



**Canada
Federal Court
Reports**

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

1998, Vol. 3, Part 1

1998, Vol. 3, 1^{er} fascicule

Cited as [1998] 3 F.C., 3-222

Renvoi [1998] 3 C.F., 3-222

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 arrêtistes

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

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

Arrêtistes
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 arrêtistes, 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.

Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés 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-1
Appeals Noted	I
Canada v. Shell Canada Ltd. (C.A.)	64

Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from T.C.C. decision permitting deduction of interest expenses under Income Tax Act, s. 20(1)(c) — Taxpayer needing money for general corporate purposes — To reduce cost of financing, borrowing NZ\$ at 15.4% interest — Future rate for NZ\$ discounted against US\$ — As costing less to buy NZ\$ in future, taxpayer receiving more US\$ with proceeds of loan than cost of repaying loan when due, creating certain gain — Interest rate for direct borrowing of US\$ 9.1% — To implement strategy taxpayer entering Debenture Purchase Agreements with lenders, Master Forward Agreement with bank — Taxpayer deducting interest expenses of 15.4% each year of five-year loan — M.N.R. disallowing deduction on ground 15.4% not reasonable as required by Act, s. 20(1)(c) — T.C.C. looking at transactions separately, holding 15.4% reasonable as market established rate — Appeal allowed — Taxpayer's transactions should be assessed in light of commercial, economic realities — Form not always reflecting true situation — Act concerned with how transactions affect taxpayer's economic situation — T.C.C. erred in looking at transactions in isolation — True interest rate determined when transactions looked at in entirety — 15.4% rate not reasonable — Three of four conditions in s. 20(1)(c) not met: claimed expenses not interest, not used for purpose of earning income; not reasonable — S. 245, prohibiting deductions artificially or unduly lowering income, not applicable — Deduction not contrary to object, spirit of s. 20(1)(c) — Borrowing accorded with normal business practice, having *bona fide* business purpose (to secure capital for legitimate purpose).

Continued on next page

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-1
Appels notés	I
Canada c. Shell Canada Ltée (C.A.)	64

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel d'une décision de la C.C.I. permettant la déduction de frais d'intérêts en application de l'art. 20(1)c) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Contribuable ayant besoin d'argent aux fins générales de son entreprise — Pour réduire les coûts de financement, il a emprunté des \$ NZ au taux d'intérêt de 15,4 % — Le taux futur applicable aux \$ NZ a été actualisé par rapport aux \$US — Vu que le coût d'achat de \$ NZ sera inférieur dans le futur, il a reçu plus de \$US à l'aide du produit du prêt que le coût de remboursement du prêt à l'échéance, d'où la création d'un gain certain — Taux d'intérêt de 9,1% pour l'emprunt directement en \$US — Afin de mettre en œuvre sa stratégie, le contribuable a conclu des contrats d'achat de débiteures avec des prêteurs et un contrat à terme cadre avec une banque — Le contribuable a déduit des frais d'intérêts de 15,4 % dans chaque année du prêt de cinq ans — Le M.R.N. a rejeté la déduction au motif que le taux de 15,4 % n'était pas un taux raisonnable au sens de l'art. 20(1)c) de la Loi — La C.C.I. a envisagé les opérations séparément et jugé qu'à titre de taux du marché, le taux de 15,4 % était raisonnable — Appel accueilli — Les opérations du contribuable devraient être appréciées en fonction des réalités commerciales et économiques — La forme ne reflète pas toujours la véritable situation — La Loi vise la façon dont ces opérations influent sur la situation financière du contribuable — La C.C.I. a commis une erreur en examinant isolément les opérations — Le véritable taux d'intérêt est établi lorsque les opérations sont considérées dans leur ensemble — Taux de 15,4 % déraisonnable — Non-respect de trois des quatre conditions prévues à l'art. 20(1)c); le paiement n'est pas effectué au titre des intérêts, il n'est pas utilisé aux fins de la réalisation d'un revenu et il n'est pas raisonnable — L'art. 245, qui

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Income tax — Income calculation — Capital gains — To raise funds for general corporate purposes taxpayer borrowing NZ\$ at 15.4% interest — Future rate for NZ\$ discounted against US\$ — As costing less to buy NZ\$ in future, taxpayer receiving more US\$ with proceeds of loan than cost of repaying loan when due, creating certain gain — T.C.C. correctly holding gain on account of capital — Why capital acquired important — NZ\$ providing working capital for business — In absence of extraordinary circumstances, borrowing of fixed sum for five years normally capital transaction.

Canada v. Sherway Centre Ltd. (C.A.) 36

Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from Tax Court decision permitting deduction of participatory interest payments pursuant to Income Tax Act, s. 20(1)(e) — To avoid heavy debt servicing obligation in financing major shopping centre construction project, bonds issued at below market rate plus participatory interest equal to 15% of operating surplus in excess of \$2.9 million — 15% rate expected to increase yield on loan to prevailing market rate provided project reaped benefits of inflation over term of loan — S. 20(1)(c) permitting deduction of interest on borrowed money used to earn income from business or property — S. 20(1)(e) permitting deduction of expenses associated with issuing, selling of units, interests or shares or cost of borrowing money — T.C.C. holding payments not interest because neither accruing day to day, nor based on principal outstanding — Deduction proper under both s. 20(1)(c), (e) — Definition of interest, limiting essential characteristics considered — Daily accrual of interest meaning each holder's entitlement ascertainable on daily basis — While payable only once per year, participatory interest based on percentage of operating surplus, capable of being allocated on day-to-day basis — Participating interest percentage of, or related to, principal sum because payable only so long as principal outstanding — Payments also deductible under s. 20(1)(e) as cost of borrowing money because "in connection with", "incidental to" or "arising from" borrowing — Disallowing deduction would disregard new commercial realities, send message I.T.A. discourages entrepreneurship.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

interdit les déductions réduisant le revenu artificiellement ou de façon factice, ne reçoit pas application — Déduction non contraire à l'objet et à l'esprit de l'art. 20(1)c) — Emprunt conforme aux habitudes normales du commerce et ayant un objet commercial légitime (avoir accès à des capitaux à des fins légitimes).

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains en capital — Pour obtenir du financement aux fins générales de son entreprise, le contribuable a emprunté des \$NZ au taux d'intérêt de 15,4 % — Le taux futur applicable aux \$NZ a été actualisé par rapport aux \$US — Vu que le coût d'achat de \$NZ sera inférieur dans le futur, il a reçu plus de \$US à l'aide du produit du prêt que le coût de remboursement du prêt à l'échéance, d'où la création d'un certain gain — La C.C.I. a jugé à juste titre que le gain était imputable au capital — Raisons de l'importance du capital acquis — Les \$NZ permettaient d'avoir un fonds de roulement pour l'entreprise — En l'absence de circonstances extraordinaires, l'emprunt d'une somme fixe pour cinq ans constitue normalement une opération en capital.

Canada c. Sherway Centre Ltd. (C.A.) 36

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel interjeté contre un jugement de la Cour de l'impôt permettant de déduire, sous le régime de l'art. 20(1)e) de la Loi de l'impôt sur le revenu, des paiements qualifiés d'intérêts de participation — Pour éviter de grever lourdement le service de la dette dans le financement d'un important centre commercial, des obligations ont été émises à un taux inférieur à celui du marché, auquel taux s'est ajouté un intérêt de participation équivalant à 15 % de l'excédent d'exploitation dépassant 2 900 000 \$ — On escomptait qu'un taux d'intérêt de 15 % porterait le rendement du prêt à environ le taux pratiqué sur le marché, si les promoteurs pouvaient tirer profit de l'inflation pendant la durée du prêt — L'art. 20(1)c) permet de déduire les intérêts versés sur de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien — L'art. 20(1)e) permet la déduction des dépenses engagées dans le cadre de l'émission ou la vente d'actions, d'unités ou de participations ou dans le cadre d'un emprunt — La C.C.I. a conclu que les versements ne constituaient pas de l'intérêt parce que le montant ne croissait pas jour après jour et parce qu'il n'était pas calculé en fonction du capital dû — La déduction était appropriée tant sous le régime de l'art. 20(1)c) que sous celui de l'art. 20(1)e) — Il y a eu examen de la définition de l'intérêt ainsi que de ses caractéristiques essentielles restrictives — L'accumulation quotidienne est la capacité de déterminer sur une base quotidienne le droit à l'intérêt de chaque détenteur — L'intérêt de participation, même s'il n'était versé qu'une fois par année, représentait un pourcentage de l'excédent d'exploitation et pouvait être réparti sur une base quotidienne — L'intérêt de participation

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) 175

Pensions — Recency of contributions requirements for disability benefits in Canada Pension Plan, s. 44 creating distinction, in its effect, between disabled and able-bodied persons — Although in violation of Charter, s. 15, justified under Charter, s. 1.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Adverse effect discrimination — Eligibility requirements for disability benefits in Canada Pension Plan, s. 44 violating Charter, s. 15 — However, requirements justified under Charter, s. 1.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Eligibility requirements for disability benefits in Canada Pension Plan, s. 44 in violation of Charter, s. 15 — However, requirements reasonable and demonstrably justified in free and democratic society — Given social, economic and fiscal considerations involved, government has made reasonable attempt to calculate and allocate disability benefit in most reasonable manner.

Human Life International in Canada Inc. v. M.N.R. (C.A.) 202

Charities — Appeal from revocation of registration as charitable organization on ground appellant not devoting substantially all resources to charitable activity — Aims, objects: to protect unborn, elderly, handicapped, to promote true Christian family values, encourage chastity, teach natural family planning — Activities including lectures, seminars, conferences, publication of literature advocating point of view — After 1989 audit, Minister not recommending appellant change conduct — In 1993, after second audit, Revenue Canada advised appellant of concerns and that revocation under consideration — Charitable organization registration revoked in 1994 — (1) Appellant's activities not

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

était un pourcentage du capital ou s'y rapportait, puisqu'il n'était payable que s'il restait un capital à rembourser — Les paiements pourraient également être déduits en vertu de l'art. 20(1)e) à titre de dépense engagée pour emprunter de l'argent car ils sont «relatifs à» l'emprunt, en «résultent» ou lui sont «imputables» — Ne pas permettre la déduction reviendrait à déconsidérer les nouvelles réalités commerciales et indiquerait que la L.I.R. décourage l'esprit d'entreprise.

Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) 175

Pensions — Les conditions relatives à la récence des cotisations en vue du versement des prestations d'invalidité prévues à l'art. 44 du Régime de pensions du Canada créent une distinction, dans les faits, entre les invalides et les personnes valides — Bien qu'elles contreviennent à l'art. 15 de la Charte, elles sont justifiées en vertu de l'article premier de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Les conditions d'admissibilité aux prestations d'invalidité prévues à l'art. 44 du Régime de pensions du Canada contreviennent à l'art. 15 de la Charte — Cependant, ces conditions sont justifiées en vertu de l'article premier de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Les conditions d'admissibilité aux prestations d'invalidité prévues à l'art. 44 du Régime de pensions du Canada contreviennent à l'art. 15 de la Charte — Cependant, ces conditions sont raisonnables et leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique — Compte tenu des considérations sociales, économiques et fiscales en cause, le gouvernement a fait une tentative raisonnable pour calculer et allouer des prestations d'invalidité de la manière la plus raisonnable possible.

Human Life International in Canada Inc. c. M.R.N. (C.A.) 202

Organismes de charité — Appel formé contre la révocation de l'enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance pour le motif que l'appelante ne consacrait pas la quasi-totalité de ses ressources à des activités de bienfaisance — Ses objectifs étaient de protéger les personnes à naître, les personnes âgées et les handicapés, de promouvoir les vraies valeurs chrétiennes concernant la famille, d'encourager la pratique de la chasteté, d'enseigner la planification naturelle des naissances — Ses activités comprenaient des conférences, des colloques et la publication de brochures défendant ses points de vue — Après la vérification de 1989, le ministre n'a pas recommandé que l'appelante modifie son comporte-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

educational — Directed neither toward formal training of mind nor improvement of useful branch of human knowledge — Producing material concerned with dissemination of opinions on social issues — Activities not serving other purposes beneficial to community — Activities primarily designed to sway public opinion on social issues not charitable activities — (2) Appellant not demonstrating by systematic analysis resources devoted to political activities insubstantial — As apparently substantial part of activities devoted to political purposes, and Income Tax Act requiring all resources of charitable organization be devoted to charitable activities, appellant not demonstrating Minister erred in concluding appellant not charitable organization — (3) Minister not abusing discretion in revoking registration by changing position after second audit — No basis on which Minister precluded from changing position after four years, second audit.

Income tax — Charitable organization registration — Appellant's registration revoked under Income Tax Act, s. 168(1) as not devoting substantially all resources to charitable activity — Statutory appeal directly to F.C.A. under s. 180 — Appellant's aims to protect unborn, promote true Christian family values, encourage chastity — M.N.R. audited appellant in 1989 but appellant not warned to change conduct — After second audit in 1993, M.N.R. expressed concerns whether appellant's activities qualified as charitable, warned revocation under consideration — Registration revoked in 1994 — Appellant arguing political activities incidental to charitable objects — Income Tax Act nowhere defines "charity" — Principles based on old English cases, statute enacted in 1601 — Federal Court having developed principles appropriate for Canada — Area crying out for clarification by legislation — Onus on appellant to show M.N.R. erred in conclusions upon which registration revoked — Onus not discharged — Appellant's activities directed to dissemination of opinions on social issues, not research or systematic development of body of knowledge — Case law to effect activities designed to sway public opinion not charitable — Not for courts to grant, deny legitimacy to political views, decide which worthy of support by tax exemption — M.N.R. not estopped from changing position regarding appellant's activities after 4-year lapse, further audit — Provisions of Act relating to

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ment — En 1993, après une deuxième vérification, Revenu Canada a avisé l'appelante qu'il envisageait la révocation de son enregistrement — L'enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance a été révoqué en 1994 — (1) Les activités de l'appelante n'étaient pas des activités d'éducation — Elles n'étaient orientées ni vers la formation de l'esprit ni vers l'amélioration d'une branche utile du savoir humain — L'appelante produisait des documents s'intéressant à la diffusion d'opinions sur des questions sociales — Ses activités ne servaient pas d'autres fins utiles à la collectivité — Les activités destinées essentiellement à influencer l'opinion publique sur des questions sociales ne sont pas des activités de bienfaisance — (2) L'appelante n'avait pas prouvé, au moyen d'une analyse systématique, que les ressources consacrées aux activités politiques n'étaient pas considérables — Comme il est apparu qu'une partie considérable des activités était consacrée à des fins politiques et étant donné que la Loi de l'impôt sur le revenu exige que toutes les ressources d'un organisme de bienfaisance soient consacrées à des activités de bienfaisance, l'appelante n'a pas prouvé que le ministre a commis une erreur en concluant qu'elle n'était pas un organisme de bienfaisance — (3) Le ministre n'a pas abusé de son pouvoir discrétionnaire lors de la révocation de l'enregistrement en changeant d'opinion après la deuxième vérification — Rien ne vient étayer que le ministre ne pouvait pas changer d'opinion après quatre ans et une deuxième vérification.

Impôt sur le revenu — Enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance — L'enregistrement de l'appelante a été révoqué en vertu de l'art. 168(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu parce qu'elle ne consacrait pas la quasi-totalité de ses ressources à des activités de bienfaisance — La loi prévoit la possibilité d'interjeter appel directement à la C.A.F. en vertu de l'art. 180 — Les objectifs de l'appelante étaient de protéger les personnes à naître, de promouvoir les vraies valeurs chrétiennes concernant la famille, d'encourager la pratique de la chasteté — Le M.R.N. a vérifié les activités de l'appelante en 1989, mais celle-ci n'a pas été avisée de changer de comportement — Après une deuxième vérification en 1993, le M.R.N. s'est demandé si les activités de l'appelante pouvaient être considérées comme des activités de bienfaisance et l'a avisée qu'il envisageait la révocation de son enregistrement — L'enregistrement a été révoqué en 1994 — L'appelante a soutenu que ses activités politiques étaient accessoires à ses objectifs de bienfaisance — La Loi de l'impôt sur le revenu ne définit nullement l'expression «organisme de bienfaisance» — Les principes sont fondés sur une vieille jurisprudence anglaise et sur une loi adoptée en 1601 — La Cour fédérale a élaboré des principes appropriés au Canada — Il s'agit d'un domaine qui devrait être clarifié par la loi — Il incombait à l'appelante de prouver que le M.R.N. a commis une erreur dans les conclusions en vertu desquelles l'enregistrement a été

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

charities not so vague as to exceed that constitutionally permissible.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Appellant's registration as charitable organization revoked on ground not devoting substantially all resources to charitable activity — Appellant arguing denial of tax exemption to those wishing to advocate certain opinions denial of freedom of expression — Income Tax Act not restricting appellant from disseminating any views — Charter, s. 2(b) guarantee of freedom of expression not guarantee of public funding through tax exemptions for propagation of opinions.

Construction of statutes — Vagueness doctrine — Income Tax Act provisions referring to charitable organizations requiring better definition by Parliament, but vagueness not exceeding constitutionally permissible — Courts should not use vagueness doctrine excessively.

Estoppel — Minister auditing appellant, registered charitable organization, in 1989 — Not recommending any change of conduct — Auditing appellant again in 1993, result of which revocation of registration as charitable organization on ground appellant not devoting substantially all resources to charitable activity — Appellant submitting Minister's silence after 1989 audit representation appellant's activities within requirements for charitable organization — Key requirement of estoppel that representation by word or conduct lead representee to act to his detriment — Assuming silence "representation", appellant not suffering detriment up to July 1993 when "representation" ended with Revenue Canada's letter warning appellant revocation might ensue — Continued to enjoy benefits of registration for further 10 months until revocation decision taken.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

révoqué — Elle ne s'est pas acquittée de cette obligation — Les activités de l'appelante s'intéressaient à la diffusion d'opinions sur des questions sociales, non à des recherches ou au développement systématique d'une branche du savoir — Selon la jurisprudence, les activités destinées à influencer l'opinion publique ne sont pas des activités de bienfaisance — Il n'appartient pas aux tribunaux de reconnaître ou de refuser une légitimité à des opinions politiques et de décider lesquelles méritent de faire l'objet d'une exemption fiscale — Le M.R.N. n'était pas empêché de changer d'opinion en ce qui concerne les activités de l'appelante après quatre ans et une autre vérification — Les dispositions de la Loi relatives aux organismes de bienfaisance n'étaient pas imprécises au point de dépasser ce qui est permis sur le plan constitutionnel.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — L'enregistrement de l'appelante à titre d'organisme de bienfaisance a été révoqué pour le motif qu'elle ne consacrait pas la quasi-totalité de ses ressources à des activités de bienfaisance — L'appelante a soutenu que le refus d'accorder une exemption fiscale à ceux qui désirent promouvoir certaines opinions constitue un déni de la liberté d'expression — La Loi de l'impôt sur le revenu n'empêche nullement l'appelante de diffuser ses opinions, quelles qu'elles soient — En garantissant la liberté d'expression, l'art. 2b) de la Charte ne garantit pas aux citoyens qu'ils obtiendront au moyen d'exemptions fiscales le financement public requis pour diffuser leurs opinions.

Interprétation des lois — Doctrine de l'imprécision — Les dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu qui renvoient aux organismes de bienfaisance devraient être mieux définies par le Parlement, mais leur niveau d'imprécision ne dépassait pas ce qui est permis sur le plan constitutionnel — Les tribunaux ne devraient pas recourir à la doctrine de l'imprécision de façon excessive.

Fin de non-recevoir — Le ministre a effectué une vérification des activités de l'appelante, un organisme de bienfaisance enregistré, en 1989 — Il n'a pas recommandé de changement à son comportement — Il a effectué une autre vérification des activités de l'appelante en 1993, à la suite de laquelle il y a eu révocation de l'enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance pour le motif qu'elle ne consacrait pas la quasi-totalité de ses ressources à des activités de bienfaisance — L'appelante a soutenu que le silence du ministre après la vérification de 1989 indiquait que ses activités satisfaisaient aux exigences requises d'un organisme de bienfaisance — L'une des exigences-clés de la préclusion est que l'indication donnée au moyen de la parole, d'un texte ou d'un comportement doit amener son destinataire à agir à son détriment — À supposer que le silence du ministre ait constitué une «indication», l'appelante n'a subi aucun préjudice jusqu'en 1993, moment où

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Milliken & Co. v. Interface Flooring Systems (Canada) Inc. (T.D.) 103

Copyright — Infringement — Plaintiffs say defendant infringed copyright in Mangrove design by supplying, installing carpet tiles — Whether Mangrove design entitled to copyright protection depending on design's date of creation — Designs created prior to June 1988 subject to original version of Copyright Act, s. 64 — No mention of date of creation of design in assignment of copyright — Plaintiffs' failure to adduce evidence as to creation date leading Court to conclude design created prior to June 1988, governed by former Act, s. 64 — Not protected by copyright — Primary infringement conceded by defendant at trial — But for Court's finding as to applicable legislation, corporate defendant liable for secondary copyright infringement.

Practice — Parties — Standing — Whether plaintiffs had standing to sue under Copyright Act, s. 36(1) — Plaintiff Milliken & Co. basing right to sue on ownership of Mangrove design — Act, s. 13(4) allowing owner of copyright to assign rights — Whether stamp affixed on invoice sufficient to satisfy requirement of s. 13(4) — Mark, facsimile of signature accepted if customary way of identification of person — First assignment not valid, could not be redeemed by confirming assignment — Plaintiff Milliken Canada claiming standing as licensee — Non-exclusive licensee deriving no right, title, interest in copyright — Having no right to sue alone in copyright infringement action.

Industrial design — Actions for copyright infringement concerning carpet tiles of Mangrove design — Plaintiff Milliken claiming rights to design through assignment by author of artistic work — Designs created after June 8, 1988 subject to current Copyright Act, s. 64 — Design created when artistic work created — Plaintiffs failing to adduce evidence of creation date, Court concluding Mangrove design created prior to June 1988 — Not protected by copyright as capable of registration under Industrial Design

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'«indication» a pris fin par suite de la lettre dans laquelle Revenu Canada l'avisait de la possibilité d'une révocation — Elle a continué de profiter des avantages de l'enregistrement pendant dix autres mois jusqu'à ce que soit prise la décision relative à la révocation.

Milliken & Co. c. Interface Flooring Systems (Canada) Inc. (1^{re} inst.) 103

Droit d'auteur — Contrefaçon — Les demanderesse disent que la défenderesse a violé leur droit d'auteur dans le dessin Mangrove en fournissant et en posant des dalles de moquette — La question de savoir si le dessin Mangrove bénéficie de la protection du droit d'auteur dépend de la date de création du dessin — Les dessins créés avant juin 1988 sont régis par l'art. 64 de la version originale de la Loi sur le droit d'auteur — Aucune date de création du dessin ne figure dans l'acte de cession du droit d'auteur — L'omission des demanderesse de présenter des éléments de preuve établissant la date de création a conduit la Cour à conclure que la création du dessin était antérieure à juin 1988, et donc régie par l'art. 64 de la Loi antérieure — Aucune protection du droit d'auteur — À l'instruction, la défenderesse a admis avoir commis une violation primaire — N'eût été la conclusion de la Cour quant à loi applicable, la société défenderesse serait responsable d'une atteinte secondaire au droit d'auteur.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Les demanderesse avaient-elles la qualité requise pour agir en vertu de l'art. 36(1) de la Loi sur le droit d'auteur — La demanderesse Milliken & Co. a fondé son droit d'agir sur la propriété du dessin Mangrove — L'art. 13(4) de la Loi autorise le titulaire d'un droit d'auteur à céder ses droits — Le tampon apposé sur la facture était-il suffisant pour satisfaire aux exigences de l'art. 13(4)? — Une marque ou un fac-similé de signature sont valables si c'est la façon habituelle dont la personne en cause s'identifie — La première cession n'étant pas valide, elle ne pouvait être régularisée par l'acte confirmant la cession — La demanderesse Milliken Canada prétendait avoir la qualité requise pour agir à titre de titulaire d'une licence — Le titulaire d'une licence non exclusive ne bénéficie d'aucun droit, titre ou intérêt sur le droit d'auteur — Il n'a pas le droit d'engager seul une poursuite pour violation du droit d'auteur.

Dessins industriels — Actions en violation du droit d'auteur concernant des dalles de moquette reproduisant le dessin Mangrove — La demanderesse Milliken revendique des droits sur le dessin en invoquant une cession de l'œuvre artistique par l'auteur — Les dessins créés après le 8 juin 1988 sont régis par l'art. 64 de la version actuelle de la Loi sur le droit d'auteur — Le dessin a été créé au moment de la création de l'œuvre artistique — Les demanderesse ayant omis de présenter des éléments de preuve établissant la date

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Act, used as pattern to be multiplied by industrial process.

Novopharm Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (T.D.) 50

Patents — Judicial review of Minister's refusal to issue notice of compliance (NOC) to Novopharm — NOCs issued to Abbott in 1985, 1992 for same drug — Within 30 days of coming into force of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, Abbott filing patent lists in respect of individual dosages for which NOCs issued — Patents listed with expiry dates of July 1996, July 1997 — In 1995 NOC issued to Abbott in respect of starter pack, consisting of three different dosages — In 1997 Abbott obtaining three new patents based upon applications filed between 1991, 1995 — Within 30 days, filing amendments to patent lists filed in respect of NOCs issued for individual dosages, but not for starter pack — Minister accepting amended lists, holding prohibiting issuance of NOC to Novopharm — Regulations, s. 4(5) providing at any time after date of filing submission for NOC, first person may submit patent list or amend existing patent list in respect of patent issuing within previous 30 days, on basis of application filed before date of filing of submission — Since Abbott's three new patents applied for long after issuance of 1985, 1992 NOCs, could not be added by amendment to patent lists — Minister erred in treating out-of-time amendment as if original patent list — Minister's duty to identify, not correct, errors — Meaning of "drug", "medicine" in Regulations — Drug (subject of NDS), not medicine (subject of patent), link between patent lists/register and Regulations — Since NOC issued in respect of starter pack, "drug" in respect of which patent list filed — Novopharm's new drug submission only referring to drugs subject of Abbott's 1985, 1992 NOCs — Patents listed on patent list filed in respect of those drugs expired — S. 5 not applying to prohibit issuance of NOC to Novopharm.

Construction of statutes — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 4(5) — English version clearly

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de création, la Cour a conclu que le dessin Mangrove avait été créé avant juin 1988 — Il ne peut être protégé par le droit d'auteur parce qu'il était susceptible d'être enregistré en vertu de la Loi sur les dessins industriels et qu'il a servi de modèle pour être multiplié par un procédé industriel.

Novopharm Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (1^{re} inst.) 50

Brevets — Contrôle judiciaire de la décision du ministre de refuser de délivrer un avis de conformité (AC) à Novopharm — AC délivrés à Abbott en 1985 et en 1992 pour le même médicament — Moins de 30 jours suivant l'entrée en vigueur du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), Abbott a déposé des listes de brevets relativement à des doses individuelles visées par les AC — Des brevets expirant en juillet 1996 et en juillet 1997 figuraient dans ces listes — En 1995, un AC a été délivré à Abbott relativement à un échantillon de départ, comprenant trois doses différentes — En 1997, Abbott a obtenu trois nouveaux brevets fondés sur des demandes déposées entre 1991 et 1995 — Dans les trente jours suivants, Abbott a déposé des modifications à ses listes de brevets déposées relativement aux AC qui lui avaient été délivrés relativement aux doses individuelles, mais non à l'échantillon de départ — Le ministre a accepté les listes modifiées, et a soutenu qu'il lui était interdit de délivrer un AC à Novopharm — L'art. 4(5) du Règlement dispose que la première personne peut, après la date de dépôt de la demande d'AC, soumettre une liste de brevets ou modifier la liste de brevets existante à l'égard d'un brevet qui a été délivré au cours des 30 jours précédents et qui était fondé sur une demande déposée avant la date de ce dépôt — Étant donné que les trois nouveaux brevets d'Abbott sont fondés sur des demandes déposées longtemps après la délivrance de ses AC en 1985 et en 1992, ils ne pouvaient être ajoutés par voie de modification aux listes de brevets — Le ministre a commis une erreur en traitant une modification tardive comme une liste de brevets originale — Il incombe au ministre de déceler les erreurs, mais non de les corriger — Sens des mots «drogue» et «médicament» figurant dans le Règlement — C'est la drogue (objet de la PDN), et non le médicament (objet du brevet), qui constitue le lien entre les listes de brevets, le registre et le Règlement — Étant donné que l'AC a été délivré relativement à l'échantillon de départ, c'est le «médicament» à l'égard duquel la liste de brevets a été déposée — Or la présentation de drogue nouvelle de Novopharm ne visait que les médicaments qui faisaient l'objet des AC délivrés à Abbott en 1985 et en 1992 — Les brevets figurant sur les listes de brevets à l'égard de ces médicaments sont expirés — L'art. 5 n'a pas pour effet d'interdire la délivrance d'un AC à Novopharm.

Interprétation des lois — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), art. 4(5) — La version

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

requiring any new patent to have been applied for prior to filing of new drug submission, not have been issued more than 30 days prior to filing of patent list — No merit to argument French text supporting interpretation filing of new patent list subject to conditions, but amendment to patent list may be made at any time, without conditions — Reference in French text to “*un brevet . . . qui était fondé sur une demande au tribunal*” puzzling — Court (tribunal) not issuing patents — As French text ambiguous, common meaning rule requiring adoption of interpretation consistent with unambiguous English text — Proposed interpretation untenable in context — No rational policy objective for imposing tight time restrictions on filing new original patent list, but allowing amendments at any time, without conditions — Patent applications filed long after issuance of NOCs could not be added by amendment to patent lists.

