nadon J., order dated 25/6/98, 5 pp.)

Permanent Residents

Application for judicial review of Immigration Appeal Division (IAD) decision allowing appeal of immigration officer's refusal to approve respondent's sponsorship of child—Immigration officer had found adoption one of convenience, for purpose of gaining child's admission to Canada—Application allowed—Case not distinguishable from *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Shi*, [1997] F.C.J. No. 617 (T.D.) (QL) where IAD had committed reviewable error in ignoring material evidence of sponsor's understanding of intention of adoption—Herein, IAD ignored or failed to directly consider evidence taken from interview with immigration officer—IAD gave no explanation in regard to finding of immigration officer that adoption for purposes of gaining child's admission into Canada.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)
V. WHITE (IMM-3933-97, Pinard J., order dated 25/5/98, 4 pp.)

Judicial review of Immigration Appeal Division decision upholding visa officer's refusal to approve sponsorship application for permanent residence of applicant's "adopted"

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

daughter from India on ground daughter not adopted in accordance with requirements of Hindu Adoptions and Maintenance Act (HAMA) of India, specifying adoptive father must be at least 21 years older than adoptive daughter—Age difference herein 17 years—Daughter thus not member of family class for Canadian immigration purposes—Immigration Regulations, 1978, s. 2(1) defining “adopted” as in accordance with laws of any province of Canada or of any country other than Canada or any political subdivision thereof where adoption created relationship of parent and child—Sole issue whether daughter adopted in accordance with laws of India—HAMA, s. 11 requiring, if adoption by male and person to be adopted female, adoptive father to be at least 21 years older than person to be adopted—Applicant submitting s. 11 only applicable to single parent adoptions—Evidence before IAD from Indian court officials, lawyers, as well as declaratory judgment from Indian court, adoption herein valid—Conflicting expert evidence s. 11(iii) applied, but not complied with—In view of conflicting evidence relating to Indian law, IAD required to weigh evidence—Application dismissed—Barring legal error, Court will not re-weigh evidence—Open to IAD to prefer respondent’s evidence—Applicant relying on HAMA, s. 16 imposing presumption of validity of adoption unless, until disproved—*Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 37 (C.A.) binding: presumptions imposed by Indian law on Indian courts of no assistance in determining whether “adopted” for special purposes of Immigration Act—IAD not bound by declaratory judgment—If 21-year requirement not relevant where married couple adopting, difficult to understand why statement included in deed of adoption that adoptive father more than 21 years older than daughter—To sustain proposition 21-year requirement only applicable to single parent adoptions, at least some evidence of rationale for that position desirable—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) “adopted”—Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956, ss. 11, 16.

SHERGILL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4190-97, Rothstein J., order dated 29/5/98, 5 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

Senate—Application for interlocutory injunction to restrain Governor General of Canada from appointing to Senate qualified person from Province of Alberta unless elected pursuant to provisions of Alberta Senatorial Selection Act—Constitution Act, 1867, ss. 24 and 32 expressly conferring on Governor General unfettered discretion to appoint qualified persons to Senate—No procedural or other limitations restricting exercise of Governor General’s discretionary constitutional power of appointment under ss. 24 and 32—Limitation could only be imposed thereon by

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

means of constitutional amendment—In circumstances, Court cannot impose procedural or other limitations on Governor General’s express power of appointment to Senate—Power of appointment to Senate also purely political in nature—Governor in Council recommendation ignoring pending election to be held in Alberta under provisions of Senatorial Selection Act made at own political peril—Purely political decision to be made by politicians, without interference or intervention of Court—Previous appointment of elected senator from Alberta in 1990 not precedent or convention altering express wording of Constitution Act, 1867—Applicants’ claim political, not legal, in nature—Relief sought by applicants may only be attained in political arena by means of constitutional amendment—Therefore, no serious issue to be tried—Application dismissed—Senatorial Selection Act, R.S.A., c. S-11.5—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 24, 32.

SAMSON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1706-98, McGillis J., order dated 1/9/98, 5 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Appeal from Canadian International Trade Tribunal (CITT) decision—Defendant importing “heavy duty highway tractors” for highway use in conjunction with semi-trailers—Installing air conditioning units in vehicles for use, comfort of driver, but not for maintaining temperature in semi-trailers attached to “tractors”—Act, s. 23(1) imposing excise tax on goods mentioned in Schedule I imported into Canada—Schedule I, s. 7 specifying “air conditioners designed for use in automobiles, station wagons, vans or trucks”—Since 1991 defendant remitting excise tax for each air conditioning unit installed—In 1993 requesting refund of excise tax paid—MNR disallowing refund application—On appeal CITT interpreting “trucks” in s. 7 as excluding defendant’s vehicles—Whether “trucks” in s. 7 of Schedule I including defendant’s “highway truck tractors”—Appeal allowed—Approach to statutory interpretation set out in *Shaklee Canada Inc. v. Minister of National Revenue*, [1996] 1 C.T.C. 180 (F.C.A.) applied—Onus on defendant to show vehicles outside meaning of word “trucks” as used in Schedule I, s. 7—Defendant submitting Parliament using different words to mean different things; presumption of coherence in application of statutes relating to same subject-matter; provincial legislation may aid in interpreting federal legislation—Because word’s meaning derived from its context, hazardous to shift from one law to another without making adjustments dictated by new context—That class of vehicles known as “highway truck tractors” distinguished in some contexts from “trucks” not determinative that Schedule

CUSTOMS AND EXCISE—Continued

I, s. 7 not including “highway truck tractors” as subset of “trucks”—That “highway truck tractors” term used in industry also not determinative in interpreting scope of Schedule I, s. 7—No compelling evidence common meaning of “truck” not encompassing “highway truck tractor”—Defendant submitting expression’s meaning influenced by words with which associated i.e. “automobiles”, “station wagons”, “vans”, all passenger vehicles—If Parliament intended section to apply strictly to passenger vehicles, would not have specified non-application of section in s. 8(a) to ambulances, hearses in which air conditioners permanently installed—Latter vehicles no more “passenger vehicles” than defendant’s vehicles—When provision introduced in 1976, s. 7 applicable only to smaller vehicles, but scope of “trucks” determined by exemptions under other sections of Act—Act excluded larger trucks from air conditioner tax after 1976, not as function of definition of “trucks”, but through operation of Schedule I, s. 8(c) as then applied—S. 8(c) exempting from tax on air conditioners “automobile, station wagon, van or truck” with permanently installed air conditioning equipment, sold in circumstances for which relief from consumption, sales tax provided under any provision of Act, other than s. 50(5)—“Any provision” including s. 51(1), incorporating by reference to Schedule III, “highway truck tractors”—Since “highway truck tractors” not subset of automobile, station wagon or van, must be subset of “truck”—Same reasoning concerning effect of s. 51(1) in refining scope of “trucks” in s. 8(c) applying to s. 7 where listed class of vehicles identical to those in s. 8(c)—As 1991 amendments changed scope of s. 8(c), any limitation on scope of word “trucks” imposed to that date removed—Change reflecting Parliament’s intention tax be applied to all vehicles falling within ambit of general term “trucks”—Defendant not meeting onus of establishing to Court’s satisfaction proposed interpretation intended by Parliament—Meaning of “trucks” in light of structure of Act as existed in 1976, indicating term in s. 7 including “highway truck tractors”, except vehicles expressly exempted under other provisions of Act—Exemptions under legislation applicable in 1976 eliminated by 1991 amendments to Act—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 23 (as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 55), 81.24 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52). 81.28 (as am. *idem*), Schedule I, ss. 7, 8.

CANADA V. PACCAR OF CANADA LTD. (T-480-97, MacKay J., judgment dated 8/5/98, 20 pp.)

Taxpayer director of Conestoga Inn Ltd.—Conestoga required to remit goods and services tax (GST) on quarterly basis—Taxpayer lost control of Conestoga in December 1992; Conestoga declared bankrupt one week later—In arrears with respect to remittance obligation—Minister held taxpayer personally liable as director of Conestoga pursuant to Act, s. 323(1)—Tax Court concluding taxpayer not satisfying due diligence defence set out in s. 323(3)—

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

Taxpayer conceding liability for \$7,887.42 in arrears; Minister conceding taxpayer not liable for GST owing for final reporting period not required to be remitted until after taxpayer lost control of company—\$18,296 in dispute, representing GST assessed as owing for January 1991 to December 1992—Common ground Tax Court Judge applied wrong test when determining whether taxpayer should be absolved of liability under due diligence defence; not having benefit of *Soper v. Canada*, [1998] 1 F.C. 124 (C.A.) setting out relevant principles concerning director’s liability, due diligence defence—Present case adding further dimension to principles set out in *Soper*—Directors obliged not only to exercise requisite standard of care in ensuring GST remitted, but also to exercise same standard with respect to ensuring GST properly calculated—To interpret s. 321(1) (or Income Tax Act, s. 227.1(1)) in contrary manner would undermine purpose of section—Carelessness in calculation as unacceptable as carelessness in remittance—Other persons, including accountant, responsible for calculating, remitting all taxes—No evidence taxpayer actually aware of problem with respect to proper calculation of GST—Difficulties with submission taxpayer precluded from raising due diligence defence herein in context of amount in dispute because failed to raise it before Tax Court: (1) doubtful taxpayer would have settled as quickly with respect to other amounts if had known right to raise due diligence defence would be inadvertently eliminated; (2) argument ignores fact Tax Court Judge committed reviewable error—At same time, difficult to accept Court’s role on judicial review application to arrive at finding of mixed fact, law when Tax Court Judge not asked to address what parties would later identify as pivotal issue, particularly as taxpayer’s plea of due diligence resting on transcript evidence—Matter referred back to Tax Court for determination with respect to amount in dispute—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 323(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12), (3) (as enacted *idem*).

DROVER V. CANADA (A-331-97, Robertson J.A., judgment dated 13/5/98, 7 pp.)

ENVIRONMENT

Application for judicial review of Report of Joint Review Panel for Cheviot Coal Project, Mountain Park area, Alberta, with respect to environmental assessment—Whether applicants’ failure to seek judicial review of Federal Response fatal to judicial review application—Cheviot Project proposal by Cardinal River Coal Ltd. (CRC) to develop number of coal leases owned by one of CRC’s principals as replacement mine for CRC’s existing Luscar mine—Located in area of eastern slopes of Rocky Mountains known as Alberta Coal Branch—Cheviot Project including construction, operation, decommissioning of mine, upgrade of access road, upgrade of railway line, installation of new trans-

ENVIRONMENT—Continued

mission line and substation to supply electrical power—Under Alberta Environmental Protection and Enhancement Act, environmental impact assessment (EIA) report completed in February 1996—In March 1996, CRC advised Department of Fisheries and Oceans of intention to apply for authorization under Fisheries Act, s. 35(2)—Prior to issuing Fisheries Act, s. 35(2) authorization, Canadian Environmental Assessment Act, s. 5(1)(d) requires environmental assessment be conducted—Minister determined potentially significant adverse environmental effects would likely result from project and that public concern existed—In October 1996, agreement entered into between Canada and Alberta for operation of Joint Review Panel and conduct of environmental assessment hearings—Panel issued 161-page report dated June 6, 1997—Report including decisions of Alberta Energy and Utilities Board to approve Cheviot Coal Mine Project, recommendation of federal government to provide regulatory approval for project by issuing Fisheries Act authorization—Under CEAA, s. 37(1.1), responsible authority obliged to take into consideration, respond, with approval of Governor in Council, to Joint Review Panel Report—On October 2, 1997, Minister, being responsible authority referred to in s. 37(1.1)(c), with approval of Governor in Council, published “Federal Government Response to Environmental Assessment Report of Joint Review Panel on Cheviot Coal Project”—On October 31, 1997, applicants filed present application for judicial review—Never applied for judicial review of Federal Response—Report of Joint Panel not “decision or order” within meaning of Federal Court Act, s. 18.1(2)—Critical decision Minister must make whether environmental effects of project insignificant or significant and, if the latter, whether justifiable—Because s. 37(1.1)(c) mandatory provision, Minister having no discretion to make determination concerning jurisdiction to take course of action under CEAA, s. 37(1)—Since Federal Response remained unchallenged in any court of competent jurisdiction, it stands as barrier to relief claimed by applicants against Minister—Application dismissed—Environmental Protection and Enhancement Act, S.A. 1992, c. E-13.3—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 35(2)—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 37(1) (as am. by S.C. 1994, c. 46, s. 3), 37(1.1) (as enacted *idem*)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

ALBERTA WILDERNESS ASSN. V. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (T-2354-97, McKeown J., order dated 12/6/98, 14 pp.)

Application for interim relief pursuant to Federal Court Act, s. 18.2 pending disposition of judicial review application—As result of agreement between federal, New Brunswick Ministers of Transportation, Environment decision made to proceed with trial program, designed to manage fairly significant change in water level of Lake Petitcodiac from spring to late fall of 1998 to study concept

ENVIRONMENT—Continued

to partially restore natural ecosystem of river—Lake result of construction of causeway across river—Water level of lake controlled by opening and closing gates in causeway—Gates prevent tidal inflow of salt water into lake—Trial project would allow tidal water to flow upstream past causeway, and on falling tide would control outflow from lake to reduce erosion—Initially no provision for environmental assessment under Canadian Environmental Assessment Act (CEAA)—Applicant applied for judicial review of decision to proceed with trial project, and for interim relief—While decision under reserve, federal ministers agreed to undertake environmental assessment under CEAA—Screening report, undertaken pursuant to CEAA, concluding project not likely to cause significant adverse environmental effects—Subsequently motion for interim relief dismissed without prejudice to hearing any similar motion in support of new application for judicial review in relation to respondents’ decision to proceed on basis of new screening report—Such motions subsequently filed—Applicant seeking declarations project “project” within meaning of CEAA, decision contained in screening report null and void; *certiorari* quashing that decision and decision not to allow public opportunity to examine, comment on report before taking action—Also seeking declarations report not complying with statutory requirements of Act, particularly s. 16, respondent required to give public notice and opportunity to examine, comment on report prior to taking action under s. 20, public concerns regarding project and/or screening report warrant reference to mediator or review panel—Also seeking prohibition or injunction preventing respondents from making any decisions, taking any course of action, or providing or authorizing provision of funds for purpose of project and preventing anyone having notice of order from utilizing any funding until CEAA complied with—Request for interim relief seeking interlocutory stay of decision in screening report, interlocutory injunction restraining respondents from making any decision granting statutory approvals or authorizing provision of funds for purposes of project, preventing anyone having notice of such order from utilizing any funding, assistance or statutory authorization; order enjoining respondents from authorizing alteration of fish habitat in Lake Petitcodiac; interlocutory relief restraining respondents from authorizing deposit of substances harmful to migratory birds—Test for interim relief set out in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.) applied—(1) Court rejecting submission Court should dismiss application for interim relief because can make no direct order to stop or control gate opening as within authority of provincial Minister of Transportation—Court will not make orders that will be futile, but may make orders directed to respondent Ministers which might affect their involvement as parties in trial project—Could do so without affecting continuing responsibilities under statute to monitor, assess activities of provincial departments that have effects upon matters within fields of federal legislative

ENVIRONMENT—Concluded

competence—Differences between parties supporting conclusion serious issues raised about reasonableness of conclusions reached in screening report—Such issues can only be determined upon hearing argument on application for judicial review—(2) Applicant will not suffer irreparable harm in brief period between present and any reasonably early date set for hearing, if, when application for judicial review heard, applicant successful—(3) Since no irreparable harm, unnecessary to determine balance of convenience—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.2 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.

LAKE PETITCODIAC PRESERVATION ASSN. INC. v. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T-1132-98, MacKay J., order dated 9/6/98, 18 pp.)

ESTOPPEL

Motion for further, better particulars, answers to discovery questions—Particulars now requested identical to those denied on earlier motion, upheld on appeal—Reasons for order leaving open possibility plaintiffs might, if continuing to have problems understanding issues, following completion of examinations for discovery, bring further demand for particulars as suggested in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Lek Tovarna Farmaceutskih in Kemichnih Izdelkov N. Sol. O.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 257 (F.C.T.D.)—Band's electoral custom central issue, as on earlier motion, appeal—Plaintiffs' position, unsupported by further material affidavit evidence, but on basis of documents including discovery transcript, that further particulars ought to be provided, issues narrowed, by way of document called statement of issues, dealing largely with band custom—While such statement of issues might serve as time saving device, material requested of defendants in statement of issues same material sought, denied in earlier motion for particulars, albeit in different form at different time—That party may apply at later stage in proceeding for particulars for trial not meaning application will automatically succeed—In *Smith, Kline*, application for particulars for pleading denied only because plaintiff able to adequately plead on basis of knowledge of case at that point: applicant had enough particulars for pleading and not entitled to particulars amounting to examination for discovery, but might be entitled to apply for fuller particulars for trial at later date—Defendants submitting issue of particulars *res judicata*—Clearly doctrine of *res judicata* applies to interlocutory matters—Basic argument to contrary that decision on interlocutory application not final in sense decision interlocutory—In *Stamper v. Finnigan* (1984), 57 N.B.R. (2d) 411 (Q.B.) holding rule of estoppel by *res judicata* applied to decisions on interlocutory applications—Referring to *Diamond v. The Western Realty Co.*, [1924] S.C.R. 308, wherein Duff J. holding although decision interlocutory in

ESTOPPEL—Concluded

that proceeding in which given interlocutory, nevertheless final in that, in absence of appeal, decision binding upon all parties—Requirements of estoppel by *res judicata*, also referred to as estoppel by record and estoppel *per rem judicatum*: (1) same question decided; (2) judicial decision creating estoppel final; (3) parties to judicial decision same as parties to proceedings in which estoppel raised—As to whether same question decided, previous reasons characterizing issue as what constituted Band custom—Plaintiffs' statement of issues attempting to have defendants volunteer positions: (1) whether Band elections governed by custom; (2) terms of governing custom; (3) whether October 1997 election in accordance with custom; (4) if election deviated from custom, did deviation result in election being invalid—Statement of issues, by which plaintiffs seek to obtain position of defendants, similar in sense of sameness to particulars sought on both motions—In light of earlier decision on point, improper to require either particulars of custom or answers to statement of issues now sought, as plaintiffs estopped on issue by reason of earlier orders—To extent plaintiffs taking slightly different approach in arguing present motion for particulars, doctrine of estoppel by matter of record, or *res judicata*, applies not only to matters actually in dispute, but also to any point which party might, with due diligence, have brought forward at time of previous hearing—Concept based on principle must be end to litigation, even in case of interlocutory wrangling, for motions, like actions, should not be dealt with piecemeal, either motion upon motion or action upon action, as such amounts to abuse: see *Borley v. Fraser River Harbour Commission* (1995), 92 F.T.R. 275 (F.C.T.D.)—As to answers to discovery questions, to require Harry Chingee, whose discovery concluded, to answer further questions, plaintiffs must establish special reason to do so—R. 235 providing "except with the leave of the Court, a party may examine for discovery any adverse party only once"—Until 1990, R. 465(19) requiring special reason in exceptional case to obtain further discovery—Present form of Rule, however, should not be interpreted so as to easily allow further discovery, once examination concluded, for discovery must at some point, end—Further discovery denied because material on which counsel wishing to examine available at time of discovery of Harry Chingee and with diligence might have been to him at that time—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 465(19)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, R. 235.

MCLEOD LAKE INDIAN BAND V. CHINGEE (T-2327-97, Hargrave P., order dated 8/5/98, 11 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION**TRIAL DIVISION**

Motion to strike out originating notice of motion on grounds Chief Justice, Federal Court not subject to judicial

FEDERAL COURT JURISDICTION—Continued

review as not “federal board, commission or other tribunal”—Applicant inmate of Warkworth Institution in Campbellford, Ontario—In 1992 Chief Justice, Federal Court issuing direction prohibiting applicant from placing on Court file any insulting, abusive or slanderous remarks—Chief Justice further directing any document submitted by applicant for filing should not be filed without first submitting it to prothonotary for examination as to whether containing scandalous, insulting or abusive matter that should not be permitted to be placed on Court file—In 1998 applicant advised prohibition still in force, applicable to any material applicant attempting to file in any Court file—Application record containing originating notice of motion seeking judicial review of Chief Justice’s direction, supporting affidavit and concise memorandum of points to be argued sent to Registry by registered mail—Filed notwithstanding Chief Justice’s direction—Application allowed—Only if judge not acting as judge that decision subject to judicial review by Court—Test formulated in *Herman et al. v. Deputy Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 729 applied—In issuing direction, Chief Justice not exercising peculiar, distinct, exceptional jurisdiction, separate from and unrelated to tasks performed from day to day as Judge—Chief Justice purporting to act within Court’s inherent power to control own process—Direction not decision of “federal board, commission or other tribunal” within Federal Court Act, s. 2—Court lacking jurisdiction under s. 18.1 to judicially review Chief Justice’s direction—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1) “federal board, commission or other tribunal”, 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).

MENNES V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-538-98, Richard J., order dated 28/5/98, 6 pp.)

Application for interlocutory order staying March 29, 1998 Canada Labour Relations Board order, filed by further order dated May 17, 1988—Application for judicial review seeking to quash May 17, 1998 order presently outstanding in Federal Court of Appeal—Federal Court Act, s. 28(3) depriving Trial Division of jurisdiction to entertain any proceeding in respect of same matter where Court of Appeal having jurisdiction to hear, determine matter—S. 28(1)(h) according jurisdiction to Court of Appeal to hear judicial review applications in respect of Canada Labour Relations Board—Whether motion for stay proceeding in respect of same matter pending in Court of Appeal—Judicial review application seeking to quash order based on breach of principles of natural justice—Examination of substance of motion for stay establishing it is proceeding in respect of same matter pending in Court of Appeal—S. 28(3) depriving Trial Division of jurisdiction—Present wording of s. 28(3) broader in scope of application than terms of predecessor, depriving Trial Division of jurisdiction to entertain any proceeding in respect of that decision or order where Court of Appeal having jurisdiction to hear and determine applica-

FEDERAL COURT JURISDICTION—Continued

tion to review and set aside decision or order—Furthermore, French version of present s. 28(3) drafted in very broad language—*National Bank of Canada v. Granda*, [1984] 2 F.C. 249, in which Federal Court of Appeal concluding Trial Division having power to stay execution of decision filed in Court under predecessor to Canada Labour Code, s. 23, rendered prior to amendment of Federal Court Act, s. 28(3), which expanded scope of jurisdictional limitation on Trial Division—Rationale underlying that decision no longer applicable—Federal Court Act, R.S.C., c. F-7, s. 28(1)(h) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8), (3) (as am. *idem*)—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 23 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 57).

NAV CANADA V. CANADIAN AIR TRAFFIC CONTROL ASSN. (T-1013-98, McGillis J., order dated 23/6/98, 6 pp.)

Appeal from order of Trial Division granting motion of respondent alleging Trial Division had no jurisdiction to hear action in damages launched by appellant—Appellant seeking damages of \$17,468,000 as result of respondent’s decision awarding St-John Shipbuilding Ltd. (SJSL) a completion contract to allegedly finish manufacturing of certain topside modules concerning Hibernia oilfield project—Appellant alleging respondent’s decision awarding completion contract to SJSL made without seeking tenders, in bad faith and with malice—Hence action for damages based on Competition Act, s. 36 giving jurisdiction to Federal Court to hear such actions—Trial Division Judge granting respondent’s motion on two bases: first, appellant’s statement of claim not clearly alleging factual basis for alleged conspiracy contemplated by Competition Act, s. 45; second, statement of claim disclosing no reasonable cause of action in relation to s. 45—Some confusion in case law as to proper rule to resort to in order to raise objection to jurisdiction of Court—Generally speaking, where objection taken to its jurisdiction, Court must be satisfied jurisdictional facts or allegations of such facts supporting attribution of jurisdiction—Trial Division Judge misdirecting himself in concluding only three general allegations or bald assertions of anti-competitive activity, unsubstantiated with specific facts or proper factual basis—Paragraphs 62 to 112 and 114 to 120 of statement of claim all refer to specific facts, either material to jurisdictional facts necessary under Competition Act, ss. 36 and 45, establishing jurisdiction of Trial Division or tending to show reasonable cause of action—As alternative ground in support of motion to stay action, respondent relied on Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act, ss. 4 and 215, and Federal Court Act, s. 17(6)—Implementation Act not barring Federal Court from exercising jurisdiction to enforce Competition Act—Competition Act not, strictly speaking, Act of Parliament applying federal laws to offshore areas, and no inconsistency or conflict between Competition Act and Implementation Act in respect of subject of action—As for argument relating to Federal

FEDERAL COURT JURISDICTION—Concluded

Court Act, s. 17(6), must be analysed in connection with Implementation Act, s. 215—Appeal allowed—Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act, S.C. 1987, c. 3, ss. 4, 215—Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 36 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 1, s. 11), 45 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 19, s. 30; 1991, c. 45, s. 547; c. 46, s. 590; c. 47, s. 714—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(6) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 3).