Samson Indian Nation and Band v. Canada (T.D.) 3

Judges and Courts — Application to recuse Teitelbaum J. from hearing these cases — Associate Chief Justice (ACJ) assigning Campbell J. to hear trial, but removing him when Campbell J. raising issue of friendship with Band members — Plaintiffs requesting ACJ not participate in assignment of new Trial Judge while complaint pending before Canadian Judicial Council alleging discrimination against them by ACJ — Committee of three judges recommending Teitelbaum J. as Trial Judge — Test for reasonable apprehension of bias, disqualification — (1) Manner in which decided Campbell J. should not be Trial Judge not raising reasonable apprehension of bias — Within ACJ’s jurisdiction to designate trial judge — Irrelevant to issue of reasonable apprehension of bias of Teitelbaum J. — (2) No reasonable apprehension of bias in manner of appointment of Teitelbaum J. — Federal Court Act, s. 15(2) providing ACJ shall make all arrangements for trials — Neither requiring personal performance nor prohibiting delegation of duties — S. 6(3) requiring performance of ACJ’s duties by senior judge not applicable — ACJ not participating in selection of trial judge at plaintiffs’ request — (3) Previous comments relating to issue not giving rise to reasonable apprehension of bias — Earlier cases in which Teitelbaum J. deciding issues appealed — FCA pronouncements binding in all future cases where same issue raised — (4) Submission that knowing individuals involved in governing country, or of having been member or fund raiser for political party giving rise to reasonable apprehension of bias, outrageous — Also irrelevant to issue of reasonable apprehension of bias.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

anglaise exige clairement que le nouveau brevet ait été demandé avant le dépôt de la présentation de drogue nouvelle et n’ait pas été délivré plus de trente jours avant le dépôt d’une liste de brevets — Absence de bien-fondé de l’argument voulant que suivant le texte français, le dépôt d’une nouvelle liste de brevets est assujéti à des conditions, alors que la modification d’une liste existante pourrait être faite en tout temps et sans conditions — Mention déroutante, dans le texte français, d’«un brevet . . . qui était fondé sur une demande au tribunal» — La délivrance de brevets ne fait pas partie des attributions d’une cour ou d’un tribunal — Étant donné l’ambiguïté du texte français, la règle du sens commun exige l’adoption d’une interprétation conforme à la version anglaise, laquelle n’est pas ambiguë — L’interprétation proposée est dénuée de sens vu le contexte — Il n’existe pas d’explication de principe rationnelle qui justifierait l’assujettissement du dépôt d’une liste de brevets nouvelle ou originale à des restrictions temporelles rigoureuses, tout en permettant l’ajout à volonté de brevets à une liste existante — Les demandes de brevets déposées longtemps après la délivrance des AC ne pouvaient être ajoutées par voie de modification aux listes de brevets.

Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada (1^{re} inst.) 3

Juges et tribunaux — Requête en récusation du juge Teitelbaum comme juge du procès — Le juge en chef adjoint a désigné le juge Campbell pour présider l’instruction, mais il l’a réaffecté lorsque le juge a soulevé la question de son amitié avec des membres de la Bande — Les demandeurs ont demandé au juge en chef adjoint de ne pas prendre part au choix du nouveau juge du procès en attendant une décision sur une plainte de discrimination contre eux de la part du juge en chef adjoint déposée devant le Conseil canadien de la magistrature — Un comité de trois juges a recommandé la désignation du juge Teitelbaum comme juge du procès — Critère d’appréciation d’une crainte raisonnable de partialité, d’une demande de récusation — (1) la façon dont a été prise la décision que monsieur le juge Campbell ne présiderait pas l’instruction ne soulève pas de crainte raisonnable de partialité — Le juge en chef adjoint a compétence pour désigner le juge du procès — Ce processus n’est pas pertinent à la question de savoir s’il existe une crainte raisonnable de partialité de la part du juge Teitelbaum — (2) Le processus utilisé pour désigner le juge Teitelbaum n’engendre pas de crainte raisonnable de partialité — L’art. 15(2) de la Loi sur la Cour fédérale oblige le juge en chef adjoint à prendre des dispositions pour les audiences — Il ne prévoit pas qu’il doit les prendre personnellement ni qu’il lui est interdit de déléguer le pouvoir de les prendre — L’art. 6(3) qui exige que les fonctions du juge en chef adjoint soient exercées par le juge le plus ancien ne s’applique pas — Le juge en chef adjoint n’a pas pris part au choix du juge du procès à la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

hension of bias — Being fundraiser, friend of Prime Minister not bar to appointment to superior court — (5) Formal application to recuse in open court not giving rise to reasonable apprehension of bias — (6) That Teitelbaum J. deciding application for own recusal not giving rise to reasonable apprehension of bias — Otherwise mere making of allegations would taint process, force disqualification of judge.

Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) 127

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Appeal from F.C.T.D. order setting aside I.R.B., Refugee Division decision respondent not Convention refugee — Decision signed by only one of two Board members hearing matter — Stating other member ceased to hold office — S. 69.1(7) conferring right to decision by two-member panel of Board — S. 63 indicating right can be abridged in event one of board members resigned, ceased to hold office, died, or unable to participate in decision — S. 69.1(10) granting claimants benefit of disagreement between Board members — That not taking part in disposition indicating “unable” to do so — Statute not requiring explanation for why decision not rendered by both members during extension, but F.C.A. decision in *Weerasinghe v. Canada (M.E.I.)* requiring remaining Board member to place on record complete statement of material circumstances giving rise to invocation of s. 63(2) — Intended to inform claimants why lost advantage conferred by s. 69.1(10) — Bald statement departed member participated in disposition in accordance with s. 63(1) not satisfying *Weerasinghe* as not indicating why two-member panel could not render decision before expiry of 8-week extension — Statement reasons reflecting thinking of panel when decision made ambiguous as not revealing when decision made — S. 69.1(10) requiring absolute certainty as to views of each Board member.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

demande des demandeurs — (3) Les remarques faites antérieurement concernant une question n’engendrent pas une crainte raisonnable de partialité — Le juge Teitelbaum s’était prononcé dans des causes antérieures sur les questions visées par l’appel — Les déclarations de la CAF devront être suivies chaque fois que la même question sera soulevée dans une autre instance — (4) La prétention que le fait de connaître certaines personnes qui participent à l’administration du pays, d’avoir été membre d’un parti politique ou d’avoir participé à son financement engendre une crainte raisonnable de partialité est choquante — Elle n’a non plus aucune pertinence en ce qui a trait à la question de la crainte raisonnable de partialité — Le fait de participer au financement ou d’être un ami du premier ministre n’est pas un motif d’inhabilité à être nommé juge d’une cour supérieure — (5) La présentation officielle d’une requête en récusation entendue en audience publique n’engendre pas une crainte raisonnable de partialité — (6) Le fait que le juge Teitelbaum tranche la requête visant sa propre récusation n’engendre pas une crainte raisonnable de partialité — Autrement, la simple formulation de ces allégations vicierait la procédure et contraindrait le juge à se récuser.

Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.) 127

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d’immigration — Appel d’une ordonnance de la Section de première instance infirmant une décision de la section du statut de réfugié de la CISR selon laquelle l’intimé n’était pas un réfugié au sens de la Convention — Décision signée par l’un seulement des deux membres de la Commission qui avaient entendu l’affaire — Déclaration selon laquelle l’autre membre avait cessé d’exercer sa charge — L’art. 69.1(7) confère le droit d’être entendu par une formation de deux membres de la Commission — L’art. 63 indique que ce droit peut être restreint lorsque l’un des deux membres de la formation a démissionné, a cessé d’exercer sa charge, est décédé ou est empêché de participer à la décision — L’art. 69.1(10) accorde aux demandeurs de statut l’avantage du désaccord entre les membres de la Commission — Le fait de ne pas participer à la décision indique que la personne était «empêchée» de le faire — La Loi n’exige pas d’explications au sujet des raisons pour lesquelles la décision n’a pas été rendue par les deux membres au cours du délai supplémentaire, mais l’arrêt rendu par la C.A.F. dans *Weerasinghe c. Canada (M.E.I.)* exige que l’autre membre de la Commission verse au dossier une déclaration détaillée des circonstances pertinentes donnant lieu à l’application de l’art. 63(2) — Cette déclaration vise à informer les demandeurs de statut de la raison pour laquelle ils ont perdu l’avantage que leur garantit l’art. 69.1(10) — La simple déclaration selon laquelle le membre qui avait quitté la Commission avait participé à la décision conformément à l’art. 63(1) ne respectait pas le principe énoncé dans l’arrêt

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

SOMMAIRE (Fin)

Smith v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 144

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Applicant found to be inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(c) as convicted of narcotics trafficking — Adjudicator issuing deportation order under Act, s. 32(5)(a) — Before order executed, applicant left Canada, returned without obtaining Ministerial consent — Exclusion order issued by senior immigration officer under Act, s. 19(1)(i) — After latter decision, applicant granted pardon under Criminal Records Act — Whether pardon expunged conviction — Case law as to effect of pardon under Criminal Records Act — Conviction not deemed not to have existed by virtue of pardon — Pardon must be given effect prospectively — Deportation, exclusion order “disqualification” within Criminal Records Act, s. 5(b) — Execution of deportation, exclusion order would enforce disqualification removed by pardon contrary to Criminal Records Act, s. 5.

Administrative law — Judicial review — Declarations — Deportation order against applicant, valid when issued, should not be quashed by *certiorari* — Exclusion order issued after granting of pardon which removed basis for enforcement of deportation order — Should be set aside by *certiorari* — Declaration most appropriate remedy in respect of deportation order — Requirements for declaration met — Declaration issued enforcement of deportation, exclusion order would constitute enforcement of disqualification contrary to Criminal Records Act, s. 5(b) — No basis for order of prohibition under Federal Court Act, s. 18.1(4).

Weerasinge, car elle n’indiquait pas la raison pour laquelle la formation de deux membres n’avait pas pu rendre de décision avant l’expiration du délai supplémentaire de huit semaines — La mention que les motifs traduisaient l’opinion réfléchie de la formation au moment où la décision a été prise était ambiguë, car elle n’indiquait pas le moment auquel la décision avait été prise — L’art. 69.1(10) exige une certitude absolue quant aux opinions de chaque membre de la Commission.

Smith c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (1^{re} inst.) 144

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Le requérant a été jugé non admissible en vertu de l’art. 19(1)c) de la Loi sur l’immigration vu qu’il avait été déclaré coupable de trafic de stupéfiants — Un arbitre a pris une mesure d’expulsion en vertu de l’art. 32(5)a) de la Loi — Avant l’exécution de cette mesure, le requérant a quitté le Canada et y est revenu sans obtenir l’autorisation du ministre — Un agent d’immigration principal a pris une mesure d’exclusion en vertu de l’art. 19(1)i) de la Loi — Après cette dernière mesure, le requérant s’est vu accorder une réhabilitation en vertu de la Loi sur le casier judiciaire — La réhabilitation supprimait-elle la condamnation? — Jurisprudence relative à l’effet d’une réhabilitation accordée en vertu de la Loi sur le casier judiciaire — Une condamnation n’est pas censée ne pas avoir existé du fait d’une réhabilitation — Il faut donner effet à une réhabilitation pour l’avenir — La mesure d’expulsion et la mesure d’exclusion constituaient une «incapacité» au sens de l’art. 5b) de la Loi sur le casier judiciaire — L’exécution de ces mesures donnerait effet à une incapacité que la réhabilitation a supprimée, en violation de l’art. 5 de la Loi sur le casier judiciaire.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — La mesure d’expulsion visant le requérant, qui était valide lorsqu’elle a été prise, ne devrait pas être annulée par voie de *certiorari* — La mesure d’exclusion a été prise après l’octroi de la réhabilitation qui a supprimé le fondement de l’exécution de la mesure d’expulsion — La mesure d’exclusion devrait être annulée au moyen d’une ordonnance de *certiorari* — Un jugement déclaratoire était la réparation la plus indiquée en ce qui concerne la mesure d’expulsion — Les conditions en vue du prononcé d’un jugement déclaratoire étaient réunies — Jugement déclaratoire portant que l’exécution de la mesure d’expulsion et de la mesure d’exclusion donnerait effet à une incapacité, en violation de l’art. 5b) de la Loi sur le casier judiciaire — Rien ne justifiait le prononcé d’une ordonnance d’interdiction en vertu de l’art. 18.1(4) de la Loi sur la Cour fédérale.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Samson Indian Nation and Band v. Canada, [1998] 3 F.C. 3 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-893-97), reasons for judgment handed down 15/5/98.

Stevens v. Canada (Prime Minister), [1997] 2 F.C. 759 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-263-97). The reasons for judgment, handed down 5/6/98, will be published in the *Federal Court Reports*.

National Bank of Canada v. Canada (Minister of Labour), [1997] 3 F.C. 727 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-484-97), reasons for judgment handed down 17/6/98.

SUPREME COURT OF CANADA

Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co., [1996] 2 F.C. D-56 (C.A.) and *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*, [1996] 3 F.C. D-13 (C.A.), were reversed by a decision dated 9/7/98, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare), A-854-95, Strayer J.A., judgment dated 8/5/96 (C.A.), was reversed by a decision dated 9/7/98, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1996] 2 F.C. 49 (C.A.), was reversed by a decision dated 4/6/98, and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for Leave to Appeal

Canada v. Robinson, [1998] 2 F.C. 569 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 2/7/98.

Fortin v. Canada (Attorney General), A-855-97, Denault J.A. (*ex officio*), judgment dated 14/5/98 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 2/7/98.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1998] 3 C.F. 3 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-893-97), les motifs du jugement ayant été prononcés le 15/5/98.

La décision *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1997] 2 C.F. 759 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-263-97). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 5-6-98, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Banque nationale du Canada c. Canada (Ministre du Travail)*, [1997] 3 C.F. 727 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-484-97), les motifs du jugement ayant été prononcés le 17-6-98.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Apotex Inc. c. Eli Lilly and Co., [1996] 2 C.F. F-59 (C.A.) et *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*, [1996] 3 C.F. F-5 (C.A.), ont été infirmés par une décision en date du 9-7-98, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), A-854-95, le juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 8-5-96 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 9-7-98, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1996] 2 C.F. 49 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 4-6-98, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Canada c. Robinson, [1998] 2 C.F. 569 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 2-7-98.

Fortin c. Canada (Procureur général), A-855-97, le juge Denault, J.C.A. (de droit), jugement en date du 14-5-98 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 2-7-98.

Gernhart v. Canada, A-625-96, Isaac C.J., judgment dated 11/12/97 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 2/7/98.

Sim v. Canada, A-361-97, Décary J.A., judgment dated 21/10/97 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 11/6/98.

Wong v. Canada, A-730-96, Isaac C.J., judgment dated 18/12/97 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 11/6/98.

Gernhart c. Canada, A-625-96, le juge en chef Isaac, jugement en date du 11-12-97 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 2-7-98

Sim c. Canada, A-361-97, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 21-10-97 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 11-6-98.

Wong c. Canada, A-730-96, le juge en chef Isaac, jugement en date du 18-12-97 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 11-6-98.

**Canada
Federal Court
Reports**

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

1998, Vol. 3, Part 1

1998, Vol. 3, 1^{er} fascicule

ERRATUM

In *Beattie v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1998] 1 F.C. 104, at page 106, lines 20 to 21, change “Merritt Senior Secondary School in Cranbrook” to “Merritt Senior Secondary School and Mount Baker Senior Secondary School in Cranbrook, British Columbia”.

Dans *Beattie c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1998] 1 C.F. 104, à la page 106, lignes 25 et 26, remplacer «l'école secondaire de deuxième cycle de Cranbrook» par «la Merritt Senior Secondary School et la Mount Baker Senior Secondary School de Cranbrook (Colombie-Britannique)».

T-2022-89

Chief Victor Buffalo acting on his own behalf and on behalf of all the other members of the Samson Indian Nation and Band and The Samson Indian Band and Nation (*Applicants*) (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada and The Minister of Indian Affairs and Northern Development and The Minister of Finance (*Respondents*) (*Defendants*)

T-1254-92

Chief John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn, the elected Chief and Councillors of the Ermineskin Indian Band and Nation suing on their own behalf and on behalf of the members of the Ermineskin Indian Band and Nation (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada and Minister of Indian Affairs and Northern Development and Minister of Finance (*Defendants*)

INDEXED AS: SAMSON INDIAN NATION AND BAND v. CANADA (T.D.)

Trial Division, Teitelbaum J.—Calgary, October 21; Ottawa, December 8, 1997.

Judges and Courts — Application to recuse Teitelbaum J. from hearing these cases — Associate Chief Justice (ACJ) assigning Campbell J. to hear trial, but removing him when Campbell J. raising issue of friendship with Band members — Plaintiffs requesting ACJ not participate in assignment of new Trial Judge while complaint pending before Canadian Judicial Council alleging discrimination against them by ACJ — Committee of three judges recommending Teitelbaum J. as Trial Judge — Test for reasonable apprehension of bias, disqualification — (1) Manner in which decided Campbell J. should not be Trial Judge not raising reasonable apprehension of bias — Within ACJ's jurisdiction to designate trial judge — Irrelevant to issue of reasonable apprehension of bias of Teitelbaum J. — (2) No

T-2022-89

Le chef Victor Buffalo agissant en son propre nom et au nom de tous les membres de la Bande et de la Nation des Indiens Samson et la Bande et la Nation des Indiens Samson (*requérants*) (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le ministre des Finances (*intimés*) (*défendeurs*)

T-1254-92

Le chef John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn, chef et conseillers élus de la Bande et de la Nation des Indiens Ermineskin agissant en leur propre nom et au nom des membres de la Bande et de la Nation Ermineskin (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le ministre des Finances (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: NATION ET BANDE DES INDIENS SAMSON c. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Teitelbaum—Calgary, 21 octobre; Ottawa, 8 décembre 1997.

Juges et tribunaux — Requête en récusation du juge Teitelbaum comme juge du procès — Le juge en chef adjoint a désigné le juge Campbell pour présider l'instruction, mais il l'a réaffecté lorsque le juge a soulevé la question de son amitié avec des membres de la Bande — Les demandeurs ont demandé au juge en chef adjoint de ne pas prendre part au choix du nouveau juge du procès en attendant une décision sur une plainte de discrimination contre eux de la part du juge en chef adjoint déposée devant le Conseil canadien de la magistrature — Un comité de trois juges a recommandé la désignation du juge Teitelbaum comme juge du procès — Critère d'appréciation d'une crainte raisonnable de partialité, d'une demande de récusation — (1) la façon dont a été prise la décision que monsieur le juge

reasonable apprehension of bias in manner of appointment of Teitelbaum J. — Federal Court Act, s. 15(2) providing ACJ shall make all arrangements for trials — Neither requiring personal performance nor prohibiting delegation of duties — S. 6(3) requiring performance of ACJ's duties by senior judge not applicable — ACJ not participating in selection of trial judge at plaintiffs' request — (3) Previous comments relating to issue not giving rise to reasonable apprehension of bias — Earlier cases in which Teitelbaum J. deciding issues appealed — FCA pronouncements binding in all future cases where same issue raised — (4) Submission that knowing individuals involved in governing country, or of having been member or fund raiser for political party giving rise to reasonable apprehension of bias, outrageous — Also irrelevant to issue of reasonable apprehension of bias — Being fundraiser, friend of Prime Minister not bar to appointment to superior court — (5) Formal application to recuse in open court not giving rise to reasonable apprehension of bias — (6) That Teitelbaum J. deciding application for own recusal not giving rise to reasonable apprehension of bias — Otherwise mere making of allegations would taint process, force disqualification of judge.

This was an application to have Teitelbaum J. disqualify himself from hearing the trial of these two cases. The Associate Chief Justice (ACJ) had assigned Campbell J. to hear the trial, but after Campbell J. himself, on at least two occasions, raised the issue of his friendship with three Samson Band members, it was decided that he should not be the Trial Judge. As a result of statements attributed the ACJ that he would not assign a newly appointed Aboriginal judge to hear an Aboriginal case as such a judge might find it uncomfortable hearing such a case, the Samson Indian Band filed a complaint of discrimination against the ACJ with the Canadian Judicial Council and requested that the ACJ not assign the trial judge while the complaint was pending. The ACJ agreed, and a committee of three senior judges, the composition of which remained a secret, selected Teitelbaum J. as the Trial Judge. The applicants' submission was that the removal of Campbell J. as Trial Judge and the process followed for that purpose breached the principles of natural justice. They further argued that Teitelbaum J.'s relation-

Campbell ne présiderait pas l'instruction ne soulève pas de crainte raisonnable de partialité — Le juge en chef adjoint a compétence pour désigner le juge du procès — Ce processus n'est pas pertinent à la question de savoir s'il existe une crainte raisonnable de partialité de la part du juge Teitelbaum — (2) Le processus utilisé pour désigner le juge Teitelbaum n'engendre pas de crainte raisonnable de partialité — L'art. 15(2) de la Loi sur la Cour fédérale oblige le juge en chef adjoint à prendre des dispositions pour les audiences — Il ne prévoit pas qu'il doit les prendre personnellement ni qu'il lui est interdit de déléguer le pouvoir de les prendre — L'art. 6(3) qui exige que les fonctions du juge en chef adjoint soient exercées par le juge le plus ancien ne s'applique pas — Le juge en chef adjoint n'a pas pris part au choix du juge du procès à la demande des demandeurs — (3) Les remarques faites antérieurement concernant une question n'engendrent pas une crainte raisonnable de partialité — Le juge Teitelbaum s'était prononcé dans des causes antérieures sur les questions visées par l'appel — Les déclarations de la CAF devront être suivies chaque fois que la même question sera soulevée dans une autre instance — (4) La prétention que le fait de connaître certaines personnes qui participent à l'administration du pays, d'avoir été membre d'un parti politique ou d'avoir participé à son financement engendre une crainte raisonnable de partialité est choquante — Elle n'a non plus aucune pertinence en ce qui a trait à la question de la crainte raisonnable de partialité — Le fait de participer au financement ou d'être un ami du premier ministre n'est pas un motif d'incapacité à être nommé juge d'une cour supérieure — (5) La présentation officielle d'une requête en récusation entendue en audience publique n'engendre pas une crainte raisonnable de partialité — (6) Le fait que le juge Teitelbaum tranche la requête visant sa propre récusation n'engendre pas une crainte raisonnable de partialité — Autrement, la simple formulation de ces allégations vicierait la procédure et contraindrait le juge à se récuser.

Il s'agissait d'une requête en vue d'obtenir la récusation du juge Teitelbaum comme juge du procès dans les deux instances. Le juge en chef adjoint a désigné le juge Campbell pour présider l'instruction, mais après que le juge Campbell eut soulevé, au moins à deux reprises, la question de son amitié avec trois membres de la Bande Samson, il a été décidé qu'il ne devait pas présider l'instruction. Le juge en chef adjoint ayant déclaré qu'il ne désignerait pas un juge autochtone de nomination récente pour entendre une cause touchant les Autochtones, car un tel juge se sentirait peut-être mal à l'aise d'entendre ce type de cause, la Bande des Indiens Samson a déposé une plainte de discrimination contre le juge en chef adjoint auprès du Conseil canadien de la magistrature et a demandé que le juge en chef adjoint ne désigne pas le juge du procès en attendant une décision sur la plainte. Le juge en chef adjoint a acquiescé à cette demande et un comité de trois juges parmi les plus anciens en poste, dont la composition est demeurée secrète, a choisi le juge Teitelbaum comme juge du procès. Les requérants

ships with named politicians and bureaucrats and the Progressive Conservative Party raised a reasonable apprehension of bias. Also, in two other cases, Teitelbaum J. had expressed his views on and made comments respecting the *Indian Act*, self-government, trust and fiduciary obligations, limitations of actions, the maturity of Indian bands, the implied dependence of Indians as clinging to mother's apron, with the Crown impliedly being the mother, and awarded solicitor-client costs against the Band. Those views, comments, determinations and perspectives were said to give rise to a reasonable apprehension of bias with respect to the pre-determination of crucial issues.

The issues were whether: (1) the manner in which it was decided that Campbell J. would not be the Trial Judge; (2) the manner of the appointment of Teitelbaum J. as Trial Judge; (3) Teitelbaum J.'s past words and actions in other cases involving Aborigines; (4) Teitelbaum J.'s past relationships with specific individuals, and the Progressive Conservative Party of Canada; (5) the procedure used for recusal; and (6) the fact that Teitelbaum J. heard and decided an application for his own recusal, gave rise to a reasonable apprehension of bias

Held, the application should be dismissed.

The apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. That test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude." There must appear to be a real likelihood of bias. Surmise or conjecture is not enough. There must be circumstances from which a reasonable man would think it likely or probable that the justice or chairman, would favour one side unfairly.

The following circumstances would typically disqualify a judge: kinship, friendship, partisanship, particular professional or business relationship with one of the parties, animosity towards someone interested, predetermined mind as to the issue involved. A decision to disqualify should be exercised sparingly and only in the most clear and exceptional case. In cases where the test for bias is not satisfied, the judge will continue to sit on the trial to its conclusion.

(1) The process whereby it was decided that Campbell J. no longer be the Trial Judge did not raise a reasonable

ont soutenu que la révocation du juge Campbell en qualité de juge du procès et le processus suivi à cette fin ne respectaient pas les principes de la justice naturelle. Ils ont aussi fait valoir que les liens du juge Teitelbaum avec des personnalités politiques, des bureaucrates et le Parti conservateur engendraient une crainte raisonnable de partialité. De plus, dans deux autres instances, le juge Teitelbaum avait énoncé son point de vue et fait des commentaires sur la *Loi sur les Indiens*, l'autonomie gouvernementale, les obligations de fiduciaire, la prescription des actions, la maturité des bandes indiennes, la dépendance implicite des Indiens qui s'accrochent aux jupes de leur mère, la Couronne étant considérée implicitement comme leur mère, et il a condamné la Bande indienne aux dépens procureur-client. Ils alléguaient que ces points de vue, commentaires, décisions et perspectives engendraient une crainte raisonnable de partialité relativement à la possibilité que des questions cruciales soient tranchées d'avance.

Les questions en litige étaient celles de savoir si les éléments suivants engendraient une crainte raisonnable de partialité: (1) la façon dont a été prise la décision que le juge Campbell ne présiderait pas l'instruction; (2) la façon dont le juge Teitelbaum a été désigné pour présider l'instruction; (3) les paroles et les actes du juge Teitelbaum dans des causes antérieures touchant des Autochtones; (4) les liens que le juge Teitelbaum a eus avec certaines personnes précises et avec le Parti conservateur du Canada; (5) la procédure utilisée pour la récusation; et (6) le fait que le juge Teitelbaum entende et tranche une requête visant sa propre récusation.

Jugement: la requête doit être rejetée.

La crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires. Ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique.» Il doit exister une réelle possibilité de partialité. Suppositions et conjectures ne suffisent pas. Il faut que les circonstances soient telles qu'une personne raisonnable puisse penser qu'il est probable ou vraisemblable que le juge ou le président favorisera l'une des parties au dépens de l'autre.

Les situations suivantes devraient habituellement donner lieu à récusation: la parenté, l'amitié, la partialité, des relations professionnelles ou commerciales particulières avec l'une des parties, l'animosité envers une personne ayant un intérêt dans l'affaire, une opinion arrêtée sur la question en litige. La décision de récuser un juge ne peut être prise qu'avec modération et que dans les cas les plus évidents et exceptionnels. Lorsqu'il n'est pas satisfait au critère d'appréciation de la partialité, le juge continuera à présider le procès jusqu'à la fin.

(1) La façon dont a été prise la décision que le juge Campbell ne présiderait pas l'instruction n'a pas engendré

apprehension of bias. The Supreme Court of Canada indicated what it thought of this argument when it refused a remand or stay of execution of the ACJ's "decision" that Campbell J. not be the Trial Judge. It is, and always was, within the ACJ's jurisdiction to designate which judge is to be the "trial judge" in any particular case. Until a judge is seized with a case, the ACJ may decide who will hear any particular case. As well, the entire issue of how it was decided that Campbell J. should not be the Trial Judge was totally irrelevant to the issue of reasonable apprehension of bias on Teitelbaum J.'s part.

(2) The plaintiffs submitted that Teitelbaum J.'s assignment as Trial Judge was invalid because the procedure followed for his assignment was contrary to the provisions of the *Federal Court Act* and that since the Federal Court is a statutory Court with no inherent jurisdiction, the "procedure" as stated in the Act must be followed to designate a trial judge. *Federal Court Act*, subsection 15(2) provides that the ACJ shall make all the arrangements for trials. It does not say that the ACJ must personally make these arrangements, nor does it state that he is prevented from delegating his jurisdiction to make such arrangements. In matters of process, a "liberal" or "wide" interpretation must be given to subsection 15(2). Subsection 6(3) provides that where the office of the Associate Chief Justice is vacant or he is absent from Canada or is unable or unwilling to act, the powers and duties of the Associate Chief Justice shall be exercised and performed by the senior judge who is in Canada and is able and willing to act. None of the enumerated situations exist herein. After the plaintiffs had filed a complaint with the Canadian Judicial Council regarding the ACJ's comments, the plaintiffs requested that the ACJ not participate in the selection of a trial judge. The ACJ agreed and decided to seek the advice of a committee of three "senior" judges, which recommended that Teitelbaum J. be selected to hear the present cases. As the ACJ had agreed not to participate in the selection of the judge, he accepted the recommendation of the committee. There can be no reasonable apprehension of bias caused by the process used.

(3) The Court of Appeal will decide whether Teitelbaum J.'s interpretation of various sections of the *Indian Act* with regard to the issue of self-government, trust and fiduciary obligations, limitations of actions and any other issue raised in the two other judgments was correct, and he will be legally bound, in all future matters where the same issue is raised, to follow the judgment of the Court of Appeal. If what a judge says as to the interpretation of the law can give rise to a reasonable apprehension of bias, judges would never be permitted to sit on a case involving an issue about which they had previously decided. It is not bias, nor does

une crainte raisonnable de partialité. La Cour suprême du Canada a indiqué ce qu'elle pensait de cette prétention lorsqu'elle a refusé d'ordonner un renvoi ou un sursis d'exécution de la «décision» du juge en chef adjoint, portant que le juge Campbell ne devait plus être le juge du procès. Le juge en chef adjoint a, et a toujours eu, compétence pour désigner le juge qui jouera le rôle de «juge du procès» dans une cause donnée. Le juge en chef adjoint peut décider qui entendra une cause donnée, jusqu'au moment où le juge est saisi de l'affaire. De même, toute la question de la façon dont il a été décidé que le juge Campbell ne serait plus le juge du procès n'a aucune pertinence en ce qui a trait à la question de la crainte raisonnable de partialité de la part du juge Teitelbaum.

(2) Les demandeurs ont soutenu que la désignation du juge Teitelbaum comme juge du procès est invalide parce que la procédure suivie pour sa désignation est contraire aux dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* et que, la Cour fédérale étant une cour établie par une loi n'ayant aucune compétence inhérente, la «procédure» énoncée dans la Loi doit être suivie pour désigner un juge du procès. Le paragraphe 15(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit que les dispositions à prendre pour les audiences sont du ressort du juge en chef adjoint. Il ne prévoit pas que le juge en chef adjoint doit prendre personnellement ces dispositions, ni qu'il lui est interdit de déléguer le pouvoir de les prendre. En matière de procédure, une interprétation «large» ou «libérale» doit être attribuée au paragraphe 15(2). Selon le paragraphe 6(3), en cas d'absence du Canada ou d'empêchement du juge en chef adjoint ou de vacance de son poste, l'intérim est assuré par le juge le plus ancien en poste qui est au Canada, qui est en mesure d'exercer ces fonctions et qui y consent. Aucune des situations énumérées n'existait en l'espèce. Après le dépôt, par les demandeurs, d'une plainte auprès du Conseil canadien de la magistrature concernant les commentaires du juge en chef adjoint, les demandeurs ont demandé que le juge en chef adjoint ne prenne pas part au choix du juge du procès. Le juge en chef adjoint a acquiescé à cette demande et décidé de demander l'avis d'un comité de trois juges parmi les plus anciens en poste, qui a recommandé que le juge Teitelbaum soit choisi pour entendre les affaires en cause. Le juge en chef adjoint ayant convenu de ne pas participer au choix du juge, il a accepté la recommandation du comité. Le processus utilisé ne peut avoir engendré aucune crainte raisonnable de partialité.

(3) Il reviendra à la Cour d'appel de retenir ou de rejeter l'interprétation donnée par le juge Teitelbaum des différents articles de la *Loi sur les Indiens* concernant la question de l'autonomie gouvernementale, des obligations de fiduciaire, de la prescription des actions et toute autre question soulevée par les deux autres jugements et il sera tenu, en droit, de suivre le jugement de la Cour d'appel chaque fois que la même question sera soulevée. Si les propos d'un juge relativement à l'interprétation de la loi pouvaient engendrer une crainte raisonnable de partialité, les juges ne pourraient jamais siéger dans une cause touchant une question sur

it give rise to a reasonable apprehension of bias, if a judge had previously made comments relating to an issue or interpreted the law as it relates to a particular issue. A judge in deciding issues put before him or her in another case, and which issues may be similar or the same as the issues he or she is to try, will not be recused on the basis of a reasonable apprehension of bias for having previously decided the issues.

(4) The submission that knowing certain individuals involved in the governing of Canada or of having been a member of or fund raiser for a legal federal political party gives rise to a reasonable apprehension of bias was outrageous and totally irrelevant to the issue of a reasonable apprehension of bias. Being a political fund raiser or an acquaintance or friend of a prime minister of Canada is not a bar to appointment to a superior court in Canada.

(5) The present procedure for recusal, wherein the plaintiffs made a formal application for recusal, heard in "open court", did not give rise to a reasonable apprehension of bias.

(6) For Teitelbaum J. to disqualify himself simply because he heard the recusal application would establish a dangerous precedent. It would invite unhappy litigants to make whatever allegations they wished in support of an application for a judge to disqualify himself. If the allegations failed to provide a proper foundation for a finding of bias or a reasonable apprehension of bias, the mere making of the allegations would, by their very nature, taint the process and force the disqualification of the judge. No case law was cited suggesting that a judge other than the one sought to be disqualified should hear the application.

laquelle ils se sont déjà prononcés. Un juge ne fait pas preuve de partialité ni n'engendre de crainte raisonnable de partialité pour avoir simplement fait antérieurement des remarques concernant une question ou interprété la loi en regard d'une question particulière. Si un juge a tranché dans une autre cause des questions semblables ou identiques à celles qu'il est appelé à trancher, il n'y a pas lieu à récusation pour cause de crainte raisonnable de partialité du fait qu'il s'est déjà prononcé sur ces questions.

(4) La prétention que le fait de connaître certaines personnes qui participent à l'administration du pays ou que le fait d'avoir été membre d'un parti politique fédéral légal ou d'avoir participé à son financement engendre une crainte raisonnable de partialité était choquante et n'avait aucune pertinence quant à la question de la crainte raisonnable de partialité. Le fait de participer au financement d'un parti politique ou d'être une connaissance ou un ami du premier ministre du Canada n'est pas un motif d'inhabilité à être nommé juge d'une cour supérieure au Canada.

(5) La procédure de récusation actuelle dans le cadre de laquelle les demandeurs ont présenté officiellement une requête en récusation, entendue en audience publique, n'engendre pas de crainte raisonnable de partialité.

(6) Se récuser simplement parce qu'il a entendu la requête en récusation constituerait, de l'avis du juge Teitelbaum, un dangereux précédent. Il inviterait de la sorte les parties mécontentes à formuler les allégations qui leur plairaient à l'appui d'une requête en récusation du juge. Si ces allégations ne justifiaient pas une conclusion de partialité ou de crainte raisonnable de partialité, la simple formulation de ces allégations, de par leur nature, vicierait la procédure et contraindrait le juge à se récuser. Aucune source jurisprudentielle qui laisserait croire qu'un juge autre que celui visé par la demande de récusation devrait entendre la requête n'a été invoquée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], preamble, s. 101.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 3, 6(3), 15(2).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 491(11) (as enacted by SOR/90-846, s. 20).

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

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], préambule, art. 101.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 3 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 68), 6(3), 15(2).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5. *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 491(11) (édicte par DORS/90-846, art. 20).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al., [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.), Ltd. v. Lannon*, [1968] 3 All E.R. 304 (C.A.); *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board* (1993), 83 B.C.L.R. (2d) 257; 20 C.P.C. (2d) 27 (C.A.); affg [1993] B.C.J. No. 2965 (S.C.) (QL).

CONSIDERED:

Energy Probe v. Atomic Energy Control Board, [1984] 2 F.C. 227; (1984), 8 D.L.R. (4th) 735; 5 Admin. L.R. 165; 13 C.E.L.R. 66; 43 C.P.C. 13 (T.D.); affd [1985] 1 F.C. 563; (1984), 15 D.L.R. (4th) 48; 11 Admin. L.R. 287; 13 C.E.L.R. 162; 56 N.R. 135 (C.A.); *G.W.L. Properties Ltd. v. W.R. Grace & Co. of Canada Ltd.* (1992), 74 B.C.L.R. (2d) 283; 37 W.A.C. 167 (C.A.); *Blanchard v. Canadian Paper Workers' Union, Local 263 et al.* (1991), 113 N.B.R. (2d) 344; 285 A.P.R. 344; 49 C.P.C. (2d) 151 (C.A.); *Mattson v. ALC Airlift Canada Inc.* (1993), 18 C.P.C. (3d) 310 (B.C.S.C.); *R. v. S. (R.D.)*, [1977] 3 S.C.R. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 118 C.C.C. (3d) 353; 218 N.R. 1; *Samson Indian Band v. Canada*, [1997] S.C.C.A. No. 291 (QL); *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* (1992), 98 D.L.R. (4th) 762; 64 O.A.C. 321 (Ont. Gen. Div.); *Canadian National Railways v. Canadian Human Rights Commission* (1985), 64 N.R. 312 (F.C.A.); *Morgentaler v. The Queen* (1984), 29 McGill L.J. 369.

REFERRED TO:

Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakai Indian Band (1995), 99 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1996] 3 F.C. 373; (1996), 134 D.L.R. (4th) 555; [1997] 2 C.N.L.R. 16; 111 F.T.R. 161 (T.D.).

AUTHORS CITED

Friedland, Martin L. *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995.

APPLICATION for recusal of the Trial Judge in these proceedings on the ground of reasonable apprehension of bias. Application dismissed.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.), Ltd. v. Lannon*, [1968] 3 All E.R. 304 (C.A.); *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board* (1993), 83 B.C.L.R. (2d) 257; 20 C.P.C. (2d) 27 (C.A.); conf. [1993] B.C.J. n° 2965 (C.S.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Enquête énergie c. Commission de contrôle de l'énergie atomique, [1984] 2 C.F. 227; (1984), 8 D.L.R. (4th) 735; 5 Admin. L.R. 165; 13 C.E.L.R. 66; 43 C.P.C. 13 (1^{re} inst.); conf. par [1985] 1 C.F. 563; (1984), 15 D.L.R. (4th) 48; 11 Admin. L.R. 287; 13 C.E.L.R. 162; 56 N.R. 135 (C.A.); *G.W.L. Properties Ltd. v. W.R. Grace & Co. of Canada Ltd.* (1992), 74 B.C.L.R. (2d) 283; 37 W.A.C. 167 (C.A.); *Blanchard c. Canadian Paper Workers' Union, Local 263 et al.* (1991), 113 R.N.-B. (2^e) 344; 285 A.P.R. 344; 49 C.P.C. (2d) 151 (C.A.); *Mattson v. ALC Airlift Canada Inc.* (1993), 18 C.P.C. (3d) 310 (C.S.C.-B.); *R. c. S. (R.D.)*, [1977] 3 R.C.S. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 118 C.C.C. (3d) 353; 218 N.R. 1; *Bande indienne Samson c. Canada*, [1997] S.C.C.A. n° 291 (QL); *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* (1992), 98 D.L.R. (4th) 762; 64 O.A.C. 321 (Div. gén. Ont.) *Chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des droits de la personne* (1985), 64 N.R. 312 (C.A.F.); *Morgentaler c. La Reine* (1984), 29 McGill L.J. 369.

DÉCISIONS CITÉES:

Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai (1995), 99 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1996] 3 C.F. 373; (1996), 134 D.L.R. (4th) 555; [1997] 2 C.N.L.R. 16; 111 F.T.R. 161 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

Friedland, Martin L. *Une place à part: l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*. Ottawa: Conseil canadien de la magistrature, 1995.

REQUÊTE en récusation du juge du procès fondée sur une crainte raisonnable de partialité. Requête rejetée.

COUNSEL:

James A. O'Reilly, Edward H. Molstad, Q.C., Marco S. Poretti and Priscilla E. S. Kennedy for plaintiff Victor Buffalo.

Marvin R. V. Storrow, Q.C., Joni Paulus and Maria A. Morellato for plaintiff J. Ermineskin.

Alan D. MacLeod, Q.C., W. Clark Hunter, Thomas E. Valentine, Mary E. Comeau and Wendy K. Johnston for defendants.

SOLICITORS:

O'Reilly & Associates, Montréal, and Parlee McLaws, Edmonton, for plaintiff Victor Buffalo.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, for plaintiff J. Ermineskin.

Deputy Attorney General of Canada for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] TEITELBAUM J.: This is a notice of motion filed into the Federal Court of Canada Registry at Calgary, Alberta, October 16, 1997 by the plaintiffs, Chief Victor Buffalo and the Samson Indian Band and Nation, for the following relief, as stated therein:

1. An Order declaring that the appointment of the trial judge in these actions is of no force and effect and, *inter alia*, contrary to the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, as am., ss. 3, 6(3) and 15(2) as well as the *Charter of Rights and Freedoms* s. 7 and the *Constitution Act, 1867*, preamble and s. 101;
2. An Order directing Mr. Justice Teitelbaum to disclose, or alternatively, the disclosure by Mr. Justice Teitelbaum of his relationships since 1956, including the nature and degree thereof, with the Honourable Brian Mulroney, former Prime Minister of Canada; Bernard Roy, former Principal Secretary to the Honourable Brian Mulroney; with Peter G. White, Secretary to the Honourable Brian Mulroney from 1983 to 1986; with Senator W. David Angus, former Treasurer of the Conservative Party of Canada, with the Honourable W. Warren Allmand, a former classmate and former Minister of Indian Affairs and Northern Development; with G. Ian Watson, apparently a former

AVOCATS:

James A. O'Reilly, Edward H. Molstad, c.r., Marco S. Poretti et Priscilla E. S. Kennedy pour le demandeur Victor Buffalo.

Marvin R. V. Storrow, c.r., Joni Paulus et Maria A. Morellato pour le demandeur J. Ermineskin.

Alan D. MacLeod, c.r., W. Clark Hunter, Thomas E. Valentine, Mary E. Comeau et Wendy K. Johnston pour les défendeurs.

PROCUREURS:

O'Reilly & Associates, Montréal, et Parlee McLaws, Edmonton, pour le demandeur Victor Buffalo.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, pour le demandeur J. Ermineskin.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE TEITELBAUM: Il s'agit d'un avis de requête déposé, le 16 octobre 1997, au greffe de la Cour fédérale du Canada, à Calgary (Alberta), par les demandeurs, le chef Victor Buffalo et la Bande et la Nation des Indiens Samson, en vue d'obtenir la réparation décrite comme suit:

[TRADUCTION]

1. Une ordonnance déclarant la désignation du juge du procès dans les présentes actions nulle et notamment contraire à la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, mod., l'art. 3, 6(3) et 15(2), à l'art. 7 de la *Charte des droits et libertés* et au préambule et à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*;
2. Une ordonnance prescrivant la divulgation par M. le juge Teitelbaum ou, subsidiairement, la divulgation volontaire par M. le juge Teitelbaum, des liens qu'il a eus avec les personnes qui suivent, y compris la nature et le degré de proximité de ces liens, depuis 1956: l'honorable Brian Mulroney, ancien premier ministre du Canada; Bernard Roy, ancien premier secrétaire de l'honorable Brian Mulroney; Peter G. White, secrétaire de l'honorable Brian Mulroney de 1983 à 1986; le sénateur W. David Angus, ancien trésorier du Parti conservateur du Canada, l'honorable W. Warren Allmand, ancien compagnon de classe et ancien ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien;

classmate and former Chairman of the Standing Committee of Indian Affairs, and with the following persons who attended McGill Faculty of Law at the same time as Mr. Justice Teitelbaum: former Cabinet Minister Donald J. Johnston; P. Michael Pitfield, former Secretary to the Privy Council; and Yves L. Fortier, Q.C., former Ambassador to the United Nations;

3. An Order directing Mr. Justice Teitelbaum to disclose, or alternatively the disclosure by Mr. Justice Teitelbaum of his relationships since 1956, including the nature and degree thereof, with any persons he met or knew who were or are:
 - (a) Members of the House of Commons or the Senate, including all Committees thereof;
 - (b) Members of the Federal Government;
 - (c) Employees of the Federal Government;
 - (d) Persons on the staff of, or who acted as an advisor to, any Prime Minister or any Minister of the Federal Government;
 - (e) Persons working for or associated with the Federal Liberal Party or the Federal Conservative Party;
4. An Order directing Mr. Justice Teitelbaum to disclose, or alternatively the disclosure by Mr. Justice Teitelbaum of his activities relating to the Conservative Party of Canada, including any role as a fund raiser and any other political activities;
5. An Order that Mr. Justice Teitelbaum recuse himself as Trial Judge in these proceedings, or alternatively, the recusal by Mr. Justice Teitelbaum as Trial Judge in these proceedings.

[2] The grounds for this application, as listed in the notice of motion, are numerous. The plaintiffs list 19 grounds. To better understand this notice of motion, I believe it necessary to list, within the body of this decision, all 19 grounds.

[3] The grounds, as listed in the notice of motion, are:

1. The *Federal Court Act*, s. 15(2) requires the Associate Chief Justice to make arrangements for judges to hold courts. Section 6(3) provides that the senior judge shall

G. Ian Watson, apparemment un ancien compagnon de classe et ancien président du Comité permanent des Affaires indiennes, et les personnes suivantes qui ont fréquenté la faculté de droit de l'Université McGill à la même époque que M. le juge Teitelbaum: l'ancien ministre du Cabinet Donald J. Johnston; P. Michael Pitfield, ancien secrétaire du Conseil privé, et Yves L. Fortier, c.r., ancien ambassadeur aux Nations-Unies;

3. Une ordonnance prescrivant la divulgation par M. le juge Teitelbaum ou, subsidiairement, la divulgation volontaire par M. le juge Teitelbaum, des liens qu'il a eus, y compris la nature et le degré de proximité de ces liens, depuis 1956, avec toute personne qu'il a rencontrée ou connue, et qui a occupé ou occupe l'un des postes suivants:
 - (a) député à la Chambre des communes ou membre du Sénat, y compris de leurs comités;
 - (b) membre du gouvernement fédéral;
 - (c) fonctionnaire du gouvernement fédéral;
 - (d) membre du personnel ou conseiller d'un premier ministre ou d'un ministre du gouvernement fédéral;
 - (e) personne qui fournit des services ou qui est associée au Parti libéral du Canada ou au Parti conservateur fédéral;
4. Une ordonnance prescrivant la divulgation par M. le juge Teitelbaum ou, subsidiairement, la divulgation volontaire par M. le juge Teitelbaum, de ses activités liées au Parti conservateur du Canada, et notamment de sa participation au financement du parti et de toute autre activité politique;
5. Une ordonnance enjoignant à M. le juge Teitelbaum de se récuser comme juge du procès dans la présente instance ou, subsidiairement, la récusation de M. le juge Teitelbaum comme juge du procès dans la présente instance.

[2] La requête s'appuie sur de nombreux moyens énumérés dans l'avis de requête. Les demandeurs en énoncent 19. Pour mieux comprendre l'avis de requête, j'estime nécessaire de les énumérer tous dans la présente décision.

[3] Voici les moyens énumérés dans l'avis de requête:

[TRADUCTION]

1. L'art. 15(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* oblige le juge en chef adjoint à prendre des dispositions pour les audiences. L'art. 6(3) prévoit que le juge le plus

- exercise the powers of the Associate Chief Justice when the Associate Chief Justice is unable to act;
2. The Associate Chief Justice is unable or unwilling to act in respect of the selection of a trial judge in these proceedings. Consequently the powers of the Associate Chief Judge in respect to the selection of Mr. Justice Teitelbaum as the designated trial judge should have been exercised by the senior judge;
 3. The case manager herein, MacKay, J. indicated on a number of occasions that the power had been exercised by a "Committee" of three Justices contrary to section 6(3) of the *Federal Court Act*;
 4. The composition of the "Committee" remains a secret contrary to section 3 of the *Federal Court Act*, the *Charter of Rights and Freedoms*, section 7, and to the *Constitution Act, 1867*, *inter alia*, the preamble and section 101. However, even if the appointment process had been open and publicly disclosed, such "Committee" appointment is still contrary to the *Federal Court Act*. There is no authority for such a "Committee" under the provisions of the *Federal Court Act* let alone any authority for a "Star Chamber" type of procedure;
 5. In respect to disclosure Orders and Relief requested, the case law, particularly that dealing with apprehension of bias, the Rule of Law and the fundamental principle of an open court system embodied in the *Charter of Rights and Freedoms*, section 7, the *Constitution Act, 1867*, preamble and section 101 thereof, and in the *Federal Court Act*, section 3, require disclosure by the Trial Judge of all past and present relationships and activities of the Trial Judge related to the matters at issue in the action;
 6. The case law further requires that the test for apprehension of bias involves the obtaining of information to which an applicant in practice may have no or little access. Only the decision-maker concerned may be aware of certain facts. The principles of natural justice and procedural fairness thus require disclosure to the applicants of all relevant facts. This was the procedure recently adopted by Madam Justice McGillis when faced with an issue of apprehension of bias;
 7. The removal of Campbell, J. as the Trial Judge herein and the process followed for that purpose breach the principles of natural justice and procedural fairness, have undermined the confidence of Samson Plaintiffs in the Court and its selection process and give rise, in the circumstances of these proceedings, to a reasonable apprehension of institutional bias on the part of the
- ancien en poste exerce les fonctions du juge en chef adjoint en cas d'empêchement de celui-ci.
2. Il y a empêchement du juge en chef adjoint d'agir relativement au choix du juge du procès dans la présente instance. En conséquence, les pouvoirs du juge en chef adjoint relativement au choix de monsieur le juge Teitelbaum comme juge du procès désigné auraient dû être exercés par le juge le plus ancien en poste.
 3. Le juge responsable de la gestion du dossier en l'espèce, le juge MacKay, a indiqué à plusieurs reprises que ce pouvoir avait été exercé par un «comité» de trois juges, contrairement à ce que prévoit l'article 6(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*.
 4. La composition du «comité» demeure secrète, contrairement à l'article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale*, à l'article 7 de la *Charte des droits et libertés* et à la *Loi constitutionnelle de 1867*, notamment à son préambule et à l'article 101. Toutefois, même si le processus de désignation avait été public, la désignation par un «comité» demeurerait contraire à la *Loi sur la Cour fédérale*. La *Loi sur la Cour fédérale* ne confère aucun pouvoir relatif à un tel «comité», et encore moins de pouvoir permettant une procédure de type inquisitoire.
 5. En ce qui a trait aux ordonnances de divulgation et à la réparation demandées, la jurisprudence, plus particulièrement en matière de crainte de partialité, la primauté du droit et le principe fondamental de la tenue d'une audience publique garanti par l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*, le préambule et l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale*, exigent la divulgation par le juge du procès de ses activités et de ses liens, actuels et passés, qui ont un rapport avec les questions en litige dans l'action.
 6. La jurisprudence exige en outre que le critère d'appréciation d'une crainte de partialité comporte l'obtention de renseignements auxquels le requérant n'a peut-être pas ou presque pas accès, en pratique. Il se peut que seule la personne qui rend la décision connaisse certains faits. Les principes de la justice naturelle et de l'équité procédurale exigent donc la divulgation aux requérants de tous les faits pertinents. C'est la procédure qu'a récemment suivie M^{me} le juge McGillis pour trancher la question de la crainte de partialité.
 7. La révocation du juge Campbell en qualité de juge du procès en l'espèce et le processus suivi à cette fin ne respectent pas les principes de la justice naturelle et de l'équité procédurale, ont miné la confiance que les demandeurs Samson ont envers la Cour et son processus de sélection et engendrent, en l'espèce, une crainte raisonnable de partialité institutionnelle de la part de la

Federal Court of Canada in respect to the designation of the Trial Judge;

8. The different procedure used by the Crown and accepted by the Associate Chief Justice and the procedure for recusal stipulated in the Order of MacKay, J. of October 10, 1997 further raise an apprehension of bias based on unequal treatment of litigants as between the Crown and aboriginal parties and breaches Samson Plaintiffs' constitutional rights under sections 7, 15 and 25 of the *Charter of Rights and Freedoms*;
9. The particular circumstances of these proceedings, including the Court's concurrence with the Crown's refusal to accept the case manager, MacKay, J., as the Trial Judge and the secret selection process for the designation of Mr. Justice Teitelbaum as the Trial Judge subsequent to the withdrawal of the Associate Chief Justice in July, 1997, from further participation in the selection of the trial judge at the request of Samson Plaintiffs, raises a reasonable apprehension of institutional bias or partiality in the particular circumstances of these proceedings;
10. The secret selection process for the designation of Mr. Justice Teitelbaum as the Trial Judge itself raises a reasonable apprehension of bias;
11. The bases for the apprehension of bias referred to above are compounded and reinforced by the judgment of the Federal Court of Appeal in *Sawridge Indian Band v. Canada (sub. nom. Twinn)* where that Court found that there was a reasonable apprehension of bias on the part of the Trial Judge, a senior judge of this Court. The proceedings in which bias was found involved, *inter alia*, all the members of the Ermineskin Band, who are Plaintiffs in T-1254-92, which proceedings raise similar issues to the proceedings instituted by Samson and which are proceeding jointly with the Samson proceedings;
12. Furthermore, the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias [sic]* dated September 25, 1997, and the public perception reflected in the October 2, 1997 editorial in the *Globe and Mail*, to the effect that many of the judges of the Federal Court of Canada were members of Parliament, Cabinet Ministers, officials of the Federal Government or had prominent involvement with a federal political party, increase the perception of a reasonable apprehension of bias in respect to the designated trial judge, particularly in light of the grounds set forth below;

Cour fédérale du Canada relativement à la désignation du juge du procès.

8. La procédure différente utilisée par la Couronne et acceptée par le juge en chef associé, ainsi que la procédure de récusation prévue dans l'ordonnance rendue par le juge MacKay le 10 octobre 1997, soulèvent en outre une crainte de partialité fondée sur le traitement inégal des parties au litige, savoir de la Couronne et des parties autochtones; elles portent atteinte aux droits constitutionnels garantis aux demandeurs Samson par les articles 7, 15 et 25 de la *Charte des droits et libertés*.
9. Les circonstances particulières de l'instance, et notamment l'approbation par la Cour du refus par la Couronne d'accepter le juge responsable de la gestion du dossier, le juge MacKay, comme juge du procès, et le processus de sélection secret qui a été appliqué pour désigner M. le juge Teitelbaum en qualité de juge du procès, après le retrait du juge en chef associé en juillet 1997 du processus de sélection du juge du procès à la demande des demandeurs Samson, soulèvent une crainte raisonnable de partialité institutionnelle ou engendrent une partialité dans les circonstances particulières de l'instance.
10. Le processus de sélection secret utilisé pour désigner M. le juge Teitelbaum en qualité de juge du procès suscite en soi une crainte raisonnable de partialité.
11. Le jugement rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Bande indienne de Sawridge c. Canada (sub. nom. Twinn)* aggrave et renforce les motifs de crainte de partialité mentionnés plus haut. Dans cette décision, la Cour a conclu qu'il existait une crainte raisonnable de partialité de la part du juge du procès, l'un des juges les plus anciens de la Cour. L'instance dans laquelle la conclusion de partialité a été tirée touchait, notamment, tous les membres de la Bande Ermineskin qui sont les demandeurs dans l'instance T-1254-92, qui soulève les mêmes questions que celle introduite par les Indiens Samson et qui a été réunie avec celle-ci.
12. En outre, la décision rendue récemment par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration) c. Tobias [sic]* le 25 septembre 1997, et la perception du public exprimée dans l'éditorial du *Globe and Mail* du 2 octobre 1997, portant que bon nombre de juges de la Cour fédérale du Canada sont d'anciens députés fédéraux, ministres du Cabinet, fonctionnaires du gouvernement fédéral, ou ont eu des liens importants avec des partis politiques fédéraux, amplifient la perception d'une crainte raisonnable de partialité de la part du juge du procès désigné, plus particulièrement en regard des moyens énoncés ci-dessous.

13. Samson Plaintiffs do not have full knowledge of the nature and degree of the relationships of the designated trial judge with the persons mentioned above in paragraphs 2 and 3 of the Orders or Relief sought of the applications, and in paragraph 6 hereof. However, these proceedings deal with issues which date back to prior to Treaty No. 6 of 1876 and deal in an important and significant manner with the actions and omissions of the Crown and Government of Canada, including employees and advisers to the Government, the Prime Minister and Ministers thereof, during that period. The questions in the proceedings directly involve the 1970's and the 1980's and include the entire period of time of the government presided over by the Honourable Brian Mulroney;
 14. The Samson Proceedings involve, *inter alia*, constitutional, trust and treaty obligations of the Crown respecting the management of natural resources held in trust by the Crown, royalty moneys paid in trust to the Crown, the *Indian Act* throughout the period mentioned in the preceding paragraph, the constitutionality of provisions of the *Indian Act*, regulations under the *Indian Act*, the *Indian Oil and Gas Act* and regulations thereunder, the *Financial Administration Act*, the nature and scope of treaty rights and benefits, the rights of Samson Plaintiffs to programs and services under Treaty No. 6 and otherwise, and claims for substantial monetary damages. The major claims with respect to damages relate to the period from 1969 to date;
 15. The acquaintances of Mr. Justice Teitelbaum with persons involved on behalf of the Crown related to the issues in this action, and, subject to full disclosure including the activities of Mr. Justice Teitelbaum for the Conservative Party of Canada give rise to a reasonable apprehension of bias in respect of Mr. Justice Teitelbaum as the Trial Judge;
 16. In addition, the Trial Judge, in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band et al.* (1996), 111 F.T.R. 161 and in *Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakai Indian Band* (1995), 99 F.T.R. 1, set forth his views on and made comments respecting the *Indian Act*, self-government, trust and fiduciary obligations, limitations of actions, the maturity of Indian bands, the implied dependence of Indians as clinging to mother's apron, with the Crown impliedly being the mother, and awarded solicitor client costs against the Wewayakai Band, in those proceedings. These views, comments, determinations and perspectives
13. Les demandeurs Samson ne connaissent pas la nature et le degré de proximité des liens que le juge du procès désigné a eus avec les personnes mentionnées précédemment aux paragraphes 2 et 3 décrivant les ordonnances et la réparation demandées, ainsi qu'au paragraphe 6 des moyens invoqués. Toutefois, la présente instance touche des questions qui remontent à une époque antérieure au Traité n° 6 de 1876 et concernent de façon importante et significative les actes et omissions de la Couronne et du Gouvernement du Canada, y compris ses fonctionnaires et conseillers, le premier ministre et ses ministres au cours de cette période. Les questions soulevées dans l'instance touchent directement les années 1970 et les années 1980 et englobent toute la période au cours de laquelle l'honorable Brian Mulroney a dirigé le gouvernement.
 14. L'instance engagée par les Indiens Samson touche notamment les obligations qui incombent à la Couronne, en vertu de la Constitution, de ses rapports fiduciaires et des traités, concernant la gestion des ressources naturelles détenues en fiducie par la Couronne, les redevances versées en fiducie à la Couronne, la *Loi sur les Indiens* au cours de la période mentionnée dans le paragraphe qui précède, la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, ses règlements d'application, la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* et ses règlements d'application, la *Loi sur la gestion des finances publiques*, la nature et la portée des droits et avantages conférés par les traités, les droits des demandeurs Samson à des programmes et services, notamment en vertu du Traité n° 6, et des demandes de dommages-intérêts pécuniaires importants. Les principales demandes relatives à des dommages-intérêts touchent la période comprise entre 1969 et ce jour.
 15. Les contacts de M. le juge Teitelbaum avec des personnes qui ont agi au nom de la Couronne ont un rapport avec les questions en litige en l'espèce et, sous réserve de la divulgation complète des activités de M. le juge Teitelbaum pour le Parti conservateur du Canada, engendrent une crainte raisonnable de partialité concernant M. le juge Teitelbaum comme juge du procès.
 16. De plus, dans les affaires *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui et al.* (1996), 111 F.T.R. 161 et *Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai* (1995), 99 F.T.R. 1, le juge du procès a énoncé son point de vue et fait des commentaires sur la *Loi sur les Indiens*, l'autonomie gouvernementale, les obligations de fiduciaire, la prescription des actions, la maturité des bandes indiennes, la dépendance implicite des Indiens qui s'accrochent aux jupes de leur mère, la Couronne étant considérée implicitement comme leur mère, et il a condamné la Bande indienne Wewayakai aux dépens

tives of the designated trial judge individually and collectively give rise to a reasonable bias in respect to the designated Trial Judge in respect to the pre-determination of crucial issues in the proceedings herein;

17. That in all these circumstances, a reasonable and right-minded person, applying himself to the question and obtaining thereon the required information, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—would have a reasonable apprehension of bias in respect of Mr. Justice Teitelbaum as the Trial Judge in these proceedings;
18. Furthermore, in the light of all the circumstances, Samson Plaintiffs, who are members of a particular aboriginal community with its racial dynamics, including the existence of a history of discrimination against aboriginal peoples and knowing of developments to date relating to the trial judge in respect to these proceedings, have an even greater reasonable apprehension of bias;
19. A reasonable apprehension of bias is incompatible with fundamental justice as required by section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms* and to the Rule of Law pursuant to the *Constitution Act, 1867* and *Charter* preambles and section 101 and requires Mr. Justice Teitelbaum to recuse himself.