MIL DAVIE INC. v. SOCIÉTÉ D'EXPLOITATION ET DE DÉVELOPPEMENT D'HIBERNIA LTÉE (A-314-97, Denault J.A. (*ex officio*), Létourneau J.A. and Chevalier D.J., judgment dated 7/5/98, 10 pp.)

FISHERIES

Application for judicial review of Minimum Flow Order issued by Minister of Fisheries and Oceans under Fisheries Act, s. 22(3) specifying water flow release for Daisy Lake Dam, for safety of fish and ova in Cheakamus River in British Columbia—Given proximity to Vancouver, Dam and its power plant perform very important role within B.C. Hydro integrated electrical system—Report had concluded B.C. Hydro's water diversions significantly exceeded licensed flow for majority of time from 1960 to 1996—In 1997, B.C. Hydro, Department, B.C. Ministry and other regulatory agencies met to determine acceptable and workable flow—Shortly after meeting, representatives from Department and B.C. Ministry determined that B.C. Hydro's current and proposed flows, as well as its delays, unacceptable as would have adverse impact on salmon in River—They therefore concluded that appropriate to seek order from Minister of Fisheries under Fisheries Act, to ensure water flow necessary for safety of fish and of ova deposited on spawning ground maintained in Cheakamus River—Minimum Flow Order considerably reducing B.C. Hydro's ability to generate power during winter months, where demand for electricity highest and causing costs of approximately \$2,000,000 per year—Issues whether Minister breached duty of procedural fairness owed to B.C. Hydro; whether Minister exceeded jurisdiction and erred in law by basing decision on irrelevant considerations; whether Minister erred in law by misinterpreting extent of power accorded to him under Fisheries Act, s. 22(3); whether Minister erred in law by failing to adhere to provisions of Canadian Environmental Assessment Act—Application allowed—Decision made by Minister under Fisheries Act, s. 22(3) discretionary administrative decision made in response to specific factual situation subject to judicial review on grounds decision-maker acted in bad faith, erred in law, or acted on basis of irrelevant considerations—Minister owed minimal duty of fairness to B.C. Hydro in making discretionary decision under Fisheries Act, s. 22(3)—In 1997 meeting, participants agreed to

FISHERIES—Concluded

course of action which accorded B.C. Hydro additional period of time to analyse implications of recent report—Participants further agreed to review all reports, and to provide their comments to facilitator—Within three days of that meeting, Department's officials, who had agreed to course of action with B.C. Hydro, unilaterally determined that B.C. Hydro's recent proposal and its "delay" were "unacceptable"—Despite course of action agreed to at meeting, they chose not to notify B.C. Hydro of their change in plans, and proceeded to take necessary steps to secure issuance of ministerial order under Fisheries Act, s. 22(3)—At no time did Minister's delegate notify B.C. Hydro he was considering issuance of order under Fisheries Act, s. 22(3), nor did he provide B.C. Hydro with opportunity to make representations to him—Minister's delegate obliged, as minimal requirement of fairness, to provide B.C. Hydro with notice and with opportunity to make written representations, to him, prior to issuance of order under Fisheries Act, s. 22(3)—Given particular circumstances of this case, Minister's delegate breached minimal duty of fairness owed to B.C. Hydro—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 22(3).

BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1171-97, McGillis J., order dated 3/5/98, 35 pp.)

Motion for interlocutory injunction directing Department to issue applicant conditions of latter's snow crab, herring and groundfish fishing licence for 1998 season, pending Court's decision as to validity and legality of Department's requirement (that conditions of applicant's fishing licence for 1998 season not be issued until applicant confirms in writing he has entered into agreement with certified at-sea observer company), subject of notice of application for judicial review—Application of tests developed in *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers Local 832 and Labour Board (Man.)*, [1987] 1 S.C.R. 110: serious question to be tried, irreparable harm, balance of convenience and public interest—Whether Regulations authorizing Department to include condition in fishing licence requiring verification by observer of weight and species of any fish caught and retained, also requiring owner or master of fishing vessel to pay for expenses and costs of at-sea observer (\$3,600)—Serious question to be tried—However, applicant not establishing applicant would suffer irreparable harm should relief not be granted—Concerning balance of inconvenience and public interest, in public interest that observers be able to perform duties and fishers take appropriate action allowing observers to perform duties—Motion dismissed—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 7—Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, ss. 22, 39, 46.

COULOMBE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), (T-949-98, Richard J., order dated 8/5/98, 12 pp.)

HUMAN RIGHTS

Appeal from F.C.T.D. decision ((1996), 116 F.T.R. 225) setting aside decision of Canadian Human Rights Commission, referring matter back to Commission for reconsideration—Respondent employed by appellant since 1957—In late 1992, appellant commenced investigation into irregularities in respondent's expense accounts, accounting practices—In March 1993, respondent informed appellant that alcoholic, requested treatment through company's Employee Assistance Program—Appellant company refused, dismissed respondent on April 23, 1993—Respondent filed complaint with Commission alleging fired due to discrimination based on disability, namely alcoholism—Commission dismissing complaint as allegation of discrimination unfounded—Issuing second decision 5 months later to same effect—Motions Judge allowing respondent's application for judicial review, stating Commission "simply abdicated responsibility"—Not invoking principle of *functus officio* when he said reconsideration by Commission "too little and too late"—Crux of decision under appeal Motions Judge's conclusion Commission had failed to consider material before it—No general principle of law tribunal has to give reasons for decision—Case where inference must be drawn Commission simply ignored important material before it—Decision subject to being set aside under Federal Court Act, s. 18.1(4)(d)—Appeal dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

CANADIAN PACIFIC LTD. v. FORTIN (A-356-96, Strayer J.A., judgment dated 27/5/98, 8 pp.).

INCOME TAX

EXEMPTIONS

Appeal from Trial Division decision ((1996), 97 DTC 5076) denying appellant's appeal from MNR's position deferral of capital cost allowance (CCA) required with respect to both prime metal assets in use and under construction—ITA and ITAR providing three-year tax holiday for new mines—Income derived from operation of mine defined to include income of corporation from processing to "prime metal stage"—Appellant corporate taxpayer fully integrated steel producer—Operations encompassing not only main steel plant but also number of mines, including Griffith iron ore mine, and other facilities for production of raw materials used in steel-making process—By virtue of fact operation of mine included income from corporation to prime metal stage, income derived from operation of Griffith mine included not only income from activities carried out at mine site itself, but also income attributable to activities at other sites—Because of intermingling of iron ore from various sources, not possible to identify any particular pig iron as having been produced from Griffith mine—Accordingly, MNR and taxpayer reached agreement as to percentage of iron ore produced at each site, including Griffith

INCOME TAX—Concluded

mine—Parties agreed attribution of CCA with respect to assets used up to pig iron stage would be based on same percentages—Parties could not agree if taxpayer could deduct CCA in respect of prime metal assets under construction and not in use at end of taxation year in question and attributable to Griffith mine, in calculating its taxable income from other sources—CCA in relation to prime metal assets used in production of pig iron and attributable to Griffith mine not deductible from taxpayer's income—However, can be deferred until after expiration of tax holiday—MNR took position deferral of CCA required with respect to both prime metal assets in use and under construction—Appeal dismissed—Taxpayer not entitled to deduct from its non-mining income for 1970, 1971 and 1972 taxation years, CCA in respect of Griffith mine portion of prime metal assets under construction and not in use during taxation years in question—*Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Minister of National Revenue* (1972), 72 DTC 6337 (F.C.A.) and *Westar Mining Ltd. v. The Queen* (1992), 92 DTC 6358 (F.C.A.) standing for proposition operation of mine as economic activity, not physical acts involved in extracting and processing, generating income—Assets acquired for use in operation of exempt mine form part of economic structure of that mine whether or not those assets actually used—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 83(5)—Income Tax Application Rules, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 63, Part III, s. 28(1).

STELCO INC. v. CANADA (A-13-97, Robertson J.A., judgment dated 14/5/98, 5 pp.)

INCOME CALCULATION

Deductions

Appeal from Tax Court decision appellant could carry forward any unused 1984 charitable donations—Tax Court holding \$98,867, deducted by respondent in 1984 as charitable gift in form of partial forgiveness of loan to museum, not gift because no loan to be forgiven, but reassessment statute barred—Minister submitting forgiveness of non-existent loan cannot be taken into account in any carry-forward of charitable gifts for years following 1984, even though Minister could not reassess deductions taken in 1984—Appeal allowed—Income Tax Act, s. 110(1)(a) permitting deduction of aggregate of gifts made in year and in 5 immediately preceding taxation years to extent not deducted in computing taxable income for any preceding year—In respect of 1985 Minister obliged to determine aggregate of "gifts" made in previous years and must be confined to qualifying charitable gifts—For purposes of carry-forward in subsequent years, aggregate of gifts made in 1984 not including \$98,867—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 110(1)(a) (as am. by S.C. 1985 c. 45, s. 54).

CANADA v. BRADLEY (A-48-95, Strayer J.A., judgment dated 16/6/98, 4 pp.)

JUDGES AND COURTS

Appeals from orders made in Trial Division, dismissing motion for removal of Teitelbaum J. on grounds of reasonable apprehension of bias ([1998] 3 F.C. 3), and directing commencement of trial of action on April 15, 1998 in Calgary before Teitelbaum J.—Latter dismissed for mootness as trial did not commence on April 15—Appeals dismissed—Appeals devoid of any merit whatsoever and dismissed summarily—Record supporting conclusion Teitelbaum J. validly appointed and that he made no error in concluding that he had been—No clear or concrete evidence of reasonable apprehension of bias on part of Teitelbaum J.—Appellants' contentions on issue amount, at best, to mere speculations based on innuendoes, surmises, suppositions and unfair characterizations of statements and events—Appellants manifestly seeking removal of Teitelbaum J. as trial judge and his replacement by judge of their own preference to preside over two admittedly important trials—This approach to selection of trial judge foreign to Court's practice and should not be encouraged in any way.

SAMSON INDIAN NATION AND BAND V. CANADA (A-893-97, A-895-97, A-70-98, A-71-98, Isaac C.J., judgment dated 15/5/98, 6 pp.)

LABOUR RELATIONS

Appeal from Motions Judge's decision ([1997] 3 F.C. 727 T.D.) settlement between employer and employee upon employee's dismissal not preventing employee from laying complaint for wrongful dismissal—Canada Labour Code, s. 168 stipulating Division XIV of Code, dealing with right to lay complaint for wrongful dismissal, applies "notwithstanding any other law or any custom, contract or arrangement"—Appeal dismissed—No error in Motions Judge's interpretation of ss. 168, 240—S. 168 protecting employee's right to complain of unjust dismissal even if employee signing contract by which employment terminated—Easy to envisage situation where employee could, after having signed such contract, realize termination of employment not result of legitimate business restructuring as led to believe, but instead coloured or disguised attempt at wrongful dismissal—Also, failure to provide employer two pages attached to employee's complaint as well as copy of memo in which employee reported to have claimed forced to resign, not denial of natural justice to employer—Although preferable that missing material be given to employer, subsequent exchange of correspondence provided employer with adequate opportunity to express views on wrongfulness of dismissal—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 168 (as am. by S.C. 1993, c. 42, s. 13), 240 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15).

NATIONAL BANK OF CANADA V. CANADA (MINISTER OF LABOUR) (A-484-97, Létourneau J.A., judgment dated 17/6/98, 4 pp.)

MARITIME LAW

TORTS

Action for damages as result of injuries suffered in 1992 while plaintiff working as pilot aboard *Arctic Tarsiut*—Plaintiff pilot employed by Panama Canal Commission (PCC)—Insurance wire injuring plaintiff—Plaintiff submitting wire must have been protruding over deck edge; could not have been properly secured; defendant Arctic Transportation Ltd. (ATL) responsible as owner of barge for securing wire; ATL therefore responsible for accident—Action dismissed—Place of tort, place of damage, and place having most substantial connection with claim, all leading to conclusion Panamanian law applicable—Canada Shipping Act, s. 275, providing case shall be governed by law of port at which ship registered, applicable to matters arising in context of hiring, firing of seamen, payment of wages, apprenticeship indentures, working conditions on Canadian ships—Not applicable to action by foreign pilot with respect to tort claim arising out of events occurring in foreign jurisdiction—Plaintiff relying on Maritime Code of Republic of Panama, Art. 557 for submission Canadian law applied as law of registry of vessel on which tort occurred applied—As no conflict of laws issue arising under Panamanian law, law of Panama applicable pursuant to general principle of territorial application of law—Even if conflict of laws issue existing, Panamanian Court would apply Art. 557(7) such that laws of country where event giving rise to complaint occurred—Limitation periods part of substantive law when law of another jurisdiction applied: *Tolofson v. Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, [1994] 3 S.C.R. 1022—Limitation period in Panama one year from time plaintiff aware of injury—Action not brought within one year of February 12, 1992 (date of accident)—Letter written by prospective plaintiff to prospective defendant not interrupting running of prescription period—Even if limitation provision interrupted under Panamanian law, as no proof of applicable Panamanian tort law, assumption same as Canadian law—Applying Canadian tort law, plaintiff not proving on balance of probabilities accident arising as result of negligence of defendant—Plaintiff arguing: (1) duty of vessel owner to ensure vessel seaworthy, and if damage occurring as result of failure to do so, presumption of owner's fault; (2) when damage-causing events occurring for which no explanation and circumstantial evidence pointing to defendant's actions as cause, presumption of negligence by defendant arising—Circumstances herein not raising presumption vessel owner's negligence cause of accident—No evidence latent defects in fastening of insurance wire or that any condition relating thereto prior to vessel's arrival in Balboa that might have caused accident—Before vessel permitted to transit Canal, must meet directives, regulations imposed by PCC—Vessel prepared for transit in Balboa by reputable contractor—Work undertaken with PCC inspectors identifying work to be done, approving method planned to accomplish that work, inspecting work after completed—When barge left Balboa, starboard insurance wire not

MARITIME LAW—Concluded

hanging outboard or over deck edge—From time vessel left dock in Balboa until accident, under exclusive control of PCC during which time numerous opportunities for dislodging of insurance wire—Simply not situation in which presumption accident caused by defendant's negligence arising—Also very serious credibility problem as to extent of plaintiff's injury—Plaintiff's failure to prove permanent injuries; failure to mitigate loss by seriously seeking other employment; that virtually no loss of income in year after accident, after which voluntarily retired just before reached compulsory retirement age as pilot, meaning any award would be very small—Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 275.

FERGUSON V. ARCTIC TRANSPORTATION LTD.
(T-1941-93, Reed J., judgment dated 8/5/98, 27 pp.)

PRACTICE**COSTS**

Trial, appeal—Highly complex patent suit relating to blended polyamide/polyolefin film of low crystallinity, suitable for use in preparation of sheet moulding compound—Case involving x-ray diffraction, nuclear magnetic resonance, infrared spectroscopy, density gradient column and differential scanning calorimetry—Case requiring considerable additional effort to organize and explain different analytical techniques and experiments—Trial lasting 12 days; 71 documents referred to as exhibits and 10 expert witnesses called—Series of *inter partes* tests conducted, some of which videotaped for possible tendering at trial as exhibits—Upon being successful at trial following Court of Appeal's decision, plaintiff's motion for increased costs allowed—"Without prejudice" letter written by DuPont's counsel to settle certain items claimed in plaintiff's earlier draft bill of costs will be used only as reinforcement of any other available piece of evidence for expenses claimed and not by and of itself to prove reasonableness or necessity of any particular item—Plaintiff claiming expenses for both counsel for six meetings prior to examination for discovery, three of which out of town—Joyal J.'s order for increased costs unclear as to number of counsel intended, as counsel both singular and plural—Complexity and importance of case such that reasonable for two counsel to meet with client—Amounts claimed allowed—Miscellaneous expenses (photocopy charges for 4,000 copies at \$0.08) allowed as being reasonable and necessary in circumstances: *Melo's Food Centre Ltd. v. Borges Food Ltd.*, [1996] F.C.J. No. 1072 (T.D.) (QL)—Photocopying disbursements must be shown to be essential—Computer logs and schedules more and more frequently attached to supporting affidavits could be made more detailed and comprehensive so as to include such convenient information as title of document photocopied, number of pages photocopied and number of copies produced and destination—\$75 awarded for preparation and appearance on interlocutory motions (motion in writing, on

PRACTICE—Continued

consent, silent as to costs) as Rules applicable to taxation those in force at inception of action (1989), and as Rule at time did provide that costs follow event—Travel and living expenses of two counsel relative to complex and numerous pre-trial tests allowed as reasonable and necessary in proceedings and wording of Joyal J.'s order not sufficiently restrictive as would support interpretation for only one counsel—As to expert witness's travel and living expenses, onus on counsel seeking payment of expert witness's charges to justify expense in sense that losing side should not be required to pay costs not reasonable having regard to importance of witness's evidence to outcome of trial and complexity of expertise: *Angelstad v. Frederick's Estate* (1989), 80 Sask. R. 274 (Q.B.)—Expert witness's travel and living expenses reasonable and allowed in full—Guidelines as to fees: hiring of expert must, in circumstances existing at time, be prudent and reasonable representation of client; hiring of expert must not be blank cheque for award; what reliance placed of expert's testimony by Trial Judge?—Guidelines met herein—Actual fees exacted by expert may seem high, but commensurate with expert's credentials and in keeping with what market for such expertise able to bear—Amount allowed as claimed—Fees for in-house pre-trial *inter partes* tests conducted by plaintiff—Pre-trial tests essential to conduct of litigation—Open to plaintiff to carry out tests internally in circumstances of litigation and costs associated with tests ought to be recovered from defendant if plaintiff can satisfy Court of actual costs of pre-trial experiments—As plaintiff herein unable to establish actual costs of tests to company, entire claim therefor rejected—In order for expenses to be allowed for "representative of client" within meaning of Joyal J.'s order, person should have been called to give testimony at discovery or trial: *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada*, [1993] F.C.J. No. 1462 (T.D.) (QL)—Defendant should not be saddled with costs associated with travel (and living expenses) to Toronto of paralegal employed at Ottawa office of counsel for plaintiff—No case law on use and assistance of paralegals in similar context, but Joyal J.'s order speaks only of witnesses and counsel—Services of paralegals included and subsumed into services provided by counsel and therefore overhead of firm—Comparable to secretaries, librarians, binding clerks and other office clerks—Counsel's hotel charges beginning one week before commencement of trial not excessive in view of complexity of case—Would not be reasonable to award higher daily rate for expert's attendance at trial (plaintiff asking for US \$2,000) than daily rate charged for preparation (US \$1,200), so rate of US \$1,200 per day allowed, even though this has been found to possibly be too generous: *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada*, [1993] F.C.J. No. 1462 (T.D.) (QL)—Revised bill of costs presented at \$412,084.59 taxed and allowed at \$258,754.13.

ALLIEDSIGNAL INC. V. DUPONT CANADA INC.
(T-2234-89, Reinhardt T.O., taxation dated 11/5/98, 70 pp.)

PRACTICE—Continued

DISCOVERY

Examination for Discovery

Motions for (1) order to have issues of damages/profits determined by reference; (2) issuance of letters rogatory to effect examination for discovery of person alleged to have been inventor of patent—(1) In patent infringement action defendants raising issues of validity—Although several days of examination for discovery already taking place, several more days of examinations for discovery required on these topics alone—Governing principles set out in *Depuy (Canada) Ltd. v. Joint Medical Products Corp.* (1996), 67 C.P.R. (3d) 145 (F.C.A.)—Importance of reducing cost of trial, bringing matters on to trial as quickly as possible, which are paramount considerations in application of Federal Court Rules, 1998, making this appropriate case for granting of order for severance of trial—As Federal Court Rules, 1998 now in effect, order made pursuant to R. 107—R. 107 not envisaging reference, but separate determination by trial of separate issue—Issue of damages/profits to be tried separately—(2) Examination for discovery out of Canada governed by R. 90(2), providing that where person to be examined orally out of Canada, Court having broad discretion in setting terms, manner of examination—Defendant's right to examine assignor for discovery clearly set out in R. 237(4) and commission most appropriate manner of exercising right—Plaintiff also objecting to letters rogatory because Court's statutory framework not permitting it to give assurance of reciprocity to courts in New York, where person sought to be examined residing—Even if Court lacking power to issue subpoenas to enforce commissions issued out of foreign courts, courts in every province of Canada do have that power—Not important that Court itself able to reciprocate, but that some court in country where sits having that power—That is case with respect to commissions issuing out of courts in United States of America—Comity stemming from law of nations, not depending on jurisdiction of individual courts: *Gulf Oil Corporation v. Gulf Canada Ltd. et al.*, [1980] 2 S.C.R. 39—In *Richier Gedeon Vegyészeti Gyar Rt v. Merck & Co. et al.*, [1995] 3 F.C. 330 (C.A.), Court issuing commissions, letters rogatory for examination for discovery of inventors resident outside of Canada based upon predecessors of present RR. 90(2), 237(4)—Evidence commission if issued by Court will be given effect by at least one, more likely two courts in New York—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, RR. 3, 90(2), 107, 237(4).

VISX, INC. v. NIDEK CO. (T-195-94, Hugessen J., order dated 11/6/98, 7 pp.)

PARTIES

Intervention

Application for leave to intervene in motion to stay main proceedings in case where issue whether respondent entered

PRACTICE—Continued

Canada and obtained citizenship under false pretenses (may have committed war crimes or crimes against humanity)—Applicant Narvey, legal researcher and Chief Operating Officer of Coalition of Concerned Congregations on Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity Including Those of the Holocaust, seeking leave to intervene on own behalf and on behalf of Coalition—Applicant has been granted leave to intervene in several cases involving crimes against humanity—In order to establish basis for intervention, Narvey required to demonstrate had interest in proceedings and had sufficient knowledge and expertise enabling him to assist Court in its determination of issues in motion to stay proceedings—Application dismissed—To extent that granting or denying stay of proceedings will have effect on what happens to respondent, alleged to have participated in war crimes, applicant had some interest—However, interest not sufficient to allow applicant to intervene in motion for stay—Applicant wanting to submit different theory of case and different interpretation of case law from that of counsel for Crown—To allow intervention on this basis would disrupt process in application for stay of proceedings to unjustified extent—Motion for stay of proceedings entirely legal and procedural issue and not specifically related to any allegations of war crimes—Furthermore, mere fact applicant would point out different passages from any particular case and re-interpret that case on basis of own point of view not justifying allowing applicant intervener status—Applicant would simply like to argue as if third side in debate, which not within scope of role of intervener.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. KATRIUK (T-2408-96, Nadon J., order dated 16/6/98, 5 pp.)