[4] As evidence for the present application, the plaintiffs Samson Indian Band and Nation *et al.* have filed the affidavits of Phil Fontaine, National Chief of the Assembly of First Nations, Elijah Harper, a Treaty Indian who was Chief of the Red Sucker Lake First Nation and he remains “an Honorary Chief of the Red Sucker Lake First Nation”, Victor Buffalo, Acting Chief of the Samson Indian Band and Nation, Florence Buffalo, Chief of the Samson Indian Band and Nation, Ovide Mercredi, former National Grand Chief and the affidavit of C. Allan Donovan, a barrister and solicitor who was one of the solicitors of record of the *Wewayakum (Campbell River) Indian Band v. Canada and Wewayakai (Cape Mudge) Indian Band* and the trial of *Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakai Indian Band* (1995), 99 F.T.R. 1 (F.C.T.D.) (presided over by myself). This judgment is now in appeal before the Federal Court of Appeal.

procureur-client dans cette instance. Ces points de vue, commentaires, décisions et perspectives du juge du procès désigné engendrent, séparément et ensemble, une crainte raisonnable de partialité de la part du juge du procès désigné relativement à la possibilité que des questions cruciales dans l'instance soient tranchées d'avance.

17. Compte tenu de toutes ces circonstances, une personne sensée et raisonnable, qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet, qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, aurait une crainte raisonnable de partialité relativement à M. le juge Teitelbaum comme juge du procès dans l'instance.
18. De plus, compte tenu de toutes les circonstances, les demandeurs Samson, qui sont membres d'une communauté autochtone particulière ayant une dynamique raciale, dont des antécédents de discrimination contre les peuples autochtones, et sachant ce qui s'est passé jusqu'à ce jour concernant le juge du procès dans la présente instance, ont une crainte raisonnable de partialité encore plus grande.
19. Une crainte raisonnable de partialité est incompatible avec la justice fondamentale protégée par l'article 7 de la *Charte des droits et libertés* et la primauté du droit consacrée dans le préambule et l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et commande la récusation de M. le juge Teitelbaum.

[4] La Bande et la Nation des Indiens Samson et autres, à titre de demandeurs, ont déposé comme preuve à l'appui de la présente requête des affidavits signés par Phil Fontaine, chef national de l'Assemblée des Premières Nations, Elijah Harper, un Indien visé par un traité qui a été chef de la Première Nation de Red Sucker Lake et qui est toujours «chef honoraire de la Première Nation de Red Sucker Lake», Victor Buffalo, chef intérimaire de la Bande de la Nation des Indiens Samson, Florence Buffalo, chef de la Bande et de la Nation des Indiens Samson, Ovide Mercredi, ancien Grand chef national, et l'affidavit de C. Allan Donovan, avocat, qui était l'un des procureurs inscrits au dossier dans l'affaire *Bande indienne Wewayakum (Campbell River) c. Canada et Bande indienne Wewayakai (Cape Mudge)* et lors du procès *Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai* (1995), 99 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.) (que j'ai moi-même présidé). Ce jugement est maintenant en appel devant la Cour d'appel fédérale.

[5] Only one set of reasons was issued for both cases and in it I dismissed the action of the Wewayakai (Cape Mudge) Indian Band against the Crown with costs on a solicitor-client basis for the reasons stated in the judgment. The Court of Appeal will decide, upon hearing the appeal if, for the reasons I gave in the judgment, I was correct in using my discretion in the manner that I did. What is not in the affidavit of Mr. Donovan is that the counterclaim made by the Wewayakai Indian Band against the Wewayakum (Campbell River) Indian Band was dismissed without costs nor that the Wewayakum Indian Band's claim against the Crown was also dismissed without costs.

[6] Counsel for the plaintiffs Chief John Ermineskin *et al.* in case T-1254-92 filed the affidavit of William Roberts, a fisherman and "a Hereditary Chief of the Wewayakum Indian Band" (Campbell River Band) who states that in the cases involving Cape Mudge Indian Band and Campbell River Indian Band and the Crown he was a witness. He states:

5. During my testimony, I was extensively and aggressively examined by the trial Judge, Mr. Justice Teitelbaum. The tone of the examination was such that I had the strong impression that the trial Judge was attempting to entrap me. I felt as though I, or someone in my family, was being accused of some serious wrongdoing in matters going back almost 50 years.

6. Due to the intensity of the examination and the remarks made by the trial Judge, I suffered greatly from stress and anxiety and as a result I was ill for several days afterwards.

7. I seriously considered reporting the trial Judge to the Judicial Counsel because of the treatment I received at his hands and I discussed this at the time with counsel. I felt that the attitude of the Judge was completely uncalled for and especially intimidating to a person not conversant with legal procedures or court cases.

[7] William Roberts fails to state what were the remarks that were made that caused him to suffer greatly from stress and anxiety.

[5] Des motifs communs ont été prononcés dans ces deux affaires dans lesquelles j'ai rejeté l'action intentée par la Bande indienne Wewayakai (Cape Mudge) contre la Couronne, avec dépens sur la base procureur-client pour les motifs énoncés dans le jugement. La Cour d'appel décidera, après avoir entendu l'appel, si j'ai exercé correctement mon pouvoir discrétionnaire, pour les motifs que j'ai exposés dans le jugement. M^e Donovan ne mentionne pas dans son affidavit que la demande reconventionnelle présentée par la Bande indienne Wewayakai contre la Bande indienne Wewayakum (Campbell River) a été rejetée sans dépens, et que la demande de la Bande indienne Wewayakum contre la Couronne a également été rejetée sans dépens.

[6] Les avocats des demandeurs Chef John Ermineskin et autres dans l'affaire T-1254-92, ont déposé l'affidavit de William Roberts, un pêcheur et «chef héréditaire de la Bande indienne Wewayakum» (Bande de Campbell River) qui affirme avoir témoigné dans les affaires concernant la Bande indienne de Cape Mudge et la Bande indienne de Campbell River. Il déclare:

[TRADUCTION]

5. Au cours de mon témoignage, j'ai été interrogé abondamment et avec insistance par le juge du procès, M. le juge Teitelbaum. Le ton sur lequel il m'a interrogé a créé chez moi le sentiment très net que le juge du procès tentait de me piéger. Je me suis senti comme si moi, ou une personne de ma famille, étions accusés de fautes graves commises dans des affaires remontant à près de 50 ans.

6. Compte tenu de l'intensité de l'interrogatoire et des remarques formulées par le juge du procès, j'ai subi beaucoup de stress et d'anxiété, ce qui m'a rendu malade pendant plusieurs jours par la suite.

7. J'ai songé sérieusement à dénoncer le juge du procès au Conseil de la magistrature en raison de la façon dont il m'a traité et j'en ai parlé à l'époque avec mon avocat. J'estimais que l'attitude du juge était totalement inopportune et particulièrement intimidante pour une personne qui n'est pas familière avec les formalités juridiques ou la procédure judiciaire.

[7] William Roberts n'a pas précisé quelles remarques lui auraient causé beaucoup de stress et d'anxiété.

[8] I have reviewed the transcript of the questions put to the witness during the trial. I am satisfied that I did not try to “entrap” Mr. Roberts but only to try to understand his evidence. In order to do so, I felt it necessary to ask many questions of this witness. Furthermore, to be a witness at a trial can cause stress and anxiety. This is perfectly normal. It has nothing to do with remarks made or not made.

[9] Counsel also filed the affidavit of Gerry Ermineskin, elected Chief of the Ermineskin Indian Band.

[10] With the exception of C. Allan Donovan and William Roberts, all affiants filed exhibits with their affidavits. One of these exhibits, Exhibit “U” to the affidavit of Victor Buffalo is a list of 266 cases decided by me and which, according to Victor Buffalo or, I should say, “Samson’s solicitors”, were decided 74.1% of the time in favour of the “Crown” and, I assume, this gives Acting Chief Victor Buffalo a reasonable apprehension of bias of my impartiality. I have not gone through this list in any detail as I am satisfied that this allegation is a meaningless one. I decide each case before me on the evidence that is placed before me and on the applicable law. I do not count the percentage of cases decided for or against a party and then make a decision.

[11] I do not intend to refute each and every allegation made by all the affiants. The grounds in the notice of motion reflect what the affiants state in their affidavits. The affiants speak of the process of the Court deciding that Mr. Justice Campbell should not be the Trial judge, the “method” of how I was designated to be the Trial Judge and my “words and actions” arising from the cases of *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1996] 3 F.C. 373 (T.D.) and in the *Wewayakum Indian Band* cases (*supra*).

[12] I believe it important that paragraphs 44, 45 and 46 of the affidavit of Victor Buffalo be reproduced in this decision and answered.

[8] J’ai étudié la transcription des questions qui ont été posées au témoin au cours du procès. Je suis convaincu de ne pas avoir tenté de «piéger» M. Roberts, mais d’avoir simplement tenté de comprendre son témoignage. À cette fin, j’ai cru nécessaire de poser beaucoup de questions au témoin. De plus, le simple fait d’être témoin dans un procès peut causer du stress et de l’anxiété. C’est tout à fait normal. Cela n’a rien à voir avec les remarques formulées ou non.

[9] Les avocats ont également déposé l’affidavit de Gerry Ermineskin, chef élu de la Bande des Indiens Ermineskin.

[10] À l’exception de C. Allan Donovan et de William Roberts, tous les auteurs des affidavits ont déposé des pièces jointes à leur affidavit. L’une de ces pièces, la pièce «U» jointe à l’affidavit de Victor Buffalo, est une liste de 266 décisions que j’ai rendues et qui, selon Victor Buffalo ou, devrais-je dire, «les avocats des Indiens Samson», ont donné gain de cause à la «Couronne» dans 74,1 p. 100 des cas et je suppose que cela suscite chez le chef intérimaire Victor Buffalo une crainte raisonnable de partialité de ma part. Je n’ai pas examiné en détail chaque élément de la liste car je suis convaincu que cette allégation est dénuée de sens. Je tranche chaque litige qui m’est soumis à partir de la preuve qui est produite devant moi et du droit applicable. Je ne calcule pas le pourcentage des causes tranchées en faveur ou en défaveur d’une partie avant de rendre ma décision.

[11] Je n’ai pas l’intention de réfuter chacune des allégations formulées par les auteurs des affidavits. Les moyens énoncés dans l’avis de motion indiquent ce que les auteurs des affidavits y ont déclaré. Ceux-ci parlent du processus suivi par la Cour pour décider que M. le juge Campbell ne devait pas présider l’instruction, de la «méthode» utilisée pour me désigner comme juge du procès et de mes «paroles et actes» découlant des affaires *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1996] 3 C.F. 373 (1^{re} inst.) des affaires concernant la *Bande indienne Wewayakum* (précitées).

[12] Je crois important de reproduire les paragraphes 44, 45 et 46 de l’affidavit de Victor Buffalo et d’y répondre dans la présente décision.

44. THAT I am advised by Samson's solicitors and do verily believe that when the former Prime Minister of Canada, The Honourable Brian Mulroney was asked recently as to whether he knew Mr. Justice Teitelbaum, he responded "Sure I know Max". As a result of this communication I do verily believe that Mr. Justice Teitelbaum is an acquaintance of the former Prime Minister of Canada, The Honourable Brian Mulroney. The Honourable Brian Mulroney was the Prime Minister and a member of the Cabinet when Mr. Justice Teitelbaum was appointed to the Federal Court in 1985. The Honourable Brian Mulroney was also Prime Minister between September 17th, 1984 and June 25th, 1993, a period during which many claims against the Crown arose in this action.

45. THAT I am advised by Samson's solicitors and do verily believe that Mr. Justice Teitelbaum attended at McGill Faculty of Law at the same time as The Honourable W. Warren Allmand, a former Minister of Indian Affairs and Northern Development, G. Ian Watson, a former Chair of the Standing Committee of Indian Affairs, The Honourable Donald J. Johnson, a former Cabinet Minister and P. Michael Pitfield, a former Secretary to the Privy Council and Yves Fortier Q.C., a former Ambassador to the United Nations. Now shown to me and marked as Exhibit "T" to this my Affidavit is a true copy of a list of the class of 1957 and 1958 of the McGill Faculty of Law.

46. THAT I am advised by Samson's counsel and do verily believe that they have made enquiries and have been advised that Mr. Justice Teitelbaum was active in fundraising for the Conservative Party of Canada prior to his appointment to the Federal Court.

[13] These allegations are only made by Acting Chief Victor Buffalo and, as he states, he obtained this information from "Samson's solicitors" who, as it was stated to me is Mr. James O'Reilly who, it appears from what he stated to me, is a friend of the Honourable Brian Mulroney knowing him since 1964.

[14] I would first state that the allegation of whether I know the Honourable Brian Mulroney or any other of the persons mentioned in the above paragraphs is totally immaterial to the issue of a reasonable apprehension of bias. I was asked to disclose my relationship with the individuals mentioned in paragraphs 44 and 45 of the affidavit and my involvement with fund

[TRADUCTION]

44. J'ai été informé par les avocats des Indiens Samson et je tiens pour véridique qu'on a demandé récemment à l'ancien premier ministre du Canada, l'honorable Brian Mulroney, s'il connaissait M. le juge Teitelbaum, et qu'il a répondu «Bien sûr que je connais Max». En raison de ces renseignements, je crois réellement que M. le juge Teitelbaum est une connaissance de l'ancien premier ministre du Canada, l'honorable Brian Mulroney. L'honorable Brian Mulroney était premier ministre et membre du Cabinet lorsque M. le juge Teitelbaum a été nommé à la Cour fédérale, en 1985. L'honorable Brian Mulroney était aussi premier ministre entre le 17 septembre 1984 et le 25 juin 1993, période au cours de laquelle beaucoup de demandes contre la Couronne ont pris naissance dans la présente action.

45. J'ai été informé par les avocats des Indiens Samson et je tiens pour véridique que M. le juge Teitelbaum a fréquenté la faculté de droit de l'Université McGill au même moment que l'honorable W. Warren Allmand, ancien ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, que G. Ian Watson, ancien président du Comité permanent des Affaires indiennes, que l'honorable Donald J. Johnson, ancien ministre du Cabinet, et que P. Michael Pitfield, ancien secrétaire du Conseil privé, et Yves Fortier, c.r., ancien ambassadeur aux Nations-Unies. La pièce «T» qu'on me présente et qui est jointe à mon affidavit constitue une copie conforme d'une liste des finissants de 1957 et 1958 de la faculté de droit de l'Université McGill.

46. J'ai été informé par les avocats des Indiens Samson et je tiens pour véridique qu'ils ont demandé des renseignements et qu'ils ont été avisés que monsieur le juge Teitelbaum a participé activement au financement du Parti conservateur du Canada avant d'être nommé à la Cour fédérale.

[13] Ces allégations sont formulées uniquement par le chef intérimaire Victor Buffalo et, comme il l'a dit lui-même, il s'agit de renseignements obtenus des «avocats des Indiens Samson»; il s'agit, selon les renseignements qui m'ont été donnés, de M^c James O'Reilly qui, d'après ce qu'il m'a dit, est un ami de l'honorable Brian Mulroney, qu'il connaît depuis 1964.

[14] Je commencerai par préciser que l'allégation portant sur la question de savoir si je connais l'honorable Brian Mulroney ou une autre des personnes dont le nom figure dans les paragraphes qui précèdent n'a absolument rien à voir avec la question de la crainte raisonnable de partialité. On m'a demandé de divulguer les liens que j'ai eus avec les personnes mention-

raising for the Conservative Party of Canada prior to my appointment as this would suggest to Acting Chief Victor Buffalo, or at least to his counsel, a reasonable apprehension of bias. I believe that what plaintiffs are really attempting to say is since I know Brian Mulroney I must be recused in the same way Justice Campbell was reassigned because he knows Roy Louis, Cathy Louis and Wilson Okimaw. This is comparing apples and oranges. Roy and Cathy Louis and Wilson Okimaw are members of the Samson Band and Nation. The persons mentioned in paragraphs 44 and 45 of Victor Buffalo's affidavit have no interest in the outcome of these two cases. The Louis' certainly have a direct interest in the outcome of the case. Roy Louis is an active member of the Samson Indian Band and Nation and Cathy Louis is a close friend of Mr. Justice Campbell.

[15] I stated that I was an "acquaintance" of the Honourable Brian Mulroney as my association with him was not on a social basis. The Honourable Warren Allmand, a former Liberal Minister of Indian Affairs and Northern Development, and G. Ian Watson attended Law School at McGill University with me and were classmates. I confirmed that I had heard of Donald J. Johnson and that I may have said hello to him on one or two occasions and that I never had the pleasure of meeting P. Michael Pitfield. I do know Yves Fortier, Q.C.

[16] After asking counsel for plaintiffs their definition of "fundraising", I indicated that I never raised funds for the Conservative Party of Canada. I added that it should be considered an honour to serve one's country in a political office and to know someone who has served his country as a Member of Parliament. In my opinion, this fact cannot give rise to a reasonable apprehension of bias.

[17] As I have stated, the allegations found in paragraphs 44, 45 and 46 of Victor Buffalo's affidavit

nées dans les paragraphes 44 et 45 de l'affidavit et ma participation au financement du Parti conservateur du Canada avant ma nomination, car le chef intérimaire Victor Buffalo ou à tout le moins ses avocats, pourraient en déduire qu'il existe une crainte raisonnable de partialité. Je crois que les demandeurs tentent en fait de faire valoir que, puisque je connais Brian Mulroney, je dois me récuser, tout comme le juge Campbell a été affecté à d'autres causes parce qu'il connaît Roy Louis, Cathy Louis et Wilson Okimaw. On compare ainsi des situations qui ne sont pas comparables. Roy Louis, Cathy Louis et Wilson Okimaw sont membres de la Bande et de la Nation des Indiens Samson. Les personnes mentionnées aux paragraphes 44 et 45 de l'affidavit de Victor Buffalo n'ont aucun intérêt dans l'issue des deux instances. Roy et Cathy Louis ont certainement un intérêt direct dans l'issue de la cause. Roy Louis est un membre actif de la Bande et de la Nation des Indiens Samson et Cathy Louis est une bonne amie de M. le juge Campbell.

[15] J'ai affirmé que j'étais une «connaissance» de l'honorable Brian Mulroney, car je n'ai pas eu de liens avec lui dans le cadre de ma vie sociale. L'honorable Warren Allmand, ancien ministre libéral des Affaires indiennes et du Nord canadien, et G. Ian Watson ont fréquenté l'école de droit de l'Université McGill au même moment que moi et ils étaient mes compagnons de classe. Je confirme avoir entendu parler de Donald J. Johnson et l'avoir peut-être salué à une ou deux reprises. Je n'ai jamais eu le plaisir de rencontrer P. Michael Pitfield. Je connais Yves Fortier, c.r.

[16] Après avoir demandé aux avocats des demandeurs quelle était leur définition du terme «financement», j'ai déclaré n'avoir jamais participé au financement du Parti conservateur du Canada. J'ai ajouté qu'on devait considérer comme un honneur de servir son pays en occupant un poste politique et de connaître une personne qui a servi son pays en qualité de député fédéral. À mon avis, cela ne donne pas naissance à une crainte raisonnable de partialité.

[17] Comme je l'ai déjà mentionné, les allégations qui figurent dans les paragraphes 44, 45 et 46 de

are, in addition to being irrelevant, totally meaningless for the purpose of the present application.

ISSUES

[18] After a reading of the notice of motion and a reading of the affidavit evidence, together with the attached exhibits, I am satisfied that the following are the issues in the determination of whether or not a reasonable apprehension of bias can legally exist from the facts of this case.

(1) The manner in which it was decided that Mr. Justice Campbell would not be the Trial Judge.

(2) The manner of my appointment as Trial Judge.

(3) Whether my past “words and actions” in the Cape Mudge, Campbell River Indian Band cases and in the *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* case gives rise to a reasonable apprehension of bias.

(4) Whether my past relationships mentioned by Acting Chief Victor Buffalo with certain specific individuals and with the Conservative Party of Canada is sufficient so as to conclude that a reasonable apprehension of bias exists.

(5) The issue of procedure used for recusal.

(6) A sixth issue arose at the hearing when counsel for the Ermineskin Indian Band and Nation *et al.* suggested that a reasonable apprehension of bias arises from the mere fact that I heard and decided an application for my own recusal.

THE LAW

The Test for Reasonable Apprehension of Bias

[19] The genesis for the modern formulation of the test is contained in the dissenting judgment of

l’affidavit de Victor Buffalo sont, non seulement non pertinentes, mais totalement dénuées de sens aux fins de la présente requête.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[18] Après avoir lu l’avis de requête et la preuve par affidavit, ainsi que les pièces qui y sont jointes, je suis convaincu que les questions suivantes sont celles qu’il faut trancher pour déterminer s’il peut ou non exister, en droit, une crainte raisonnable de partialité compte tenu des faits de l’espèce:

1) la façon dont a été prise la décision que M. le juge Campbell ne présiderait pas l’instruction;

2) la façon dont j’ai été désigné pour présider l’instruction;

3) la question de savoir si «mes paroles et mes actes» dans les instances touchant les bandes indiennes de Campbell River et de Cape Mudge, et dans la cause *Canadien Pacifique Ltée c. Bande Indienne de Matsqui* engendrent une crainte raisonnable de partialité;

4) la question de savoir si les liens, mentionnés par le Chef intérimaire Victor Buffalo, que j’ai eus avec certaines personnes précises et avec le Parti conservateur du Canada suffisent pour justifier une conclusion portant qu’il existe une crainte raisonnable de partialité;

5) la question de la procédure utilisée pour la récusation;

6) une sixième question, surgie lors de l’audition, lorsque les avocats de la Bande et de la Nation des Indiens Ermineskin et autres ont laissé entendre que le simple fait que j’entende et que je tranche une requête concernant ma propre récusation soulève une crainte raisonnable de partialité.

LE DROIT

Le critère d’appréciation d’une crainte raisonnable de partialité

[19] Ce critère, tel qu’il est formulé aujourd’hui, tire son origine de la dissidence du juge de Grandpré dans

de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394 (hereinafter *Committee for Justice*):

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude”.

[20] There is some question about the degree of knowledge which this reasonable person possesses. In *Committee for Justice*, de Grandpré J. referred to an “informed person” at page 394 as being the “reasonable” person.

[21] An oft-quoted passage on the subject is by Lord Denning in *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.), Ltd. v. Lannon*, [1968] 3 All E.R. 304 (C.A.), at page 310:

... in considering whether there was a real likelihood of bias, the court does not look at the mind of the justice himself or at the mind of the chairman of the tribunal, or whoever it may be, who sits in a judicial capacity. It does not look to see if there was a real likelihood that he would, or did, in fact favour one side at the expense of the other. The court looks at the impression which would be given to other people. Even if he was as impartial as could be, nevertheless, if right-minded persons would think that, in the circumstances, there was a real likelihood of bias on his part, then he should not sit. And if he does sit, his decision cannot stand [cited cases omitted]. Nevertheless, there must appear to be a real likelihood of bias. Surmise or conjecture is not enough [cited cases omitted]. There must be circumstances from which a reasonable man would think it likely or probable that the justice, or chairman, as the case may be, would, or did, favour one side unfairly. Suffice it that reasonable people might think he did. The reason is plain enough. Justice must be rooted in confidence: and confidence is destroyed when right-minded people go away thinking: “The judge was biased.” [Underlining is mine.]

[22] Although the situations where a judge should be disqualified necessarily depend on the level of generality one chooses, there are several situations which

l’affaire *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l’énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394 (ci-après appelée l’arrêt *Committee for Justice*):

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d’une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d’appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique».

[20] La question de savoir quel degré de connaissance cette personne raisonnable devrait posséder n’est pas tout à fait fixée. Dans l’arrêt *Committee for Justice*, le juge de Grandpré a parlé d’une personne «bien renseignée», à la page 394, comme d’une personne «raisonnable».

[21] On cite souvent à ce sujet un extrait de l’opinion rendue par lord Denning dans l’affaire *Metropolitan Properties Co. (F.G.C.), Ltd. v. Lannon*, [1968] 3 All E.R. 304 (C.A.), à la page 310:

[TRADUCTION] ... pour trancher la question de savoir s’il y avait une réelle probabilité de partialité, la Cour ne scrute pas l’esprit du juge ou du président du tribunal, ni de quiconque exerce une fonction judiciaire. La Cour ne se demande pas s’il existe une réelle probabilité que l’intéressé avantage ou a de fait avantaagé une partie aux dépens de l’autre. La Cour s’intéresse à l’impression produite. Même si le juge était on ne peut plus impartial, dans la mesure où des personnes sensées estiment que, compte tenu des circonstances, il y a une réelle probabilité de partialité de sa part, il ne doit pas siéger. S’il siège, sa décision ne peut pas être maintenue [décisions citées omises]. Cela dit, il doit y avoir une réelle probabilité de partialité. Suppositions et conjectures ne suffisent pas [décisions citées omises]. Il faut que les circonstances soient telles qu’une personne raisonnable puisse penser qu’il est probable ou vraisemblable que le juge ou le président favorise ou a favorisé injustement l’une des parties aux dépens de l’autre. La Cour ne cherchera pas à savoir si le juge a effectivement favorisé injustement l’une des parties. Il suffit que des personnes raisonnables puissent le penser. La raison en est évidente. La justice suppose un climat de confiance qui ne peut subsister si des personnes sensées ont l’impression que «le juge a fait preuve de partialité.» [Non souligné dans l’original.]

[22] Bien que les situations dans lesquelles un juge devrait se récuser dépendent nécessairement du degré de généralité retenu, plusieurs situations semblent

seem to crop up on a regular basis. In *Energy Probe v. Atomic Energy Control Board*, [1985] 1 F.C. 563 (C.A.), affg [1984] 2 F.C. 227 (T.D.), Marceau J.A. suggested at page 580 that the following circumstances would typically disqualify a judge:

. . . kinship, friendship, partisanship, particular professional or business relationship with one of the parties, animosity towards someone interested, predetermined mind as to the issue involved, etc.

[23] Several cases have sounded a warning that a judge should not easily accept an application to recuse. Chief Justice McEachern made the following observation in *G.W.L. Properties Ltd. v. W.R. Grace & Co. of Canada Ltd.* (1992), 74 B.C.L.R. (2d) 283 (C.A.), at page 287:

A reasonable apprehension of bias will not usually arise unless there are legal grounds upon which a judge should be disqualified. It is not quite as simple as that because care must always be taken to ensure that there is no appearance of unfairness. That, however, does not permit the court to yield to every angry objection that is voiced about the conduct of litigation. We hear so much angry objection these days that we must be careful to insure that important rights are not sacrificed merely to satisfy the anxiety of those who seek to have their own way at any cost or at any price.

[24] On a similar note, the British Columbia Court of Appeal in *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board* (1993), 83 B.C.L.R. (2d) 257 (C.A.), stated the following, at page 261:

As I believe the Chief Justice of this Court has said on more than one occasion, a trial is not a tea party. But bias does not mean that the judge is less than unfailingly polite or less than unfailingly considerate. Bias means a partiality to one side of the cause or the other. It does not mean an opinion as to the case founded on the evidence nor does it mean a partiality or preference or even a displayed special respect for one counsel or another, nor does it mean an obvious lack of respect for another counsel, if that counsel displays in the judge's mind a lack of professionalism.

. . .

Bias does not equate with what might be found in the end to be an unsatisfactory trial. [Underlining is mine.]

survir régulièrement. Dans l'affaire *Enquête énergie c. Commission de contrôle de l'énergie atomique*, [1985] 1 C.F. 563 (C.A.), conf. par [1984] 2 C.F. 227 (1^{re} inst.), le juge Marceau, J.C.A., a laissé entendre, à la page 580, que le juge devait habituellement se récuser pour les motifs suivants:

. . . la parenté, l'amitié, la partialité, des relations professionnelles ou commerciales particulières avec l'une des parties, l'animosité envers une personne ayant un intérêt dans l'affaire, une opinion arrêtée sur la question en litige, etc.

[23] Plusieurs causes ont lancé un avertissement aux juges de ne pas accueillir à la légère une requête en récusation. Le juge en chef McEachern a formulé le commentaire suivant dans *G.W.L. Properties Ltd. v. W.R. Grace & Co. of Canada Ltd.* (1992), 74 B.C.L.R. (2d) 283 (C.A.), à la page 287:

[TRADUCTION] Une crainte raisonnable de partialité ne surgira habituellement pas à moins qu'il existe des motifs juridiques justifiant la récusation du juge. L'affaire n'est pas aussi simple, car il faut toujours veiller à ce qu'il n'y ait pas apparence d'injustice. Le tribunal n'est pas pour autant autorisé à plier devant chaque violente objection concernant le déroulement de l'instance. Nous entendons tant de violentes objections, de nos jours, que nous devons nous assurer de ne pas sacrifier de droits importants simplement pour calmer l'anxiété des personnes qui veulent tout régler à leur manière, peu importe le coût ou le prix à payer.

[24] Dans la même veine, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait la déclaration suivante, dans l'arrêt *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board* (1993), 83 B.C.L.R. (2d) 257 (C.A.), à la page 261:

[TRADUCTION] Comme le juge en chef de notre Cour l'a dit je crois à plus d'une reprise, un procès n'est pas une réception mondaine. Mais quand on parle de partialité, on ne parle pas d'un juge qui ne ferait pas preuve d'une politesse ou d'une prévenance absolue. La partialité s'entend d'un parti pris en faveur d'une partie ou d'une autre. Il ne s'agit pas d'une opinion sur le litige qui s'appuierait sur la preuve, ni d'un penchant, d'une préférence, ou même d'un sentiment avoué de respect particulier envers un avocat ou un autre, ni d'un manque de respect manifeste envers un autre avocat, si le juge estime que celui-ci manque de professionnalisme.

. . .

Il ne faut pas confondre la partialité et un procès qui pourrait s'avérer insatisfaisant en bout de ligne. [Non souligné dans l'original.]

[25] Thus, as Hoyt J.A. stated in *Blanchard v. Canadian Paper Workers' Union, Local 263 et al.* (1991), 113 N.B.R. (2d) 344 (C.A.), a decision to disqualify should “only be exercised sparingly and in the most clear and exceptional cases” (at page 351).

[26] In cases where the test for bias is not satisfied, the Court in *Mattson v. ALC Airlift Canada Inc.* (1993), 18 C.P.C. (3d) 310 (B.C.S.C.) noted that the judge will continue to sit on the trial to its conclusion despite unhappiness on the part of counsel or parties over the conduct of the trial.

[27] As well, in the case of *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at pages 530-532:

(iv) The Test for Finding a Reasonable Apprehension of Bias

When it is alleged that a decision-maker is not impartial, the test that must be applied is whether the particular conduct gives rise to a reasonable apprehension of bias. *Idziak, supra*, at p. 660. It has long been held that actual bias need not be established. This is so because it is usually impossible to determine whether the decision-maker approached the matter with a truly biased state of mind. See *Newfoundland Telephone, supra*, at p. 636.

It was in this context that Lord Hewart C.J. articulated the famous maxim: “[it] is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”: *The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259. The Crown suggested that this maxim provided a separate ground for review of Judge Sparks’ decision, and implied that the threshold for appellate intervention is lower when reviewing a decision for “appearance of justice” than for “appearance of bias”. This submission cannot be sustained. The *Sussex Justices* case involved an allegation of bias. The requirement that justice should be seen to be done simply means that the person alleging bias does not have to prove actual bias. The Crown can only succeed if Judge Sparks’ reasons give rise to a reasonable apprehension of bias.

The manner in which the test for bias should be applied was set out with great clarity by de Grandpré J. in his

[25] Ainsi, comme le juge Hoyt de la Cour d’appel l’a déclaré dans l’affaire *Blanchard c. Canadian Paper Workers' Union, Local 263 et al.* (1991), 113 R.N.-B. (2^e) 344 (C.A.), la décision de récuser un juge est une mesure «qui ne peut être prise qu’avec modération et que dans les cas les plus évidents et exceptionnels» (à la page 351).

[26] Lorsque l’application du critère d’appréciation de la partialité ne permet pas de conclure qu’il y a partialité, le tribunal a souligné, dans l’affaire *Mattson v. ALC Airlift Canada Inc.* (1993), 18 C.P.C. (3d) 310 (C.S.C.-B.), que le juge continuera à présider au procès jusqu’à la fin, malgré le mécontentement des avocats ou des parties concernant le déroulement du procès.

[27] De même, dans l’affaire *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, aux pages 530 à 532:

(iv) Le critère à appliquer en matière de crainte raisonnable de partialité

Lorsqu’on allègue la partialité du décideur, le critère à appliquer consiste à se demander si la conduite particulière suscite une crainte raisonnable de partialité. Voir arrêt *Idziak*, précité, à la p. 660. On reconnaît depuis longtemps qu’il n’est pas nécessaire d’établir l’existence de la partialité dans les faits. Il est en effet habituellement impossible de déterminer si le décideur a abordé l’affaire avec des idées réellement préconçues. Voir arrêt *Newfoundland Telephone*, précité, à la p. 636.

C’est dans ce contexte que le lord juge en chef Hewart a énoncé la célèbre maxime: [TRADUCTION] «[I]l est essentiel que non seulement justice soit rendue, mais que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue». *The King c. Sussex Justices, Ex Parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, à la p. 259. Le ministère public a avancé que cette maxime constituait un motif distinct d’examen de la décision du juge Sparks, laissant entendre que les cours d’appel interviennent plus volontiers dans les cas où l’«impression de justice» est en jeu que dans les cas où il s’agit d’«apparence de partialité». Cet argument est mal fondé. L’affaire *Sussex Justices* concernait une allégation de partialité. L’exigence que justice paraisse être rendue signifie simplement que la personne qui allègue la partialité n’est pas tenue de prouver l’existence de cette partialité dans les faits. Le ministère public ne peut avoir gain de cause que si les motifs du juge Sparks suscitent une crainte raisonnable de partialité.

Dans ses motifs de dissidence dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l’énergie*, [1978] 1

dissenting reasons in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394.

[T]he apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information [The] test is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude”

This test has been adopted and applied for the past two decades. It contains a two-fold objective element: the person considering the alleged bias must be reasonable, and the apprehension of bias itself must also be reasonable in the circumstances of the case. See *Bertram*, *supra*, at pp. 54-55; *Gushman*, *supra*, at para. 31. Further the reasonable person must be an informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, including “the traditions of integrity and impartiality that form a part of the background and apprised also of the fact that impartiality is one of the duties the judges swear to uphold”: *R. v. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (H.C.), at para. 14. See also *Stark*, *supra*, at para. 74; *R. v. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (S.C.), at para. 34. To that I would add that the reasonable person should also be taken to be aware of the social reality that forms the background to a particular case, such as societal awareness and acknowledgement of the prevalence of racism or gender bias in a particular community.

. . .

Regardless of the precise words used to describe the test, the object of the different formulations is to emphasize that the threshold for a finding of real or perceived bias is high. It is a finding that must be carefully considered since it calls into question an element of judicial integrity. Indeed an allegation of reasonable apprehension of bias calls into question not simply the personal integrity of the judge, but the integrity of the entire administration of justice.

DISCUSSION

[28] As I have stated, I see the present application as an application that I disqualify myself from hearing the trial of the above cases set to start sometime in the near future. As it was forecast to take anywhere from one to two years, or more, in Calgary, it was decided that a judge should be assigned to hear the trial. As a result, the Associate Chief Justice, as it is within his jurisdiction to do so, decided that Mr. Justice Campbell should be the assigned judge for the hearing.

R.C.S. 369, à la p. 394, le juge de Grandpré a exposé avec beaucoup de clarté la façon dont il convient d'appliquer le critère de la partialité:

[L]a crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet . . . [C]e critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique . . . ».

C'est ce critère qui a été adopté et appliqué au cours des deux dernières décennies. Il comporte un double élément objectif: la personne examinant l'allégation de partialité doit être raisonnable, et la crainte de partialité doit elle-même être raisonnable eu égard aux circonstances de l'affaire. Voir les décisions *Bertram*, précitée, aux pp. 54 et 55; *Gushman*, précitée, au par. 31. La personne raisonnable doit de plus être une personne bien renseignée, au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes, y compris [TRADUCTION] «des traditions historiques d'intégrité et d'impartialité, et consciente aussi du fait que l'impartialité est l'une des obligations que les juges ont fait le serment de respecter». *R. c. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (H.C.), au par. 14. Voir aussi *Stark*, précité, au par. 74; *R. c. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (C.S.), au par. 34. A ceci j'ajouterais que la personne raisonnable est également censée connaître la réalité sociale sous-jacente à une affaire donnée, et être sensible par exemple à l'ampleur du racisme ou des préjugés fondés sur le sexe dans une collectivité donnée.

. . .

Peu importe les mots précis utilisés pour définir le critère, ses diverses formulations visent à souligner la rigueur dont il faut faire preuve pour conclure à la partialité, réelle ou apparente. C'est une conclusion qu'il faut examiner soigneusement car elle met en cause un aspect de l'intégrité judiciaire. De fait, l'allégation de crainte raisonnable de partialité met en cause non seulement l'intégrité personnelle du juge, mais celle de l'administration de la justice toute entière.

DISCUSSION

[28] Comme je l'ai mentionné, je considère la présente requête comme une requête visant à ce que je me récuse et que je ne préside pas l'instruction des affaires susmentionnées qui doit débiter bientôt, à une date indéterminée. Comme on s'attendait que l'instruction s'échelonne sur une ou deux années, ou plus, à Calgary, il a été décidé qu'il convenait d'affecter un juge à l'instruction. En conséquence, le juge en chef adjoint, qui avait compétence à cet égard, a décidé que M. le juge Campbell serait désigné pour présider l'instruction.

(1) The Assignment of Mr. Justice Campbell as Trial Judge

[29] I do not believe it necessary for the purposes of this decision to recite in detail what steps were taken in the assignment of Mr. Justice Campbell as Trial Judge, nor how it was decided by the Associate Chief Justice (hereinafter ACJ) that Mr. Justice Campbell should not be the assigned Trial Judge.

[30] To see what plaintiffs allege took place, one can read the affidavits of Chief Florence Buffalo and the written submissions of the plaintiffs for the present application.

[31] After it was decided by the ACJ that Mr. Justice Campbell would no longer be the assigned Trial Judge, he informed plaintiffs' counsel of that decision by telephone. The ACJ is alleged to have commented, in the course of this conversation, that as a result of Mr. Justice Campbell knowing three persons who are or may be members of the plaintiff Samson Indian Band, he decided Mr. Justice Campbell should not sit as the Trial Judge. It is my understanding that the reassignment of Mr. Justice Campbell came about as a result of Mr. Justice Campbell taking the initiative in raising his relationship with three members of the Samson Indian Band and Nation, all of whom have a direct interest in the outcome of the case. Judges do not normally raise such an issue unless they are concerned that discovery of the relationship, after the commencement of the hearing, might raise a reasonable apprehension of bias. Mr. Justice Campbell raised the issue on at least two occasions. This, I am satisfied, clearly shows his concern that his friendship with these individuals could raise a reasonable apprehension of bias.

[32] It is alleged by plaintiffs' counsel that the ACJ stated he would not assign a newly appointed Aboriginal judge to hear an Aboriginal case as he was of the view that such a judge might find it uncomfortable hearing such a case.

[33] As a result, the Samson Indian Band filed a complaint of discrimination against the ACJ with the

1) La désignation de M. le juge Campbell en qualité de juge du procès

[29] Je ne crois pas nécessaire pour trancher la présente requête de relater en détail les étapes qui ont mené à la désignation de M. le juge Campbell en qualité de juge du procès, ni de préciser comment le juge en chef adjoint a décidé que M. le juge Campbell ne devait pas être désigné comme juge du procès.

[30] Pour connaître les événements qui se sont produits selon les demandeurs, il suffit de lire les affidavits du chef Florence Buffalo et les prétentions écrites des demandeurs aux fins de la présente requête.

[31] Après avoir décidé que M. le juge Campbell ne serait plus le juge désigné pour présider le procès, le juge en chef adjoint a informé les avocats des demandeurs de sa décision par téléphone. Selon leurs prétentions, le juge en chef adjoint aurait formulé, au cours de cette conversation, des commentaires portant qu'il aurait décidé que M. le juge Campbell ne devait pas siéger en qualité de juge du procès parce qu'il connaissait trois personnes qui sont, ou pourraient être, membres de la Bande des Indiens Samson, qui est demanderesse. À ce qu'on m'a dit, la réaffectation de M. le juge Campbell découle du fait que celui-ci a, de son propre chef, soulevé la question de ses liens avec trois membres de la Bande et de la Nation des Indiens Samson, qui ont tous un intérêt direct dans l'issue de l'instance. Les juges ne soulèvent habituellement pas ce type de question, à moins de craindre que la découverte de ces liens, après le début de l'audition, puisse soulever une crainte raisonnable de partialité. M. le juge Campbell a soulevé la question à au moins deux reprises. Je suis convaincu que cette attitude dénote clairement sa crainte que ses liens d'amitié avec ces personnes soulève une crainte raisonnable de partialité.

[32] Les avocats des demandeurs soutiennent que le juge en chef adjoint aurait déclaré qu'il ne désignerait pas un juge autochtone de nomination récente pour entendre une cause touchant les Autochtones, car il estimait qu'un tel juge se sentirait peut-être mal à l'aise d'entendre ce type de cause.

[33] En conséquence, la Bande des Indiens Samson a déposé une plainte de discrimination contre le juge

Canadian Judicial Council and requested that the ACJ no longer assign the trial judge while the complaint with the Judicial Council was pending. It must be noted that it is the plaintiffs who specifically asked that the ACJ no longer assign the trial judge.

[34] The plaintiffs attempted to appeal the ACJ's "decision" to the Federal Court of Appeal. The Chief Justice issued a direction stating that the issue of the ACJ deciding that Mr. Justice Campbell would no longer be the Trial Judge was not a "judgment" or "order" subject to appeal.

[35] The entire matter was brought by the plaintiffs before the Supreme Court of Canada in an application for leave to appeal, for *certiorari* and remand, for a stay of execution or other relief and for abridging the legal delays. In the said application for leave, plaintiffs, in a most detailed application recite the entire factual situation of how and why the "decision" of the ACJ to "remove" Mr. Justice Campbell as Trial Judge was invalid and, I say, why they are now claiming that the process raises a reasonable apprehension of bias.

[36] On June 26, 1997 [*Samson Indian Band v. Canada*, [1997] S.C.C.A. No. 291 (QL)] the Supreme Court of Canada issued the following decision:

The application for an expedited hearing of these applications for leave to appeal are granted.

The applications for remand, for stay of execution, for *certiorari* and for an oral hearing of the applications for leave are dismissed.

The applications for leave to appeal are dismissed.

[37] It is obvious that the Supreme Court of Canada did not accept the submissions of the plaintiffs. What is of particular interest is that the Court refused to order a remand or a stay of execution of the ACJ's "decision" that Mr. Justice Campbell not be the Trial Judge.

en chef adjoint auprès du Conseil canadien de la magistrature et a demandé que le juge en chef adjoint ne désigne plus le juge du procès en attendant une décision sur la plainte déposée auprès du Conseil de la magistrature. Il faut souligner que ce sont les demandeurs qui ont demandé expressément que le juge en chef adjoint ne désigne plus le juge du procès.

[34] Les demandeurs ont voulu interjeter appel de la décision du juge en chef adjoint à la Cour d'appel fédérale. Le juge en chef a donné une directive précisant que la décision du juge en chef adjoint que M. le juge Campbell ne serait plus le juge du procès ne constituait pas un «jugement» ni une «ordonnance» susceptible d'appel.

[35] Les demandeurs ont porté toute la question à l'attention de la Cour suprême du Canada en présentant une requête afin d'obtenir une autorisation de pourvoi, un *certiorari* et renvoi, un sursis d'exécution ou une autre réparation, ainsi qu'afin de faire abrégier les délais légaux. Dans cette requête en autorisation, les demandeurs ont énoncé de façon très détaillée toute la situation factuelle démontrant pourquoi la «décision» du juge en chef adjoint de «récuser» M. le juge Campbell en qualité de juge du procès était invalide et, je dirais, pourquoi ils soutiennent maintenant que le processus soulève une crainte raisonnable de partialité.

[36] Le 26 juin 1997 [*Bande indienne Samson c. Canada*, [1997] S.C.C.A. n° 291 (QL)], la Cour suprême du Canada a rendu la décision qui suit:

Les demandes sollicitant l'audition accélérée des demandes d'autorisation d'appel sont accordées.

Les demandes de renvoi, de sursis d'exécution, de *certiorari* et d'audition des demandes d'autorisation d'appel sont rejetées.

Les demandes d'autorisation d'appel sont rejetées.

[37] Il est évident que la Cour suprême du Canada n'a pas retenu les prétentions des demandeurs. Il est particulièrement intéressant de noter que la Cour a refusé d'ordonner un renvoi ou un sursis d'exécution de la «décision» du juge en chef adjoint, portant que M. le juge Campbell ne devait plus être le juge du procès.

[38] As I have said, according to the affidavit evidence of the plaintiffs, they allege the process of the Federal Court Trial Division wherein it was decided that Mr. Justice Campbell no longer be the Trial Judge raises a reasonable apprehension of bias.

[39] I, with respect, do not agree. Nor did the Supreme Court of Canada agree with this allegation. It is and always was within the jurisdiction of the ACJ to designate which judge is to be “the trial judge” in any particular case. I am satisfied that until a judge is seized with a case, the ACJ may decide who will hear any particular case.

[40] As well, the entire issue of how it was decided that Mr. Justice Campbell should no longer be the Trial Judge is totally irrelevant to the issue of reasonable apprehension of bias on my part.

(2) The Assignment of Justice Max M. Teitelbaum as Trial Judge

[41] Plaintiffs allege that the manner of my assignment as Trial Judge is invalid and thus raises a reasonable apprehension of bias. Briefly stated, the plaintiffs submit that my assignment as Trial Judge is invalid because the procedure followed for my assignment is contrary to the provisions of the *Federal Court Act* and that since the Federal Court is a statutory court with no inherent jurisdiction, the “procedure” as stated in the Act must be followed to designate a trial judge. The submission is, according to the present notice of motion, that my “appointment” is of no force and effect and, *inter alia*, contrary to the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 as amended, section 3, subsections 6(3) and 15(2) as well as the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], section 7 and the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], preamble and section 101.

[38] Comme je l’ai déjà dit, les demandeurs ont produit une preuve par affidavit soutenant que le processus utilisé par la Section de première instance de la Cour fédérale pour décider que M. le juge Campbell ne serait plus le juge du procès soulève une crainte raisonnable de partialité.

[39] Je ne saurais adhérer à cette thèse. La Cour suprême du Canada n’a pas retenu elle non plus cette allégation. Le juge en chef adjoint a, et a toujours eu, compétence pour désigner le juge qui jouera le rôle de «juge du procès» dans une cause donnée. Je suis convaincu que le juge en chef adjoint peut décider qui entendra une cause donnée, jusqu’au moment où le juge est saisi de l’affaire.

[40] De même, toute la question de la façon dont il a été décidé que M. le juge Campbell ne serait plus le juge du procès n’a aucune pertinence en ce qui a trait à la question de la crainte raisonnable de partialité de ma part.

2) La désignation du juge Max M. Teitelbaum en qualité de juge du procès

[41] Les demandeurs soutiennent que la façon dont j’ai été désigné juge du procès est irrégulière et qu’elle soulève donc une crainte raisonnable de partialité. En résumé, les demandeurs soutiennent que ma désignation comme juge du procès est invalide parce que la procédure suivie pour ma désignation est contraire aux dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* et que, la Cour fédérale étant une cour établie par une loi n’ayant aucune compétence inhérente, la «procédure» énoncée dans la Loi doit être suivie pour désigner un juge du procès. Ils prétendent donc, selon l’avis de requête, que ma «désignation» est nulle et, notamment, contraire à l’article 3 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 68] et aux paragraphes 6(3) et 15(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1995), ch. F-7, modifiée, ainsi qu’à l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] et au préambule et à l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur*

[42] The grounds, as it relates to the above, are found in grounds numbered, I believe, 1, 2, 3, 4 and 5.

[43] I do not intend to discuss the issue of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, section 7 nor the *Constitution Act, 1867*. Neither the Charter nor the *Constitution Act, 1867* are applicable.

[44] Section 15 of the *Federal Court Act* states:

15. (1) Subject to the Rules, any judge of the Trial Division may sit and act at any time and at any place in Canada for the transaction of the business of the Court or any part thereof and, when he so sits or acts, he constitutes the Court.

(2) Subject to the Rules, all such arrangements as may be necessary or proper for the holding of courts, or otherwise for the transaction of business of the Trial Division, and the arrangements from time to time of judges to hold such courts or to transact such business, shall be made by the Associate Chief Justice.

(3) The trial of any matter in the Trial Division may, by order of the Court, take place partly at one place and partly at another.

[45] Particular reference is made to subsection 15(2) where it is stated that the arrangements for trials are to be made by the Associate Chief Justice. It does not say that the Associate Chief Justice must personally make these arrangements nor does it state that he is prevented from delegating his jurisdiction to make such arrangements. In matters of process, a “liberal” or “wide” interpretation must be given to subsection 15(2) of the *Federal Court Act*.

[46] Plaintiffs’ counsel then refers to subsection 6(3) of the *Federal Court Act*. Subsection 6(3) states:

6. . . .

(3) Where the office of Chief Justice or of Associate Chief Justice is vacant, or the Chief Justice or the Associate

le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]].

[42] Les moyens à l’appui des prétentions qui précèdent figurent, je crois, aux paragraphes 1, 2, 3, 4 et 5 des moyens invoqués.

[43] Je n’ai pas l’intention de débattre de la question de l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ni de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ni la Charte ni la *Loi constitutionnelle de 1867* ne s’appliquent.

[44] Voici le texte de l’article 15 de la *Loi sur la Cour fédérale*:

15. (1) Sous réserve des règles, tout juge de la Section de première instance peut exercer ses fonctions en tout temps et partout au Canada pour les travaux de la Cour; il constitue alors la Cour.

(2) Sous réserve des règles, les dispositions à prendre pour les audiences ou, à quelque autre titre, les travaux de la Section de première instance, de même que pour l’affectation des juges en conséquence, sont du ressort du juge en chef adjoint.

(3) L’instruction de toute affaire devant la Section de première instance peut, sur l’ordre de la Cour, se dérouler en plus d’un lieu.

[45] Il est fait plus particulièrement mention du paragraphe 15(2) qui prévoit que les dispositions à prendre pour les audiences sont du ressort du juge en chef adjoint. Cette disposition ne prévoit pas que le juge en chef adjoint doit prendre personnellement ces dispositions, ni qu’il lui est interdit de déléguer le pouvoir de prendre ces dispositions. En matière de procédure, une interprétation large ou libérale doit être attribuée au paragraphe 15(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[46] L’avocat des demandeurs invoque ensuite le paragraphe 6(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*. En voici le libellé:

6. . . .

(3) En cas d’absence du Canada ou d’empêchement du juge en chef ou du juge en chef adjoint ou de vacance de

Chief Justice is absent from Canada or is for any reason unable or unwilling to act, the powers and duties of the Chief Justice or the Associate Chief Justice shall be exercised and performed by the senior judge who is in Canada and is able and willing to act.

[47] This subsection is only resorted to when the office of the ACJ is vacant (not the case), when the ACJ is absent from Canada (not the case), “or is for any reason unable or unwilling to act” (not the case).

[48] There is no suggestion that the ACJ’s office was vacant nor that he was out of Canada. The suggestion is that the ACJ was unable and/or unwilling to act.

[49] After plaintiffs had filed a complaint with the Canadian Judicial Council regarding the ACJ’s comments, plaintiffs requested that the ACJ not take part in the selection of a trial judge. The ACJ, for his own reasons, agreed and decided to seek the advice of a committee of three “senior” judges. The committee of the three “senior” judges recommended that I be the judge selected to hear the present cases. In that the ACJ agreed not to take part in the selection of the judge, he accepted the recommendation of the committee that I be the judge assigned to hear the two cases.

[50] I fail to understand the plaintiffs’ submission that my assignment was done contrary to the *Federal Court Act*. I am satisfied there can be no reasonable apprehension of bias caused by the process used.

(3) My Past “Words and Actions” in Two Court Cases Give Rise to a Reasonable Apprehension of Bias.

[51] The two cases which plaintiffs claim give rise to a reasonable apprehension of bias are *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1996] 3 F.C. 373 (T.D.) and in *Wewayakum (Campbell River) Indian Band v. Canada and Wewayakai (Cape Mudge)*

leur poste, l’intérim est assuré par le juge le plus ancien en poste en mesure d’exercer ces fonctions et y consentant.

[47] On a recours à ces dispositions uniquement lorsque le poste de juge en chef est vacant (ce qui n’est pas le cas), lorsque le juge en chef adjoint est absent du Canada (ce qui n’est pas le cas), ou en cas «d’empêchement» (ce qui n’est pas le cas).

[48] Rien ne laisse croire que le poste du juge en chef adjoint était vacant ou que le juge en chef adjoint était absent du Canada. Il s’agirait donc d’un cas d’empêchement du juge en chef adjoint.

[49] Après le dépôt, par les demandeurs, d’une plainte auprès du Conseil canadien de la magistrature concernant les commentaires du juge en chef adjoint, les demandeurs ont demandé que le juge en chef adjoint ne prenne pas part au choix du juge du procès. Le juge en chef adjoint, pour des motifs qui lui appartiennent, a acquiescé à cette demande et décidé de demander l’avis d’un comité de trois juges parmi les plus anciens en poste. Le comité de trois juges parmi les plus anciens a recommandé que je sois choisi pour entendre les affaires en cause. Le juge en chef adjoint ayant convenu de ne pas participer au choix du juge, il a accepté la recommandation du comité de me désigner pour entendre les deux instances.

[50] Je ne comprends pas la prétention des demandeurs portant que ma désignation était contraire à la *Loi sur la Cour fédérale*. Je suis convaincu que le processus utilisé ne peut avoir engendré aucune crainte raisonnable de partialité.

3) Mes «paroles» et mes «actes» passés dans deux instances judiciaires engendrent une crainte raisonnable de partialité

[51] Les deux causes qui, d’après les prétentions des demandeurs, engendrent une crainte raisonnable de partialité, sont l’affaire *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1996] 3 C.F. 373 (1^{re} inst.) et *Bande indienne Wewayakum (Campbell River)*

Indian Band and the case of the *Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakai Indian Band* reported at (1995), 99 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

[52] Both cases have been brought to the Federal Court of Appeal.

[53] Grounds numbered 16 and 17 specifically refer to these two cases and why my words allegedly give a “reasonable person” a “reasonable” apprehension of bias.

[54] It is of course obvious or, at least, it should be obvious to trained legal counsel that I am unable to respond as to the meaning of what I said in both judgments. What I say in those judgments are there to be read. It will be for the Court of Appeal to agree or disagree with my interpretation of various sections of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5], with regard to the issue of self-government, trust and fiduciary obligations, limitations of actions and any other issue raised in those two judgments.

[55] Surely, counsel for the plaintiffs know that if I am wrong in what I state in those two judgments, the Court of Appeal will so state and that I am legally bound, in all future matters where the same issue is raised, to follow the judgment of the Court of Appeal or, for that matter, what the Supreme Court of Canada may say.

[56] I believe it necessary to comment on the issue of solicitor-client costs awarded against the Wewayakai Indian Band. The reasons for my doing so are stated in the judgment before the Court of Appeal and the Court of Appeal will decide if I was correct in that judgment. I repeat, it is worthy to note that in the case of the *Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakai Indian Band*, I dismissed the claims of the Wewayakum against the Crown and the Wewayakai Indian Band without costs and that the cross-claim made by the Wewayakai against the Wewayakum Indian Band without costs. It appears that Mr. C. Allan Donovan or the plaintiffs fail to make mention

c. Canada et Bande indienne Wewayakai (Cape Mudge) et l'affaire *Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai* publiée dans (1995), 99 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.).

[52] Ces deux affaires ont été portées à l'attention de la Cour d'appel fédérale.

[53] Les moyens numéros 16 et 17 renvoient expressément à ces deux affaires et aux raisons pour lesquelles mes paroles engendreraient une crainte «raisonnable» de partialité chez une «personne raisonnable».

[54] Il est bien sûr manifeste, ou à tout le moins il devait être manifeste pour une personne ayant reçu une formation en droit, que je ne puis donner de précisions sur la signification de ce que j'ai déclaré dans ces deux jugements. Ce que j'ai dit dans ces jugements y est écrit. Il reviendra à la Cour d'appel de retenir ou de rejeter mon interprétation des différents articles de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] concernant la question de l'autonomie gouvernementale, des obligations de fiduciaire, de la prescription des actions et toute autre question soulevée par ces deux jugements.

[55] Certes, les avocats des demandeurs savent que, si jamais j'ai fait erreur en prononçant ces deux jugements, la Cour d'appel le dira et que je serai tenu, en droit, chaque fois que la même question sera soulevée, de suivre le jugement de la Cour d'appel ou ce que la Cour suprême du Canada pourrait décider en la matière.

[56] Je crois nécessaire de faire quelques remarques sur la question des dépens sur la base procureur-client qui ont été adjugés contre la Bande indienne Wewayakai. Les motifs pour lesquels je les ai adjugés sont également exposés dans le jugement soumis à la Cour d'appel et celle-ci décidera si ma décision est juste. Je le répète, il ne faut pas oublier que dans l'affaire *Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai*, j'ai rejeté les demandes de la Bande indienne Wewayakum contre la Couronne et la Bande indienne Wewayakai sans dépens et la demande reconventionnelle faite par la Bande indienne Wewayakai contre la Bande indienne Wewayakum

of this fact.

[57] I would also make an observation with respect to the “implied dependence of Indians as clinging to mother’s apron, with the Crown impliedly being the mother”. Again, this case, *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* is before the Court of Appeal and it will be for the members of the Court of Appeal to interpret my remarks. I would only state that it is plaintiffs themselves who refer to the *Indian Act* as being paternalistic.

[58] With due respect, I fail to see how what I say as to the interpretation of the law can give rise to a reasonable apprehension of bias. If this were the case I would never be permitted to sit on a case involving an issue about which I had previously decided. This, of course, would also apply to every other judge in Canada who has made a decision on a particular issue.

[59] There is much jurisprudence that states that it is not bias nor does it give rise to a reasonable apprehension of bias if a judge had previously made comments relating to an issue or interpreted the law as it relates to a particular issue.

[60] In *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* (1992), 98 D.L.R. (4th) 762 (Ont. Gen. Div.), the employer’s counsel requested that one of the judges on the panel disqualify himself because he was a former Labour Relations Board chairman who had decided a case which involved an issue similar to the one presently before the Court. Counsel did not suggest that the Judge had any interest in the present proceedings. The motion was dismissed because there was no requirement to disqualify the Judge based merely on a prior position taken on some topic before being appointed to the judiciary. The Court added that even if the Judge had decided the issue as a judge, there still would not have been a reasonable apprehension of bias.

[61] In *Canadian National Railways v. Canadian Human Rights Commission* (1985), 64 N.R. 312

sans dépens. Il semble que ni M^e C. Allan Donovan ni les demandeurs ne le mentionnent.

[57] Je ferais aussi remarquer en ce qui a trait à la «dépendance implicite des Indiens qui s’accrochent aux jupes de leur mère, la Couronne étant considérée implicitement comme leur mère». Répétons-le, cette cause, *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui* est maintenant à l’étude devant la Cour d’appel et il reviendra aux membres de cette Cour d’interpréter mes remarques. Je me contenterai de dire que ce sont les demandeurs eux-mêmes qui ont qualifié la *Loi sur les Indiens* de paternaliste.

[58] Je ne vois pas comment les propos que j’ai tenus relativement à l’interprétation de la loi pourraient engendrer une crainte raisonnable de partialité. Si c’était le cas, je ne pourrais jamais siéger dans une cause touchant une question sur laquelle je me suis déjà prononcé. Cela s’appliquerait bien sûr à tous les autres juges du Canada qui ont rendu une décision sur une question particulière.

[59] Une abondante jurisprudence établit qu’un juge ne fait pas preuve de partialité ni n’engendre de crainte raisonnable de partialité pour avoir simplement fait antérieurement des remarques concernant une question ou interprété la loi en regard d’une question particulière.

[60] Dans l’affaire *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* (1992), 98 D.L.R. (4th) 762 (Div. gén. Ont.), l’avocat de l’employeur exigeait que l’un des juges du tribunal se récuse parce qu’il avait autrefois présidé le Conseil des relations de travail qui avait tranché une cause touchant une question similaire à celle dont la Cour était saisie. L’avocat ne laissait pas entendre que le juge avait un intérêt dans l’instance. La requête a été rejetée parce que la récusation d’un juge n’était pas requise du seul fait d’une position qu’il avait adoptée antérieurement sur un sujet avant d’accéder à la magistrature. La Cour a ajouté que, même si le juge avait tranché cette question en qualité de juge, il n’aurait pas existé de crainte raisonnable de partialité.

[61] Dans l’affaire *Chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des droits de la*

(F.C.A.), the Court of Appeal refused to remove MacGuigan J. from the three-judge panel merely because he had expressed his opinion, in connection with another case, on a point of law which arose in the case at bar.

[62] Finally, the statement of the Supreme Court of Canada in *Morgentaler v. The Queen*, 2 October 1974, S.C.C. motion No. 13504 (reproduced in (1984), 29 *McGill L. J.* 369, at pages 405-406) appears to have wide application:

All members of this Court, past and present, have, to a greater or lesser degree, before appointment to the Bench and to this Court, expressed views on questions which have legal connotations, and this has never been a disqualifying consideration.

[63] I take the above cases to say that a judge, in deciding issues put before him or her in another case and which issues may be similar or the same as the issues he or she is to try will not be recused on the basis of a reasonable apprehension of bias for having previously decided the issues.

(4) My Past Relationships

[64] I believe it is interesting to note that I am asked to disclose my relationship with various "political" individuals (ground number 2) as well as my relationship, since 1956, with members of the House of Commons or the Senate including all committees thereof, members of the federal government, employees of the federal government, persons on the staff of, or who acted as an advisor to any prime minister or any minister of the federal government and persons working for or associated with the federal Liberal or the federal Conservative Party.