In matter relating to installation of new telephone system for use by inmates in Federal Correctional Centres, called Millennium Telephone System (MTS), present motion to add seven additional inmates as applicants and to add additional ground to originating notice of motion: installation of MTS in prisons in Pacific Region violating applicants' Charter, s. 2(a) and (b) rights to freedom of conscience, religion, thought, belief, opinion and expression—Applicants in main proceeding each from one of eight penitentiaries in British Columbia—Concern access to both family, friends, community, and to legal counsel, would be violated by implementation of MTS—Intended applicants appear out of time to commence proceedings to review decision to install MTS—In effect, intended applicants wish to join existing judicial review proceeding, rather than commence own duplicate proceeding which might well be out of time—In any event, intended applicants need extension of time in order to become parties—However, all of incidents deposed to in affidavits of intended applicants took place after judicial review proceeding initiated—Incidents not essential, indeed irrelevant, and need not be before Court

PRACTICE—Continued

to see that justice done, on issues raised in originating notice of motion, between applicants and respondents—Adding number of intended applicants, who will deal entirely with operational difficulties with MTS, arising after decision to install MTS, will add nothing to proceedings—As to new ground, applicants have failed to give reason why new ground not contained in original originating notice of motion as filed, other than to say raised by new evidence which intended applicants might give—New grievances and difficulties, if not resolved within prison grievance system, may give rise to separate judicial review proceedings concerning new and separate decisions—To add new ground to proceeding, supported by evidence of events that took place well after decision under review, would be counter-productive—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2 (a), (b).

ALCORN V. CANADA (COMMISSIONER OF CORRECTIONS)
(T-1945-97, Teitelbaum J., order dated 3/6/98, 6 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Application for leave and for judicial review of decision assessing International Chartering for expense of dealing with stowaways—International Chartering, agents for charterers of Brazilian cargo vessel, *Espirito Santo*, arriving in Vancouver with stowaways—In 1992 immigration authorities demanding deposits of \$5,000 for each of stowaways under then Immigration Act, s. 92(2) from International Chartering as transportation company—International Chartering forwarding demands to owners, who have not paid—In 1997, Crown issuing certificates pursuant to s. 92.1 of current Act, which had not been in effect when stowaway incident arose—On filing, certificate having same effect as if judgment of Court—Crown obtained writs of execution against International Chartering—International Chartering applying for declarations certificates invalid, whole procedure not applicable to it—Respondent moving to strike application for judicial review on ground Minister not rendering decision or order subject to review under Federal Court Act, s. 18.1—International Chartering submitting it was neither transportation company nor agent of transportation company at relevant time, and Minister in issuing certificates, relying on legislation neither in force in 1992 nor of any retroactive effect—Application dismissed—Federal Court Rules not containing provision for striking out notices of motion, but *dicta* of Strayer J.A. in *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.) indicating on occasion, and in exceptional case, need for procedure by which to strike out originating motion—Although R. 221(1) broad enough to include originating notice of motion, included in Part 4 of Rules—R.

PRACTICE—Concluded

169 providing Part 4 not applicable to applications—Thus left with exceptional instance test of improper originating notice of motion bereft of any possibility of success—Arguable International Chartering, which owned no vessels, did not engage in transportation of passengers, and which was agent for charterer, not for transportation company, not transportation company as defined in Act in 1992—At that time Minister having no remedy for ignored demand for security other than to seize ship—Minister allowed to issue certificate of sort issued herein only in February 1993, when Immigration Act, s. 92.1 coming into effect—But transitional provision clearly preventing retroactive application of remedy of certificate—Thus procedure here used not existing so far as claim against International Chartering—Certificates herein *ad hoc* collection remedy invented and applied by decision of someone in immigration department, presumably Minister—On this possible analysis, Minister made improper decision, wrongly issued certificates—Such certificates would be nullities—Respondent not meeting test of proceeding being so clearly improper as to be bereft of any possibility of success—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, RR. 169, 221—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 92.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 82), 92(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 23)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

INTERNATIONAL CHARTERING SERVICES LTD. V.
CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)
(IMM-4189-97, Hargrave P., order dated 18/6/98,
11 pp.)

PRIVACY

Application for disclosure of expurgated portions of report arising out of sexual harassment complaint against applicant—Information at issue personal information about both applicant and another individual—Discretionary power granted to head of government institution to refuse to disclose information about another individual paramount to applicant's right to personal information about himself—In *Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (F.C.T.D.); aff'd (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304 (F.C.A.), Strayer J. stating primary purpose of Privacy Act to protect privacy, and right of access given to any person to own data must be exercised as much as possible so as to respect right of others to privacy of data—Under s. 12(1), individual's right to access personal information "subject to this Act"—Right not absolute, but subject to numerous exceptions—Under s. 26, right of person making the request under s. 12(1) to access own personal information subject to exercise of discretion by head of government institution not to disclose information about another person—When information in question about both person making request and another person, discretion to refuse disclosure by head

PRIVACY—Concluded

of government institution paramount to right of person making request for own personal information—In *Kelly v. Canada*, Strayer J. outlining procedure for such cases: head of institution must (1) make factual determination as to whether material within description of material potentially subject to being withheld from disclosure; (2) decide whether that material should nevertheless be disclosed—Court satisfied information at issue personal information about applicant and another—Strayer J. providing following guidance as to second type of decision: in reviewing such purely discretionary decision, Court should not attempt to exercise discretion *de novo*, but should look at document in question and surrounding circumstances and simply consider whether discretion appearing to have been exercised in good faith and for some reason rationally connected to purpose for which discretion granted—Discretion exercised for reason rationally connected to purpose for which granted—Information personal information about both applicant and another individual and exercise of such discretion contemplated by ss. 26, 8(2)(a)—No basis for Court to interfere with exercise of discretion by head of government institution—Application dismissed—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 8(1),(2), 12(1), 26.

MISLAN V. M.N.R. (T-2790-96, Rothstein J., order dated 22/5/98, 8 pp.)

RCMP

Judicial review of RCMP Commissioner's denial of relocation benefits to retiring member of Force—In 1992, married applicant working in Victoria, B.C. where owned home—During 1992 separated from wife; divorced on September 17, 1993—On December 24, 1992 transferred to Newmarket, Ontario, retaining house in Victoria in accordance with RCMP Relocation Directive, s. 4.4.4—On January 1, 1993 applicant began cohabiting with Ms. Baker in Toronto in residence purchased by her in 1988 for \$2,583,000—On April 21, 1994 applicant advised RCMP was going to make pre-retirement move—Financial Supply and Services Officer (FSSO) informing applicant Ms. Baker qualified as spouse for purpose of relocation directive as had cohabited together for more than one year, and applicant qualified for relocation reimbursement with respect to joint residence in Toronto, provided first sold house in Victoria, or gave up option for residence under Relocation Directive, s. 4.4.4—On May 17, 1994 applicant surrendered option under s. 4.4.4 with respect to Victoria residence—On June 13, 1994 FSSO advised applicant purchase price of applicant's Toronto residence for purpose of Home Equity Assistance reimbursement would be estimated value as of date applicant began cohabiting with Ms. Baker, and applicant would only be entitled to reimbursement if 10% market decline since that time—Applicant providing real estate broker's statement 23% decline in Toronto real estate

RCMP—Continued

market for period in question—On August 5, 1994 Ms. Baker sold Toronto house for \$1,350,000—Applicant requested reimbursement for \$207,000, representing difference between sale price and appraised value of house on January 1, 1993—Request denied on basis time frame for consideration from date applicant relinquished option on Victoria home to date Toronto house sold, during which negligible market decline—Level I grievance dismissed—Level II grievance resulting in Commissioner's decision—Application allowed—Chairperson of External Review Committee's recommendation reflecting errors in interpretation of rules, which taken together constitute error in law—As Commissioner's decision based almost exclusively on findings of External Review Committee, and not containing any independent critical analysis, Commissioner's decision based on error of law—Rules, s. 1.1.1 expressing intention to reimburse, compensate members for *bona fide* relocation claims—Chairperson's interpretation not working in *bona fide* cases—Such cases could not be classified as "exceptional hardship" under s. 4.4.10(j)(ii), thus qualifying for special relief—Therefore Chairperson's principal interpretative finding of relationship between s. 4.4.4 and 4.4.10 fundamentally flawed—Under "Disposition and Acquisition of Accommodation", s. 4.1.1 providing intention to provide relocation "support"—S. 4.4.4(a) intending permission be obtained to retain old-post residence—Approval requirement implying must be good reason to retain residence—S. 4.4.4(c) stipulating maximum real estate fee payable on old-post retained residence that based on appraisal process outlined in s. 4.4.4 (f)—"Expenses" referred to in s. 4.4.4(g) only "broker's fees"—S. 4.4.10 distinct break in continuity of rules between ss. 4.2 and 4.6—Addresses yet another category of support: "Home Equity Assistance"—Partial equity protection considered "compensation"—Provision of this form of compensation different than reimbursement of real estate broker's commission in s. 4.4.1—Provisions of "Home Equity Assistance" under s. 4.4.10 and rules relating to retained residences under s. 4.4.4, specifically s. 4.4.4(g), must be read, applied separately—S. 4.4.10 providing compensation only applies to member's principal residence—Whether "principal residence" question of fact—Compensation process applies to principal residences from which member relocating over time—Home Equity Assistance liability can exist for two residences at any one time—Purpose to financially support relocating member—Member not collecting Home Equity Assistance as windfall benefit, but as compensation provided over and above loss already suffered—May be two or more Home Equity Assistance liabilities outstanding, depending on rapidity and frequency of member's relocation—If *bona fide*, should all qualify for compensation—Under compensation provisions, additions to definition of "principal residence" for purposes of obtaining compensation; not only must it be principal residence, but must also be owned, occupied by member and/or spouse—Applicant at no time owned Toronto residence, although occupied it with Ms. Baker—Applicant

RCMP—Concluded

only able to take advantage of Home Equity Assistance provision if Ms. Baker qualifying as applicant's "spouse"—As divorce final only on September 17, 1993, respondent submitting applicant cannot have "spouse" and at same time be recognized as having common law spouse—No indication in rules concept of common law marriage imported into s. 4.4.10(f)—Definition of "spouse, common-law" stipulating "if these conditions have been satisfied, a common law spouse will be entitled to the same reimbursement as a spouse under this directive"—Conditions referred to only those set out in definition—Thus, none other, including freedom to marry, factor to be considered—Applicant's marriage having no effect on Ms. Baker's potential status as "spouse, common-law".

MILLARD V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-2251-97, Campbell J., order dated 15/6/98, 25 pp.)

TRADE MARKS**EXPUNGEMENT**

Action for declaration of trade mark infringement—Defendant requesting order to strike registration of trade marks by Havana House on grounds: (1) not entitled to secure registration pursuant to Trade-marks Act, s. 16; (2) registration invalid since trade mark not distinctive of plaintiff company at time proceedings to expunge instituted—Havana House importing, distributing, selling tobacco, tobacco products—Purporting to own trade marks "Hoyo de Monterrey de José Gener Habana", "Monte Cristo Habana", "Montecristo", "Romeo y Julieta" in association with cigar products—Selling these cigars in Canada to other retailers, wholesalers since March 28, 1988—Havana House executing exclusive distributor agreement with Cubatabaco to distribute cigars in Canada—Cubatabaco owning trade marks "H. Upmann Habana", "H. Upmann Habana & Design"—Defendant importing, retailing tobacco, tobacco products—House of Horvath wholesale supplier of cigar, tobacco products—Receiving cigar products through Havana House—Cigars sold in Canada since at least as early as 1960s—Since 1995, Havana House placing rubber stamp with words "exclusive distributor" on bottom of cigar boxes receives—Prior to that date, no notice on boxes Havana House either owner of marks or exclusive distributor of cigars—In December 1995, defendant ordering full line of cigar products from Horvath—Horvath unable to supply defendant so defendant sought out other wholesale dealers—In July 1996 Havana House refusing to supply tobacco products to defendant because defendant buying from other sources—Since August 1996 defendant buying tobacco products, including those bearing trade marks in issue, from outlets in Cuba—In August 1996 Havana House advised defendant to cease importation of tobacco products bearing trade marks in issue—Trade-marks Act, s. 57 providing

TRADE MARKS—Continued

Federal Court having exclusive jurisdiction to expunge registration of trade mark on application of "person interested"—As person charged with infringement or passing off goods as those of another, defendant person interested—Given presumption of validity of registration, onus on defendant to show trade marks should be expunged—Main issue whether Havana House "used" trade marks—"Use" defined in Trade-marks Act, ss. 2, 4(1): trade mark deemed to be used in association with wares if, at time of transfer of property in or possession of wares, in normal course of trade, marked on wares themselves or on packages in which distributed, or in any other manner so associated with wares that notice of association then given to person to whom property or possession transferred—Concerning "normal course of trade", use in Canada if any part of chain taking place in Canada—S. 16(1) providing first person to use trade mark in Canada acquiring right to registration—Distributor can acquire rights to trade mark of foreign company if used mark as "use" defined in s. 4 and if mark distinctive of distributor—Havana House acting as distributor for other plaintiffs and Cuban state-owned tobacco manufacturers—Trade marks registered by Havana House marks bearing brand names of cigars—Cigars manufactured, sold in Cuba bearing marks in question—Also exported by Habanos S.A. to many countries, including Canada—Havana House not "using" relevant trade marks in Canada, not entitled to register them—Trade marks not conveying to consumer that distributor owner of trade marks, but clearly indicating manufacturer as source of marks—Havana House distributing products in Canada for benefit of Cuban trade mark owner—Not showing used trade marks—Havana House not entitled to register trade marks in issue—Alternative ground i.e. Havana House not entitled to trade marks because other parties used trade marks in Canada before Havana House, failing because under Trade-marks Act, s. 17 only previous user may attack registration on ground of prior use—As retailer, defendant not using trade marks within s. 4—Test for distinctiveness whether clear message given to public that wares with which trade mark associated wares of trade mark owner, not those of another party—According to s. 18(1)(b), trade mark registration may be invalidated on basis no longer distinctive at time expungement proceedings launched—Defendant's argument Havana House losing right to marks because widespread use of marks by other traders irrelevant since issue whether marks distinctive under Canadian law—Havana House exclusive distributor of Cuban cigars in Canada—Cigars imported from Habanos S.A., distributed to other distributors, retailers for sale—Any other Cuban cigars available for resale in Canada bought from Cuban stores, transported out of country—Havana House not allowing widespread use by rival traders—Loss of distinctiveness not founded on this argument—Use by Havana House constituting use by foreign entity—Trade marks distinctive of manufacturer's cigars rather than Havana House—Only possible ground upon which Havana House can maintain registration if can

TRADE MARKS—Continued

prove acquired distinctiveness such that entitled to use them as of November 14, 1996—No evidence message to public that Havana House owner of trade mark—Havana House not acquiring distinctiveness—As no contestable issue, defendant should receive summary judgment—Trade marks “Hoyo de Monterrey de José Gener Habana”, “Monte Cristo Habana”, “Montecristo”, “Romeo y Julieta” declared invalid, ordered expunged from register—Action for infringement of these marks denied—As to infringement of “H. Upmann Habana & Design”, necessary facts not available to find no triable issue on any of plaintiffs’ grounds of trade mark infringement—No evidence defendant sold product bearing Cubatobaco’s trade-mark “H. Upmann & Design”—No evidence of depreciation of goodwill—Plaintiffs not showing no triable issue defendant violated Trade-marks Act, ss. 19, 20, 22—As to action for passing off, plaintiffs not showing no triable issue—While may be open to Court to rule defendant’s lack of quality control may damage plaintiffs’ goodwill, no evidence defendant engaging in poor quality control methods allowing Court to rule no triable issue—Plaintiff’s motion for summary judgment premature—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 “use”, 4, 7(b),(c),(d), 16(1), 17, 18, 19 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 60), 20 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196), 22, 57—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 432.3 (as enacted by SOR/94-41, s. 5).

HAVANA HOUSE CIGAR & TOBACCO MERCHANTS LTD.
V. SKYWAY CIGAR STORE (T-2144-96, Teitelbaum J.,
order dated 19/5/98, 38 pp.)

Appeal from trial judgment ([1997] 1 F.C. D-67) dismissing application to expunge respondents’ registration of trade mark “Shiling Oil” from register—Respondent Universal Foods and Merchandise Co. entering agency agreement to be exclusive distributor of “Shiling Oil” in Canada—Registering trade mark “Shiling Oil” in 1980—Trial Judge holding respondents not entitled to registration of trade mark as breached fiduciary duty owed as agents to principal to make full disclosure before registering appellant’s trade mark, but appellant’s unreasonable delay in bringing action causing prejudice to respondents—Appeal allowed—Trial Judge erred in law in not applying equitable doctrine of “clean hands”—Notwithstanding “disclosure” which Trial Judge found to have occurred in 1984, respondents clearly acted in bad faith and continued to assert trade mark to which not entitled—As matter of equity, could not rely on defence of laches because he who invokes equitable defence must have done equity in respect of same matter—Further, no evidence to support finding respondents prejudiced by appellant’s failure to challenge respondents’ trade mark sooner—Costs incurred after appellant learning of respondents’ registration of trade mark in Canada were contractual obligation as long as respondents had exclusive right to distributorship in Canada—Any injustice flowing from cancellation of contract by appellant in 1993 having

TRADE MARKS—Concluded

nothing to do with appellant’s failure to move sooner to expunge trade mark—Trade mark ordered expunged.

LING CHI MEDICINE CO. (H.K.) V. PERSAUD (A-172-97,
Strayer J.A., judgment dated 15/6/98, 3 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Umpire’s dismissal of Board of Referees’ decision applicant losing employment due to own misconduct—Applicant submitting Board erred in law in not stating whether rejected claimant’s evidence for lack of credibility and if so, by failing to state reasons for such finding—Unemployment Insurance Act, s. 79(2) requiring decision of board of referees to be recorded in writing and to include statement of findings of board on questions of fact material to decision—Board erred in law in failing to comply adequately with s. 79(2)—Incumbent on Board to state, at least briefly, that rejected critical parts of applicant’s evidence on grounds of credibility, and why—Claimant’s affidavit evidence, oral statements conflicting in various respects with written material from employer of hearsay nature before Board—Board simply stating conclusions without explaining why preferred one version of events to other—While s. 79(2) not requiring detailed statement of findings of fact, Board of Referees, to comply therewith must, when issue of credibility, state at least briefly, as part of “findings . . . on questions of fact material to the decision” that rejects certain evidence on this basis and why—Failure to do so error in law—Umpire’s decision set aside—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 79(2).

PARKS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-321-97,
Strayer J.A., judgment dated 1/6/98, 3 pp.)

Judicial review of Umpire’s decision setting aside decision of Board of Referees—In 1991 while employed with Branair Ltd. as air conditioning repairman respondent incorporating company called Wecan Heating & Air Conditioning—In 1993 position with Branair terminated—Respondent applied for unemployment insurance benefits, indicating not self-employed—Received 50 weeks of benefits—Respondent subsequently interviewed by Commission investigator Hmiel whose detailed notes indicating respondent admitted to having worked 2,000 hours during 1993 and to knowingly making false statements to Commission—In 1995 Commission retroactively disentitled respondent to benefits on basis self-employed, deemed to be working full working week during period in question, penalized respondent for making false, misleading statements—To counter admissions contained in Hmiel’s notes, respondent submitting affidavit in which detailed hours billed throughout benefit period—Board dismissing appeal, holding respondent self-employed during entire benefit period—Umpire allowing appeal,

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

concluding Board applied wrong test in assessing self-employment by relying on *Schwenk* (1979), CUB 5454 as in *Canada (Attorney General) v. Jouan* (1995), 122 D.L.R. (4th) 347 (F.C.A.), Court holding of six factors enunciated in *Schwenk*, most important, relevant factor time spent by claimant on business; other factors not relevant on own—Umpire finding had Board come to correct conclusion on self-employment issue, would accordingly have reached different conclusion on whether false or misleading statements made—Whether respondent self-employed or whether self-employment “so minor” as to allow him benefit of exemption in Unemployment Insurance Regulations, s. 43(2); whether respondent knowingly made false, misleading statements in application for benefits—Application allowed—Self-employment not determined on week-to-week basis—Not question of how many billable hours claimant worked in any one week, but total number of hours worked—True issue whether respondent pursuing work with Wecan as means of earning livelihood—By viewing hours worked on week-to-week basis, Umpire applied wrong test—Facts fully supporting conclusion reached by Board—When viewed in entirety, time spent in 1993 by respondent pursuing business neither inconsequential nor indicative of one not pursuing work with view to providing livelihood—Respondent not entitled to rely on “so minor” exception—Deemed to have been self-employed for entire benefit

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

period, required to repay benefits received—As to whether Hmiel should have testified before Board if notes to be admissible, under Unemployment Insurance Act, neither Board nor claimant entitled to subpoena witnesses—Act not requiring Commission employees to attend hearings—Thus Court not having power to impose such requirement—Evidence of oral admissions by claimants in written notes of Commission employees not required to be accepted at face value—Board entitled to find claimant credible witness notwithstanding conflicting statements within notes—Board’s role to determine what weight should be given to such statements—But not sufficient to simply state claimant’s credibility “in question”—Accordingly Board erred in law—That Board erred in finding respondent not credible leading neither to opposite conclusion nor to conclusion Commission failing to meet burden of establishing respondent knowingly making false, misleading statements—Matter referred back to Umpire on basis respondent self-employed during entire benefit period and Umpire to remit matter to differently constituted Board of Referees for redetermination of whether respondent knowingly made false, misleading statements—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576. s. 43(1),(2).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CHILDS (A-418-97, Robertson J.A., judgment dated 26/5/98, 12 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le juge-arbitre a rejeté la décision du conseil arbitral, qui a conclu que le demandeur avait été congédié par suite de sa propre inconduite—Le demandeur prétend que le conseil a commis une erreur de droit lorsqu'il a omis de dire s'il avait rejeté la preuve du réclamant pour manque de crédibilité et, dans l'affirmative, lorsqu'il a omis de faire état des motifs sur lesquels il a fondé une telle conclusion en matière de crédibilité—L'art. 79(2) de la Loi sur l'assurance-chômage prévoit que la décision d'un conseil arbitral doit être consignée, et doit comprendre un exposé des conclusions du conseil sur les questions de fait essentielles—Le conseil a commis une erreur de droit lorsqu'il a omis de se conformer à l'art. 79(2)—Il incombait au conseil de dire, au moins brièvement, qu'il a rejeté des parties cruciales de la preuve du demandeur et d'expliquer pourquoi il a agi ainsi—Le témoignage par affidavit et les déclarations orales du réclamant devant le conseil étaient incompatibles, sous plusieurs aspects, avec les documents de l'employeur, dont disposait le conseil, qui constituaient des éléments de preuve de la nature du oui-dire—Le conseil s'est contenté de faire état de ses conclusions sans expliquer pourquoi il a préféré une version des événements à l'autre—Bien que l'art. 79(2) n'oblige pas le conseil arbitral de décrire en détail ses conclusions de fait, le conseil, pour se conformer à cette disposition, doit, lorsque la crédibilité est en cause, dire au moins brièvement, dans le cadre de ses «conclusions . . . sur les questions de fait essentielles», qu'il rejette certains éléments de preuve sur ce fondement et pourquoi il a rejeté ces éléments—Lorsqu'il omet d'agir ainsi, il commet une erreur de droit—La décision du juge-arbitre est annulée—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 79(2).

PARKS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-321-97, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 1-6-98, 3 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision du juge-arbitre annulant la décision du conseil arbitral—En 1991 et pendant qu'il

ASSURANCE-CHÔMAGE—Suite

était employé par Branair Ltd. à titre de technicien de climatisation, le défendeur a constitué en personne morale une entreprise appelée Wecan Heating & Air Conditioning—En 1993, son emploi chez Branair a pris fin—Le défendeur a présenté une demande de prestations d'assurance-chômage, en indiquant qu'il n'était pas un travailleur indépendant—Il a reçu 50 semaines de prestations—Par la suite, le défendeur a été interrogé par l'enquêteur Hmiel de la Commission, dont les notes détaillées indiquent que ce dernier a admis avoir travaillé 2 000 heures en 1993 et avoir sciemment fait des déclarations fausses à la Commission—En 1995, la Commission a rétroactivement rendu le défendeur inadmissible au bénéfice des prestations au motif qu'il était un travailleur indépendant, réputé travailler une semaine entière pendant la période visée et l'a pénalisé pour avoir fait des déclarations fausses et trompeuses—Dans le but de contrecarrer les admissions contenues dans les notes de Hmiel, le défendeur a présenté un affidavit dans lequel sont détaillées les heures facturées pendant la période de prestations—Le conseil a rejeté l'appel, estimant que le défendeur était un travailleur indépendant pendant toute la période de prestations—Le juge-arbitre a accueilli l'appel, en concluant que le conseil avait appliqué le mauvais critère pour évaluer si le défendeur était un travailleur indépendant en se fondant sur la décision *Schwenk* (1979), CUB 5454 comme dans *Canada (Procureur général) c. Jouan* (1995), 122 D.L.R. (4th) 347 (C.A.F.) la Cour a statué que des six critères énumérés dans *Schwenk*, le plus important et le plus pertinent est le temps qu'un prestataire consacre à son entreprise; les autres critères ne sont pas significatifs en eux-mêmes—Le juge-arbitre a conclu que si le conseil était parvenu à la bonne conclusion sur la question de travailleur indépendant, il serait par conséquent parvenu à une conclusion différente sur la question de savoir si des déclarations fausses ou trompeuses avaient été faites—Le défendeur était-il un travailleur indépendant ou consacrait-il «si peu de temps» à son travail indépendant qu'il pouvait bénéficier de l'exemption prévue à l'art. 43(2) du Règlement sur l'assurance-chômage; le défendeur a-t-il sciemment fait

ASSURANCE CHÔMAGE—Fin

des déclarations fausses ou trompeuses dans sa demande de prestations?—Demande accueillie—Le travail indépendant ne doit pas être évalué à la semaine—La question n'est pas de savoir pendant combien d'heures facturables un prestataire travaille dans une semaine, mais plutôt le nombre total d'heures travaillées—La vraie question est de savoir si le défendeur en travaillant chez Wecan aspirait à en faire un moyen de subsistance—En évaluant les heures travaillées à la semaine, le juge-arbitre a appliqué le mauvais critère—Les faits soutiennent pleinement la conclusion à laquelle le conseil est parvenu—Au total, le temps que le défendeur a consacré en 1993 à exploiter son entreprise n'est ni sans importance ni représentatif de quelqu'un qui n'exerçait pas son travail dans le but d'assurer sa subsistance—Le défendeur n'a pas le droit de se fonder sur l'exception de la personne qui travaille «si peu de temps»—Réputé avoir été un travailleur indépendant pendant la totalité de la période de prestations, il doit rembourser les prestations reçues—Quant à la question de savoir si Hmiel aurait dû témoigner devant le conseil si ses notes devaient être admissibles, en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage, ni le conseil, ni un prestataire n'a le droit de citer des témoins à comparaître—On ne peut exiger que les employés de la Commission assistent aux audiences—Par conséquent, la Cour n'a pas le pouvoir d'imposer cette exigence—La preuve des admissions orales faites par les prestataires dans les notes rédigées par les employés de la Commission ne doit pas être acceptée telle quelle—Le conseil a le droit de conclure qu'un prestataire est un témoin crédible en dépit des déclarations contradictoires relevées dans les notes—Il appartient au conseil d'évaluer l'importance devant être accordée à ces déclarations—Toutefois, il ne suffit pas de mentionner simplement que la crédibilité d'un prestataire est «mise en doute»—Par conséquent, le conseil a commis une erreur en droit—Le fait que le conseil a commis une erreur en concluant que le défendeur n'était pas crédible ne conduit pas à la conclusion opposée, ni à la conclusion que la Commission ne s'est pas acquittée de son obligation d'établir que ce dernier avait sciemment fait des déclarations fausses ou trompeuses—L'affaire est renvoyée au juge-arbitre pour qu'il rende une nouvelle décision qui tienne compte du fait que le défendeur était un travailleur indépendant pendant toute la période de prestations, et qu'il renvoie l'affaire à un conseil arbitral différemment constitué pour qu'il procède à un nouvel examen en vue de déterminer si le défendeur a sciemment fait des déclarations fausses ou trompeuses—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 43(1),(2).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CHILDS (A-418-97, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 26-5-98, 12 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI**

Recours en contrôle judiciaire contre la décision du ministre portant que le requérant ne pouvait prétendre à la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

qualité d'immigrant visé par une mesure de renvoi à exécution différée (IVMRED)—Il échet d'examiner s'il ressort des faits de la cause que le requérant a entravé ou retardé l'exécution d'une ordonnance de renvoi—Selon l'étude d'impact de la réglementation, savoir de l'art. 2(1)f) du Règlement sur l'immigration de 1978, le facteur déterminant est la participation active au fait d'entraver ou de retarder le renvoi—Ce n'est pas le cas en l'espèce: le requérant est resté en contact avec les autorités de l'immigration, il les a informées de tout changement d'adresse, et il ne s'est livré à aucun subterfuge—Essentiellement, il n'avait pu prendre les dispositions nécessaires pour quitter le pays parce que l'ambassade de Chine l'avait informé que l'instruction de sa demande prendrait trois mois et qu'il devait avoir en sa possession un livret de marin, lequel était entre les mains d'Immigration Canada—La Cour juge qu'il est impossible de conclure des faits de la cause, somme toute inhabituels, qu'il a entravé ou retardé l'exécution de la mesure de renvoi—Recours accueilli—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1)f) «immigrant visé par une mesure de renvoi à exécution différée» (édicte par DORS/94-681, art. 1).

JIANG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2892-97, juge McKcown, ordonnance en date du 21-4-98, 4 p.)

STATUT AU CANADA*Citoyens*

Appel d'une décision accueillant une demande de citoyenneté—Aux termes de l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté, pour que sa demande soit accueillie, le candidat à la citoyenneté doit avoir établi une résidence permanente au Canada et avoir, au cours des quatre années qui ont précédé la date de sa demande de citoyenneté, résidé au Canada pendant au moins trois ans en tout—L'intimé a été présent au Canada pendant 107 jours entre son admission et sa demande de citoyenneté—Appel accueilli—1) En ce qui concerne la requête préliminaire en vue d'obtenir une ordonnance déclarant que les nouvelles Règles de la Cour fédérale, entrées en vigueur le 25 avril 1998, s'appliquent à l'appel et que, par conséquent, l'appel devrait être jugé uniquement sur dossier, sans audition de témoins, les circonstances de la présente affaire rendent l'application des nouvelles Règles tout à fait contre-indiquée—En date du 25 avril 1998, les mesures procédurales préalables à l'audition, dont certaines ont été imposées par la Cour en partant du principe que l'intimé serait autorisé à faire entendre des témoins, étaient essentiellement terminées—Les nouvelles Règles prévoient une procédure différente de celle qui existait auparavant pour ce qui est des appels interjetés en matière de citoyenneté—Les Règles prévoient une série de mesures procédurales étroitement liées, les délais fixés pour les mesures ultérieures dépendant des mesures antérieures—Bien que les dispositions transitoires contenues à la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Règle 501(1) prévoit que les nouvelles Règles s'appliquent aux instances déjà introduites, les nouvelles Règles sont censées s'appliquer pour l'avenir à compter de la date de leur entrée en vigueur et elles ne sont pas censées annuler ou remplacer les mesures procédurales déjà prises et achevées—La Règle 501 doit s'interpréter à la lumière des art. 43 et 44 de la Loi d'interprétation, qui prévoient que les nouvelles dispositions ne s'appliquent que dans la mesure de leur compatibilité avec les instances engagées sous le régime du texte antérieur—En date du 25 avril 1998, il ne restait plus aucune mesure procédurale à laquelle les nouvelles Règles pouvaient logiquement s'appliquer—La procédure suivie et prescrite était fondée sur un appel qui a souvent été qualifié de nouveau procès—L'appel devrait être entendu sur ce fondement—2) En ce qui concerne le bien-fondé, la décision du juge de la citoyenneté est manifestement entachée de graves erreurs—Dans l'affaire *Koo (Re)*, [1993] 1 C.F. 286 (1^{re} inst.), la Cour a énuméré certains facteurs qui sont pertinents lorsqu'il s'agit de décider si une personne a des liens suffisamment importants avec le Canada pour qu'on puisse dire qu'elle y réside malgré son absence physique—1) L'intimé n'a pas été physiquement présent au Canada durant une période prolongée avant ses absences prolongées: l'intimé n'a été présent au Canada que pendant 14 jours avant son départ; 2) la femme et les enfants de l'intimé résident au Canada, mais son père, sa mère, son frère et ses amis se trouvent à Hong-Kong; 3) les habitudes de voyages de l'intimé au Canada ne dénotent pas qu'il «revient chez lui» quand il s'y rend, et le fait que les membres de sa famille vivent maintenant chez un ami et qu'ils ont donné leur maison à bail, s'accorde davantage avec une intention de demeurer au Canada temporairement qu'avec une intention d'y résider en permanence; 4) les absences physiques de l'intimé sont prolongées; 5) ses absences physiques, qui ne sauraient être qualifiées de temporaires, sont occasionnées par le travail qu'il effectue pour une société de Hong-Kong; la société canadienne qu'il a constituée n'est qu'une compagnie-écran; 6) la preuve ne démontre pas que les attaches du requérant avec le Canada sont, sur le plan qualitatif, plus importantes que celles qu'il a avec Hong-Kong—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, Règle 501.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. LOK (T-2843-96, juge Reed, jugement en date du 19-6-98, 13 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle il a été décidé que les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les demandeurs, citoyens du Chili, revendiquent le statut de réfugié au motif de l'existence alléguée d'une crainte fondée de persécution parce que le mari est membre d'un groupe de droits de la personne et d'un syndicat—La SSR a fondé sa conclusion de manque de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

crédibilité sur la preuve documentaire à partir de laquelle elle a conclu que le demandeur n'était pas persécuté à cause de son appartenance à un groupe des droits de la personne ou à un syndicat—La SSR peut évaluer et apprécier la preuve documentaire dont elle dispose—La preuve documentaire qui fait mention du Chili indique généralement que les terroristes et les criminels subissent des répressions, mais non les membres de groupes des droits de la personne ou de syndicats—Il n'appartient pas à la Cour de renverser la décision de la SSR dans de telles affaires et d'imposer ses propres conclusions, si les conclusions de la SSR ne sont pas déraisonnables, et elles ne le sont pas en l'espèce—À la fin de sa décision, la SSR a indiqué, aux termes de l'art. 69.1(9.1) de la Loi sur l'immigration, que la revendication n'avait pas un minimum de fondement—Il est surprenant que la SSR soit parvenue à une telle conclusion compte tenu qu'elle a principalement fondé sa décision sur une preuve documentaire et non strictement sur le manque de crédibilité du demandeur—Cet ajout ne vicie pas la décision et ne justifie pas un renvoi à la SSR—La question suivante a été certifiée: Est-ce qu'une déclaration de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle la revendication d'un demandeur n'a pas un minimum de fondement en vertu de l'art. 69.1(9.1), quand la décision est fondée principalement sur une preuve documentaire, constitue une erreur en droit?—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(9.1) (édité par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 60).

GONZALEZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2719-97, juge Dubé, ordonnance en date du 25-6-98, 6 p.)

Contrôle judiciaire de la conclusion dans laquelle la SSR a conclu au désistement quant à la demande de statut de réfugié du demandeur—Le demandeur, né en 1993, est originaire de l'Iran—Il est arrivé en 1996 au Canada avec sa mère, qui a déposé une demande en vue d'obtenir le statut de réfugié pour elle-même et pour le demandeur—L'audience a été reportée parce que le demandeur n'était pas présent—À la reprise de l'audience, le demandeur n'était toujours pas présent—La SSR a tiré cette conclusion à la lumière des faits suivants: le demandeur vivait aux États-Unis, il n'était pas présent à l'audience et il ne serait pas en mesure de revenir dans un avenir rapproché—L'art. 69.1(6) de la Loi sur l'immigration permet à la Section du statut de réfugié de conclure au désistement après avoir donné à l'intéressé la possibilité de se faire entendre, quand celui-ci ne comparait pas à l'audience—La mère du demandeur a dit au cours de son témoignage que celui-ci avait été enlevé par son père qui avait laissé un message indiquant qu'il avait amené le demandeur à New York—Demande accueillie—La SSR aurait dû tenir compte de la raison pour laquelle le demandeur n'a pu comparaître à l'audience—Elle était préoccupée par le fait que le demandeur n'a pas comparu à

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'audience parce qu'il se trouvait probablement avec son père à New York—Le fait que le demandeur n'a pas quitté le Canada de son plein gré et n'a donc pu se présenter à l'audition de sa demande de statut de réfugié était un facteur très pertinent quant à la question de savoir s'il s'était désisté—Le juge Nadon ne souscrit pas à l'opinion de la SSR selon laquelle le rapt n'était pas pertinent, parce qu'il découlait d'un «conflit familial»—L'affaire sera renvoyée à une formation différente pour nouvel examen à la lumière des motifs—Si la SSR avait conclu au désistement en raison de l'insuffisance de la preuve concernant le rapt du demandeur, cette demande aurait été rejetée, mais il semble que la SSR a accepté le témoignage que la mère a présenté au sujet du rapt de son fils et de l'endroit où il se trouve actuellement—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(6) (édicé par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 10, art. 5; mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 60).

SABET C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-12-98, juge Nadon, ordonnance en date du 25-6-98, 5 p.)

Résidents permanents

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) qui a accueilli l'appel du refus de l'agent d'immigration d'approuver le parrainage d'un enfant par le défendeur—L'agent d'immigration avait conclu qu'il s'agissait d'une adoption de convenance, dont le but était d'obtenir l'admission de l'enfant au Canada—Demande accueillie—Une affaire qui ne peut être distinguée de la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Shi*, [1997] A.C.F. n° 617 (1^{re} inst.) (QL) dans laquelle la SAI avait commis une erreur donnant ouverture au contrôle judiciaire en écartant un élément de preuve important quant à la façon dont la requérante parrainée comprenait l'objet de l'adoption—En l'espèce, la SAI a omis de tenir compte directement des éléments de preuve provenant de l'entrevue avec l'agent d'immigration ou a décidé de les ignorer—La SAI n'a pas fourni d'explication en ce qui a trait à la conclusion de l'agent d'immigration selon laquelle l'adoption avait pour but d'obtenir l'admission de l'enfant au Canada.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. WHITE (IMM-3933-97, juge Pinard, ordonnance en date du 25-5-98, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration a confirmé la décision d'un agent des visas, qui a refusé d'approuver la demande parrainée visant à obtenir le droit de s'établir au Canada déposée par la fille du demandeur, laquelle a été «adoptée» en Inde, au motif que la fille du demandeur n'a pas été adoptée conformément aux exigences de la Hindu Adoptions and Maintenance Act (la Loi), une loi indienne qui prévoit que le père adoptif doit avoir au moins 21 ans de plus que

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

la fille qu'il adopte—En l'espèce, la différence d'âge était de 17 ans—La fille ne pouvait donc pas être considérée comme appartenant à la catégorie de la famille aux fins de l'immigration au Canada—L'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration de 1978 définit le terme «adopté» de la façon suivante: «adopté» signifie adopté conformément aux lois de toute province du Canada ou de tout pays autre que le Canada ou de toute subdivision politique de ces pays lorsque l'adoption crée un lien entre père et mère et enfant—La seule question en litige est de savoir si la fille du demandeur a été adoptée conformément aux lois indiennes—L'art. 11 de la Loi prévoit que si la personne adoptante est un homme et la personne adoptée est une femme, le père adoptif doit avoir au moins vingt et un ans de plus que la personne adoptée—Le demandeur soutient que l'art. 11 ne s'applique que dans le cas d'adoptions faites par des parents uniques—La SAI disposait d'éléments de preuve provenant de fonctionnaires de tribunaux et d'avocats indiens de même que d'un jugement déclaratoire rendu par un tribunal indien qui établissaient que l'adoption en cause dans la présente affaire était valide—Une preuve d'expert allant dans le sens contraire a été présentée, selon laquelle l'art. 11(iii) s'appliquait dans la présente affaire mais n'avait pas été respecté—Vu la preuve contradictoire se rapportant au droit indien, la SAI a dû apprécier celle-ci—Demande rejetée—La Cour n'appréciera pas la preuve de nouveau, sauf en cas d'erreur de droit—La SAI avait le loisir de préférer la preuve déposée par le défendeur—Le demandeur se fonde sur l'art. 16 de la Loi, selon lequel l'adoption est présumée valide à moins et jusqu'à ce que le contraire ne soit établi—La Cour est liée par l'arrêt *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 37 (C.A.), selon lequel les présomptions que la loi indienne impose aux tribunaux indiens ne sont d'aucune utilité pour établir s'il s'agit d'une «personne adoptée» au sens de la Loi sur l'immigration—La SAI n'était pas liée par le jugement déclaratoire—Si l'exigence de 21 ans n'est pas pertinente dans les cas où l'enfant est adopté par un couple marié, il est difficile de comprendre pourquoi l'acte d'adoption comprend une déclaration selon laquelle le père adoptif a 21 ans de plus que la fille qu'il adopte—Pour étayer le point de vue selon lequel l'exigence de 21 ans ne s'applique que dans le cas d'adoptions faites par des parents uniques, il aurait été souhaitable qu'une preuve en établissant le bien-fondé ait été présentée—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) «adopté»—Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956, art. 11, 16.

SHERGILL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4190-97, juge Rothstein, ordonnance en date du 29-5-98, 5 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE**

Requête en vue d'obtenir une ordonnance radiant l'avis de requête introductive d'instance au motif qu'une directive du

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Suite

juge en chef de la Cour fédérale n'est pas assujettie au contrôle judiciaire, étant donné que le juge en chef n'est pas un «office fédéral»—Le requérant est détenu à l'établissement de Warkworth situé à Campbellford (Ontario)—En 1992, le juge en chef de la Cour fédérale a formulé une directive interdisant au requérant de verser au dossier de la Cour des remarques insultantes, abusives ou diffamatoires—De plus, le juge en chef a précisé qu'aucun document que le requérant avait l'intention de produire ne devrait être déposé avant d'être soumis à un notaire, qui l'examinerait pour savoir s'il renferme des éléments scandaleux, insultants ou abusifs dont le dépôt dans un dossier de la Cour ne devrait pas être autorisé—En 1998, le requérant a été avisé que l'interdiction demeurait en vigueur et s'appliquait à tout document qu'il tenterait de déposer dans un dossier de la Cour—Le requérant a fait parvenir par courrier recommandé au greffe de la Cour un dossier de demande comportant un avis de requête introductive d'instance en vue de faire réviser la directive du juge en chef, un affidavit au soutien de la requête et un mémoire concis des points à débattre, lesquels documents ont été déposés au greffe malgré la directive du juge en chef—La demande est accueillie—Ce n'est que lorsqu'un juge n'agit pas à titre de juge que sa décision est assujettie au contrôle judiciaire par la Cour—Application du critère est formulé dans l'arrêt *Herman et autres c. Sous-procureur général*, [1979] 1 R.C.S. 729—En formulant la directive, le juge en chef n'a pas exercé une compétence particulière, distincte, exceptionnelle et indépendante de ses tâches quotidiennes de juge—Le juge en chef a tenté d'agir dans le cadre du pouvoir inhérent de la Cour de contrôler ses propres procédures—La directive ne constitue pas une décision d'un «office fédéral» au sens de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale—La Cour n'a pas la compétence voulue en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale pour réviser la directive du juge en chef—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8) art. 1 «office fédéral», 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).

MENNES C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-538-98, juge Richard, ordonnance en date du 28-5-98, 7 p.)

Demande d'ordonnance interlocutoire prononçant le sursis de l'ordonnance du Conseil canadien des relations du travail, délivrée le 29 mars 1998 et déposée à la Cour en vertu d'une ordonnance datée du 17 mai 1998—Demande de contrôle judiciaire visant l'annulation de l'ordonnance du 17 mai 1998 en instance devant la Cour d'appel—Par application de l'art. 28(3) de la Loi sur la Cour fédérale, la Section de première instance ne peut être saisie des questions qui relèvent de la Cour d'appel—L'art. 28(1)*h* confère compétence à la Cour d'appel pour entendre une demande de contrôle judiciaire visant le Conseil canadien des relations du travail—La demande de sursis est-elle une procédure relative à la même affaire que celle qui est en instance

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Suite

devant la Cour d'appel?—La demande de contrôle judiciaire visant l'annulation de l'ordonnance se fonde sur le non-respect des principes de justice naturelle—Un examen du fond de la requête en sursis établit qu'il s'agit d'une procédure relative à la même affaire que celle qui est en instance devant la Cour d'appel—La Section de première instance n'a pas compétence par application de l'art. 28(3)—Le libellé actuel de l'art. 28(3) a une portée plus large que les termes dans lesquels était formulée la disposition qu'il a remplacée, selon laquelle la Section de première instance était sans compétence pour connaître de toute procédure relative à une décision ou ordonnance lorsque la Cour d'appel avait compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation de cette décision ou ordonnance—De plus, la version française de l'actuel art. 28(3) est rédigée dans des termes très larges—La décision *Banque nationale du Canada c. Granda*, [1984] 2 C.F. 249, dans laquelle la Cour d'appel fédérale a conclu que la Section de première instance avait le pouvoir de surseoir à l'exécution d'une décision déposée à la Cour en vertu de la disposition qui a précédé l'art. 23 du Code canadien du travail, a été rendue avant la modification de l'art. 28(3) de la Loi sur la Cour fédérale, qui a élargi la portée de la limite à la compétence de la Section de première instance—Le raisonnement qui sous-tend cette décision ne s'applique plus—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28(1)*h* (mod. L.C. 1990, ch. 8, art. 8), (3) (mod., *idem*)—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 23 (mod. L.C. 1990, ch. 8, art. 57).

NAV CANADA C. CANADIAN AIR TRAFFIC CONTROL ASSN. (T-1013-98, juge McGillis, ordonnance en date du 23-6-98, 6 p.)

Appel d'une ordonnance de la Section de première instance [1997] A.C.F. n° 326 (1^{re} inst.) (QL) qui a accueilli la requête de l'intimée alléguant que la Section de première instance n'avait pas compétence pour entendre l'action en dommages-intérêts intentée par l'appelante—Celle-ci réclamait la somme de 17 468 000 \$ à titre de dommages-intérêts par suite de la décision de l'intimée d'accorder à St-John Shipbuilding Ltd. (SJSJL) un contrat portant sur l'achèvement de la fabrication de certains modules d'accastillage dans le cadre du projet de mise en valeur du champ pétrolier Hibernia—Elle prétendait que la décision de la défenderesse d'attribuer le contrat d'achèvement des travaux à SJSJL avait été prise de mauvaise foi, avec l'intention de nuire et sans qu'il y ait eu appel d'offres—D'où l'action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 36 de la Loi sur la concurrence, lequel confère à la Cour fédérale compétence pour entendre de telles actions—Le juge de première instance a accueilli la requête de l'intimée en disant premièrement que l'appelante n'avait pas clairement allégué dans sa déclaration les faits sur lesquels elle se fondait pour prétendre que l'intimée avait pris part à un complot au sens

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Fin

de l'art. 45 de la Loi sur la concurrence, et deuxièmement, que la déclaration ne révélait pas de cause raisonnable d'action à l'égard de l'art. 45—Il existe une certaine confusion dans la jurisprudence quant au choix de la règle applicable pour soulever une objection se rapportant à la compétence de la Cour—En général, lorsqu'une objection se rapportant à la compétence de la Cour est soulevée, la Cour doit être convaincue que des faits juridictionnels ou des allégations de tels faits étayaient une attribution de compétence—Le juge de première instance s'est trompé lorsqu'il a conclu qu'il n'y avait que trois allégations générales ou simples affirmations relatives à des activités anticoncurrentielles et que celles-ci n'étaient étayées par aucun fait précis ni aucune base factuelle appropriée—Les paragraphes 62 à 112 et 114 à 120 de la déclaration renvoyaient tous à des faits précis qui étaient pertinents en ce qui concerne les faits juridictionnels nécessaires en vertu des art. 36 et 45 de la Loi sur la concurrence pour établir la compétence de la Section de première instance, ou encore tendaient à établir l'existence d'une cause raisonnable d'action—Comme moyen alternatif au soutien de sa requête pour faire suspendre l'action de l'appelante, l'intimée a invoqué les art. 4 et 215 de la Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada-Terre-Neuve et l'art. 17(6) de la Loi sur la Cour fédérale—La Loi de la mise en œuvre n'exclut pas la compétence de la Cour fédérale en matière d'application de la Loi sur la concurrence—Celle-ci n'est pas à proprement parler une loi fédérale sur l'application extracôtière des lois fédérales et ne contient pas, sur ce qui fait l'objet de l'action, de dispositions incompatibles avec la Loi de mise en œuvre—Quant à l'argument relatif à l'art. 17(6) de la Loi sur la Cour fédérale, il doit être analysé en relation avec l'art. 215 de la Loi de mise en œuvre—Appel accueilli—Loi de mise en œuvre de l'Accord atlantique Canada-Terre-Neuve, L.C. 1987, ch. 3, art. 4, 215—Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 36 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 1, art. 11), 45 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 30; L.C. 1991, ch. 45, art. 547; ch. 46, art. 590; ch. 47, art. 714)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17(6) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 3).