[65] It appears to be plaintiffs' belief or, at least, it is the belief of plaintiffs' counsel, that knowing certain individuals involved in the governing of Canada, either as prime minister or as a minister of the Crown or as a member of the House of Commons or of the Senate or of a committee thereof or of having been a member or fund raiser for a legal federal political

personne (1985), 64 N.R. 312 (C.A.F.), la Cour d'appel a refusé de récuser le juge MacGuigan du tribunal de trois juges simplement parce qu'il avait exprimé son opinion, relativement à une autre affaire, sur un point de droit qui était soulevé dans la cause.

[62] Enfin, la déclaration faite par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Morgentaler c. La Reine*, 2 octobre 1974, C.S.C., requête n° 13504 (publiée dans (1984), 39 *McGill L. J.* 369, aux pages 405 et 406) semble avoir une application large:

[TRADUCTION] Tous les membres de notre Cour, anciens et actuels, ont, à des degrés divers, avant leur accession à la magistrature et leur nomination à notre Cour, exprimé des points de vue sur des questions qui ont des connotations juridiques, sans que cela ait constitué, à quelque moment que ce soit, un élément pertinent à leur récusation.

[63] J'interprète la jurisprudence susmentionnée comme établissant que, si un juge a tranché dans une autre cause des questions semblables ou identiques à celles qu'il est appelé à trancher, il n'y a pas lieu à récusation pour cause de crainte raisonnable de partialité du fait qu'il s'est déjà prononcé sur ces questions.

4) Mes liens passés

[64] Je crois qu'il est intéressant de souligner qu'on me demande de divulguer les liens que j'ai eus avec différentes personnalités «politiques» (motif numéro 2) ainsi que les liens que j'ai eus, depuis 1956, avec des députés fédéraux ou des membres du Sénat, y compris leurs comités, avec des membres du gouvernement fédéral, des fonctionnaires du gouvernement fédéral, des membres du personnel et des conseillers du premier ministre ou d'un ministre du gouvernement fédéral et des personnes qui travaillent pour le Parti libéral fédéral ou le Parti conservateur fédéral, ou qui ont des liens avec ces partis.

[65] Les demandeurs semblent avoir la conviction ou, à tout le moins, leurs avocats ont la conviction que le fait de connaître certaines personnes qui participent à l'administration du pays, que ce soit en qualité de premier ministre ou de ministre de la Couronne, ou de député fédéral ou de membre du Sénat, ou d'un de leurs comités, ou que le fait d'avoir été membre d'un

party gives rise to a reasonable apprehension of bias.

[66] My first comment is that this submission, in the manner it is stated in the notice of motion is outrageous and is totally irrelevant to the issue of a reasonable apprehension of bias.

[67] I did disclose my relationship to the persons mentioned in ground number 2. I did state that I have never been a fund raiser for the federal Conservative Party. I also stated that it is not illegal to be a fund raiser nor, to the best of my knowledge, is being a fund raiser a bar to being appointed to a superior court in Canada. This, I believe, also applies to being an acquaintance or friend of a prime minister or minister of Canada.

[68] In addition, Martin L. Friedland in *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* in a report prepared for the Canadian Judicial Council, states, at page 233:

There is, of course, nothing improper in appointing a person who had been involved in politics. Indeed, knowledge of the political process can be an advantage for a judge.

[69] I see no merit to this submission made by plaintiffs.

(5) The Issue of Procedure Used for Recusal

[70] The plaintiffs allege that the procedure for recusal wherein the plaintiffs were told to make a formal application for recusal, to be heard in "open court" gives rise to a reasonable apprehension of bias as this procedure was different from the "procedure" used by the Crown in its request involving Mr. Justice Campbell.

[71] I must state that I fail to see how the "present procedure" raises a reasonable apprehension of bias. The plaintiffs were told that if they had "concerns"

parti politique fédéral légal ou d'avoir participé à son financement, engendre une crainte raisonnable de partialité.

[66] Je ferai d'abord remarquer que cette prétention, telle qu'elle est formulée dans l'avis de requête, est choquante et n'a aucune pertinence en ce qui a trait à la question de la crainte raisonnable de partialité.

[67] J'ai divulgué mes liens avec les personnes mentionnées dans le moyen numéro 2. J'ai déclaré n'avoir jamais participé au financement du Parti conservateur fédéral. J'ai en outre affirmé qu'il n'est pas illégal de participer au financement d'un parti et, qu'à ma connaissance, ce genre d'activité n'est pas un motif d'incapacité à être nommé juge d'une cour supérieure au Canada. Il en va de même, selon moi, du fait d'être une connaissance ou un ami d'un premier ministre ou d'un ministre du Canada.

[68] De plus, Martin L. Friedland a déclaré, à la page 259 d'un rapport préparé pour le Conseil canadien de la magistrature et intitulé *Une place à part: L'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*:

Il n'y a bien sûr rien de mal à nommer juge une personne qui a déjà fait de la politique. En réalité, la connaissance du processus politique peut représenter pour elle un avantage.

[69] Cette prétention des demandeurs n'est pas fondée.

5) La question de la procédure utilisée pour la récusation

[70] Les demandeurs soutiennent que la procédure de récusation dans le cadre de laquelle on leur a demandé de présenter officiellement une requête en récusation qui serait entendue en audience publique, engendre une crainte raisonnable de partialité car cette procédure est différente de la «procédure» utilisée par la Couronne pour présenter une demande relativement à M. le juge Campbell.

[71] Je dois dire que je ne vois pas comment la «procédure actuelle» engendre une crainte raisonnable de partialité. On a dit aux demandeurs qu'ils devaient

about me and because they refused to disclose what the concerns were, they should make a formal application to the Court. The plaintiffs took two and one-half days to make their submission. How it was decided that Mr. Justice Campbell no longer be the Trial Judge is totally immaterial to the issue of a reasonable apprehension of bias on my part. In addition, and as I have already said, with regard to Mr. Justice Campbell, it was Mr. Justice Campbell who raised the concern of his relationship with three persons who are members of the plaintiff band and nation and such disclosure by a judge usually constitutes an implied invitation to counsel to waive his or her concern. In this case, counsel for the Crown did not do so and expressed their concern by sending a letter, dated May 6, 1997, clearly detailing their concern.

[72] This fact is very different from the concern expressed by plaintiffs' counsel about me. In fact, to the time that plaintiffs presented their application, the plaintiffs gave no reason for their concern. As a result, plaintiffs were asked to bring an application before the Court with supporting materials.

(6) Apprehension of Bias Arising from the Fact that I am Deciding the Reasonable Apprehension of Bias Issue.

[73] I believe I can do no better than to quote the following:

OATH OF OFFICE

I, Max Mortimer Teitelbaum, do solemnly and sincerely promise and swear that I will duly and faithfully, and to the best of my skill and knowledge, execute the powers and trusts reposed in me as a Judge of the Federal Court of Canada.

So Help me God.

[74] I swore to the above oath at Montréal, in the province of Quebec, on November 28, 1985. This is just more than 12 years of the date of the present

présenter officiellement une requête à la Cour s'ils avaient des «inquiétudes» à mon sujet, parce qu'ils refusaient de divulguer quelles étaient ces inquiétudes. Les demandeurs ont présenté des observations pendant deux jours et demi. Les modalités de la décision portant que M. le juge Campbell ne serait plus le juge du procès n'ont absolument rien à voir avec la question d'une crainte raisonnable de partialité de ma part. De plus, comme je l'ai déjà dit, en ce qui a trait à M. le juge Campbell, c'est M. le juge Campbell lui-même qui a soulevé la question de ses liens avec trois personnes qui sont membres de la Bande et de la Nation demanderesse et une telle divulgation de la part d'un juge constitue habituellement une invitation implicite aux avocats à renoncer à soulever la question. En l'espèce, les avocats de la Couronne n'ont pas répondu à cette invitation et ont plutôt exprimé leur crainte en envoyant une lettre, datée du 6 mai 1997, dans laquelle ils ont exposé clairement leurs inquiétudes.

[72] L'inquiétude des avocats des demandeurs à mon égard est très différente. En fait, avant de présenter une requête, les demandeurs n'avaient mentionné aucun motif pouvant justifier leur inquiétude. En conséquence, on a demandé aux demandeurs de présenter une requête à la Cour et de l'étayer à l'aide de documents.

6) Crainte de partialité découlant du fait que je tranche la question de la crainte raisonnable de partialité

[73] Le mieux que je puisse faire c'est, semble-t-il, de citer mon serment d'office:

SERMENT D'OFFICE

Je, Max Mortimer Teitelbaum, promets et jure solennellement et sincèrement d'exercer bien fidèlement, et au mieux de ma capacité et de mes connaissances, les pouvoirs et attributions qui me sont dévolus en ma qualité de Juge de la Cour fédérale du Canada.

Ainsi Dieu me soit en Aide.

[74] J'ai prononcé le serment qui précède à Montréal, dans la province de Québec, le 28 novembre 1985, soit un peu plus de 12 ans avant la date de la

hearing. I have, in the past 12 years, faithfully carried out the above responsibilities and trust. I intend to continue to do so.

[75] I cannot conclude, after hearing the present application to disqualify myself, that my presiding over these two cases would be likely to raise in the mind of a reasonably informed person an apprehension of bias.

[76] In the case of *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board*, [1993] B.C.J. No. 2965 (QL), in the Supreme Court, Boyd J. states [at paragraphs 24-25]:

Finally, Mr. Rankin has submitted that even if there are no grounds for disqualification I ought, nevertheless, to disqualify myself since it will now be impossible for me as the trial judge to hear the plaintiffs' case with fairness and impartiality. Mr. Rankin asks: "... could the reasonable observer expect the judge to remain impartial and independent while the person who uncovered this information is a litigant in a case before her?" This is what Mr. Cadman has called the Catch 22 argument.

I cannot accede to such an argument since to do so, in my view, would establish a very dangerous precedent in these courts. In effect, I would be inviting disgruntled, unhappy litigants or their counsel to make whatever allegations they wished, in support of an application for the judge to disqualify himself or herself. If the allegations failed to provide a proper foundation for a finding of bias or a reasonable apprehension of bias, the litigant could nevertheless take comfort in the knowledge that the mere making of the allegations would, by their very nature, taint the process and force the disqualification of the judge. This very danger was recognized by Chief Justice McEachern, C.J.B.C., in *G.W.L. Properties Limited v. W.R. Grace & Company of Canada Ltd.* (1992), 74 B.C.L.R. (2d) 283 (B.C.C.A.).

[77] I agree with what Boyd J. states. I also take from this case that the judge against whom a disqualification application is made should hear the application for recusal. Counsel for the Ermineskin Band suggested I should not have heard the present application. He failed to submit any jurisprudence that suggests that a judge other than the one against whom the disqualification allegation is made should hear the application.

présente audition. Au cours des 12 dernières années, j'ai exercé fidèlement mes fonctions et mes attributions. J'ai l'intention de continuer à le faire.

[75] Je ne puis conclure, après avoir entendu la présente requête en récusation, qu'une personne raisonnable et bien renseignée éprouverait une crainte raisonnable de partialité de ma part si je présidais l'instruction de ces deux causes.

[76] Dans l'affaire *Middelkamp v. Fraser Valley Real Estate Board*, [1993] B.C.J. n° 2965 (QL), le juge Boyd, de la Cour suprême, a déclaré [aux paragraphes 24 et 25].

[TRADUCTION] Enfin, M. Rankin a soutenu que, même en l'absence de motifs de récusation, je devais néanmoins me récuser parce qu'il me serait maintenant impossible d'entendre la cause des demandeurs de façon juste et impartiale en qualité de juge du procès. M. Rankin pose la question suivante: «... un observateur raisonnable pourrait-il s'attendre que Madame le juge demeure impartiale et indépendante, alors que la personne qui a révélé ces renseignements est une partie au litige dont elle est saisie?» C'est ce que M. Cadman a qualifié d'argument qui débouche sur une impasse.

Je ne puis retenir cet argument car, en le faisant, j'estime que j'établirais un très dangereux précédent. En effet, j'inviterais de la sorte les parties mécontentes ou insatisfaites ou leurs avocats à formuler les allégations qui leur plairaient à l'appui d'une requête en récusation du juge. Si ces allégations ne justifiaient pas une conclusion de partialité ou de crainte raisonnable de partialité, la partie en litige aurait tout de même la satisfaction de savoir que la simple formulation de ces allégations, de par leur nature, vicierait la procédure et contraindrait le juge à se récuser. C'est exactement le danger que le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique a su reconnaître dans l'arrêt *G.W.L. Properties Limited v. W.R. Grace & Company of Canada Ltd.* (1992), 74 B.C.L.R. (2d) 283 (C.A. C.-B.).

[77] Je partage l'opinion du juge Boyd. J'interprète également sa décision comme établissant que le juge contre lequel une demande de récusation est présentée doit entendre la requête en récusation. L'avocat de la Bande des Indiens Ermineskin a émis l'hypothèse que je n'aurais pas dû entendre la présente requête. Il n'a invoqué aucune source jurisprudentielle qui laisserait croire qu'un juge autre que celui visé par les allégations visant sa récusation devrait entendre la requête.

[78] I have read all of the affidavit evidence filed. I have not commented on all of the exhibits filed as I believe it is not necessary to do so. I have also not commented on the issue raised by plaintiffs that Mr. Justice MacKay failed to follow subsection 491(11) [as enacted by SOR/90-846, s. 20] of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] and, as a result, I must disqualify myself.

Rule 491. . . .

(11) Other than those matters agreed upon or directed in a pre-trial conference, all matters discussed in the pre-trial conference are confidential and without prejudice to the parties.

[79] The allegation, as I understand it, is that Mr. Justice MacKay informed me of matters discussed in pre-trial conferences which were confidential. I will only state that this is an incorrect allegation as is evident from a memo dated October 16, 1997 sent to plaintiffs' counsel wherein he states "I conclude by noting that in my opinion I have communicated to Teitelbaum J. only information I consider necessary for his planning to assume his responsibilities as trial judge".

[80] The application for my recusal (disqualification) is denied. I shall sit as Trial Judge for the trials in files T-2022-89 and T-1254-92 which have been joined for hearing.

[78] J'ai lu toute la preuve par affidavit qui a été déposée. Je n'ai pas commenté chaque pièce déposée parce que cela me semblait inutile. Je n'ai pas non plus traité de la question soulevée par les demandeurs et portant que M. le juge MacKay ne s'était pas conformé au paragraphe 491(11) [édicte par DORS/90-846, art. 20] des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] et que j'étais tenu de me récuser pour cette raison.

Règle 491. . .

(11) Les questions à discuter dans le cadre d'une conférence préparatoire à l'instruction autres que celles qui ont fait l'objet d'une entente ou d'une directive doivent demeurer confidentielles et sans préjudice des droits des parties.

[79] Si je comprends bien, les demandeurs soutiennent que M. le juge MacKay m'a informé de questions confidentielles discutées dans le cadre d'une conférence préparatoire. Je me contenterai de dire que c'est inexact, comme le démontre une note adressée le 16 octobre 1997 aux avocats des demandeurs et dans laquelle il déclare [TRADUCTION] «Je conclus en soulignant que j'estime avoir communiqué au juge Teitelbaum uniquement les renseignements que je jugeais nécessaires pour qu'il planifie la façon dont il s'acquittera de ses responsabilités en qualité de juge du procès».

[80] La requête visant ma récusation est rejetée. Je présiderai, en qualité de juge du procès, à l'instruction des affaires T-2022-89 et T-1254-92 qui seront entendues en même temps.

A-741-96

A-741-96

Her Majesty the Queen (*Appellant*)Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

Sherway Centre Limited (*Respondent*)Sherway Centre Limited (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA v. SHERWAY CENTRE LTD. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. SHERWAY CENTRE LTD. (C.A.)

Court of Appeal, Linden, Létourneau and McDonald J.J.A.—Ottawa, November 12, 1997 and February 5, 1998.

Cour d'appel, juges Linden, Létourneau et McDonald, J.C.A.—Ottawa, 12 novembre 1997 et 5 février 1998.

Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from Tax Court decision permitting deduction of participatory interest payments pursuant to Income Tax Act, s. 20(1)(e) — To avoid heavy debt servicing obligation in financing major shopping centre construction project, bonds issued at below market rate plus participatory interest equal to 15% of operating surplus in excess of \$2.9 million — 15% rate expected to increase yield on loan to prevailing market rate provided project reaped benefits of inflation over term of loan — S. 20(1)(c) permitting deduction of interest on borrowed money used to earn income from business or property — S. 20(1)(e) permitting deduction of expenses associated with issuing, selling of units, interests or shares or cost of borrowing money — T.C.C. holding payments not interest because neither accruing day to day, nor based on principal outstanding — Deduction proper under both s. 20(1)(c), (e) — Definition of interest, limiting essential characteristics considered — Daily accrual of interest meaning each holder's entitlement ascertainable on daily basis — While payable only once per year, participatory interest based on percentage of operating surplus, capable of being allocated on day-to-day basis — Participating interest percentage of, or related to, principal sum because payable only so long as principal outstanding — Payments also deductible under s. 20(1)(e) as cost of borrowing money because "in connection with", "incidental to" or "arising from" borrowing — Disallowing deduction would disregard new commercial realities, send message I.T.A. discourages entrepreneurship.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel interjeté contre un jugement de la Cour de l'impôt permettant de déduire, sous le régime de l'art. 20(1)e) de la Loi de l'impôt sur le revenu, des paiements qualifiés d'intérêts de participation — Pour éviter de grever lourdement le service de la dette dans le financement d'un important centre commercial, des obligations ont été émises à un taux inférieur à celui du marché, auquel taux s'est ajouté un intérêt de participation équivalant à 15 % de l'excédent d'exploitation dépassant 2 900 000 \$ — On escomptait qu'un taux d'intérêt de 15 % porterait le rendement du prêt à environ le taux pratiqué sur le marché, si les promoteurs pouvaient tirer profit de l'inflation pendant la durée du prêt — L'art. 20(1)c) permet de déduire les intérêts versés sur de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien — L'art. 20(1)e) permet la déduction des dépenses engagées dans le cadre de l'émission ou la vente d'actions, d'unités ou de participations ou dans le cadre d'un emprunt — La C.C.I. a conclu que les versements ne constituaient pas de l'intérêt parce que le montant ne croissait pas jour après jour et parce qu'il n'était pas calculé en fonction du capital dû — La déduction était appropriée tant sous le régime de l'art. 20(1)c) que sous celui de l'art. 20(1)e) — Il y a eu examen de la définition de l'intérêt ainsi que de ses caractéristiques essentielles restrictives — L'accumulation quotidienne est la capacité de déterminer sur une base quotidienne le droit à l'intérêt de chaque détenteur — L'intérêt de participation, même s'il n'était versé qu'une fois par année, représentait un pourcentage de l'excédent d'exploitation et pouvait être réparti sur une base quotidienne — L'intérêt de participation était un pourcentage du capital ou s'y rapportait, puisqu'il n'était payable que s'il restait un capital à rembourser — Les paiements pourraient également être déduits en vertu de l'art. 20(1)e) à titre de dépense engagée pour emprunter de l'argent car ils sont «relatifs à» l'emprunt, en «résultent» ou lui sont «imputables» — Ne pas permettre la déduction reviendrait à déconsidérer les nouvelles réalités commerciales et indiquerait que la L.I.R. décourage l'esprit d'entreprise.

This was an appeal from a Tax Court decision permitting the deduction of "participatory interest" payments pursuant to *Income Tax Act*, paragraph 20(1)(e). In order to obtain long-term financing for the construction of a large shopping centre, the respondent issued \$21.5 million in bonds which were not redeemable until 1991. At the time of the issuance, the prevailing market interest rate was 10.25%. The principal investors believed that a \$20 million issue at 10.25% per annum would impose such a severe debt service obligation on the respondent that it might lead to bankruptcy. The parties therefore agreed to issue the bonds at 9.75% per annum plus participatory interest each year equal to 15% of the operating surplus in excess of \$2.9 million. A 15% rate was expected to increase the yield on the loan to approximately the prevailing market rate, provided the project reaped the benefits of inflation over the term of the loan. Paragraph 20(1)(c) permits deduction of interest on borrowed money used to earn income from a business or property. Paragraph 20(1)(e) permits the deduction of expenses associated with the issuing or selling of units, interests or shares or the cost of borrowing money. The Tax Court held that the payments were not interest because they neither accrued day to day, nor were they based on the principal outstanding at anytime, but on the operating surplus of the shopping centre. It applied *Minister of National Revenue v. Yonge-Eglinton Building Ltd.*, and allowed the deductions under paragraph 20(1)(e).

Held, the appeal should be dismissed.

The deduction should have been allowed under both paragraphs 20(1)(c) and (e). In *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.* Judson J. relied on a quotation from *Halsbury's Laws of England* to hold that one of the essential characteristics of interest is that it accrues daily. However, as Krishna pointed out in his work *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, Judson J. incorrectly interpreted the Halsbury definition. The appropriate interpretation to be given to daily accrual of interest is that each holder's entitlement to interest must be ascertainable on a daily basis. The statement in Halsbury's should not be read as establishing a legal principle that "compensation for the use of money is not interest unless it is expressed on a daily basis". An amount paid as compensation for the use of money for a stipulated period can be said to accrue day to day. While the participatory interest was only payable once a year, it was based on a percentage of the operating surplus for the year. It was therefore capable of being allocated on a day-to-day basis and met the test for day-to-day accrual.

Il s'agissait d'un appel interjeté contre un jugement de la Cour de l'impôt permettant de déduire, sous le régime de l'alinéa 20(1)e) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paiements qualifiés d'«intérêts de participation». Pour se procurer du financement à long terme pour la construction d'un important centre commercial, l'intimée a procédé à une émission d'obligations de 21,5 millions de dollars, lesquelles obligations ne pouvaient être rachetées avant 1991. Au moment de l'émission, le taux d'intérêt pratiqué sur le marché était de 10,25 %. Les principaux investisseurs estimant qu'une émission de 20 000 000 \$ portant intérêt au taux de 10,25 % par année grèverait si sévèrement le service de la dette de l'intimée qu'elle pourrait l'acculer à la faillite, les parties ont convenu d'émettre les obligations à un taux de 9,75 % par année et de lui ajouter un intérêt de participation annuel équivalant à 15 % de l'excédent d'exploitation dépassant 2 900 000 \$. On escomptait qu'un taux d'intérêt de 15 % porterait le rendement du prêt à environ le taux pratiqué sur le marché, si les promoteurs pouvaient tirer profit de l'inflation pendant la durée du prêt. L'alinéa 20(1)c) permet de déduire les intérêts versés sur de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. L'alinéa 20(1)e) permet la déduction des dépenses engagées dans le cadre de l'émission ou la vente d'actions, d'unités ou de participations ou dans le cadre d'un emprunt. La Cour de l'impôt a conclu que les versements ne constituaient pas de l'intérêt parce que le montant ne croissait pas jour après jour et parce qu'il n'était pas calculé en fonction du capital dû à une date ou à une autre mais en fonction de l'excédent d'exploitation du centre commercial. Elle a appliqué l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Yonge-Eglinton Building Ltd.* et a accepté les déductions en se fondant sur l'alinéa 20(1)e).

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Le caractère déductible de l'intérêt de participation aurait dû être reconnu tant sous le régime de l'alinéa 20(1)c) que sous celui de l'alinéa 20(1)e). Dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, le juge Judson s'est basé sur une définition figurant dans *Halsbury's Laws of England* pour conclure que l'une des caractéristiques essentielles de l'intérêt est qu'il s'accumule quotidiennement. Toutefois, comme M. Krishna le souligne dans son traité *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, le juge Judson a mal interprété la définition énoncée dans *Halsbury's Laws of England*. Il convient d'interpréter l'accumulation quotidienne comme la capacité de déterminer sur une base quotidienne le droit à l'intérêt de chaque détenteur. L'interprétation du passage de *Halsbury's Laws of England* ne devrait pas être comprise comme établissant le principe juridique voulant que la «compensation afférente à l'utilisation d'une somme d'argent ne constitue de l'intérêt que si elle s'exprime sur une base quotidienne». Le montant versé en contrepartie de l'utilisation d'une somme d'argent pour une période déterminée peut être considéré comme croissant jour après jour. L'intérêt de participation, même s'il n'était versé qu'une fois par année, représentait un pourcentage de

In *Balaji Apartments Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co.* it was held that in order to be interest the payment must be a percentage of the principal sum. *Balaji Apartments* should not be read as limiting the deductibility of payments that, while not directly related to the principal amount, nonetheless, are clearly related to that amount. It should be limited to its facts. In the case at bar, the purpose of the participatory interest was to compensate for issuing the bonds at a lower interest rate to avoid the risk of bankruptcy. The payments were not in addition to interest, but in pursuit of the objective of a 10.25% interest rate.

Provided a payment is related to the principal sum, it might be deductible as interest. The participatory interest was related to the principal sum because it was payable only so long as there was principal outstanding. To not allow the deduction would ignore the new commercial realities that were not considered by the courts when past decisions were rendered, and would send a message that the *Income Tax Act* discourages entrepreneurship because those individuals starting up new businesses, who need to find new and innovative ways of financing their ventures will not be entitled to deductions under the Act. As the payments were taxed upon receipt by the bond-holders, there was no tax avoidance gained from structuring the business in this manner. Nor was this an attempt to hide another payment in the form of an interest payment.

The payments could also be deducted under paragraph 20(1)(e). *Yonge-Eglinton* should not be distinguished. The participatory interest payments can be characterized as a cost of borrowing money or as being made for the use of borrowed money because they were "in connection with", "incidental to" or "arising from" the borrowing. It therefore fit within the test for deductibility under paragraph 20(1)(e).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(1)(c), (e) (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 7).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Minister of National Revenue v. Yonge-Eglinton Building Ltd., [1974] CTC 209; (1974), 74 DTC 6180; 2 N.R. 125 (F.C.A.).

l'excédent d'exploitation pour l'année. Il pouvait donc être réparti sur une base quotidienne et satisfaire au critère d'accroissement jour après jour.

Dans *Balaji Apartments Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co.*, il a été jugé que, pour constituer de l'intérêt, le versement doit représenter un pourcentage du capital. Il ne convient pas d'interpréter la décision *Balaji Apartments* comme limitant la déductibilité de versements qui se rapportent clairement au capital, même si le rattachement est indirect. Elle ne devrait s'appliquer qu'à ses faits. En l'espèce, l'intérêt de participation visait à compenser l'émission d'obligations à un taux d'intérêt inférieur pour éviter le risque d'une faillite. Les versements ne s'ajoutaient pas aux intérêts, mais ils concouraient plutôt à l'atteinte de l'objectif de 10,25 %.

Pourvu qu'il se rapporte au capital, un paiement pourrait être déductible en tant qu'intérêts. L'intérêt de participation se rapportait au capital, puisqu'il n'était payable que s'il restait un capital à rembourser. Ne pas permettre la déduction reviendrait à ne pas tenir compte des nouvelles réalités commerciales, lesquelles n'avaient pas été examinées lorsque les tribunaux ont rendu leurs décisions passées, et indiquerait que la *Loi de l'impôt sur le revenu* décourage l'esprit d'entreprise, puisque ceux qui tentent de mettre sur pied une nouvelle entreprise mais qui ont besoin de trouver des modes de financement innovateurs n'auraient pas droit aux déductions prévues par la Loi. Comme les paiements ont été imposés lorsqu'ils ont été reçus par les détenteurs d'obligations, un tel aménagement du financement de l'entreprise n'amenait aucun évitement fiscal. Il ne s'agissait pas non plus d'un paiement travesti en versement d'intérêts.

Les paiements pourraient également être déduits en vertu de l'alinéa 20(1)e). Il n'y a pas lieu de faire de distinction avec l'arrêt *Yonge-Eglinton*. Les versements d'intérêts de participation peuvent être considérés comme une dépense engagée pour emprunter de l'argent ou pour utiliser de l'argent emprunté car ils sont «relatifs à» l'emprunt, en «résultent» ou lui sont «imputables». Ils satisfont donc aux conditions posées par l'alinéa 20(1)e).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)c) (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 126, ann. III, art. 28), e) (mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 7).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Ministre du Revenu national c. Yonge-Eglinton Building Ltd., [1974] CTC 209; (1974), 74 DTC 6180; 2 N.R. 125 (C.A.F.).

DISTINGUISHED:

Re Balaji Apartments Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co. (1979), 25 O.R. (2d) 275; 100 D.L.R. (3d) 695 (H.C.).

CONSIDERED:

Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1994 of Saskatchewan, [1947] S.C.R. 394; [1947] 3 D.L.R. 689; affd [1949] 2 D.L.R. 145; [1949] 1 W.W.R. 742; [1949] A.C. 110 (P.C.); *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570; (1963), 42 D.L.R. (2d) 137.

AUTHORS CITED

Halsbury's Laws of England, Vol. 27, 3rd ed. London: Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 1959.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Toronto: Carswell, 1995.

APPEAL from Tax Court decision permitting the deduction of "participatory interest" payments in an issue of bonds pursuant to *Income Tax Act*, paragraph 20(1)(e) (*Sherway Centre Ltd. v. R.*, [1996] 3 C.T.C. 2687; (1996), 96 DTC 1640 (T.C.C.)). Appeal dismissed.

COUNSEL:

Donald G. Gibson for appellant.
Warren J. A. Mitchell, Q.C. for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Thorsteinssons, Vancouver, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] McDONALD J.A.: This is an appeal by the Crown from a judgment of the Tax Court of Canada [[1996] 3 C.T.C. 2687] permitting the respondent to deduct payments described as "participatory interest" in an issue of bonds pursuant to paragraph 20(1)(e) of the *Income Tax Act*¹.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Re Balaji Apartments Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co. (1979), 25 O.R. (2d) 275; 100 D.L.R. (3d) 695 (H.C.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1994 of Saskatchewan, [1947] R.C.S. 394; [1947] 3 D.L.R. 689; conf. par [1949] 2 D.L.R. 145; [1949] 1 W.W.R. 742; [1949] A.C. 110 (P.C.); *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570; (1963), 42 D.L.R. (2d) 137.

DOCTRINE

Halsbury's Laws of England, Vol. 27, 3rd ed. London: Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 1959.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Toronto: Carswell, 1995.

APPEL d'une décision de la Cour de l'impôt permettant de déduire, sous le régime de l'alinéa 20(1)e de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paiements qualifiés d'«intérêts de participation» afférents à une émission d'obligations (*Sherway Centre Ltd. c. R.*, [1996] 3 C.T.C. 2687; (1996), 96 DTC 1640 (C.C.I.)). Appel rejeté.