MIL DAVIE INC. C. SOCIÉTÉ D'EXPLOITATION ET DE DÉVELOPPEMENT D'HIBERNIA LTÉE (A-314-97, juges Denault J.C.A., (de droit), Létourneau, J.C.A. et juge suppléant Chevalier, jugement en date du 7-5-98, 10 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE)—La défenderesse importe des «tracteurs routiers lourds» destinés à circuler sur la voie publique avec des semi-remorques—Elle installe des climatiseurs dans ses

DOUANES ET ACCISE—Suite

véhicules pour le confort des chauffeurs, mais non pour climatiser les semi-remorques rattachées aux «tracteurs»—L'art. 23(1) impose une taxe d'accise sur les marchandises énumérées à l'annexe I qui sont importées au Canada—L'art. 7 de l'annexe I précise: «les climatiseurs conçus pour être installés dans les automobiles, les familiales, les fourgonnettes ou les camions»—Depuis 1991, la défenderesse a payé la taxe d'accise pour chaque climatiseur qu'elle a installé—En 1993, la défenderesse a soumis une demande de remboursement de la taxe d'accise qu'elle a versée—Le MRN a rejeté cette demande de remboursement—En appel, le TCCE a interprété le mot «camions» de l'art. 7 comme excluant les «camions-tracteurs routiers» de la défenderesse—Il s'agit de savoir si le mot «camions» à l'art. 7 inclut les «camions-tracteurs routiers»—Appel accueilli—Application de la méthode d'interprétation de la loi établie dans *Shaklee Canada Inc. c. Ministre du Revenu national*, [1996] 1 C.T.C. 180 (C.A.F.)—Il incombe à la défenderesse de prouver que ses véhicules ne sont pas visés par la définition du mot «camions» employé à l'art. 7 de l'annexe I—La défenderesse fait valoir que le législateur fédéral est présumé employer des mots différents pour désigner des choses différentes; présomption de cohérence dans l'application des lois concernant le même objet; on peut s'inspirer de la législation provinciale pour interpréter la législation fédérale—Le sens d'un mot étant tributaire de son contexte, il peut être dangereux de passer d'une loi à une autre sans faire les adaptations que peut exiger le nouveau contexte—La catégorie de véhicules appelés «camions-tracteurs routiers», qui a été distinguée dans certains contextes des «camions», n'établit pas que l'art. 7 de l'annexe I n'inclut pas les «camions-tracteurs routiers» comme sous-ensemble des «camions»—Le fait que l'expression «camions-tracteurs routiers» soit employée au sein de l'industrie n'est pas déterminant à l'égard de la portée de l'art. 7 de l'annexe I—Il n'existe aucun élément de preuve convaincant qui établit que le sens courant du mot «camion» n'englobe pas l'expression «camion-tracteur routier»—La défenderesse fait valoir que le sens d'une expression peut ressortir de son association avec d'autres expressions comme «automobiles», «familiales», «fourgonnettes», tous des véhicules de tourisme—Si le législateur fédéral avait voulu que l'article s'applique strictement aux véhicules de tourisme, il n'aurait pas précisé que l'art. 8a) ne s'applique pas aux ambulances et aux corbillards dans lesquels des climatiseurs sont installés en permanence—Ces véhicules ne sont pas plus des «véhicules de tourisme» que les véhicules de la défenderesse—À la date de son introduction en 1976, l'art. 7 ne s'appliquait qu'aux véhicules légers, mais la portée du mot «camion» était déterminée par les exceptions prévues aux autres dispositions de la Loi—Après 1976, la Loi soustrayait les camions lourds à la taxe sur les climatiseurs, non pas en raison de la définition du mot «camions», mais par l'application de l'art. 8c) tel qu'il s'appliquait alors—L'art. 8c) exemptait de la taxe sur les climatiseurs «une

DOUANES ET ACCISE—Suite

automobile, une familiale, une fourgonnette ou un camion» munis d'un appareil d'air climatisé installé en permanence, vendus dans les conditions donnant droit à une exemption de taxe de consommation et de vente, conformément aux dispositions de la loi autres que l'art. 50(5)—Les mots «aux dispositions» incluent l'art. 50(1) qui intégrait par renvoi les «camions-tracteurs routiers» de l'annexe III—Étant donné que ces «camions-tracteurs routiers» ne constituent pas un sous-ensemble des automobiles, des familiales ou des fourgonnettes, ils doivent être un sous-ensemble des «camions»—Le même raisonnement concernant l'art. 51(1) qui a pour effet de préciser la portée du mot «camion» à l'art. 8c) s'applique à l'art. 7 qui énumère des catégories de véhicules identiques à celles de l'art. 8c)—Étant donné que les modifications apportées en 1991 ont changé la portée de l'art. 8c), toute limite de la portée du mot «camions» imposée jusqu'à cette date a disparu—Ce changement reflète l'intention du législateur fédéral d'appliquer la taxe à tous les véhicules visés par la portée du terme général «camions»—La défenderesse n'a pas convaincu la Cour que l'interprétation sur laquelle elle se fonde reflète l'intention du législateur—Compte tenu de l'économie de la Loi en 1976, le sens du mot «camions» indique qu'à l'art. 7, ce mot inclut les «camions-tracteurs routiers», à l'exception des véhicules expressément exemptés en vertu d'autres dispositions de la Loi—Les exemptions en vertu de la Loi qui s'appliquaient en 1976 ont été supprimées par des modifications apportées à la Loi en 1991—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 23 (mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 55), 81.24 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 38); L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, art. 52, 81.28 (mod., *idem*), annexe I, art. 7, 8.

CANADA C. PACCAR OF CANADA LTD. (T-480-97, juge MacKay, jugement en date du 8-5-98, 20 p.)

La contribuable était un des administrateurs de la Conestoga Inn Ltd.—La Conestoga était tenue aux versements trimestriels de la taxe sur les produits et services (TPS)—La contribuable a perdu le contrôle de la Conestoga le 12 décembre 1992; la Conestoga a déclaré faillite une semaine plus tard—La compagnie devait de l'argent au titre des versements qu'elle était tenue d'effectuer—Le ministre a décidé que la contribuable, administratrice de la Conestoga, était personnellement tenue, en vertu de l'art. 323(1) de la Loi, au remboursement des arriérés—La Cour de l'impôt a conclu que la contribuable n'avait pas agi avec la diligence lui permettant d'invoquer le moyen de défense prévu à l'art. 323(3)—La contribuable a reconnu être tenue au versement d'un arriéré de 7 887,42 \$; le ministre a reconnu que la contribuable n'était pas redevable du montant de la TPS dû au titre de la dernière période de déclaration, cette somme n'étant due qu'après que la contribuable eut perdu le contrôle de la compagnie—La somme en litige est de 18 296 \$, soit le montant de la TPS réclamé à la compagnie pour la période allant de janvier 1991 à décembre 1992—

DOUANES ET ACCISE—Fin

Les parties conviennent que le juge de la Cour de l'impôt n'a pas appliqué le bon critère pour dire si la contribuable pouvait effectivement voir sa responsabilité dérogée au titre de la diligence raisonnable; la Cour de l'impôt ne disposait pas encore de l'arrêt *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124 (C.A.), exposant les principes applicables en matière de responsabilité des administrateurs et de défense fondée sur la diligence raisonnable—La présente affaire ajoute une dimension supplémentaire aux principes énoncés dans l'arrêt *Soper*—Les administrateurs sont non seulement tenus au respect du principe de prudence en ce qui concerne la remise du montant de la TPS, mais également en ce qui concerne le calcul correct de ce montant—Toute autre interprétation de l'art. 321(1) (ou de l'art. 227.1(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu) irait à l'encontre de l'objet même de cette disposition—L'insouciance au niveau du calcul est tout aussi inacceptable qu'au niveau du versement—D'autres personnes, y compris un comptable, étaient chargées du calcul et du versement de l'ensemble des impôts—Aucune preuve ne confirme que la contribuable aurait effectivement été au courant de l'existence d'un problème concernant le calcul correct de la TPS—L'argument voulant qu'il soit trop tard pour que la contribuable puisse invoquer comme moyen de défense la diligence raisonnable à l'égard du montant en litige parce qu'elle ne l'a pas invoquée devant la Cour de l'impôt posait un double problème à la Cour: 1) Il est peu probable que la contribuable aurait si rapidement accepté une transaction sur les autres sommes en cause si elle avait su que, par mégarde, elle allait perdre le droit d'invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense; 2) l'argument du ministre ne tient pas compte du fait que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit justiciable du contrôle judiciaire—Cela dit, il est difficile à la Cour d'admettre que, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, il lui appartiendrait de parvenir à une conclusion mixte de fait et de droit, alors que le juge de la Cour de l'impôt n'avait pas été saisi de la question, qui devait être ultérieurement présentée par les parties comme le point central de cette affaire—Cela est d'autant plus vrai que, pour invoquer la diligence raisonnable, la contribuable se fonde sur des transcriptions—L'affaire est renvoyée devant la Cour de l'impôt qui se prononcera sur le montant en litige—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 323(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12), (3) (édicte, *idem*).

DROVER C. CANADA (A-331-97, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 13-5-98, 9 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

Sénat—Demande d'injonction interlocutoire afin d'empêcher le gouverneur général du Canada de nommer au Sénat une personne ayant les qualités requises originaire de la province d'Alberta, à moins que cette personne n'ait été élue

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

en vertu des dispositions de la Senatorial Selection Act d'Alberta—Les art. 24 et 32 de la Loi constitutionnelle de 1867 confèrent expressément au gouverneur général le pouvoir discrétionnaire absolu de nommer au Sénat des personnes ayant les qualités requises—Aucune restriction procédurale ou autre ne limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire du gouverneur général, d'origine constitutionnelle, de nomination en vertu des art. 24 et 32—Ce pouvoir ne peut être restreint qu'au moyen d'une modification constitutionnelle—Dans les circonstances, la Cour ne peut imposer de restriction procédurale ou autre au pouvoir exprès du gouverneur général de nomination au Sénat—Le pouvoir de nomination au Sénat est également de nature purement politique—Si le gouverneur en conseil fait une recommandation qui ne tient pas compte des élections imminentes qui doivent se tenir en Alberta en vertu des dispositions de la Senatorial Selection Act, il le fait à ses propres risques sur le plan politique—Il s'agit là d'une décision purement politique devant être prise par des politiciens, sans ingérence ni intervention de la Cour—La nomination précédente d'un sénateur élu d'Alberta en 1990 ne constitue pas un précédent ni une convention qui modifie le libellé exprès de la Loi constitutionnelle de 1867—La prétention des demandeurs sur cette question est de nature politique et non juridique—Le redressement que les demandeurs recherchent ne peut être obtenu que de façon politique au moyen d'une modification constitutionnelle—Par conséquent, le litige ne soulève pas de question sérieuse à juger—La demande est rejetée—*Senatorial Selection Act, R.S.A. ch. S-11.5—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 24, 32.*

SAMSON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-1706-98, juge McGillis, ordonnance en date du 1-9-98, 5 p.)

DROIT MARITIME**RESPONSABILITÉ CIVILE**

Action en dommages pour les blessures subies par le demandeur en 1992 alors qu'il travaillait comme pilote à bord du *Arctic Tarsiut*—Le demandeur était un pilote employé par la Commission du Canal de Panama (CCP)—Un filin de secours a blessé le demandeur—Le demandeur a prétendu que le câble devait dépasser du rebord du pont du bâtiment, qu'il ne devait pas avoir été fixé adéquatement, que la fixation du câble relevait de la responsabilité de la défenderesse Arctic Transportation Ltd. (ATL), à titre de propriétaire du chaland, et que cette dernière était donc responsable de l'accident—Action rejetée—Le lieu du délit civil, le lieu du dommage et le lieu ayant le lien le plus étroit avec la réclamation mènent tous à la conclusion que le droit panaméen est applicable—L'art. 275 de la Loi sur la marine marchande prévoit que l'affaire est régie par la loi

DROIT MARITIME—Suite

du port où le navire est immatriculé et s'applique en matière d'engagement et de congédiement des marins, de paiement de salaires, de contrats d'apprentissage et de conditions de travail sur les navires canadiens—Il ne s'applique pas à une action intentée par un pilote étranger concernant un délit civil découlant d'événements s'étant produits dans un ressort étranger—Le demandeur a invoqué l'art. 557 du Code maritime de la République du Panama au soutien de sa prétention que le droit canadien s'appliquait, celui-ci étant le droit du port d'enregistrement du bâtiment sur lequel le délit civil s'est produit—Aucun conflit de lois ne se posant en vertu du droit panaméen, celui-ci est applicable conformément au principe général de l'application territoriale du droit—Même s'il existait un conflit de lois, un tribunal panaméen appliquerait l'art. 557(7) en tant que droit du pays où s'est produit l'événement ayant donné lieu à la demande—Les délais de prescription font partie du droit substantif quand le droit d'un autre ressort est appliqué; *Tolofson c. Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon, [1994] 3 R.C.S. 1022—Au Panama, le délai de prescription est d'un an à partir du moment où la partie blessée a connaissance de sa condition—L'action n'a pas été intentée dans l'année suivant le 12 février 1992 (date de l'accident)—La lettre écrite par un demandeur éventuel à une défenderesse éventuelle n'interrompt pas le cours de la prescription—Même si la prescription avait été interrompue en droit panaméen, il aurait fallu assumer que celui-ci était au même effet que le droit canadien, vu l'absence d'élément de preuve sur le droit panaméen applicable en matière de délit civil—Le droit canadien en matière de délit civil étant applicable, le demandeur n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que l'accident a été causé par la négligence de la défenderesse—Le demandeur a prétendu que: 1) le propriétaire d'un bâtiment a l'obligation de s'assurer que celui-ci est en bon état de navigabilité et que si un dommage se produit en raison d'un manquement à cette obligation, la faute du propriétaire sera présumée; 2) lorsque se produit un événement dommageable pour lequel il n'y a aucune explication et que la preuve circonstancielle donne à penser que les actions du défendeur en sont la cause, une présomption de négligence de la part de ce dernier naît—Les faits de l'espèce ne créent pas une présomption que l'accident a été causé par la négligence du propriétaire du bâtiment—Aucun élément de preuve n'indique la présence de vices cachés dans la fixation du filin de secours ni que l'état de celui-ci avant l'arrivée du bâtiment à Balboa aurait pu causer l'accident—Avant que le bâtiment ne soit autorisé à passer par le canal, il doit être conforme aux directives et à la réglementation de la CCP—Le bâtiment a été mis en état pour le passage par un entrepreneur réputé—Les travaux se sont déroulés sous la surveillance des inspecteurs de la CCP, qui ont établi les travaux à effectuer, autorisé la méthode choisie pour les effectuer et vérifié l'état des travaux après qu'ils ont été complétés—Lorsque le chaland a quitté Balboa, le filin de secours de tribord ne pendait ni à l'extérieur ni au-dessus du rebord du*

DROIT MARITIME—Fin

pont—Entre le moment où le bâtiment a quitté le quai à Balboa et celui de l'accident, il se trouvait sous le contrôle exclusif de la CCP, période pendant laquelle il y a eu de nombreuses occasions où le filin de secours a pu se détacher—Il ne s'agit vraiment pas d'une situation de nature à créer une présomption que l'accident a été causé par la négligence de la défenderesse—Il existe un très sérieux problème de crédibilité quant à l'étendue de la blessure du demandeur—L'incapacité du demandeur à prouver l'existence de séquelles permanentes, son défaut de mitiger ses dommages en cherchant sérieusement un autre emploi, et le fait qu'il n'avait subi pratiquement aucune perte de revenus dans l'année suivant l'accident, après laquelle il a volontairement pris sa retraite peu avant d'avoir atteint l'âge de mise à la retraite obligatoire pour un pilote, font en sorte qu'une indemnité serait très faible—Loi sur la marine marchande, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 275.

FERGUSON C. ARCTIC TRANSPORTATION LTD.
(T-1941-93, juge Reed, jugement en date du 8-5-98,
29 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Appel d'une décision [(1996), 116 F.T.R. 225] par laquelle la Section de première instance a infirmé une décision rendue par la Commission canadienne des droits de la personne et renvoyé l'affaire à celle-ci pour nouvel examen—L'intimé était au service de l'appelante depuis 1957—À la fin de l'année 1992, l'appelante a ouvert une enquête au sujet des irrégularités touchant les comptes de dépenses et les méthodes de comptabilité de l'intimé—En mars 1993, l'intimé a informé l'appelante qu'il était alcoolique et a demandé un traitement aux termes du programme d'aide aux employés de la société—L'appelante a refusé la demande de l'intimé et l'a renvoyé le 23 avril 1993—L'intimé a déposé auprès de la Commission une plainte dans laquelle il a allégué qu'il avait été congédié par suite d'une mesure discriminatoire fondée sur une déficience, en l'occurrence, l'alcoolisme—La Commission a rejeté la plainte au motif que l'allégation de discrimination était sans fondement et, cinq mois plus tard, elle a rendu une seconde décision dont le dispositif était identique à celui de la première décision—Le juge des requêtes a accueilli la demande de contrôle judiciaire en indiquant que la Commission «avait simplement abdiqué ses responsabilités»—Le juge des requêtes n'a pas invoqué le principe *functus officio* lorsqu'il a dit que le réexamen de la part de la Commission était «trop peu, trop tard»—L'élément principal de la décision portée en appel est la conclusion du juge des requêtes selon laquelle la Commission a omis d'examiner les éléments dont elle disposait—Il n'existe aucun principe de droit général obligeant un tribunal à motiver sa décision—Il s'agit d'un cas où il faut conclure que la Commission a tout simplement ignoré des éléments importants dont elle était

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

saisie et que sa décision peut donc être infirmée aux termes de l'art. 18.1(4)d) de la Loi sur la Cour fédérale—L'appel est rejeté—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C. FORTIN (A-356-96, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 27-5-98, 8 p.)

ENVIRONNEMENT

Demande de contrôle judiciaire d'un rapport portant sur une évaluation environnementale, présenté par la Commission conjointe d'examen du projet d'exploitation houillère de Cheviot (situé dans les contreforts des Rocheuses en Alberta)—Le fait que les demandeurs n'ont pas recherché le contrôle judiciaire de la Réponse fédérale les prive-t-il de demander le contrôle judiciaire?—Le projet Cheviot est une initiative de Cardinal River Coals Ltd. (CRC) visant la mise en valeur de certains terrains houillers sur lesquels un des actionnaires principaux de CRC possède des droits d'exploitation, en remplacement de l'actuelle mine Luscar de CRC—Le projet se trouve dans la région houillère de l'Alberta située sur le contrefort est des Rocheuses—Le projet Cheviot comprend la construction, l'exploitation et le déclassement de la mine, l'amélioration du chemin d'accès et le rétablissement d'une voie ferrée, ainsi que l'installation d'une nouvelle ligne de transport d'énergie et d'une sous-station afin d'assurer l'alimentation en électricité—Conformément à l'Environmental Protection and Enhancement Act de l'Alberta, un rapport d'évaluation d'impact environnemental (EIE) a été terminé en février 1996—En mars 1996, CRC a fait connaître au ministère des Pêches et des Océans son intention de demander une autorisation en vertu de l'art. 35(2) de la Loi sur les pêches—L'art. 5(1)d) de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale exige la tenue d'une évaluation environnementale avant que l'autorisation prévue à l'art. 35(2) de la Loi sur les pêches puisse être délivrée—Le ministre a déterminé que le projet pouvait entraîner des effets environnementaux négatifs importants et qu'il existait des préoccupations en ce sens au sein du public—En octobre 1996, le Canada et l'Alberta ont signé une entente visant la constitution d'une commission conjointe d'examen et la tenue d'audiences d'évaluation environnementale—La Commission a publié un rapport de 161 pages, en date du 6 juin 1997—Le rapport reprend la décision de l'Alberta Energy and Utilities Board qui donnait son approbation au projet d'exploitation houillère Cheviot, et recommande au gouvernement fédéral de donner l'autorisation réglementaire nécessaire en délivrant une autorisation en vertu de la Loi sur les pêches—En vertu de l'art. 37(1.1) de la LCEE, dès que la Commission conjointe d'examen a présenté son rapport, l'autorité responsable doit le prendre en compte et y donner suite avec l'agrément du gouverneur en conseil—En sa qualité d'autorité responsable en vertu de l'art. 37(1.1)c), le ministre, avec l'agrément du gouverneur

ENVIRONNEMENT—Suite

en conseil, a publié le 2 octobre 1997 la «Federal Government Response to Environmental Assessment Report of Joint Review Panel on Cheviot Coal Project»—Le 31 octobre 1997, les demandeurs ont déposé la présente demande de contrôle judiciaire—Ils n'ont jamais demandé le contrôle judiciaire de la Réponse fédérale—Le rapport de la Commission conjointe n'est pas une «décision ou ordonnance» au sens de l'art. 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale—La vraie décision que doit prendre le ministre est la suivante: les effets environnementaux du projet sont-ils importants ou non, et, dans l'affirmative, peuvent-ils être justifiés?—L'art. 37(1.1)c) est une disposition impérative et le ministre ne peut plaider un défaut de compétence lorsqu'il s'agit de prendre une décision en vertu de l'art. 37(1) de la LCEE—Comme la Réponse fédérale n'a fait l'objet d'aucune contestation devant une Cour compétente, elle fait obstacle à l'obtention de la réparation que les demandeurs voudraient voir exiger du ministre—Demande rejetée—Environmental Protection and Enhancement Act, S.A. 1992, ch. E-13.3—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 35(2)—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 37(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 46, art. 3), 37(1.1) (édicte, *idem*)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

ALBERTA WILDERNESS ASSN. C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (T-2354-97, juge McKeown, ordonnance en date du 12-6-98, 14 p.)

Demande de redressement provisoire en application de l'art. 18.2 de la Loi sur la Cour fédérale en attendant qu'il soit statué sur la demande de contrôle judiciaire—Par suite d'une entente entre les ministres des Transports et de l'Environnement du Nouveau-Brunswick et les ministres fédéraux, une décision a été prise en vue de procéder à l'exécution d'un programme d'essai, dont l'objectif consiste à gérer une modification assez appréciable du niveau d'eau du lac Petitcodiac allant du printemps à la fin de l'automne 1998 pour étudier l'idée de restaurer en partie l'écosystème naturel de la rivière—La formation du lac est due à la construction d'un pont-jetée enjambant la rivière—Le niveau d'eau du lac est réglé au moyen de portes qui s'ouvrent et se ferment dans le pont-jetée—Ces portes empêchent que l'eau salée se déverse dans le lac par l'effet des marées—Le projet d'essai permettrait à l'eau de marée de s'écouler vers l'amont, au-delà du pont-jetée et, à marée basse, de régler le débit sortant du lac afin de réduire l'érosion—Initialement, aucune évaluation environnementale n'a été prévue en application de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE)—La demanderesse a demandé le contrôle judiciaire de la décision de mise en train du projet et a aussi requis une mesure de redressement provisoire—Alors que la décision était en délibéré, les ministres fédéraux étaient d'accord pour effectuer une évaluation environnementale aux termes de la LCEE—Un rapport d'examen préalable,

ENVIRONNEMENT—Suite

effectué conformément à la LCEE, conclut que le projet n'aura vraisemblablement pas de conséquences nocives sur l'environnement—Par la suite, la requête en redressement provisoire a été rejetée sans préjudice à l'audition de toute requête similaire au soutien d'une nouvelle demande de contrôle judiciaire concernant la décision des intimés de procéder aux travaux en se fondant sur le nouveau rapport d'examen préalable—Ces requêtes ont été déposées par la suite—La demanderesse réclame une déclaration reconnaissant que le «projet» s'inscrit dans la définition que donne de ce terme la LCEE, une ordonnance statuant que la décision est nulle, non avenue et sans effet; un *certiorari* infirmant cette décision et celle de ne pas permettre au public d'examiner et de commenter le rapport avant qu'une mesure soit prise—Elle réclame aussi une déclaration disant que le rapport n'est pas conforme aux prescriptions de la Loi, notamment de l'art. 16, que l'intimé est tenu de donner avis au public et de lui fournir l'occasion d'examiner et de commenter le rapport avant de prendre une mesure en vertu de l'art. 20, que les craintes du public concernant le projet et (ou) le rapport d'examen justifient le renvoi de la question à un médiateur ou à une commission d'examen—Une prohibition ou une injonction est également demandée interdisant aux intimés de prendre une décision ou une mesure quelconque, d'octroyer des fonds ou d'en autoriser l'octroi pour les besoins du projet et d'interdire à quiconque est averti de l'ordonnance d'utiliser tout financement jusqu'à observation de la LCEE—La demande de redressement provisoire cherche à obtenir la suspension interlocutoire de la décision prise dans le rapport d'examen préalable, une injonction interlocutoire interdisant aux intimés de prendre une décision d'accorder des approbations réglementaires ou d'octroyer des fonds pour les besoins du projet, interdire à quiconque est averti de l'ordonnance d'utiliser tout financement, et toute assistance ou autorisation réglementaire; une ordonnance interdisant aux intimés d'autoriser que soit altéré l'habitat halieutique du lac Petitcodiac; un redressement interlocutoire interdisant aux intimés d'autoriser que soient déposées des substances nocives pour les oiseaux migrants—Le critère de redressement provisoire énoncé dans *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.) s'appliquait—(1) La Cour rejette l'argument qu'elle devrait rejeter la demande de redressement provisoire parce qu'elle ne peut directement émettre une ordonnance visant à arrêter ou à contrôler l'ouverture des portes qui relèvent du ministre des Transports provincial—La Cour ne rendra pas de vaines ordonnances, mais elle peut en adresser aux ministres de façon à influencer sur leur engagement en tant que parties au projet d'essai—Cela pourrait se faire sans porter atteinte à leurs attributions légales consistant à surveiller et à évaluer les activités des ministères provinciaux qui se reflètent sur les champs de compétence législative fédérale—Les divergences entre les parties appuient la conclusion que des questions sérieuses se posent quant à la rationalité des conclusions du rapport d'examen préalable—Ces questions peuvent seulement être tranchées après

ENVIRONNEMENT—Fin

audition des arguments relatifs à la demande de contrôle judiciaire—(2) La demanderesse ne subira pas de préjudice irréparable au cours du bref laps de temps qui la sépare de la date d'audience fixée si, au terme de l'audition en contrôle judiciaire, elle obtient gain de cause—(3) Comme il n'y a pas de préjudice irréparable, il est inutile d'évaluer la prépondérance des inconvénients—Demande rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.2 (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.

LAKE PETITCODIAC PRESERVATION ASSN. INC. C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-1132-98, juge MacKay, ordonnance en date du 9-6-98, 18 p.)

FIN DE NON-RECEVOIR

Requête en vue d'obtenir des précisions supplémentaires et des réponses à des questions de l'interrogatoire préalable—Précisions demandées identiques aux précisions refusées dans le cadre d'une requête antérieure, ce refus ayant été confirmé en appel—Les motifs n'écartaient pas la possibilité que les demandeurs, s'ils continuaient à éprouver de la difficulté à comprendre les questions en litige, puissent demander des précisions supplémentaires après la fin des interrogatoires préalables comme le laissait entendre la décision *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Lek Tovarna Farmaceutskih In Kemichnih Izdelkov N. Sol. O.* (1985), 4 C.P.R. (3d) 257 (C.F. 1^{re} inst.)—Les coutumes électorales de la Bande étaient la principale question en litige, tout comme dans le cadre de la requête et de l'appel antérieurs—Selon la thèse des demandeurs, qui n'est pas étayée par une autre preuve substantielle par affidavit, mais qui s'appuie sur des documents, dont la transcription de l'interrogatoire préalable, des précisions doivent être fournies et les points en litige doivent être définis avec plus de précision, au moyen d'un document appelé énoncé des points en litige, traitant en grande partie des coutumes de la Bande—Un tel énoncé des points en litige pourrait permettre d'épargner du temps, mais les éléments demandés par les défendeurs, dans l'énoncé des points en litige, sont les mêmes que ceux demandés et refusés dans le cadre de la dernière requête en vue d'obtenir des précisions, bien que présentés sous une forme différente et à un moment différent—Le fait qu'une partie puisse demander des précisions, en vue de l'instruction, à une étape avancée de la procédure ne signifie pas que sa demande sera automatiquement accueillie—Dans la décision *Smith, Kline*, la demande de précisions en vue de la poursuite de la plaidoirie a été rejetée uniquement parce que la demanderesse était en mesure de poursuivre la plaidoirie à partir de sa connaissance de l'affaire à cette étape: la demanderesse avait assez de précisions pour poursuivre sa plaidoirie et n'avait pas droit à des précisions équivalant à un interrogatoire préala-

FIN DE NON-RECEVOIR—Suite

ble, mais elle pouvait avoir le droit de demander plus tard des précisions supplémentaires en vue de l'instruction—Les défendeurs affirment que la question des précisions a force de chose jugée—Il est clair que la doctrine de la chose jugée s'applique aux questions interlocutoires—L'objection fondamentale à son application porte qu'une décision tranchant une demande interlocutoire n'est pas définitive, en ce sens que la décision est interlocutoire—Dans *Stamper c. Finnigan* (1984), 57 R.N.B. (2d) 411 (B.R.), la Cour a décidé que la doctrine de la préclusion fondée sur la chose jugée s'appliquait aux décisions interlocutoires—Mention de la décision *Diamond v. Western Reality Co.*, [1924] R.C.S. 308, dans laquelle le juge McDuff a statué que, si la décision était interlocutoire parce que la procédure dans laquelle elle avait été rendue était interlocutoire, elle était néanmoins définitive parce qu'en l'absence d'appel, elle liait les parties—Les conditions de la préclusion fondée sur la chose jugée exigent 1) que la même question ait été décidée; 2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la fin de non-recevoir soit finale; et, 3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la fin de non-recevoir est soulevée—Quant à la question de savoir si la même question a été cernée comme celle de savoir en quoi consistaient les coutumes électorales de la Bande—L'énoncé des points en litige des demandeurs constituait une tentative de faire faire des révélations spontanées aux défendeurs: 1) Les élections de la Bande sont-elles régies par les coutumes? 2) Quelle est la teneur des coutumes applicables? 3) L'élection d'octobre 1997 a-t-elle été tenue en conformité avec les coutumes? 4) Dans le cas où l'élection n'aurait pas respecté les coutumes, cette élection est-elle nulle?—L'énoncé des points en litige, par lequel les demandeurs veulent connaître les prétentions des défendeurs, est semblable, c'est-à-dire identique, aux précisions demandées dans les deux requêtes—Compte tenu de la décision déjà rendue à cet égard, il ne serait pas acceptable d'exiger les précisions relatives aux coutumes ni les réponses à l'énoncé des points en litige demandées, car la préclusion fondée sur l'identité de la question s'applique aux demandeurs en raison des ordonnances antérieures—Dans la mesure où les demandeurs plaident la présente demande de précisions de façon légèrement différente, la doctrine de la préclusion fondée sur la chose jugée s'applique non seulement aux questions effectivement en litige, mais encore à tout point qu'une partie aurait pu soulever, si elle avait fait preuve de diligence, au moment de l'audition antérieure—Ce concept se fonde sur le principe voulant que les litiges prennent fin un jour, même s'il s'agit d'un conflit interlocutoire, car les requêtes, à l'instar des actions, ne doivent pas être tranchées par bribes, requête après requête ou action après action, car cette façon de procéder constituerait un emploi abusif de la procédure: voir *Borley c. Fraser River Harbour Commission* (1995), 92 F.T.R. 275 (C.F. 1^{re} inst.)—Quant aux réponses aux questions de l'interrogatoire préalable, pour forcer Harry

FIN DE NON-RECEVOIR—Fin

Chingee, dont l'interrogatoire préalable est terminé, à répondre à d'autres questions, les demandeurs doivent établir l'existence d'une raison spéciale—Selon la Règle 235, «Sauf autorisation contraire de la Cour, une partie ne peut interroger au préalable une partie adverse qu'une seule fois»—Jusqu'en 1990, la reprise d'un interrogatoire préalable était assujettie à l'existence de raisons spéciales dans des cas exceptionnels par la Règle 465(19)—La nouvelle version de cette règle ne doit toutefois pas être interprétée de façon à permettre trop facilement la reprise d'un interrogatoire préalable terminé, car l'interrogatoire préalable doit prendre fin un jour—La reprise de l'interrogatoire préalable a été refusée parce que les éléments sur lesquels les demandeurs entendent interroger le défendeur étaient connus au moment de l'interrogatoire préalable de Harry Chingee et qu'il aurait alors pu être interrogé si les demandeurs avaient fait preuve de diligence—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 465(19)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, Règle 235.

BANDE INDIENNE DE MCLEOD LAKE C. CHINGEE (T-2327-97, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 8-5-98, 11 p.)

FORCES ARMÉES

Demande de contrôle judiciaire de la libération du demandeur des Forces armées à la suite d'un certain nombre d'avertissements écrits et de commentaires au sujet de son rendement insatisfaisant et après qu'il eut fait l'objet d'une mesure de mise en garde et surveillance—Le demandeur a prétendu ne pas avoir reçu de préavis raisonnable des motifs de sa libération ni de l'audience devant le commandant et n'avoir pu se préparer adéquatement pour cette dernière—Il a aussi prétendu ne pas avoir eu droit à une audition juste et équitable puisque la décision de le libérer avait été prise à l'avance—Se posent les questions de savoir si une demande devrait être examinée dans les cas où le demandeur n'a pas mené à terme la procédure interne de règlement des griefs devant permettre la prise en compte de son opposition à la libération obligatoire et si la procédure suivie en l'espèce a satisfait aux exigences de l'équité procédurale—Demande accueillie—L'omission de suivre la procédure interne de règlement des griefs peut difficilement être attribuée entièrement au demandeur, les officiers supérieurs ayant omis de prendre au sérieux leur responsabilité de s'assurer que, s'il avait un grief, peu importe leur perception quant à son bien-fondé, son droit de le soumettre à une procédure respectant les normes d'équité puisse être mis en œuvre—Dans l'intérêt de la justice pour les parties, la manière la plus diligente de trancher l'affaire à cette étape-ci est d'examiner le bien-fondé de la demande—Si la demande est accueillie, l'affaire sera renvoyée pour réexamen au fond—En l'espèce, la décision de libérer le demandeur a été prise

FORCES ARMÉES—Suite

avant que ce dernier n'ait eu la possibilité de faire valoir ses prétentions au décideur—La décision semble avoir été un fait accompli.

MCLENNAN C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-2524-93, juge MacKay, ordonnance en date du 12-6-98, 17 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de libérer le demandeur du service dans les Forces armées—Le demandeur a reçu un avis d'intention de recommander sa libération, qui faisait état de faiblesses personnelles et d'un comportement fautif—Il a produit un avis d'opposition à sa libération—Le commandant et le commandant de la base ont rempli une recommandation de libération obligatoire—Par la suite, le commandant de la base a transmis des observations supplémentaires pour examen par le Conseil de révision des carrières—Le Conseil de révision des carrières a approuvé la libération—Le demandeur a été libéré en mai 1993—Le dossier contenait une demande présentée par le demandeur pour obtenir l'assistance d'un officier désigné et une demande écrite relativement à son grief portant sur sa libération de service et par laquelle il demandait une copie de l'ensemble de la documentation—Le demandeur a contesté la décision de le libérer au motif que l'un des officiers siégeant au Conseil de révision des carrières n'avait pas l'autorité requise pour le libérer—Lorsque le défendeur s'est dit d'accord, l'avis de requête introductive d'instance a été rejeté avec le consentement des parties et selon l'entente que la recommandation serait réexaminée—Un second conseil de révision des carrières devait examiner l'aptitude au service continu du demandeur—Bien que le demandeur aie été avisé que le Conseil ne détiendrait pas de renseignements quant aux procédures antérieures de contrôle judiciaire et qu'il serait constitué de trois membres, le Conseil, composé de deux membres, a communiqué avec l'avocat du demandeur au sujet des procédures de contrôle judiciaire, et a recommandé la libération—Le Directeur général des carrières militaires pour le personnel non officier (DGCMP) a approuvé la recommandation de libération—Le demandeur n'a pas eu la possibilité de s'adresser directement au DGCMP—Demande rejetée—1) La demande n'était pas prématurée en raison du fait que le demandeur a omis d'épuiser la procédure militaire interne de règlement des griefs—L'omission de déposer un grief n'est pas entièrement attribuable au demandeur, sauf au sens le plus formel—Le demandeur a essayé d'amorcer la procédure en produisant des oppositions à sa libération auprès de son commandant, qui ne lui a pas répondu—Il a demandé l'aide d'un officier désigné—Bien que l'omission de répondre à un grief permette à celui qui le dépose de poursuivre l'affaire à l'échelon supérieur suivant, aucune preuve n'indique que le demandeur ou son officier désigné était au courant de cela—Parmi les personnes intéressées dans la révision de carrière, personne ne s'est préoccupé du bon déroulement de la procédure de grief—Vu les circonstances, la demande de

FORCES ARMÉES—Fin

contrôle judiciaire ne doit pas être rejetée au motif qu'un recours subsidiaire existait—La demande a été déposée il y a de cela presque quatre ans—Dans l'intérêt de la justice, la manière la plus diligente de procéder est de décider de la demande au mérite—(2) Le dossier certifié fourni par le défendeur était décrit comme les documents dont disposait le Conseil de révision des carrières—Aucun des documents censés avoir été soumis devant le DGCMP n'a été produit auprès de la Cour—En l'absence de toute preuve que le décideur a omis de prendre en considération des documents qui auraient dû lui être soumis ou qu'il a tenu compte de documents qui n'auraient pas dû lui être soumis, l'omission du décideur de fournir un dossier certifié conformément à l'art. 1613 des Règles n'entraîne pas l'annulation automatique de la décision rendue en l'espèce—Les faits de l'espèce conduisent à la déduction que les arguments soumis au nom du demandeur à l'appréciation du Conseil de révision des carrières étaient à la disposition du DGCMP lorsqu'il a rendu sa décision de libération du demandeur—(3) La décision *Miller c. Directeur général des affectations de carrière pour le personnel officier et al.*, (1994), 76 F.T.R. 15 (C.F. 1^{re} inst.) a conclu que la norme d'équité procédurale en matière de procédures administratives menant au renvoi d'un membre des Forces armées peut être respectée sans que la personne concernée ait directement accès au décideur—En l'espèce, l'équité procédurale n'exige pas que l'on donne au demandeur l'occasion de faire des observations directement au décideur, dans la mesure où il peut les faire auprès du Conseil de révision des carrières et qu'elles sont transmises au décideur—En droit, aucune exigence ne requiert que le Conseil soit formé de certains membres—La correspondance concernant la composition projetée du Conseil n'a pas donné lieu à une attente légitime à ce sujet, qui serait de nature à justifier une intervention de la Cour—Aucune preuve n'indique que le demandeur aurait agi différemment s'il avait su que sa cause serait examinée par un conseil de deux membres plutôt que par un conseil de trois membres, comme cela avait été annoncé à l'avance—Il n'y a pas lieu de prétendre que l'inclusion du colonel Brown a fait naître une crainte raisonnable de partialité—Lorsque des allégations de partialité ou de crainte raisonnable de partialité sont faites, il doit y avoir suffisamment de preuves pour qu'une personne raisonnable puisse conclure que le décideur n'examinera pas la question en litige de façon impartiale—En l'absence de preuve plus convaincante de partialité éventuelle, la connaissance du colonel Brown de l'historique des procédures ayant conduit au second conseil de révision des carrières ne suffit pas, à elle seule, pour amener un observateur raisonnable qui connaît les faits à conclure que le demandeur ne sera pas traité équitablement—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1613 (éditée par DORS/92-43, art. 19).

HAWCO C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2082-94, juge Mackay, ordonnance en date du 12-6-98, 22 p.)

GRC

Contrôle judiciaire du refus du commissaire de la GRC d'accorder des avantages de réinstallation à un membre de la Gendarmerie qui prend sa retraite—En 1992, le demandeur marié était en poste à Victoria (C.-B.) où il était propriétaire de son domicile—Cette année-là, il s'est séparé de son épouse; il a divorcé le 17 septembre 1993—Le 24 décembre 1992, il a été transféré à Newmarket (Ontario), conservant sa résidence à Victoria en vertu de l'art. 4.4.4 de la Directive sur la réinstallation de la GRC—Le 1^{er} janvier 1993, le demandeur a commencé à cohabiter à Toronto avec M^{me} Baker, dans une maison que celle-ci avait achetée en 1988 pour la somme de 2 583 000 \$—Le 21 avril 1994, le demandeur a donné avis à la GRC de son intention de déménager en prévision de sa retraite—Le responsable du Service divisionnaire de l'intendance (l'intendant) a informé le demandeur du fait que M^{me} Baker était admissible aux avantages d'un conjoint dans le cadre de la Directive sur la réinstallation étant donné la cohabitation de plus d'une année, et qu'il avait droit au remboursement prévu en cas de réinstallation quant à la résidence commune à Toronto, s'il vendait d'abord sa résidence de Victoria ou s'il renonçait à l'option qu'il avait exercée en vertu de l'art. 4.4.4 de la Directive sur la réinstallation—Le 17 mai 1994, le demandeur a renoncé à l'option qu'il avait exercée en vertu de l'art. 4.4.4 visant sa résidence à Victoria—Le 13 juin 1994, l'intendant a informé le demandeur que, dans le cadre d'un remboursement en vertu du Plan garanti de remboursement des pertes immobilières, le prix d'achat de la maison de Toronto serait sa valeur estimée à la date du début de la cohabitation avec M^{me} Baker et qu'il n'aurait droit à un remboursement que si le marché immobilier avait baissé d'au moins 10 p. 100 depuis cette date—Le demandeur a fourni une déclaration d'un agent immobilier certifiant que le marché immobilier de Toronto avait baissé de 23 p. 100 pendant la période visée—Le 5 août 1994, M^{me} Baker a vendu la maison de Toronto pour la somme de 1 350 000 \$—Le demandeur a demandé un remboursement de 207 000 \$, ce chiffre représentant la différence entre le prix de vente et la valeur évaluée de la maison au 1^{er} janvier 1993—Cette demande a été rejetée au motif que les dates pertinentes étaient la date à laquelle le demandeur avait renoncé à son option sur son domicile de Victoria et la date à laquelle la maison de Toronto a été vendue, période durant laquelle le marché avait très peu baissé—Grief au Niveau I rejeté—Le grief au Niveau II a donné lieu à la décision du commissaire—Demande accueillie—Des parties de la recommandation de la présidente du Comité externe d'examen représentent une erreur dans l'interprétation des règles et, prises dans leur ensemble, constituent une erreur de droit—Comme la décision du commissaire est principalement, sinon entièrement, fondée sur les conclusions du Comité externe d'examen et ne repose sur aucune analyse indépendante, elle est fondée sur une erreur de droit—L'art. 1.1.1 des règles veut que les membres aient droit à une compensation sous forme de remboursement pour toute réclamation liée aux coûts d'une réinstallation engagés de

GRC—Suite

bonne foi—L'interprétation de la présidente ne peut s'appliquer à certaines situations où la bonne foi est avérée—Ces situations ne peuvent pas tomber sous le coup de l'art. 4.4.10j(ii) et justifier d'un remboursement au titre de «difficultés exceptionnelles»—Par conséquent, la conclusion centrale de la présidente qu'il y a un lien entre les art. 4.4.4 et 4.4.10 est, à mon avis, fondamentalement viciée—Sous la rubrique «Vente, achat et acquisition d'un logement», l'art. 4.4.1 mentionne l'intention «d'aider» le membre à se réinstaller—L'art. 4.4.4a) suppose qu'une autorisation est nécessaire pour qu'on puisse conserver sa résidence à l'ancien lieu de travail—L'obligation d'obtenir une approbation sous-entend qu'il doit y avoir un motif valable de conserver la résidence en question—L'art. 4.4.4c) précise que les honoraires de vente d'immeuble qui peuvent être payés au moment de la vente de la résidence conservée à l'ancien lieu de travail sont fondés sur le processus énoncé à l'art. 4.4.4f)—Les «frais» dont il est question à l'art. 4.4.4g) sont uniquement les «honoraires de vente d'immeuble»—L'art. 4.4.10 bouleverse la cohérence des règles entre l'art. 4.2 et l'art. 4.6—Il introduit une autre catégorie de soutien: le «Plan garanti de remboursement des pertes immobilières»—Le remboursement partiel des pertes immobilières est une forme de «dédommagement»—Ce type de dédommagement est très différent de celui qui consiste à rembourser la commission du courtier en immeuble, prévu à l'art. 4.4.1—Les dispositions de l'art. 4.4.10, portant sur le «Plan garanti de remboursement des pertes immobilières», et celles de l'art. 4.4.4, plus spécifiquement l'art. 4.4.4g), qui porte sur les résidences conservées, doivent être lues et appliquées séparément—L'art. 4.4.10 prévoit que le dédommagement ne s'applique qu'à la résidence principale du membre—La question de la «résidence principale» est une question de fait—Le processus de compensation s'applique aux résidences principales successives qu'un membre a occupées lors de ses diverses réinstallations—Le Plan garanti de remboursement des pertes immobilières peut s'appliquer à deux résidences en même temps—L'objectif est d'appuyer financièrement le membre qui doit se réinstaller—Les remboursements en vertu du Plan garanti de remboursement des pertes immobilières ne constituent pas une aubaine, ce sont des sommes qui viennent compenser partiellement une perte déjà subie—Il peut y avoir deux résidences ou plus couvertes par le Plan garanti de remboursement des pertes immobilières si le membre est souvent muté—Si les réclamations sont de bonne foi, elles devraient toutes être admises à compensation—Les dispositions portant sur les remboursements ajoutent certains critères à la définition de «résidence principale» dans le cadre d'une demande de remboursement, car non seulement la résidence principale doit satisfaire aux critères habituels, mais elle doit aussi appartenir au membre et à son conjoint et ils doivent l'habiter—Le demandeur n'a jamais été propriétaire de la maison de Toronto, même s'il y habitait avec M^{me} Baker—La réclamation du demandeur en vertu du Plan garanti de remboursement des pertes immobilières n'est

GRC—Fin

admissible que si M^{me} Baker est sa «conjointe»—Comme le divorce n'a été finalisé que le 17 septembre 1993, le défendeur plaide que le demandeur ne peut à la fois avoir une «conjointe» et une «conjointe d'union libre»—Il n'y a aucune indication dans les règles que le concept de mariage de fait est inclus dans l'art. 4.4.10f)—La définition de «conjointe d'union libre» précise que «si on satisfait à ces conditions, un conjoint d'union libre aura droit au même remboursement que le conjoint aux termes de la présente directive»—Les conditions dont il est fait mention sont celles énumérées dans la définition—Il s'ensuit qu'aucune autre condition n'est pertinente, même pas la capacité de contracter mariage—Le mariage du demandeur n'a aucune incidence sur la question de savoir si M^{me} Baker a le statut de «conjointe d'union libre».