AVOCATS:

Donald G. Gibson pour l'appelante.
Warren J. A. Mitchell, c.r., pour l'intimée.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Thorsteinssons, Vancouver, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE McDONALD, J.C.A.: La Cour d'appel est saisie de l'appel interjeté par Sa Majesté la Reine contre un jugement de la Cour canadienne de l'impôt [[1996] 3 C.T.C. 2687] permettant à l'intimée de déduire, sous le régime de l'alinéa 20(1)e de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹, des paiements qualifiés d'«intérêts de participation» afférents à une émission d'obligations.

FACTS

[2] In order to finance the construction of a large shopping centre in Toronto, Sherway Gardens, the respondent obtained interim bank loans which, because of their interim nature, it had to replace with long-term financing. In order to obtain long-term financing, the respondent issued \$21.5 million in bonds which were not redeemable until 1991. At the time of the issuance of the bonds, the prevailing market interest rate was 10.25%. The two principal investors, Sun Life Insurance Company of Canada and Canada Life Assurance Company, were of the belief that a \$20,000,000 issue at 10.25% per annum would impose such a severe debt service obligation on the respondent that it might possibly lead to bankruptcy. The parties, therefore, agreed to issue the bonds at the below-market coupon rate of 9.75% per annum plus participatory interest each year equal to 15% of the operating surplus in excess of \$2,900,000.

[3] The 15% rate of participating interest was chosen because it was expected that this rate would increase the yield on the loan to approximately 10.25% (the prevailing market rate) provided the project reaped the benefits of inflation over the term of the loan.

[4] The respondent prepared an offering circular describing the participating interest feature to investors. The circular stated:

In addition to interest at the fixed rate of 9 3/4% per annum payable half-yearly (October 1 and April 1) the Series A Bonds will be entitled to participating interest each year equal to 15% of Operating Surplus (as hereinafter defined) in excess of \$2,900,000 all as set out under the heading 'Interest Rate' on page 12 of this Circular . . . The Series A Bonds will not be redeemable prior to October 1, 1991.

Operating surplus was defined as follows:

'Operating Surplus' for a specified period means the gross earnings and income of the Company from all Sources less all administrative, selling, renting and operating charges and expenses of every character and all fixed charges of the

LES FAITS

[2] Dans le but de financer la construction d'un important centre commercial à Toronto, le centre Sherway Gardens, l'intimée a contracté des prêt-relais qui, à cause de leur nature provisoire, devaient être remplacés par du financement à long terme. Pour se procurer ce financement, elle a procédé à une émission d'obligations de 21,5 millions de dollars, lesquelles obligations ne pouvaient être rachetées avant 1991. Au moment de l'émission, le taux d'intérêt pratiqué sur le marché était de 10,25 %. Les deux principaux investisseurs, Sun Life du Canada Compagnie d'assurance-vie et La Compagnie d'Assurance du Canada sur la Vie, estimant qu'une émission de 20 000 000 \$ portant intérêt au taux de 10,25 % par année grèverait si sévèrement le service de la dette de l'intimée qu'elle pourrait l'acculer à la faillite, les parties ont convenu d'émettre les obligations à un taux d'intérêt nominal inférieur au taux du marché, savoir 9,75 % par année, et de lui ajouter un intérêt de participation annuel équivalant à 15 % de l'excédent d'exploitation dépassant 2 900 000 \$.

[3] Le taux d'intérêt de participation a été fixé à 15 % parce qu'on escomptait qu'il porterait ainsi le rendement du prêt à environ 10.25 % (le taux du marché), si les promoteurs pouvaient tirer profit de l'inflation pendant la durée du prêt.

[4] L'intimée a préparé un prospectus décrivant l'intérêt de participation aux investisseurs. On pouvait y lire ce qui suit:

[TRADUCTION] En plus de porter intérêt au taux annuel fixe de 9,75 %, payable semestriellement (1^{er} octobre et 1^{er} avril), les obligations de série A donneront droit, chaque année, à un intérêt de participation équivalant à 15 % de l'excédent d'exploitation (défini ci-après) dépassant 2 900 000 \$, ainsi que l'explique la rubrique «Taux d'intérêt», à la p. 12 du présent prospectus . . . Les obligations de série A ne pourront être rachetées avant le 1^{er} octobre 1991.

L'excédent d'exploitation a été défini de la façon suivante:

[TRADUCTION] «Excédent d'exploitation» À l'égard d'une période déterminée, s'entend de l'excédent des revenus bruts de la société provenant de toute source sur les frais admissibles de toute nature relatives à l'administration, à la vente,

Company other than taxes on income interest on indebtedness, rent payable under the Ground Lease, depreciation, amortization and capital cost allowances for such periods.

[5] The respondent sought to deduct the participating interest payments in its 1987 and 1988 taxation years. The Minister disallowed the deduction on the grounds that the participating interest neither qualified as interest within the meaning of paragraph 20(1)(c) of the Act nor as an expense occurred in the year in the course of borrowing money used by the taxpayer for the purpose of earning income from a business pursuant to paragraph 20(1)(e) of the Act.

[6] The respondent appealed the Minister's assessment to the Tax Court which allowed the participating interest payment deductions under paragraph 20(1)(e) of the Act on the ground that the decision of this Court in *Minister of National Revenue v. Yonge-Eglinton Building Ltd.*² governed.

[7] An important fact found by the Tax Court Judge which has already been mentioned but needs repeating for the purpose of this appeal is that all of the witnesses testified to the fact that at the time of making the deal interest rates were at historically high levels and that the participating interest was designed to increase the overall yield to the bond holders from 9.75% to a projected level of approximately 10.25%.

RELEVANT LEGISLATION

[8] Before proceeding into a discussion of my analysis it is necessary to set out the relevant sections of the *Income Tax Act* in full. Subsection 20(1) establishes the deduction permitted by the Act in the computation of one's income from business or property. It provides:

20. (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a),(b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be

à la location et à l'exploitation et les frais fixes à l'exception de l'impôt afférent aux intérêts créditeurs, du loyer payable en application du bail foncier, de l'amortissement et de l'amortissement fiscal.

[5] L'intimée a cherché à déduire les versements d'intérêts de participation qu'elle a effectués au cours des années d'imposition 1987 et 1988. Le ministre a refusé la déduction pour le motif que ces versements ne constituaient ni des intérêts au sens de l'alinéa 20(1)c) [mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 126, ann. III, art. 28] de la Loi ni des dépenses engagées pendant l'année dans le cadre d'un emprunt utilisé en vue de tirer un revenu d'entreprise au sens de l'alinéa 20(1)e).

[6] L'intimée a interjeté appel de la cotisation fixée par le ministre devant la Cour canadienne de l'impôt. Cette dernière, affirmant que l'arrêt *Ministre du revenu national c. Yonge-Eglinton Building Ltd.*² de la Cour fédérale s'appliquait en l'espèce, a accepté la déduction afférente au versement d'intérêts de participation en la fondant sur l'alinéa 20(1)e) de la Loi.

[7] Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a relevé un fait important qui a déjà été mentionné mais qu'il importe de répéter pour les fins du présent appel, savoir que tous les témoins ont déclaré qu'à l'époque où la transaction a été faite, les taux d'intérêt atteignaient des niveaux exceptionnellement élevés et que l'intérêt de participation visait à faire passer le rendement global des obligations de 9,75 % à un niveau projeté équivalant environ à 10,25 %.

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[8] Avant de commencer l'analyse, il s'impose d'énoncer en entier les dispositions applicables de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le paragraphe 20(1) énumère les déductions permises par la Loi dans le calcul du revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien. Il est ainsi conçu:

20. (1) Nonobstant les dispositions des alinéas 18(1)a), b) et h), lors du calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition, peuvent être déduites celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie

regarded as applicable thereto.

des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s'y rapportant.

Paragraph 20(1)(c) sets out the interest deduction:

L'alinéa 20(1)c prévoit la déduction relative aux intérêts:

20. (1) . . .

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending upon the method regularly followed by the taxpayer in computing his income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

20. (1) . . .

c) une somme payée dans l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu), en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy),

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré d'impôt ou pour prendre une police d'assurance-vie),

(ii) an amount payable for property acquired for the purpose of gaining or producing income therefrom or for the purpose of gaining or producing income from a business (other than property the income from which would be exempt or property that is an interest in a life insurance policy), . . .

(ii) une somme payable pour un bien acquis en vue d'en tirer un revenu ou de tirer un revenu d'une entreprise (à l'exception d'un bien dont le revenu serait exonéré d'impôt ou à l'exception d'un bien représentant un intérêt dans une police d'assurance-vie).

Paragraph 20(1)(e) permits the deduction of expenses associated with the issuing or selling of units, interests or shares or the cost of borrowing money. It states:

L'alinéa 20(1)e permet la déduction des dépenses engagées dans le cadre de l'émission ou la vente d'actions, d'unités ou de participations ou dans le cadre d'un emprunt. Il énonce ce qui suit:

20. (1) . . .

(e) an expense incurred in the year

20. (1) . . .

(e) une dépense engagée dans l'année,

(i) in the course of issuing or selling units of the taxpayer where the taxpayer is a unit trust, interests in a partnership or syndicate by the partnership or syndicate, as the case may be, or shares of the capital stock of the taxpayer, or

(i) à l'occasion de l'émission ou de la vente d'unités du contribuable lorsque le contribuable est une fiducie d'investissement à participation unitaire, de participation dans une société ou un syndicat par la société ou le syndicat, selon le cas, ou d'actions du capital-actions du contribuable, ou

(ii) in the course of borrowing money used by the taxpayer for the purpose of earning income from a business or property (other than money used by the taxpayer for the purpose of acquiring property the income from which would be exempt),

(ii) à l'occasion d'un emprunt d'argent utilisé par le contribuable en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent utilisé par le contribuable pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré),

including a commission, fee or other amount paid or payable for or on account of services rendered by a person as a salesman, agent or dealer in securities in the course of issuing or selling the units, interests or shares or borrowing the money, but not including any amount paid or payable as or on account of the principal amount of the indebtedness or as or on account of interest.

y compris une commission, des honoraires ou toute autre somme payés ou payables pour services rendus ou au titre de services rendus par une personne à titre de vendeur, d'agent ou de courtier en valeurs mobilières au cours de l'émission ou de la vente des unités, des participations ou des actions ou de l'emprunt de l'argent, mais à l'exclusion d'une somme payée ou payable à titre ou au titre du principal de la dette ou à titre ou au titre d'intérêts.

ANALYSIS

[9] In my opinion, the deduction for participating interest should have been allowed under both paragraphs 20(1)(c) and 20(1)(e) of the Act. Had it not been for the fact that some of the older jurisprudence has interpreted the definition of interest in a limited manner, I believe the Tax Court Judge would have deducted the amount of the participating interest payments under paragraph 20(1)(c) as well. Because the jurisprudence interpreting the meaning of the definition of interest has not developed alongside of, or has not taken into account new and innovative financing schemes for new business ventures, the Tax Court Judge was forced to try and fit the deductions at issue in this case under paragraph 20(1)(e) of the Act. In my opinion, the participatory interest deduction equally belongs under paragraph 20(1)(c) of the Act. I agree, however, with the Tax Court Judge that the payments can also be deducted under paragraph 20(1)(e) of the Act.

[10] The classic definition of interest is found in the 1947 Supreme Court of Canada case *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*³ where Rand J. defined interest broadly to include “the return or consideration or compensation for the use or retention by one person of a sum of money, belonging to, in a colloquial sense, or owed to, another”. This fairly broad definition has since been limited or more narrowly defined. For instance, in *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd*⁴ Judson J., after considering the definition of interest provided by Rand J. in *Farm Security Act* and *Halsbury’s Laws of England* [Vol. 27, 3rd ed., London: Butterworths & Co. (Publishers) Ltd., 1959], found that one of the essential characteristics of interest is that it accrues daily. He held that in the third edition of Halsbury’s the text states: “Interest accrues *de die in diem* even if payable only at intervals, and is, therefore, apportionable in point of time between persons entitled in succession to the principal.’ The day-to-day accrual of interest seems to me to be an essential characteristic.”⁵ However, as Krishna points out in his text, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*,⁶ Judson J. incorrectly interpreted the Halsbury’s definition:

ANALYSE

[9] À mon avis, la Cour canadienne de l’impôt aurait dû reconnaître le caractère déductible de l’intérêt de participation tant sous le régime de l’alinéa 20(1)c) que sous celui de l’alinéa 20(1)e). Je crois d’ailleurs qu’elle aurait aussi accepté la déduction fondée sur l’alinéa 20(1)c) si une partie de la jurisprudence plus ancienne n’avait pas interprété restrictivement la définition d’intérêts. Parce que la jurisprudence relative à l’interprétation de cette définition n’a pas évolué au même rythme que l’innovation en matière d’instruments de financement commercial ou n’a pas tenu compte de cette évolution, la Cour canadienne de l’impôt n’a eu d’autre choix que de tenter de faire relever les déductions en cause de l’alinéa 20(1)e). Tout en souscrivant à l’opinion du juge de cette Cour selon laquelle l’alinéa 20(1)e) pouvait autoriser la déduction des versements en question, je suis d’avis que l’intérêt de participation peut également être déduit sous le régime de l’alinéa 20(1)c).

[10] La définition classique de l’intérêt a été formulée par la Cour suprême du Canada en 1947, dans l’arrêt *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*³. Le juge Rand y a donné une définition large de ce terme incluant [TRADUCTION] «le rendement, la contrepartie ou la compensation afférent à l’utilisation ou à la conservation par une personne d’une somme d’argent appartenant à une autre personne ou, en termes courants, due à cette dernière». Depuis, cet énoncé passablement large a été restreint ou resserré. Ainsi, dans l’arrêt *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*⁴, le juge Judson a conclu, après avoir examiné la définition formulée par le Juge Rand dans l’arrêt *Farm Security Act* et la définition figurant dans *Halsbury’s Laws of England* [vol. 27, 3^e éd., Londres: Butterworths & Co. (Publishers) Ltd., 1959], que l’une des caractéristiques essentielles de l’intérêt était qu’il s’accumulait quotidiennement. Il a statué, citant la troisième édition de l’ouvrage de Halsbury: [TRADUCTION] «“L’intérêt court jour après jour, même s’il n’est payable que par intervalles, et il peut donc être réparti à des dates données entre la succession des personnes pouvant prétendre au capital”. Cette accumulation quotidienne me paraît être une caractéristique

But *Halsbury* merely says that where an amount is considered to be 'interest', it is *deemed* to accrue from day to day. Unfortunately, the statement was read to mean that a payment *cannot* be interest *unless* it accrues from day to day even if payable only at intervals. This interpretation of *Halsbury* has caused a good deal of misunderstanding as to the meaning of interest.

[11] Another limiting characteristic placed on Rand J.'s definition of interest in *Farm Security Act* is found in *Re Balaji Apartments Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co.*⁷ where the Ontario High Court of Justice held that in order to be interest, the payment must be a percentage of the principal sum. Based on these limiting characteristics to the broad definition of interest contemplated by Rand J. in *Farm Security Act*, the Tax Court Judge held that the payments were not interest because they did not accrue day to day and because they were not based on the principal outstanding at anytime but on the operating surplus of the shopping centre. I will deal with each of these findings in turn.

[12] On the issue of whether the payments accrue day to day, in my opinion, the appropriate interpretation to be given to daily accrual of interest is that each holder's entitlement to interest must be able to be ascertained on a daily basis. I therefore agree with the respondent that the interpretation of the quotation from *Halsbury* should not be read as establishing a legal principle that "compensation for the use of money is not interest unless it is expressed on a daily basis." Indeed, I agree with the respondent when he states that "an amount paid as compensation for the use of money for a stipulated period can be said to accrue day-to-day." [Underlining added.]

[13] While the participating interest in this case was only payable once a year, nonetheless, it was based on

essentielle»⁵. Toutefois, comme M. Krishna le souligne dans son traité *The Fundamentals of Canadian Income Tax*⁶, le juge Judson a mal interprété la définition énoncée dans *Halsbury's Laws of England*:

[TRADUCTION] Mais *Halsbury* ne fait qu'énoncer que lorsqu'une somme d'argent est considérée comme de l'intérêt, elle est réputée s'accroître quotidiennement. Malheureusement, on a interprété ces mots comme signifiant qu'un versement *ne peut* être de l'intérêt *sauf* s'il s'accroît jour après jour, même s'il n'est payable qu'à intervalles. Cette interprétation de *Halsbury* a beaucoup obscurci la signification d'intérêt.

[11] La décision rendue par la Haute Cour de l'Ontario dans l'affaire *Re Balaji Apartments Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co.*⁷ a ajouté une autre caractéristique restrictive à la définition énoncée par le juge Rand dans l'arrêt *Farm Security Act*. La Cour a statué que pour constituer de l'intérêt, le versement doit représenter un pourcentage du capital. En se fondant sur ces caractéristiques limitatives, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que les versements ne constituaient pas de l'intérêt parce que le montant ne croissait pas jour après jour et parce qu'il n'était pas calculé en fonction du capital dû à une date ou à une autre mais en fonction de l'excédent d'exploitation du centre commercial. J'examinerai chacune de ces raisons l'une après l'autre.

[12] Relativement à la question de savoir si les versements croissent jour après jour, j'estime qu'il convient d'interpréter l'accumulation quotidienne comme la capacité de déterminer sur une base quotidienne le droit à l'intérêt de chaque détenteur. Je conviens donc avec l'intimée que l'interprétation du passage de *Halsbury's Laws of England* ne devrait pas être comprise comme établissant le principe juridique voulant que la [TRADUCTION] «compensation afférente à l'utilisation d'une somme d'argent ne constitue de l'intérêt que si elle s'exprime sur une base quotidienne». Je souscris en effet à l'affirmation de l'intimée selon laquelle [TRADUCTION] «le montant versé en contrepartie de l'utilisation d'une somme d'argent pour une période déterminée peut être considéré comme croissant jour après jour» [soulignement ajouté].

[13] L'intérêt de participation, même s'il n'était versé en l'espèce qu'une fois par année, représentait

a percentage of the operating surplus for the year. It was, therefore, capable of being allocated on a day-to-day basis and therefore meets the test for day-to-day accrual.

[14] The more difficult issue is the requirement set out in *Balaji Apartments* that the interest must be a percentage of the principal sum. *Balaji Apartments* dealt with a mortgage which in addition to the mortgage payments also required the payment of a percentage of gross annual rentals after a bare figure was reached. The Court held that the payments related to the gross income were not interest because they were “not a percentage of, or in any way related to, the principal sum.”⁸

[15] In my opinion, the *Balaji Apartments* case should not be read as limiting the deductibility of payments that while not directly related to the principal amount, nonetheless, are clearly related to that amount. Indeed, this case should be limited to facts similar to those on which it was decided—where it is clear that payment in question was in addition to the obligation to pay interest on the loan. This analysis appears self-evident when one reads the clause contained in the repayment provisions dealing with payment of the percentage of gross annual rentals in the *Balaji Apartments* case. The clause stipulates:⁹

It is further covenanted and agreed, in and for the consideration aforesaid, as a condition hereof, that *until the said principal sum with interest thereon is fully paid as aforesaid*, if the total gross annual income accruing to the Mortgagor in any calendar year during the continuance of this mortgage from the said lands and buildings thereon or other facilities now on or which may hereafter be erected or be situated on the said lands, shall exceed the sum of \$135,000.00 during any such calendar year . . . then the said Mortgagor will pay to the Mortgagees, within 121 days after the end of each calendar year, a sum equal to 10% of the amount by which the said total gross annual income shall exceed the said sum of \$135,000.00, *any such percentage payment to be in addition to the payments of interest and principal hereinbefore contained . . .*

Indeed, after reading this comment Anderson J. held:¹⁰

un pourcentage de l'excédent d'exploitation pour l'année. Il pouvait donc être réparti sur une base quotidienne et, par conséquent, satisfaire au critère d'accroissement jour après jour.

[14] La question la plus difficile se rapporte à l'exigence, formulée dans la décision *Balaji Apartments*, que l'intérêt soit un pourcentage du capital. Cette décision avait trait à une hypothèque en vertu de laquelle il fallait, en plus des versements hypothécaires, acquitter un pourcentage des loyers annuels bruts lorsqu'un montant brut était atteint. La Cour a jugé que ces derniers versements ne constituaient pas de l'intérêt parce qu'ils ne représentaient pas [TRADUCTION] «un pourcentage et ne se rapportaient d'aucune façon au capital»⁸.

[15] À mon avis, il ne convient pas d'interpréter la décision *Balaji Apartments* comme limitant la déductibilité de versements qui se rapportent clairement au capital, même si le rattachement est indirect. En fait, cette décision ne devrait s'appliquer qu'aux affaires dont les faits s'apparentent à ceux qui ont fondé le jugement—lorsqu'il est clair que le versement en cause s'ajoute à l'obligation d'acquitter des intérêts sur le prêt. Cette analyse s'impose d'elle-même à la lecture de la clause des dispositions relatives au remboursement qui stipulait le paiement d'un pourcentage des loyers annuels bruts dans l'affaire *Balaji Apartments*. Cette clause est ainsi libellée⁹:

[TRADUCTION] Les parties conviennent également, pour la contrepartie susmentionnée, que, si le montant total des revenus annuels bruts que le débiteur tire, dans une année civile, pendant la durée du présent contrat d'hypothèque, desdits biens-fonds et des immeubles ou autres installations érigés ou situés ou pouvant être érigés ou situés sur eux, excède 135 000 \$. . . le débiteur paiera aux créanciers, dans les cent vingt et un jours suivant la fin de chaque année civile, une somme équivalant à 10 % de l'excédent des revenus annuels bruts sur ladite somme de 135 000 \$, et ce *jusqu'au plein remboursement du capital et des intérêts conformément aux modalités énoncées ci-haut. Ce paiement s'ajoute aux versements d'intérêts et de capital ci-après décrits . . .*

Effectivement, le juge Anderson a statué, après avoir lu ce texte¹⁰:

On reading the words of the mortgage and the Act it seems to me that this contention should fail. The language of the mortgage is clear that the obligation to make a payment calculated as a percentage of gross annual income is to arise for any year when the income exceeds \$135,000, is to be discharged by payment in one lump sum in the year next following, and that any such payment is in addition to the payments of interest and principal. The payment is not a percentage of, or in any way related to, the principal sum.

[16] These passages indicate that the purpose of the percentage payments of the gross annual income in this case was that they were to be paid in addition to the interest payments provided the interest payments remained outstanding. In the case at bar, the evidence reveals that the purpose of the participating interest was to compensate for having to issue the bonds at a lower interest rate (9.75% as opposed to 10.25%) because had the respondent issued the bonds at the 10.25% rate, there was a very real possibility of the respondent going bankrupt. The participatory interest, therefore, was another means of ensuring that the end result was that those buying the bonds would receive payments corresponding to the 10.25% interest rate (the rate it would have used had it been able to do so in the absence of the risk of bankruptcy). Thus, the payments were not in addition to interest as in the *Balaji* case but, instead, were in pursuit of the objective of a 10.25% interest rate. Moreover, it is important to point out that Anderson J. in *Balaji* contemplated that provided a payment was related to the principal sum it might be deductible as interest when he stated, “[t]he payment is not a percentage of, or in any way related to, the principal sum”.¹¹ [Underlining added.]

[17] The question, therefore, is whether the participating interest paid to the bond holders in this case can be said to be a percentage of, or in any way related to, the principal sum. In my opinion it can because, as the respondent points out, the participating interest was payable only so long as there was principal outstanding. The portion of the participatory interest received was directly proportional to the amount of principal owed, and because the only purpose the participating interest served was to provide a rate of return on the principal outstanding from time to time, over the term of the loan to approximate

[TRANSDUCTION] Je suis d’avis, à la lecture du texte de l’hypothèque et de la Loi, que cet argument ne saurait tenir. Le libellé de l’hypothèque énonce clairement que l’obligation de verser un pourcentage des revenus annuels bruts survient à l’égard de toute année où les revenus excèdent 135 000 \$, qu’elle doit être exécutée par le versement, l’année suivante, d’un montant forfaitaire et que ce versement s’ajoute aux versements d’intérêts et de capital. Ce paiement n’est pas un pourcentage du capital, et il ne se rapporte d’aucune façon au capital.

[16] Ces extraits indiquent que le paiement d’un pourcentage des revenus annuels bruts, dans cette affaire, s’ajoutait aux intérêts tant qu’ils n’étaient pas entièrement acquittés. En l’espèce, la preuve révèle que l’intérêt de participation visait à compenser l’émission d’obligations à un taux d’intérêt inférieur (9,75 % plutôt que 10,25 %) à laquelle l’intimée avait dû recourir en raison d’un risque réel de faillite. L’intérêt de participation constituait donc un autre moyen de verser aux détenteurs des obligations un montant correspondant à un taux d’intérêt de 10,25 % (le taux qui aurait été établi s’il n’y avait eu risque de faillite). Par conséquent, les versements ne s’ajoutaient pas aux intérêts comme c’était le cas dans l’affaire *Balaji*, mais ils concouraient plutôt à l’atteinte de l’objectif de 10,25 %. Il importe en outre de souligner que le juge Anderson, dans cette dernière affaire, a envisagé la possibilité qu’un paiement se rapportant au capital puisse être déductible en tant qu’intérêts, lorsqu’il a écrit que le «paiement n’est pas un pourcentage du capital, et il ne se rapporte d’aucune façon au capital»¹¹. [Soulignement ajouté.]

[17] La question qui se pose est donc celle de savoir si l’on peut considérer l’intérêt de participation payé aux détenteurs en l’espèce comme un pourcentage du capital ou un versement se rapportant de quelque façon au capital. Je suis d’avis qu’on le peut car, ainsi que le fait remarquer l’intimée, cet intérêt n’était payable que s’il restait un capital à rembourser. La fraction d’intérêt de participation reçue était directement proportionnelle au montant du capital dû, et l’intérêt de participation ne visait qu’à assurer, pendant la durée du prêt, un rendement sur ce capital s’approchant du taux d’intérêt normal. Conclure autrement,

a normal rate of interest for the loan. To hold otherwise, that is, to construe this provision as narrowly as previous case law has done and not allow the deduction would, in my opinion, be to ignore the new commercial realities that were not considered by the courts when their past decisions were rendered.

[18] Indeed, to find that the payments for participating interest are not deductible would be sending a message that the *Income Tax Act* discourages entrepreneurship. This is because those individuals looking to start up new businesses but who need to find new and innovative ways of financing their ventures in order to succeed will not be entitled to deductions under the Act. We must also remember that the payments were currently taxed upon receipt by the bond-holders. There is, therefore, no tax avoidance gained from structuring the business in this manner. Indeed, the respondent is merely attempting to receive the same deduction other businesses receive when making interest payments. Nor is this an attempt to hide another payment in the form of an interest payment.

[19] If I am wrong in my characterization of the participatory interest payments as falling under paragraph 20(1)(c) of the Act, then I would allow the payments to be deducted under paragraph 20(1)(e) of the Act. While I am of the opinion that the appellant is correct in stating that it is possible to distinguish the *Yonge-Eglinton* case from the case at bar, nonetheless, I am of the view that we should not do that. The participatory interest payments can be characterized as a cost of borrowing money or as being made for the use of borrowed money because they are “in connection with,” “incidental to,” or “arising from” the borrowing. It therefore fits within the test for deductibility under paragraph 20(1)(e). While Thurlow J. [as he then was] does state in his decision in *Yonge-Eglinton* that the payments “refer to the process of carrying out or the things which must be undertaken to carry out the issuing or selling or borrowing for or in connection with which the expenses are incurred” nonetheless, I do not read this section of his judgment as limiting the participating interest payments at issue

c’est-à-dire donner à cette disposition une interprétation aussi restrictive que l’a fait la jurisprudence antérieure et refuser la déduction, reviendrait à mon avis à ne pas tenir compte des nouvelles réalités commerciales, lesquelles n’avaient pas été examinées lorsque les tribunaux ont rendu leurs décisions passées.

[18] En concluant que les paiements effectués au titre de l’intérêt de participation ne sont pas déductibles, la Cour indiquerait en fait que la *Loi de l’impôt sur le revenu* décourage l’esprit d’entreprise, puisque ceux qui tentent de mettre sur pied une nouvelle entreprise mais qui ont besoin, pour réussir, de trouver des modes de financement innovateurs n’auraient pas droit aux déductions prévues par la Loi. Il ne faut pas oublier non plus que les paiements ont été imposés lorsqu’ils ont été reçus par les détenteurs d’obligations. Un tel aménagement du financement de l’entreprise n’amène donc aucun évitement fiscal. De fait, l’intimée cherche seulement à se prévaloir de la déduction à laquelle les autres entreprises effectuant des paiements d’intérêts ont droit. Nous ne sommes pas non plus en présence d’un paiement travesti en versement d’intérêts.

[19] Si j’étais dans l’erreur en concluant que les versements d’intérêts de participation sont visés par l’alinéa 20(1)(c) de la Loi, j’autoriserais alors la déduction en vertu de l’alinéa 20(1)(e) de la Loi. Tout en convenant que l’appelante a raison d’affirmer qu’il est possible d’établir une distinction entre l’arrêt *Yonge-Eglinton* et la présente espèce, j’estime néanmoins qu’il n’y a pas lieu de le faire. Les versements d’intérêts de participation peuvent être considérés comme une dépense engagée pour emprunter de l’argent ou pour utiliser de l’argent emprunté car ils sont «relatifs à» l’emprunt, en «résultent» ou lui sont «imputables». Ils satisfont donc aux conditions posées par l’alinéa 20(1)(e) pour avoir droit à la déduction. Bien que le juge Thurlow [tel était alors son titre] affirme, dans l’arrêt *Yonge-Eglinton*, que les paiements «se rapporte[nt] au mode d’exécution ou à ce qui doit être fait pour réaliser l’émission ou la vente ou l’emprunt pour lesquels ou relativement auxquels les dépenses ont été engagées», il ne me paraît pas que cette partie de ses motifs interdise les versements

here. Indeed, at page 643 of his judgment he states:

The general area of what is comprehended in subparagraphs (i) and (ii) of section 11(1)(cb) is I think indicated by the scope of what is expressly excluded by subparagraphs (iii) and (iv) for the fact that it was considered expedient to expressly exclude commissions and bonuses and payments as or on account of principal or interest, to my mind, shows that what is referred to as "an expense incurred in the year" in the course of issuing or selling shares or borrowing money for the purpose referred to is capable of embracing a broad class of expenditures for such purposes. The easiest cases to think of are professional fees for necessary documentation and fees for registering documents but the wording is not confined to these or like expenses and to my mind it involves no stretch of the language used to treat it as including amounts of the kind here in question.

And, at pages 644-645 he claims:

What appears to me to be the test is whether the expense, in whatever taxation year it occurs, arose from the issuing or selling or borrowing. It may not always be easy to decide whether an expense has so arisen but it seems to me that the words "in the course of" in section 11(1)(cb) are not a reference to the time when the expenses are incurred but are used in the sense of "in connection with" or "incidental to" or "arising from" and refer to the process of carrying out or the things which must be undertaken to carry out the issuing or selling or borrowing for or in connection with which the expenses are incurred.