MILLARD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-2251-97, juge Campbell, ordonnance en date du 15-6-98, 25 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel de la décision de la Cour de l'impôt selon laquelle l'appelant pouvait reporter la partie non utilisée de ses dons de charité faits en 1984—La Cour de l'impôt a statué que la somme de 98 867 \$ déduite par l'intimé pour son année d'imposition 1984 à titre de don de charité résultant d'une renonciation partielle à un prêt consenti à un musée ne pouvait être considérée comme un don parce qu'en fait il n'y avait pas de prêt, mais que le ministre ne pouvait établir de nouvelle cotisation parce qu'il y avait prescription—Le ministre a fait valoir que la renonciation à un prêt inexistant ne peut être prise en compte dans le report de dons de charité pour les années postérieures à 1984, même si le ministre ne pouvait établir de nouvelle cotisation au titre des déductions demandées en 1984—Appel accueilli—L'art. 110(1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu autorise la déduction du total des dons que le contribuable a faits dans l'année et dans les cinq années d'imposition précédentes, dans la mesure où le montant de ces dons n'a pas été déduit dans le calcul de son revenu imposable pour une année d'imposition antérieure—Pour ce qui a trait à l'année 1985, le ministre est tenu de déterminer le total des «dons» faits dans les années précédentes et ceux-ci doivent être limités aux dons de charité admissibles—Pour les fins du report sur les années ultérieures, le total des dons faits en 1984 ne peut inclure le montant de 98 867 \$—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 110(1)a) (mod. par L.C. 1985, ch. 45, art. 54).

CANADA C. BRADLEY (A-48-95, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 16-6-98, 4 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

EXEMPTIONS

Appel de la décision de la Section de première instance ((1996), 97 DTC 5076) rejetant l'appel interjeté par l'appelante contre le point de vue du MRN qu'il fallait différer la déduction pour amortissement à l'égard des biens d'équipement jusqu'au stade du métal primaire tant utilisés qu'en cours de construction—La LIR et les RAIR accordaient une exonération fiscale de trois ans aux nouvelles mines—Le revenu tiré de l'exploitation d'une mine était défini de manière à inclure le revenu d'une société attribuable au traitement de minerai jusqu'au «stade du métal primaire»—La contribuable appelante était un producteur d'acier entièrement intégré—Elle exploitait non seulement sa principale aciérie, mais aussi plusieurs mines, dont la mine de fer Griffith, et d'autres installations servant à produire des matières premières utilisées pour fabriquer de l'acier—Comme l'exploitation d'une mine comprenait le revenu d'une société attribuable au traitement de minerai jusqu'au stade du métal primaire, le revenu provenant de l'exploitation de la mine Griffith comprenait non seulement le revenu provenant des activités de la mine en tant que telle, mais aussi le revenu tiré d'activités poursuivies à d'autres endroits—Comme le minerai de fer provenant des différentes sources était mélangé, il n'était pas possible d'identifier la fonte provenant de la mine Griffith—En conséquence, le MRN et la contribuable se sont entendues sur le pourcentage de la production de fonte qui proviendrait de chaque source, dont la mine Griffith—Les parties sont convenues que la répartition de la déduction pour amortissement à l'égard des biens d'équipement utilisés jusqu'au stade de la fonte se ferait sur la base des mêmes pourcentages—Les parties ont toutefois été incapables de s'entendre sur la question de savoir si la contribuable pouvait déduire la déduction pour amortissement à l'égard des biens d'équipement jusqu'au stade du métal primaire en cours de construction et non encore utilisés à la fin de l'année d'imposition en cause et attribuables à la mine Griffith pour calculer son revenu imposable tiré d'autres sources—La déduction pour amortissement relative aux biens d'équipement jusqu'au stade du métal primaire utilisés pour produire la fonte et attribuables à la mine Griffith n'était pas déductible du revenu imposable de la contribuable—Cette déduction pour amortissement pouvait toutefois être différée jusqu'après l'expiration de la période d'exonération fiscale—Le MRN a adopté le point de vue qu'il fallait différer la déduction pour amortissement à l'égard des biens d'équipement jusqu'au stade du métal primaire tant utilisés qu'en cours de construction—Appel rejeté—La contribuable n'avait pas le droit de déduire de son revenu non minier pour les années d'imposition 1970, 1971 et 1972 la déduction pour amortissement à l'égard des biens d'équipement jusqu'au stade du métal primaire en cours de construction et non encore utilisés qui étaient rattachés à la mine Griffith au cours des années d'imposition en cause—Les arrêts *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Ministre du Revenu national* (1972), 72 DTC 6337 (C.A.F.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

et *Westar Mining Ltd. c. La Reine* (1992), 92 DTC 6358 (C.A.F.) appuient la proposition que le revenu provient de l'exploitation d'une mine en tant qu'activité économique et non des actes matériels qui consistent à extraire et à transformer le minerai—Les biens d'équipement acquis dans le but d'être utilisés pour exploiter une mine visée par l'exonération font partie de la structure économique de cette mine, que ces biens d'équipement soient ou non effectivement utilisés—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 83(5)—Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, partie III, art. 28(1).

STELCO INC. C. CANADA (A-13-97, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 14-5-98, 6 p.)

JUGES ET TRIBUNAUX

Appels d'ordonnances rendues en première instance, rejetant une requête sollicitant le retrait du juge Teitelbaum pour crainte raisonnable de partialité ([1998] 3 C.F. 3) et ordonnant que l'audience dans l'action commence le 15 avril 1998, à Calgary, devant le juge Teitelbaum—Rejet de cette dernière ordonnance pour absence d'intérêt pratique vu que le procès n'a pas commencé le 15 avril—Appels rejetés—Appels nullement fondés et rejetés sommairement—Le dossier permet de conclure que le juge Teitelbaum a été légitimement désigné et qu'il n'a pas commis d'erreur en tirant la conclusion qu'il a tirée—Il n'existe aucun élément de preuve clair ou concret d'une crainte raisonnable de partialité de la part du juge Teitelbaum—Les prétentions des appelants sur ce point constituent tout au plus de simples conjectures fondées sur des insinuations, sur des suppositions et sur des descriptions injustes de déclarations et d'événements—Manifestement, les appelants sollicitent le retrait du juge Teitelbaum à titre de juge du procès et ils cherchent à ce qu'il soit remplacé par un juge qui leur convient, qui présiderait deux procès reconnus comme importants—Cette façon de choisir le juge du procès ne correspond pas à la pratique de la Cour et ne devrait être encouragée en aucune façon.

NATION ET BANDE DES INDIENS SAMSON C. CANADA (A-893-97, A-895-97, A-70-98, A-71-98, juge en chef Isaac, jugement en date du 15-5-98, 7 p.)

MARQUES DE COMMERCE

RADIATION

Action en déclaration de contrefaçon de marques de commerce—La défenderesse sollicite une ordonnance radiant l'enregistrement des marques de commerce de Havana House au motif: 1) que Havana House n'avait pas le droit d'en obtenir l'enregistrement en vertu de l'art. 16 de la Loi

MARQUES DE COMMERCE—Suite

sur les marques de commerce; 2) que l'enregistrement est invalide, étant donné que la marque de commerce n'était pas distinctive de la compagnie demanderesse à l'époque où l'instance en radiation a été introduite—Havana House importe, distribue et vend du tabac et des produits du tabac—Havana House prétend posséder les marques de commerce «Hoyo de Monterrey de José Gener Habana», «Monte Cristo Habana», «Montecristo» et «Romeo y Julieta» en liaison avec des produits du cigare—Havana House vend ces cigares au Canada à d'autres détaillants et grossistes depuis le 28 mars 1988—Havana House a signé une entente de distribution exclusive avec Cubatabaco en vue de distribuer des cigares au Canada—Cubatabaco est propriétaire des marques «H. Upmann Habana et dessin» et «H. Upmann Habana et dessin»—La défenderesse importe et vend au détail du tabac et des produits du tabac—House of Horvath est un fournisseur en gros de cigares et de produits du tabac—Horvath se procure des produits du tabac par l'intermédiaire de Havana House—Les cigares sont vendus au Canada depuis au moins les années soixante—Depuis 1995, Havana House appose la mention «distributeur exclusif» au fond des boîtes de cigares qu'elle reçoit—Auparavant, les boîtes ne comportaient aucun avis précisant que Havana House était propriétaire des marques ou distributeur exclusif des cigares—En décembre 1995, la défenderesse a commandé à Horvath une gamme complète de produits du cigare—Horvath n'était pas en mesure de répondre aux besoins de la défenderesse, de sorte que celle-ci s'est adressée à d'autres grossistes—En juillet 1996, Havana House a refusé de fournir des produits du tabac à la défenderesse parce que celle-ci se les procurait ailleurs—Depuis août 1996, la défenderesse achète à Cuba des produits du tabac, y compris ceux qui portent les marques de commerce en litige—En août 1996, Havana House a mis la défenderesse en demeure de cesser d'importer des produits du tabac portant les marques de commerce en litige—L'art. 57 de la Loi sur les marques de commerce prévoit que la Cour fédérale a compétence exclusive pour faire radier l'enregistrement d'une marque de commerce à la demande de «toute personne intéressée»—La personne, tel la défenderesse, accusée de contrefaçon ou d'imitation frauduleuse de marchandises d'une autre personne est une «personne intéressée»—Compte tenu de la présomption de validité dont bénéficie l'enregistrement, c'est à la défenderesse qu'il incombe de démontrer que les marques de commerce devraient être radiées—Le débat tourne principalement autour de la question de savoir si Havana House a «employé» les marques de commerce—Suivant les définitions contenues aux art. 2 et 4(1) de la Loi sur les marques de commerce, 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

MARQUES DE COMMERCE—Suite

est alors donné à la personne à qui la propriété ou possession est transférée—Pour ce qui est de la notion de «pratique normale du commerce», si l'un quelconque des maillons de la chaîne se trouve au Canada, il y a «emploi» ou «usage» au Canada—L'art. 16(1) prévoit que la première personne à employer la marque de commerce au Canada acquiert le droit d'en obtenir l'enregistrement—Un distributeur peut acquérir les droits qu'une compagnie étrangère possède sur une marque de commerce s'il «emploie» la marque au sens de l'art. 4 et si la marque est devenue distinctive du distributeur—Havana House agit comme distributeur pour les autres demanderesse ainsi que pour les usines de tabac appartenant à l'État cubain—Les cigares sont fabriqués et vendus à Cuba avec les marques en question—Les cigares sont également exportés par Habanos S.A. dans de nombreux pays, dont le Canada—Comme Havana House n'«emploie» pas les marques de commerce en question au Canada, elle n'a pas droit à leur enregistrement—Les marques de commerce ne permettent pas au consommateur de penser que le distributeur est le propriétaire des marques de commerce—Elles indiquent plutôt de façon claire que les marques proviennent du fabricant—Havana House distribue les produits en question au Canada au profit du propriétaire cubain de la marque de commerce—Elle n'a pas établi qu'elle a employé la marque de commerce—Havana House n'avait pas le droit de faire enregistrer les marques de commerce en litige—Le moyen subsidiaire suivant lequel Havana House n'a pas droit aux marques de commerce parce que d'autres personnes ont employé les marques de commerce au Canada avant elle est mal fondé parce que, suivant l'art. 17 de la Loi sur les marques de commerce, la seule autre personne qui peut contester l'enregistrement en invoquant un usage antérieur est l'usager antérieur effectif—En tant que détaillant, la défenderesse n'a pas employé les marques de commerce au sens de l'art. 4—Le critère du caractère distinctif est celui de savoir si l'on a clairement laissé entendre au public que les marchandises auxquelles la marque de commerce est associée sont les marchandises du propriétaire de la marque de commerce et non celles d'une autre personne—Suivant l'art. 18(1b), l'enregistrement d'une marque de commerce peut être invalidé au motif que la marque n'est plus distinctive au moment où l'instance en radiation est introduite—L'argument de la défenderesse suivant lequel Havana House a perdu son droit aux marques, parce que celles-ci font l'objet d'une large utilisation par d'autres commerçants n'est pas pertinent, étant donné que la question à se poser est celle de savoir si les marques sont distinctives en droit canadien—Havana House est le distributeur exclusif de cigares cubains au Canada—Les cigares sont importés de Habanos S.A. et sont distribués à d'autres distributeurs et détaillants au Canada en vue de la vente—Tout autre cigare cubain qui est destiné à la vente au Canada provient de magasins cubains et a été transporté hors de Cuba—Havana House n'a pas autorisé une large utilisation des marques de commerce par des commerçants concurrents—Le caractère

MARQUES DE COMMERCE—Suite

distinctif ne peut reposer sur un tel argument—L'emploi des marques de commerce par Havana House constitue un emploi par une entité étrangère—Les marques de commerce sont distinctives des cigares du fabricant et non de ceux de Havana House—La seule façon pour Havana House de défendre la validité de son enregistrement consisterait pour elle à démontrer que ses marques de commerce ont acquis un caractère distinctif qui lui permettait de les utiliser à compter du 14 novembre 1996—Il n'est pas possible de conclure qu'on laisse croire au public que Havana House est le propriétaire de la marque de commerce—Havana House n'a pas acquis un caractère distinctif—Comme il n'y a pas de question sérieuse à instruire, la défenderesse devrait obtenir le jugement sommaire qu'elle sollicite—Les marques de commerce «Hoyo de Monterrey de José Gener Habana», «Monte Cristo Habana», «Montecristo» et «Romeo y Julieta» sont déclarées invalides et seront radiées du registre des marques de commerce—L'action en déclaration de contrefaçon des marques de commerce est rejetée—En ce qui concerne la contrefaçon de la marque «H. Upmann Habana et dessin», on n'a pas établi les faits nécessaires pour permettre de conclure qu'il n'y a aucune question sérieuse à instruire en ce qui concerne l'un ou l'autre des moyens invoqués par les demandereses pour soutenir que leur marque de commerce a été contrefaite—Aucun élément de preuve ne démontre que la défenderesse a vendu un produit portant la marque de commerce de Cubatabaco intitulée «H. Upmann Habana & dessin»—Rien ne permet de conclure à une dépréciation de l'achalandage—Les demandereses n'ont pas démontré que la question de savoir si la défenderesse a violé les art. 19, 20 ou 22 de la Loi sur les marques de commerce ne constitue pas une question litigieuse qui mérite d'être instruite—Pour ce qui est de l'action en imitation frauduleuse des demandereses, les demandereses n'ont pas démontré qu'il n'y a pas de question sérieuse à instruire—Même s'il est loisible au tribunal de statuer que l'absence de contrôle de la qualité de la défenderesse risque de déprécier l'achalandage des demandereses, rien ne permet de penser en l'espèce que la défenderesse a employé des normes de contrôle de la qualité qui soient insatisfaisantes au point de permettre de statuer qu'il n'y a pas de question sérieuse à instruire—La requête en jugement sommaire des demandereses est prématurée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 («emploi» ou «usage»), 4, 7*b*, *c*, *d*, 16(1), 17, 18, 19 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 60), 20 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196), 22, 57—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, art. 432.3 (édicte par DORS/94-41, art. 5).

HAVANA HOUSE CIGAR & TOBACCO MERCHANTS LTD.
C. SKYWAY CIGAR STORE (T-2144-96, juge Teitelbaum,
ordonnance en date du 19-5-98, 38 p.)

Appel d'un jugement ([1997] 1 C.F. F-80) par lequel la Section de première instance a rejeté une demande de

MARQUES DE COMMERCE—Fin

radiation de l'enregistrement de la marque de commerce «Shiling Oil» des intimés—L'intimée Universal Foods and Merchandise Co. a signé un mandat en vue d'être le distributeur exclusif des produits «Shiling Oil» au Canada—L'intimée a fait enregistrer la marque «Shiling Oil» en 1980—Le juge de première instance a conclu que les intimés n'avaient pas le droit d'obtenir l'enregistrement de la marque de commerce au motif qu'ils avaient manqué aux obligations fiduciaires auxquelles, en leur qualité de mandataires, ils étaient tenus envers l'appelante, en sa qualité de mandant, à savoir de divulguer intégralement tous les renseignements avant d'enregistrer la marque de commerce de l'appelante au Canada—Le juge de première instance a ajouté que le retard abusif de l'appelante à introduire son action avait causé un préjudice aux intimés—L'appel est accueilli—Le juge de première instance a commis une erreur de droit en appliquant le principe reconnu en *equity* selon lequel celui qui invoque l'*equity* doit lui-même être sans reproche—Malgré la «divulgation» qui, selon le juge de première instance, a eu lieu en 1984, les intimés ont manifestement agi de mauvaise foi et continuaient à revendiquer une marque de commerce à laquelle ils n'avaient pas droit—En *equity*, ils ne peuvent invoquer le moyen de défense de l'inertie parce que celui qui invoque un moyen de défense tiré de l'*equity* doit avoir agi avec équité à l'égard de la même question—De plus, la preuve ne permettait pas au juge de première instance de conclure que les intimés avaient subi un préjudice en raison de l'omission de l'appelante de contester plus tôt la marque de commerce des intimés—Les frais qu'ils ont continué à engager après que l'appelante eut été mise au courant de l'enregistrement par eux de la marque de commerce au Canada étaient des frais qu'ils étaient de toute façon contractuellement tenus d'engager dès lors qu'ils possédaient un droit de distribution exclusif au Canada—Toute injustice pouvant résulter de la résiliation du contrat par l'appelante en 1993 n'a rien à voir avec le défaut de l'appelante d'agir plus tôt pour faire radier la marque de commerce—La Cour ordonne la radiation de la marque de commerce.

LING CHI MEDICINE CO. (H.K.) C. PERSAUD (A-172-97,
juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 15-6-98, 4 p.)

PÊCHES

Demande de contrôle judiciaire d'une ordonnance relative au débit minimal rendue par le ministre des Pêches et des Océans en vertu de l'art. 22(3) de la Loi sur les pêches, établissant l'apport d'eau du barrage de Daisy Lake, en vue d'assurer la sécurité des poissons et des œufs dans la Cheakamus, en Colombie-Britannique—Compte tenu de la proximité de Vancouver, le barrage et sa centrale ont un rôle très important dans le système électrique intégré de B.C. Hydro—Un rapport concluait que la quantité d'eau dérivée par B.C. Hydro excédait presque toujours de beaucoup la

PÊCHES—Suite

quantité autorisée de 1960 à 1996—En 1997, B.C. Hydro, le ministère fédéral, le ministère provincial et d'autres organismes de réglementation se sont rencontrés pour décider d'un débit acceptable et réalisable—Peu de temps après la réunion, les représentants du ministère fédéral et du ministère provincial ont conclu que les débits existants et envisagés de B.C. Hydro, ainsi que les retards de celui-ci, étaient inacceptables car ils auraient un effet défavorable sur le saumon dans la rivière—Ils ont donc conclu qu'il était opportun de solliciter une ordonnance du ministre des Pêches en vertu de la Loi sur les pêches, en vue d'assurer que le débit nécessaire pour la sécurité du poisson et des œufs déposés dans les frayères soit maintenu dans la Cheakamus—L'ordonnance relative au débit minimum a pour effet de réduire considérablement la capacité de B.C. Hydro de produire de l'électricité en hiver, période pendant laquelle la demande en électricité est la plus forte, ce qui coûterait à peu près 2 000 000 \$ par année—Voici les questions à trancher: le ministre a-t-il violé l'obligation d'équité procédurale qui lui incombe envers B.C. Hydro; le ministre a-t-il excédé sa compétence et a-t-il commis une erreur de droit en fondant sa décision sur des considérations non pertinentes; le ministre a-t-il commis une erreur de droit en interprétant d'une façon erronée l'étendue du pouvoir qui lui est conféré par l'art. 22(3) de la Loi sur les pêches; le ministre a-t-il commis une erreur de droit en omettant de se conformer aux dispositions de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale—Demande accueillie—La décision prise par le ministre en vertu de l'art. 22(3) de la Loi sur les pêches est une décision administrative discrétionnaire prise en réponse à une situation précise, et elle est assujettie au contrôle si le décideur a fait preuve de mauvaise foi, a commis une erreur de droit ou a agi sur la base de considérations non pertinentes—Le ministre avait une obligation minimale d'équité envers B.C. Hydro lorsqu'il a pris sa décision discrétionnaire en vertu de l'art. 22(3) de la Loi sur les pêches—Lors de la réunion de 1997, les participants ont convenu d'accorder à B.C. Hydro un délai supplémentaire afin de lui permettre d'analyser les effets d'un rapport récent—Ils ont en outre convenu d'examiner tous les rapports et de faire part de leurs commentaires à la facilitatrice—Dans les trois jours qui ont suivi cette réunion, les fonctionnaires du ministère fédéral, qui avaient convenu d'accorder un délai à B.C. Hydro, ont unilatéralement conclu que la proposition que B.C. Hydro venait de faire et que les «retards» étaient «inacceptables»—Malgré les mesures dont il avait été convenu à la réunion, ils ont décidé de ne pas aviser B.C. Hydro qu'ils avaient changé d'idée, et ils ont procédé à la prise des mesures nécessaires en vue d'obtenir l'ordonnance ministérielle en vertu de l'art. 22(3) de la Loi sur les pêches—Le mandataire du ministre n'a jamais avisé B.C. Hydro qu'il envisageait de rendre une ordonnance en vertu de l'art. 22(3) de la Loi sur les pêches, et il ne lui a pas donné la possibilité de lui présenter des observations—Le mandataire du ministre était tenu, conformément à une exigence minimale d'équité, d'aviser B.C. Hydro et de lui donner la possibilité de lui présenter des

PÊCHES—Fin

observations par écrit, avant de rendre une ordonnance en vertu de l'art. 22(3) de la Loi sur les pêches—Compte tenu des circonstances particulières de la présente espèce, le mandataire du ministre a violé l'obligation minimale d'équité qu'il avait envers B.C. Hydro—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 22(3).

BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1171-97, juge McGillis, ordonnance en date du 3-5-98, 35 p.)

Requête en injonction interlocutoire obligeant le Ministère à émettre au requérant les conditions de son permis de pêche de crabe des neiges, du hareng et de poissons de fond pour l'année 1998, jusqu'à ce que la Cour se prononce sur la validité et la légalité de la décision du Ministère (que les conditions du permis de pêche du requérant pour la saison 1998 ne seront émises que lorsque celui-ci confirmera par écrit qu'il a pris une entente avec une compagnie d'observateurs en mer certifiée), laquelle est visée par un avis de demande de contrôle judiciaire—Application des critères formulés dans *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. c. Manitoba Food and Commercial Workers Local 832 and Labour Board (Man.)*, [1987] 1 R.C.S. 110: question sérieuse à juger, préjudice irréparable, prépondérance des inconvénients et intérêt public—La question de savoir si le Règlement de pêches, qui permet au Ministère d'assortir un permis de pêche d'une condition qui oblige la vérification par un observateur du poids et de l'espèce de tout poisson pris et gardé, permet aussi d'obliger le propriétaire ou le capitaine de bateau à assumer les frais et les coûts de l'observateur à bord (3 600 \$)—C'est une question sérieuse à juger—Cependant, le demandeur n'a pas établi qu'il subirait un préjudice irréparable en cas de refus de redressement—Quant à la prépondérance des inconvénients et l'intérêt public, il est dans l'intérêt public qu'un observateur puisse exercer ses fonctions et que le pêcheur prenne les dispositions nécessaires pour que l'observateur puisse exercer ses fonctions—Requête rejetée—Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7—Règlement de pêches (dispositions générales), DORS/93-53, art. 22, 39, 46.

COULOMBE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-949-98, juge Richard, ordonnance en date du 8-5-98, 12 p.)

PRATIQUE**COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE***Interrogatoire préalable*

Requête visant à obtenir: 1) une ordonnance portant que la question des dommages-intérêts et/ou des profits fasse

PRATIQUE—Suite

l'objet d'un renvoi; 2) la délivrance de lettres rogatoires pour procéder à l'interrogatoire préalable du présumé inventeur du brevet en litige—1) Dans l'action en contrefaçon de brevet, les défendeurs contestent la validité du brevet—Même s'il y a déjà eu plusieurs jours d'interrogatoire préalable, il faudra plusieurs autres jours d'interrogatoire préalable sur ces seuls sujets—Les principes applicables ont été posés dans l'arrêt *Depuy (Canada) Ltd. c. Joint Medical Products Corp.*, (1996), 67 C.P.R. (3d) 145 (C.A.F.)—L'importance de limiter les coûts afférents au procès et de faire instruire les affaires aussi rapidement que possible, qui sont des considérations primordiales pour l'application des Règles de la Cour fédérale (1998), font en sorte qu'il y a lieu de prononcer la disjonction du procès—Comme les Règles de la Cour fédérale (1998) sont maintenant en vigueur, l'ordonnance est rendue en vertu de la Règle 107—La Règle 107 ne prévoit pas comme telle la tenue d'un renvoi, mais permet l'instruction séparée d'une question en litige distincte—La question des dommages-intérêts et des profits sera donc instruite séparément—Les interrogatoires préalables à l'extérieur du Canada sont régis par la Règle 90(2), qui prévoit que, lorsque la personne devant être interrogée réside à l'extérieur du Canada, la Cour dispose d'un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la fixation des modalités de cet interrogatoire—Le droit de la défenderesse d'interroger au préalable le cédant est explicitement énoncé à la Règle 237(4) et la commission rogatoire constitue la façon la plus indiquée d'exercer ce droit—La demanderesse conteste également la requête au motif que la Cour n'est pas en mesure, compte tenu de son cadre législatif, d'assurer la réciprocité aux tribunaux de l'État de New York, où réside la personne qu'on veut faire interroger—Même en supposant que la Cour n'aie pas le pouvoir de délivrer un *subpoena* pour faire respecter une commission rogatoire délivrée par un tribunal étranger, il existe dans chaque province des tribunaux qui ont ce pouvoir—Ce qui importe, ce n'est pas que la Cour elle-même soit en mesure de garantir la réciprocité, mais plutôt qu'elle soit en mesure de démontrer qu'un tribunal du même pays possède ce pouvoir—C'est le cas pour ce qui est des commissions rogatoires délivrées par des tribunaux des États-Unis d'Amérique—La courtoisie internationale découle du droit international et ne dépend pas de la compétence de tribunaux déterminés: *Gulf Oil Corp. c. Gulf Oil Canada Ltd. et al.*, [1980] 2 R.C.S. 39—Dans l'arrêt *Richter Gedeon Vegyészeti Gyár Rt. c. Merck & Co. et al.*, [1995] 3 C.F. 330 (C.A.), la Cour a, en vertu des précédents des Règles 90(2) et 237(4) actuels, délivré des commissions et des lettres rogatoires en vue de l'interrogatoire préalable d'inventeurs qui résidaient à l'extérieur du Canada—Suivant la preuve, au moins un, et plus probablement deux tribunaux de l'État de New-York, donneraient effet à la commission rogatoire—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, Règles 3, 90(2), 107, 237(4).

VISX, INC. C. NIDEK CO. (T-195-94, juge Hugessen, ordonnance en date du 11-6-98, 7 p.)

PRATIQUE—Suite

FRAIS ET DÉPENS

Instruction, appel—Poursuite très complexe en matière de brevet relativement à une pellicule constituée d'un mélange de polyamide/polyoléfine de faible cristallinité, convenant à la préparation d'un mélange à mouler en feuille—Affaire où il est question de diffraction X, de résonance magnétique nucléaire, de spectroscopie à infrarouge, de gradient de densité et de calorimétrie à compensation de puissance—Affaire ayant exigé un effort supplémentaire considérable pour organiser et expliquer les différentes techniques d'analyse et les diverses expériences—L'instruction a duré 12 jours; 71 pièces ont été produites et 10 témoins experts ont été appelés à la barre—Une série d'essais *inter partes* ont également été effectués, dont quelques-uns ont été enregistrés sur bande magnétoscopique en vue d'une présentation éventuelle comme pièces au cours de l'instruction—Sa cause ayant été accueillie en appel, la demanderesse a introduit une requête en augmentation des dépens, laquelle a été accueillie—Une lettre portant la mention «sous toutes réserves» écrite par l'avocat de DuPont pour régler certains des articles d'une version antérieure du mémoire de frais de la demanderesse ne sera utilisée que comme corroboration d'autres éléments de preuve sur les dépenses réclamées, et non comme preuve à elle seule du caractère raisonnable ou de la nécessité d'un article donné—La demanderesse demande d'être remboursée des dépenses des deux avocats à l'occasion de six réunions préparatoires à l'examen préalable, dont trois à l'extérieur de la ville—L'ordonnance du juge Joyal ne contient pas de restrictions quant au nombre d'avocats, le terme «*counsel*» étant à la fois pluriel et singulier—Vu la complexité et l'importance de l'affaire, il était raisonnable que deux avocats participent aux réunions avec le client—Les sommes demandées sont allouées—Des dépenses diverses (frais pour 4 000 photocopies à 0,08 \$) sont acceptées parce que raisonnables et nécessaires dans les circonstances: *Melo's Food Centre Ltd. c. Borges Food Ltd.*, [1996] A.C.F. n° 1072 (1^{re} inst.) (QL)—Il faut fournir la preuve que les frais de photocopies étaient essentiels—Les journaux d'exploitation et les tableaux informatiques qu'on joint de plus en plus souvent aux affidavits à l'appui pourraient être rendus plus détaillés et complets, de manière à comprendre des renseignements utiles comme le titre de documents photocopiés, le nombre de pages photocopiées, le nombre de copies produites et leur destination—La somme de 75 \$ est allouée pour la préparation et la présentation des requêtes interlocutoires (requêtes par écrit, sur consentement, muettes quant aux dépens), les règles applicables à la présente taxation étant celles qui étaient en vigueur lors de l'introduction de l'action (1989), et une règle prévoyant alors que les dépens suivaient le sort de l'affaire—Les frais de déplacement et de subsistance des deux avocats relativement à des essais *inter partes* nombreux et complexes sont alloués parce qu'ils sont raisonnables et nécessaires à la conduite de l'instance et la formulation de l'ordonnance n'est pas suffisamment restrictive pour

PRATIQUE—Suite

justifier l'interprétation qu'elle n'autorise qu'un seul avocat—Quant aux frais de déplacement et de subsistance du témoin expert, c'est à l'avocat qui cherche à en obtenir le paiement qu'il incombe de justifier la dépense en ce sens que la partie déboutée ne devrait pas être tenue de payer des coûts qui ne sont pas raisonnables eu égard à l'importance du rôle de la déposition du témoin dans l'issue du procès et à la complexité de l'expertise: *Angelstad v. Frederick's Estate* (1989), 80 Sask. R. 274 (B.R.)—Les frais de déplacement et de logement du témoin expert sont raisonnables et doivent être alloués intégralement—Lignes directrices quant aux honoraires: l'engagement d'un expert doit, dans les circonstances du moment, constituer une représentation prudente et raisonnable du client; l'engagement de l'expert ne doit pas constituer un chèque en blanc pour la taxation; quel poids le juge a-t-il accordé au témoignage de l'expert?—Les lignes directrices ont été suivies en l'espèce—Quant aux honoraires effectivement demandés par l'expert, ils peuvent paraître élevés à première vue, mais sont fonction de ses compétences et semblent être conformes à ce que permet le marché pour ce type d'expertise—La somme demandée est allouée—Honoraires pour les essais préparatoires *inter partes* effectués à l'interne par la demanderesse—Les essais préparatoires ont formé une partie essentielle de la conduite du procès—Il était loisible à la demanderesse de réaliser ces essais à l'interne dans les circonstances de l'espèce et que les coûts reliés à ces essais devraient être recouverts de la défenderesse si la demanderesse peut démontrer à la Cour les coûts réels des essais préparatoires—La demanderesse n'ayant pu fournir la preuve des coûts réels des essais pour la société, sa réclamation est rejetée intégralement—Pour que des frais puissent être alloués à l'égard d'un «représentant du client» au sens de l'ordonnance du juge Joyal, il faudrait que cette personne ait été citée comme témoin en interrogatoire préalable ou à l'instruction: *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada*, [1993] F.C.J. n° 1462 (1^{re} inst.) (QL)—La défenderesse n'a pas à supporter les frais de déplacement (et de subsistance), à Toronto, d'un technicien juridique employé au bureau d'Ottawa de l'avocate de la demanderesse—Pas de jurisprudence au sujet de l'utilisation et de l'assistance de techniciens juridiques dans un contexte semblable, mais l'ordonnance du juge Joyal ne parle que de «témoins» et d'«avocats»—Les services de techniciens juridiques sont compris et englobés dans les services fournis par les avocats et font donc partie des coûts indirects du cabinet—On peut les comparer aux secrétaires, aux bibliothécaires, aux relieurs et aux autres commis de bureau—La note d'hôtel des avocats, qui couvre une période d'une semaine avant le début du procès, n'était pas excessive vu la complexité de l'affaire—Il ne serait pas raisonnable d'allouer un taux plus élevé pour chaque jour de présence du témoin expert à l'instruction (la demanderesse a demandé 2 000 \$ US) que le taux accordé pour la préparation (1 200 \$ US), aussi un taux de 1 200 \$ US par jour est-il alloué, même si cela peut être considéré comme trop généreux: *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada*,

PRATIQUE—Suite

[1993] F.C.J. n° 1462 (1^{re} inst.) (QL)—Le mémoire de frais révisé de 412 084,59 \$ est taxé et accueilli pour la somme de 258 754,13 \$.

ALLIEDSIGNAL INC. C. DUPONT CANADA INC.
(T-2234-89, officier taxateur Reinhardt, taxation en date du 11-5-98, 76 p.)

PARTIES

Intervention

Demande visant à obtenir l'autorisation d'intervenir dans l'audition d'une requête en suspension de l'instance principale quand la question qui se pose est celle de savoir si le défendeur est entré au Canada et a obtenu la citoyenneté sous de faux prétextes (il aurait censément participé à des crimes de guerre ou à des crimes contre l'humanité)—Le demandeur Narvey, qui effectue de la recherche juridique et est chef de l'exploitation de la Coalition of Concerned Congregations on the Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity Including Those of the Holocaust, cherche à obtenir l'autorisation d'intervenir pour son propre compte ainsi que pour le compte de la Coalition—Le demandeur s'est vu accorder l'autorisation d'intervenir dans plusieurs affaires où il était question de crimes contre l'humanité—Afin d'établir l'existence d'un fondement à l'égard de l'intervention, M. Narvey était tenu de démontrer qu'il avait un intérêt dans l'instance et qu'il avait des connaissances suffisantes ou des connaissances spéciales telles qu'il serait en mesure d'aider la Cour à trancher les questions en litige dans la requête en suspension d'instance—Demande rejetée—Dans la mesure où la décision relative à la requête en suspension d'instance aura un effet sur ce qui arrive au défendeur, qui aurait censément participé à des crimes de guerre, le demandeur avait un intérêt—Toutefois, cet intérêt n'est pas suffisant pour permettre au demandeur d'intervenir dans la requête en suspension d'instance—Le demandeur souhaite présenter une conception différente de l'affaire et une interprétation différente des arrêts de celle de l'avocat de la Couronne—Permettre l'intervention sur cette base perturberait dans une mesure injustifiée le déroulement de la demande de suspension d'instance—La requête en suspension d'instance soulève strictement une question de droit et de procédure et elle n'est pas expressément liée à des allégations de crimes de guerre—En outre, le simple fait que le demandeur signalerait des passages différents dans une affaire particulière et interpréterait de nouveau cette affaire selon son propre point de vue ne permet pas pour autant de lui accorder le statut d'intervenant—Le demandeur aimerait simplement présenter des arguments comme s'il était une tierce partie au débat, ce qui n'est pas le rôle de l'intervenant.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. KATRIUK (T-2408-96, juge Nadon, ordonnance en date du 16-6-98, 5 p.)

PRATIQUE—Suite

Dans l'affaire ayant trait à l'installation d'un nouveau système téléphonique à l'intention des détenus des centres correctionnels fédéraux, appelé le système téléphonique Millennium (STM), la requête avait pour but d'ajouter au nombre des requérants le nom de sept autres détenus ainsi qu'un motif supplémentaire à l'avis de requête introductif d'instance: l'installation du STM dans les prisons de la région du Pacifique porterait atteinte aux droits des requérants ayant trait à la liberté de conscience, de religion, de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, contrairement à l'art. 2a) et b) de la Charte—Les requérants dans l'instance principale sont détenus dans les huit pénitenciers de la Colombie-Britannique—Ils se préoccupent du fait que l'accès à leur famille, à leurs amis et à la collectivité, ainsi qu'à leur avocat, sera enfreint du fait de la mise en service du STM—Il semble que les requérants éventuels soient hors délai pour intenter une procédure ayant pour but d'examiner la décision d'installer le STM—En fait, les requérants éventuels souhaitent se joindre à la procédure de contrôle judiciaire en cours plutôt que d'entamer leur propre procédure qui ferait double emploi et qui pourrait fort bien être en dehors des délais prescrits—Quoi qu'il en soit, les requérants éventuels ont besoin d'une prorogation de délai pour être inscrits au nom des parties—Toutefois, tous les incidents qui sont relatés dans les affidavits des requérants éventuels se sont produits après l'introduction de la procédure de contrôle judiciaire—Ces incidents ne sont pas essentiels et en fait ce sont des incidents non pertinents dont la Cour n'a pas à être saisie pour s'assurer que justice est faite concernant les questions soulevées dans l'avis de requête introductif d'instance, entre les requérants et les intimés—L'ajout des requérants éventuels dont l'intervention portera entièrement sur les difficultés opérationnelles du STM, difficultés qui se sont posées après que la décision d'installer le STM eut été prise, n'ajoutera rien à l'instance—Quant au nouveau motif que les requérants souhaitent ajouter à leur requête, ils n'ont fourni aucune raison indiquant pourquoi ce nouveau motif n'a pas été inclus dans l'avis de requête introductif d'instance tel qu'il a été déposé, sauf pour dire que ce motif est soulevé par la nouvelle preuve que les requérants éventuels ont l'intention de fournir—Les nouveaux griefs et difficultés, s'ils ne sont pas résolus dans le cadre du système de règlement des griefs en place dans les pénitenciers, peuvent donner lieu à des procédures distinctes de contrôle judiciaire portant sur des décisions distinctes prises ultérieurement—Ajouter à l'instance un nouveau motif appuyé par la preuve d'événements qui se sont produits bien après que la décision faisant l'objet du contrôle a été prise serait improductif—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2a), b).

ALCORN C. CANADA (COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL) (T-1945-97, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 3-6-98, 7 p.)

PRATIQUE—Suite

PLAIDOIRIES

Requête en radiation

Demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision d'imputer à International Chartering les frais causés par des passagers clandestins—International Chartering était l'agent de l'affrètement du navire de charge brésilien *Espirito Santo* qui est arrivé à Vancouver avec des passagers clandestins—En 1992, les autorités d'immigration ont exigé d'International Chartering, en tant que compagnie de transport, des cautionnements de 5 000 \$ pour chacun des passagers clandestins, en application de l'art. 92(2) de la Loi sur l'immigration—International Chartering a transmis la demande au propriétaire, qui n'a pas payé—En 1997, la Couronne a délivré des certificats en vertu de l'art. 92.1 de la Loi actuelle, lequel n'était pas en vigueur lorsque l'incident des passagers clandestins s'est produit—Un certificat produit au dossier a le même effet que s'il s'agissait d'un jugement de la Cour—La Couronne a obtenu des brefs d'exécution contre International Chartering—International Chartering a demandé l'obtention d'un jugement déclarant que les certificats sont invalides et que l'ensemble de la procédure lui est inapplicable—Le défendeur a présenté une requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire au motif que le ministre n'a pas rendu une décision ou une ordonnance assujettie au contrôle au sens de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—International Chartering a soulevé le fait qu'elle n'était ni un transporteur ni l'agent d'un transporteur à l'époque visée et que le ministre, lorsqu'il a délivré les certificats, s'est fondé sur un texte de loi qui n'était pas en vigueur en 1992 et qui n'avait aucun effet rétroactif—Demande rejetée—Les Règles de la Cour fédérale ne contiennent aucune disposition prévoyant la radiation des avis de requête introductive d'instance, mais une remarque incidente du juge Strayer dans *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.) indique qu'il y a parfois des cas exceptionnels nécessitant l'existence d'une procédure par laquelle une requête introductive d'instance peut être radiée—Bien que l'art. 221(1) des Règles soit assez large pour englober l'avis de requête introductive d'instance, elle est incluse dans la Partie 4 des Règles—L'art. 169 des Règles édicte que la Partie 4 ne s'applique pas aux demandes—Il ne reste donc que le critère du cas exceptionnel de l'avis de requête introductive d'instance manifestement irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli—Il est possible de prétendre que International Chartering, qui ne possédait aucun navire, qui n'effectuait pas le transport de passagers et qui était un agent pour un affrètement, et non pas pour un transporteur, n'était pas un transporteur au sens de la Loi en 1992—À l'époque, le ministre n'avait aucun autre recours que celui de faire saisir le navire—Le ministre ne s'est vu permettre de délivrer un certificat comme celui délivré en l'espèce seulement en février 1993, alors que l'art. 92.1 de la Loi sur l'immigration est entré en vigueur—Mais, la

PRATIQUE—Fin

disposition transitoire empêche clairement l'utilisation de ce recours de façon rétroactive—La procédure utilisée en l'espèce est donc inexistante en ce qui concerne la réclamation faite contre International Chartering—Les certificats délivrés en l'espèce constituent une mesure de recouvrement *ad hoc* inventée et appliquée en vertu d'une décision prise par une personne, à l'intérieur du ministère de l'Immigration, qui est probablement le ministre—Il ressort de cette analyse possible que le ministre a pris une décision injustifiée et qu'il a erronément délivré les certificats—Ces certificats seraient nuls—Le défendeur n'a pas satisfait au critère de la procédure manifestement irrégulière au point de n'avoir aucune chance d'être accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, Règles 169, 221—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 92.1 (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 82), 92(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 23)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

INTERNATIONAL CHARTERING SERVICES LTD. C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4189-97, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 18-6-98, 13 p.)

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Demande en vue de la communication de passages supprimés d'un rapport rédigé à la suite d'une plainte de harcèlement sexuel portée contre le requérant—Les renseignements en question étaient des renseignements personnels concernant à la fois le requérant et un autre individu—Le pouvoir discrétionnaire conféré au responsable d'une institution fédérale de refuser la communication de renseignements concernant un autre individu l'emporte sur le droit du requérant à la communication de renseignements personnels le concernant—Dans *Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304 (C.A.F.), le juge Strayer a déclaré que l'objectif premier de la Loi sur la protection des renseignements personnels est de protéger ce genre de renseignements et que le droit que l'on accorde à quiconque de consulter les renseignements personnels qui le concernent doit, dans toute la mesure du possible, être exercé d'une manière qui respecte le droit qu'ont les autres à ce que leurs propres renseignements personnels soient protégés—En vertu de l'art. 12(1), le droit de l'individu de se faire communiquer des renseignements personnels existe «sous réserve des autres dispositions de la présente loi»—Ce droit n'est pas absolu, mais soumis à de nombreuses exceptions—En vertu de l'art. 26, le droit de la personne qui fait la demande en vertu de l'art. 12(1) de se faire communiquer les renseignements personnels la concernant est soumis

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Fin

à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le responsable de l'institution fédérale de ne pas communiquer des renseignements concernant une autre personne—Lorsque les renseignements en question concernent à la fois la personne qui fait la demande et une autre personne, le pouvoir discrétionnaire du responsable de l'institution fédérale de refuser la communication l'emporte sur le droit de la personne qui fait la demande de renseignements personnels la concernant—Dans *Kelly c. Canada*, le juge Strayer énonce la procédure à suivre dans les affaires de ce genre: le responsable d'une institution doit 1) prendre une décision de fait sur la question de savoir si les renseignements en question correspondent à la description de renseignements susceptibles de ne pas être divulgués; et 2) décider s'il convient néanmoins de divulguer lesdits renseignements—La Cour est convaincue que les renseignements en cause sont des renseignements personnels concernant le requérant et un autre individu—Le juge Strayer fournit les directives suivantes au sujet du second type de décision: en révisant une telle décision purement discrétionnaire, la Cour ne devrait pas tenter elle-même d'exercer de nouveau le pouvoir discrétionnaire, mais plutôt examiner le document en question et les circonstances qui l'entourent et se demander simplement si le pouvoir discrétionnaire semble avoir été exercé de bonne foi et pour un motif qui se rapporte de façon logique à la raison pour laquelle il a été accordé—Le pouvoir discrétionnaire a été exercé pour un motif qui se rapporte de façon logique à la raison pour laquelle il a été accordé—Les renseignements sont des renseignements personnels concernant à la fois le requérant et un autre individu, et l'exercice d'un tel pouvoir discrétionnaire est envisagé par les art. 26 et 8(2)a)—Rien ne justifie la Cour d'intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire par le responsable d'une institution fédérale—Demande rejetée—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 8(1), (2), 12(1), 26.

MISLAN C. M.R.N. (T-2790-96, juge Rothstein, ordonnance en date du 22-5-98, 8 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Appel d'une décision du juge des requêtes ([1997] 3 C.F. 727 1^{re} inst.) concluant qu'un règlement intervenu entre un employeur et une employée à la suite de son congédiement n'empêchait pas celle-ci de porter plainte pour congédiement injuste—L'art. 168(1) du Code canadien du travail dispose que la section XIV du Code, qui concerne le droit de déposer une plainte pour congédiement injuste, «l'emporte sur les règles de droit, usages, contrats ou arrangements incompatibles»—Appel rejeté—Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur dans son interprétation des art. 168 et 240—L'art. 168 protège le droit de tout employé de se plaindre d'un congédiement injuste même si cet employé a

RELATIONS DU TRAVAIL—Suite

signé un contrat prévoyant la cessation de son emploi—Il est facile d'envisager une situation dans laquelle un employé pourrait, après avoir signé un tel contrat, se rendre compte que la cessation de son emploi n'est pas, contrairement à ce qu'il a été amené à croire, le résultat d'une restructuration légitime de l'entreprise, mais qu'elle constitue plutôt une tentative indirecte ou déguisée de congédiement illicite—En outre, le défaut de fournir à l'employeur deux pages annexées à la plainte de l'employée, ainsi qu'une copie d'une note de service dans laquelle cette dernière affirmait avoir été forcée de remettre sa démission, ne constitue pas un déni de justice naturelle à l'égard de l'employeur—Bien qu'il eût

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

été préférable que les documents manquants soient remis à l'employeur, grâce à l'échange de correspondance ultérieur, l'employeur a eu suffisamment l'occasion d'exprimer son point de vue au sujet de l'illégitimité du congédiement—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 168 (mod. par L.C. 1993, ch. 42, art. 13), 240 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 9, art. 15).

BANQUE NATIONALE DU CANADA C. CANADA (MINISTRE DU TRAVAIL) (A-484-97, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 17-6-98, 4 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9