[20] Lacroix D.J. in his concurring opinion also found at page 648:

This is the cost or the price the taxpayer had to pay, or in the words of the statute (11(1)(cb)) this is the expense it had to incur or the financial burden it had to assume, in order to obtain the needed money for the purpose of earning income from its business or property.

Now, in my view it is difficult not to say that this expense was incurred or that financial burden was assumed or accepted by the taxpayer, in the course of borrowing money for the purpose of earning income from a business or property, according, this time, to the terms of section 11(1)(cb)(ii).

Thus, I find that the payments at issue are also capable of falling within the deduction granted in paragraph 20(1)(e).

d'intérêts de participation en cause ici. De fait, il écrit, à la page 643:

Le domaine général englobé par les sous-alinéas (i) et (ii) de l'article 11(1)(cb) est, à mon avis, limité par les exclusions expresses des sous-alinéas (iii) et (iv), car le fait qu'on a jugé opportun d'exclure expressément les commissions et bonis ainsi que les montants payés à titre ou au titre du principal ou d'intérêt, démontre, à mon sens, que «une dépense engagée dans l'année» à l'occasion de l'émission ou de la vente d'actions ou d'emprunt d'argent utilisé aux fins prévues peut englober une vaste catégorie de dépenses engagées à ces fins. Les exemples qui viennent le plus aisément à l'esprit sont les honoraires professionnels relatifs à l'obtention de documents nécessaires et les droits relatifs à l'enregistrement de documents, mais la rédaction ne limite pas à ce type de dépenses ou à des dépenses semblables et, à mon avis, on n'aurait pas à forcer le sens des termes utilisés pour considérer qu'ils englobent des sommes semblables à celles ici en cause.

Il ajoute, aux pages 644 et 645:

Le critère applicable, à mon sens, est de déterminer si la dépense, quelle que soit l'année d'imposition où elle s'est produite, résulte de l'émission, de la vente d'actions ou de l'emprunt d'argent. Il se peut qu'il ne soit pas toujours facile de décider si une dépense résulte de telles circonstances, mais il me semble que l'expression «à l'occasion de» à l'article 11(1)(cb) ne se rapporte pas à l'époque où les dépenses ont été engagées; elle est utilisée dans le sens de «relativement à», «résultant de» ou «imputable à» et se rapporte au mode d'exécution ou à ce qui doit être fait pour réaliser l'émission ou la vente ou l'emprunt pour lesquels ou relativement auxquels les dépenses ont été engagées.

[20] Le juge suppléant Lacroix, dans son opinion concourante, a aussi conclu ce qui suit, à la page 648:

C'est le coût ou le prix que le contribuable a dû payer ou, aux termes de la Loi (art. 11(1)(cb)), c'est la dépense qu'il a dû engager ou la charge financière qu'il a dû assumer afin d'obtenir les sommes dont il avait besoin pour tirer un revenu de son entreprise ou de ses biens.

À mon avis, il est difficile de ne pas dire que cette dépense a été engagée ou cette charge financière assumée ou acceptée par le contribuable à l'occasion d'emprunt d'argent utilisé pour gagner un revenu provenant d'une entreprise ou de biens, conformément, cette fois-ci, à l'article 11(1)(cb)(ii).

Pour ces motifs, je conclus que les paiements en cause peuvent entrer dans la déduction prévue à l'alinéa 20(1)(e).

[21] The appeal should be dismissed with costs.

LINDEN J.A.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

[21] Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

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

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

¹ S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 7).

² [1974] 1 F.C. 637 (C.A.).

³ [1947] S.C.R. 394, at p. 411; affd [1949] 2 D.L.R. 145 (P.C.).

⁴ [1963] S.C.R. 570.

⁵ *Id.*, at p. 575.

⁶ Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax* 5th ed., Toronto: Carswell, 1995, at p. 337.

⁷ (1979), 25 O.R. (2d) 275 (H.C.).

⁸ *Supra*, at p. 277.

⁹ *Id.*, at pp. 276-277 (emphasis added).

¹⁰ *Id.*, at p. 277 (emphasis added).

¹¹ *Ibid.*

¹ S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 7).

² [1974] 1 C.F. 637 (C.A.).

³ [1947] R.C.S. 394, à la p. 411; conf. par [1949] 2 D.L.R. 145 (P.C.).

⁴ [1963] R.C.S. 570.

⁵ *Id.*, à la p. 575.

⁶ Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5^e éd., Toronto: Carswell, 1995, à la p. 337.

⁷ (1979), 25 O.R. (2d) 275 (H.C.).

⁸ Précité, à la p. 277.

⁹ *Id.*, aux p. 276 et 277 (non souligné dans l'original).

¹⁰ *Id.*, à la p. 277 (non souligné dans l'original).

¹¹ *Ibid.*

T-1635-97

T-1635-97

Novopharm Limited (Applicant)**Novopharm Limited (requérante)**

v.

c.

The Minister of National Health and Welfare and Abbott Laboratories Limited (Respondents)**Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et Abbott Laboratories Limited (intimés)***INDEXED AS: NOVOPHARM LTD. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: NOVOPHARM LTD. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Hugessen J.—Toronto, January 28 and February 3, 1998.

Section de première instance, juge Hugessen—Toronto, 28 janvier et 3 février 1998.

Patents — Judicial review of Minister's refusal to issue notice of compliance (NOC) to Novopharm — NOCs issued to Abbott in 1985, 1992 for same drug — Within 30 days of coming into force of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, Abbott filing patent lists in respect of individual dosages for which NOCs issued — Patents listed with expiry dates of July 1996, July 1997 — In 1995 NOC issued to Abbott in respect of starter pack, consisting of three different dosages — In 1997 Abbott obtaining three new patents based upon applications filed between 1991, 1995 — Within 30 days, filing amendments to patent lists filed in respect of NOCs issued for individual dosages, but not for starter pack — Minister accepting amended lists, holding prohibiting issuance of NOC to Novopharm — Regulations, s. 4(5) providing at any time after date of filing submission for NOC, first person may submit patent list or amend existing patent list in respect of patent issuing within previous 30 days, on basis of application filed before date of filing of submission — Since Abbott's three new patents applied for long after issuance of 1985, 1992 NOCs, could not be added by amendment to patent lists — Minister erred in treating out-of-time amendment as if original patent list — Minister's duty to identify, not correct, errors — Meaning of "drug", "medicine" in Regulations — Drug (subject of NDS), not medicine (subject of patent), link between patent lists/register and Regulations — Since NOC issued in respect of starter pack, "drug" in respect of which patent list filed — Novopharm's new drug submission only referring to drugs subject of Abbott's 1985, 1992 NOCs — Patents listed on patent list filed in respect of those drugs expired — S. 5 not applying to prohibit issuance of NOC to Novopharm.

Brevets — Contrôle judiciaire de la décision du ministre de refuser de délivrer un avis de conformité (AC) à Novopharm — AC délivrés à Abbott en 1985 et en 1992 pour le même médicament — Moins de 30 jours suivant l'entrée en vigueur du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), Abbott a déposé des listes de brevets relativement à des doses individuelles visées par les AC — Des brevets expirant en juillet 1996 et en juillet 1997 figuraient dans ces listes — En 1995, un AC a été délivré à Abbott relativement à un échantillon de départ, comprenant trois doses différentes — En 1997, Abbott a obtenu trois nouveaux brevets fondés sur des demandes déposées entre 1991 et 1995 — Dans les trente jours suivants, Abbott a déposé des modifications à ses listes de brevets déposées relativement aux AC qui lui avaient été délivrés relativement aux doses individuelles, mais non à l'échantillon de départ — Le ministre a accepté les listes modifiées, et a soutenu qu'il lui était interdit de délivrer un AC à Novopharm — L'art. 4(5) du Règlement dispose que la première personne peut, après la date de dépôt de la demande d'AC, soumettre une liste de brevets ou modifier la liste de brevets existante à l'égard d'un brevet qui a été délivré au cours des 30 jours précédents et qui était fondé sur une demande déposée avant la date de ce dépôt — Étant donné que les trois nouveaux brevets d'Abbott sont fondés sur des demandes déposées longtemps après la délivrance de ses AC en 1985 et en 1992, ils ne pouvaient être ajoutés par voie de modification aux listes de brevets — Le ministre a commis une erreur en traitant une modification tardive comme une liste de brevets originale — Il incombe au ministre de déceler les erreurs, mais non de les corriger — Sens des mots «drogue» et «médicament» figurant dans le Règlement — C'est la drogue (objet de la PDN), et non le médicament (objet du brevet), qui constitue le lien entre les listes de brevets, le registre et le Règlement — Étant donné que l'AC a été délivré relativement à l'échantillon de départ, c'est le «médicament» à l'égard duquel la liste de brevets a été déposée — Or la présentation de drogue nouvelle de Novopharm ne visait que les médicaments qui faisaient l'objet des AC délivrés à Abbott en 1985 et en 1992 — Les brevets figurant sur les listes de brevets à l'égard de ces

Construction of statutes — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 4(5) — English version clearly requiring any new patent to have been applied for prior to filing of new drug submission, not have been issued more than 30 days prior to filing of patent list — No merit to argument French text supporting interpretation filing of new patent list subject to conditions, but amendment to patent list may be made at any time, without conditions — Reference in French text to “un brevet . . . qui était fondé sur une demande au tribunal” puzzling — Court (tribunal) not issuing patents — As French text ambiguous, common meaning rule requiring adoption of interpretation consistent with unambiguous English text — Proposed interpretation untenable in context — No rational policy objective for imposing tight time restrictions on filing new original patent list, but allowing amendments at any time, without conditions — Patent applications filed long after issuance of NOCs could not be added by amendment to patent lists.

This was an application for judicial review of the Minister's refusal to issue a notice of compliance (NOC) to Novopharm. In 1985 a notice of compliance issued to Abbott for three different dosages of Terazosin Hydrochloride (TH). In 1992 a second NOC issued in respect of a fourth dosage. In 1993, within 30 days of the coming into force of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, Abbott filed patent lists in respect of all four dosages covered by the two NOCs. Two patents were listed with respective expiry dates of July 1996 and July 1997. Novopharm subsequently filed a new drug submission (NDS) in respect of all four dosages of TH. In 1995 an NOC was issued to Abbott in respect of a “starter pack” consisting of three dosages of TH packaged together. In 1997 Abbott obtained three new patents containing claims to the medicine TH. Each of these patents was based upon an application which had been filed between 1991 and October 1995. Within 30 days of their issuance, Abbott filed amendments to its patent lists filed in respect of the NOCs issued in 1985 and 1992, but not the 1995 NOC. The Minister accepted the amended lists, added the information contained therein to the register and based thereon, maintained that section 7 prohibited issuing an NOC to Novopharm.

Regulations, subsection 4(5) provides that at any time after the date of filing of the submission for a notice of

médicaments sont expirés — L'art. 5 n'a pas pour effet d'interdire la délivrance d'un AC à Novopharm.

Interprétation des lois — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), art. 4(5) — La version anglaise exige clairement que le nouveau brevet ait été demandé avant le dépôt de la présentation de drogue nouvelle et n'ait pas été délivré plus de trente jours avant le dépôt d'une liste de brevets — Absence de bien-fondé de l'argument voulant que suivant le texte français, le dépôt d'une nouvelle liste de brevets est assujéti à des conditions, alors que la modification d'une liste existante pourrait être faite en tout temps et sans conditions — Mention déroutante, dans le texte français, d'«un brevet . . . qui était fondé sur une demande au tribunal» — La délivrance de brevets ne fait pas partie des attributions d'une cour ou d'un tribunal — Étant donné l'ambiguïté du texte français, la règle du sens commun exige l'adoption d'une interprétation conforme à la version anglaise, laquelle n'est pas ambiguë — L'interprétation proposée est dénuée de sens vu le contexte — Il n'existe pas d'explication de principe rationnelle qui justifierait l'assujettissement du dépôt d'une liste de brevets nouvelle ou originale à des restrictions temporelles rigoureuses, tout en permettant l'ajout à volonté de brevets à une liste existante — Les demandes de brevets déposées longtemps après la délivrance des AC ne pouvaient être ajoutées par voie de modification aux listes de brevets.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de refuser de délivrer un avis de conformité (AC) à Novopharm. En 1985, un avis de conformité a été délivré à Abbott relativement à trois différentes doses de chlorhydrate de térazosine (CT). En 1992, un deuxième AC a été délivré relativement à une quatrième dose. En 1993, moins de trente jours après l'entrée en vigueur du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, Abbott a déposé des listes de brevets relativement aux quatre doses visées par les deux AC. Deux brevets expirant respectivement en juillet 1996 et en juillet 1997 figuraient dans ces listes. Novopharm a par la suite déposé une présentation de drogue nouvelle (PDN) relativement aux quatre doses de CT. En 1995, un AC a été délivré à Abbott relativement à un «échantillon de départ» comprenant trois doses de CT emballés ensemble. En 1997, Abbott a obtenu trois nouveaux brevets contenant des revendications pour le médicament CT. Chacun de ces brevets était fondé sur une demande déposée entre 1991 et octobre 1995. Dans les trente jours suivant leur délivrance, Abbott a déposé des modifications à ses listes de brevets déposées relativement aux AC qui lui avaient été délivrés en 1985 et 1992, mais non relativement à l'AC délivré en 1995. Le ministre a accepté les listes modifiées, ajouté les renseignements qu'elles contenaient au registre et, se fondant sur ces renseignements, il a soutenu que l'article 7 lui interdisait de délivrer un AC à Novopharm.

Le paragraphe 4(5) du Règlement dispose que la première personne peut, après la date de dépôt de la demande d'avis

compliance, the first person may submit a patent list or amend an existing patent list in respect of a patent that issued within the previous 30 days on the basis of an application filed before the date of filing of the submission.

The issues were (1) whether subsection 4(5) permits an amendment to an existing patent list to be made at any time and without conditions; and (2) whether the medicine claimed in the listed patents, or the drug which is the subject of the NDS, triggers the application of the prohibitory provisions of the Regulations and prevents a generic manufacturer from obtaining an NOC during the life of the listed patents.

Held, the Minister was ordered to purge the register of the amendments to the patent list filed by Abbott in June 1997, and to consider Novopharm's NDS on its merits and without reference to the patents listed therein.

(1) The English version of subsection 4(5) clearly requires that any new patent must have been applied for prior to the filing of the NDS and must not have been issued more than 30 days prior to the filing of the amended (or new) patent list. There was no merit to Abbott's argument that the French text supported an interpretation such that the filing of a new patent list is subject to these conditions, but an amendment to an existing patent list may be made at any time and without conditions. The reference in the French text to "*un brevet . . . qui était fondé sur une demande au tribunal*" was puzzling. "*Tribunal*" is defined as a superior court; it is not part of a court's normal functions to issue patents. As the final phrase of the French text was at best ambiguous, and since only one of the possible interpretations was consistent with the English text, which was unambiguous, the common meaning rule required that it be preferred. Absent a rational policy objective which would support the imposition of tight time restrictions on the filing of a new original patent list, and yet allow patents to be added to an existing list virtually at will, the proposed interpretation made no sense. Since Abbott's three new patents had been applied for long after the issuance of its original NOCs with respect to the individual dosages of TH, they could not be added by amendment to the patent lists which had been filed in respect of those notices of compliance and the drugs covered by them.

The standard of review was that of correctness, and the Minister erred. The Minister was faced with an amendment to an existing patent list which clearly referred to the drugs which had been the subject of the 1985 and 1992 NOCs issued to Abbott. The Minister had the choice of accepting that amendment as filed or of rejecting it as being non-

de conformité, soumettre une liste de brevets ou modifier la liste de brevets existante à l'égard d'un brevet qui a été délivré au cours des 30 jours précédents et qui était fondé sur une demande au tribunal déposée avant la date de ce dépôt.

Les questions en litige étaient de savoir (1) si le paragraphe 4(5) permet la modification d'une liste de brevets existante en tout temps et sans conditions, et (2) si c'est le médicament pour lequel les brevets énumérés comportent une revendication, ou la drogue qui est l'objet de la PDN, qui enclenche l'application de l'interdiction édictée dans le Règlement et qui empêche le fabricant d'un médicament générique d'obtenir un AC avant l'expiration des brevets énumérés.

Jugement: il est ordonné au ministre de rayer du registre les modifications de la liste de brevets déposées par Abbott en juin 1997, et d'évaluer la présentation de drogue nouvelle de Novopharm selon son bien-fondé, sans tenir compte des brevets qui y sont énumérés.

(1) La version anglaise du paragraphe 4(5) exige clairement que le nouveau brevet ait été demandé avant le dépôt de la PDN et n'ait pas été délivré plus de trente jours avant le dépôt de la liste de brevets modifiée (ou nouvelle). L'argument d'Abbott voulant que le texte français puisse être interprété comme si le dépôt d'une nouvelle liste de brevets était assujettie à des conditions, alors qu'il serait possible de modifier une liste existante en tout temps et sans conditions, est mal fondé. La mention d'«un brevet . . . qui était fondé sur une demande au tribunal» est déconcertante. Selon la définition qui en est donnée, le terme «tribunal» s'entend d'une cour supérieure; la délivrance de brevets ne fait pas partie des attributions normales d'une cour. Étant donné que le texte français est à tout le moins ambigu, et qu'une seule des interprétations possibles est compatible avec la version anglaise, laquelle n'est pas ambiguë, la règle du sens commun exige qu'il lui soit donné préférence. En l'absence d'explication de principe rationnelle qui justifierait l'assujettissement du dépôt d'une liste de brevets nouvelle ou originale à des restrictions temporelles rigoureuses, tout en permettant l'ajout à volonté de brevets à une liste existante, l'interprétation proposée est tout simplement dénuée de sens. Étant donné que les trois nouveaux brevets d'Abbott sont fondés sur des demandes déposées longtemps après la délivrance de ses avis de conformité originaux pour les doses individuelles de CT, ils ne pouvaient être ajoutés par voie de modification aux listes de brevets déjà déposées relativement à ces avis de conformité et aux drogues qu'ils visaient.

La norme de contrôle applicable est celle de la justesse de la décision, et le ministre a commis une erreur. Il a reçu un document qui était désigné comme la modification d'une liste de brevets existante et qui renvoyait clairement aux drogues qui avaient fait l'objet des AC délivrés à Abbott en 1985 et en 1992. Le ministre pouvait soit accepter la

compliant. He did neither. He correctly viewed the amendment as being out of time, but proceeded to treat it as though it was an original patent list rather than an amendment to an existing list. He then failed to apply it to the only NDS in respect of which it might arguably have been filed, i.e. the NDS filed for the starter pack in 1995, but instead applied it to the NOCs of 1985 and 1992. The Minister's duty is to keep the register and to administer the Regulations fairly. That does not involve making corrections or modifications in documents, or interpreting them so as to make them conform with the Minister's conception of the law.

Further, the Minister demonstrated a serious misconception as to the proper operation of the Regulations. Patent lists are filed in respect of drugs covered by an NDS or by the NOC which results therefrom. According to the Regulations, patent lists are only filed in respect of "a drug that contains a medicine" which is said to be claimed in the patents listed. The Minister erred in assuming that it is the medicine claimed in the listed patents which triggers the application of the prohibitory provisions of the Regulations and prevents a "second person" (generic manufacturer) from obtaining an NOC during the life of the listed patents. The link between the patent lists and the register containing the information therefrom, on the one hand, and the prohibitory provisions of the Regulations on the other, is found in subsection 5(1). That subsection refers to a person (the "second person") filing an NDS in which reference is made to "a drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person in respect of which a patent list has been submitted". The prohibitory provisions of section 7 apply only to such a second person. The fact that the medicine claimed in listed patents may form part of or even be a drug for which an NDS is filed by a person does not make that person a "second person" unless and until there is a reference in the NDS to another drug in respect of which a notice of compliance has been issued to another person and a patent list filed. It is the subject of the NDS (the "drug") and not the subject of the patent (the "medicine") which constitutes the critical link.

Abbott's amendment to the patent list could only have been filed in respect of Abbott's 1995 NDS for the starter pack. Since the NOC was issued in respect of the starter pack, the "drug" in respect of which the patent list had been filed was the starter pack. However, Novopharm's NDS did not seek to refer to that "drug" but only to the drugs that were the subject of Abbott's 1985 and 1992 NOCs. Since the patents listed on the patent list filed in respect of those drugs have expired, subsection 5(1) did not apply and the Minister was not prohibited from issuing an NOC to

modification telle qu'elle avait été déposée, soit la rejeter pour cause de non-conformité. Il n'a fait ni l'un ni l'autre. Il a, à juste titre, jugé la modification tardive, mais il l'a considérée comme une liste de brevets originale, plutôt que comme la modification d'une liste existante. Puis il ne l'a pas appliquée à la seule PDN à l'égard de laquelle il serait possible de prétendre qu'elle a été déposée, soit la PDN déposée pour l'échantillon de départ en 1995, mais plutôt aux avis de conformité de 1985 et de 1992. Il incombe au ministre de tenir le registre et d'administrer le Règlement de façon équitable. Cela ne l'autorise pas à apporter des corrections ou des modifications à ces documents, ni à les interpréter pour les rendre conformes à sa conception du droit.

De plus, la façon dont le ministre a agi dénote une grave méconnaissance du fonctionnement du Règlement. Les listes de brevets sont déposées relativement à des drogues visées soit par une PDN, soit par l'AC qui en résulte. Suivant le Règlement, les listes de brevets ne peuvent être déposées qu'à «l'égard d'une drogue qui contient un médicament» pour lequel les brevets énumérés comportent une revendication. Le ministre a commis une erreur en presumant que c'est le médicament pour lequel les brevets énumérés comportent une revendication qui enclenche l'application de l'interdiction édictée dans le Règlement et qui empêche une «seconde personne» (le fabricant de médicament générique) d'obtenir un AC avant l'expiration des brevets énumérés. Le lien entre les listes de brevets et le registre contenant les renseignements qui en découlent, d'une part, et l'interdiction édictée par le Règlement, d'autre part, se trouve au paragraphe 5(1). Ce paragraphe vise la personne (la «seconde personne») qui dépose une PDN renvoyant à «une drogue qui a été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard duquel une liste de brevets a été soumise». L'interdiction édictée par l'article 7 s'applique uniquement à cette deuxième personne. Le fait que le médicament pour lequel les brevets énumérés comportent une revendication puisse faire partie d'une drogue, ou même être une drogue à l'égard de laquelle une personne a déposé une PDN, ne confère pas à cette personne la qualité de «seconde personne», à moins que la PDN renvoie à une autre drogue pour laquelle un avis de conformité a été délivré à une autre personne et une liste de brevets déposée. C'est l'objet de la PDN (la drogue) et non l'objet du brevet (le médicament) qui constitue le lien critique.

La modification de la liste de brevets d'Abbott n'aurait pu être déposée qu'à l'égard de la PDN de 1995 d'Abbott pour l'échantillon de départ. Étant donné que l'AC a été délivré pour l'échantillon de départ, la «drogue» à l'égard de laquelle la liste de brevets avait été déposée était l'échantillon de départ. Toutefois, la PDN de Novopharm ne cherchait pas à faire un renvoi à cette «drogue», mais uniquement aux drogues visées par les AC d'Abbott de 1985 et de 1992. Étant donné que les brevets figurant dans la liste de brevets déposée à l'égard de ces drogues ont expiré, les dispositions

Novopharm.

du paragraphe 5(1) ne s'appliquent pas et il n'est pas interdit au ministre de délivrer un AC à Novopharm.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 2 "second person", 3, 4, 5(1), 7.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 2 «seconde personne», 3, 4, 5(1), 7.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (1995), 62 C.P.R. (3d) 58; 97 F.T.R. 288 (F.C.T.D.); aff'd (1995), 67 C.P.R. (3d) 25; 193 N.R. 394 (F.C.A.).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (1995), 62 C.P.R. (3d) 58; 97 F.T.R. 288 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1995), 67 C.P.R. (3d) 25; 193 N.R. 394 (C.A.F.).

REFERRED TO:

Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers), [1994] 2 S.C.R. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1.

DÉCISION CITÉE:

Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers), [1994] 2 R.C.S. 557; (1994), 114 D.L.R. (4th) 385; [1994] 7 W.W.R. 1; 22 Admin. L.R. (2d) 1; 46 B.C.A.C. 1; 92 B.C.L.R. (2d) 145; 14 B.L.R. (2d) 217; 4 C.C.L.S. 117; 168 N.R. 321; 75 W.A.C. 1.

APPLICATION for judicial review of the Minister's refusal to issue a notice of compliance (NOC) to Novopharm. The Minister was ordered to purge the register of amendments to the patent list filed by Abbott in June 1997, and to consider Novopharm's NDS on its merits and without reference to the patents listed therein.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre a refusé de délivrer un avis de conformité (AC) à Novopharm. Il a été ordonné au ministre de rayer du registre les modifications de la liste de brevets déposées par Abbott en juin 1997, et d'évaluer la présentation de drogue nouvelle de Novopharm selon son bien-fondé, sans tenir compte des brevets qui y sont énumérés.

COUNSEL:

Donald H. MacOdrum and *Stephanie Chong* for applicant.

Ronald E. Dimock and *Michelle L. Wassenaar* for respondent Abbott Laboratories Limited.

Rick Woyiwada for respondent Minister of National Health and Welfare.

AVOCATS:

Donald H. MacOdrum et *Stephanie Chong*, pour la requérante.

Ronald E. Dimock et *Michelle L. Wassenaar*, pour l'intimée Abbott Laboratories Limited.

Rick Woyiwada, pour l'intimé le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

SOLICITORS:

Ridout & Maybee, Toronto, for applicant.

Dimock, Stratton, Clarizio, Toronto, for respondent Abbott Laboratories Limited.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of National Health and Welfare.

PROCUREURS:

Ridout & Maybee, Toronto, pour la requérante.

Dimock, Stratton, Clarizio, Toronto, pour l'intimée Abbott Laboratories Limited.

Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] HUGESSEN J.: This case raises two questions, both apparently as yet unresolved in the case law, arising from the troubled *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*.¹ The first question has to do with the circumstances in which a patent list can be amended and involves an apparent conflict between the English and French texts of subsection 4(5) of the Regulations. The second question involves the complex interrelationship between patent lists, the patent register required to be kept by section 3 of the Regulations, new drug submissions (NDSs), notices of compliance (NOCs), and drugs containing medicines for which patent protection is claimed.

[2] Omitting irrelevant details, the facts are as follows.

[3] In 1983, Abbott filed an NDS in respect of Terazosin Hydrochloride (TH) in dosages of 1, 2 and 5 milligram tablets; this resulted in the issuance of a first NOC in 1985 in respect of those dosages.

[4] In 1991, Abbott filed a second NDS in respect of 10 milligram dosage tablets of TH which resulted, in 1992, in the issuance of a second NOC in respect of that dosage.

[5] In April 1993, within 30 days of the coming into force of the Regulations, Abbott filed patent lists in respect of the 1, 2, 5, and 10 milligram tablet dosages of TH covered by the two above-mentioned NOCs. As required, the drugs in question were identified by their respective drug identification numbers (DINs). Two patents were listed with expiry dates respectively of July 3, 1996 and July 8, 1997.

[6] In December 1993, Novopharm filed an NDS in respect of TH in dosages of 1, 2 5, and 10 milligram tablets and sought to compare its drug specifically with the drugs covered by the NOCs previously issued to Abbott. As permitted by the Regulations,

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

[1] LE JUGE HUGESSEN: L'instance soulève deux questions, qui n'ont apparemment pas encore été résolues par la jurisprudence, concernant l'embêtant *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*¹. La première question concerne les circonstances dans lesquelles une liste de brevets peut être modifiée et met en cause un conflit apparent entre les versions anglaise et française du paragraphe 4(5) du Règlement. La deuxième question touche les rapports complexes entre les listes de brevets, le registre des brevets qui doit être tenu par application de l'article 3 du Règlement, les présentations de drogue nouvelle (PDN), les avis de conformité (AC) et les drogues contenant des médicaments à l'égard desquels la protection d'un brevet est revendiquée.

[2] Voici les faits, abstraction faite des détails non pertinents.

[3] En 1983, Abbott a déposé une PDN à l'égard du chlorhydrate de térazosine (CT) en comprimés de 1, 2 et 5 milligrammes; cette PDN a donné lieu à la délivrance d'un premier AC en 1985 à l'égard de ces doses.

[4] En 1991, Abbott a déposé une deuxième PDN relativement à des comprimés de 10 milligrammes de CT, après quoi un deuxième AC a été délivré en 1992 relativement à cette dose.

[5] En avril 1993, moins de trente jours après l'entrée en vigueur du Règlement, Abbott a déposé des listes de brevets relativement aux comprimés de 1, 2, 5 et 10 milligrammes de CT visés par les deux AC susmentionnés. Ces drogues ont été identifiées, comme il se doit, par leur identification numérique (DIN). Deux brevets expirant respectivement le 3 juillet 1996 et le 8 juillet 1997 figuraient dans ces listes.

[6] En décembre 1993, Novopharm a déposé une PDN relativement au CT en comprimés de 1, 2, 5 et 10 milligrammes et souhaitait comparer sa drogue avec les drogues visées par les AC délivrés antérieurement à Abbott. Comme le Règlement le permet,

Novopharm agreed that the requested NOC should not issue until the expiry of the last of the listed Abbott patents, i.e. July 8, 1997.

[7] In October 1995, Abbott filed an NDS in respect of a "starter pack" consisting of 1, 2 and 5 milligram tablets of TH packaged together in such a way that the patient would take gradually increasing doses of the drug over a four-week period. The drug itself was identical to that which had been covered by the previous NOCs issued to Abbott and an NOC in respect of the starter pack was issued in the same month in which it was applied for. As is the practice, the new NOC gave the starter pack a new DIN.

[8] In June 1997, Abbott obtained three new patents which are said to contain claims to the medicine TH. Each of these patents was based upon an application which had been filed prior to October 1995 but subsequent to 1991. Within 30 days of their issuance, Abbott filed amendments to its patent lists filed in respect of the NOCs earlier issued to it for the individual dosages (1, 2, 5, and 10 milligrams) but did not file a new patent list in respect of the NOC issued for the starter pack. The Minister accepted the amended lists, added the information contained therein to the register and, based thereon, maintained that he was prohibited by the terms of section 7 of the Regulations from issuing an NOC to Novopharm. These judicial review proceedings attack that decision.

[9] For the purposes of these reasons, sections 3, 4 and subsection 5(1) of the Regulations are most relevant:

3. (1) On the 30th day after the coming into force of these Regulations, the Minister shall open and thereafter maintain a register of any information submitted pursuant to section 4.

(2) The register shall be open to public inspection during business hours.

(3) No information submitted pursuant to section 4 shall be included on the register until after the issuance of the notice of compliance in respect of which the information was submitted.

Novopharm a consenti au report de la délivrance de l'AC demandé jusqu'à l'expiration du dernier des brevets figurant dans la liste d'Abbott, soit jusqu'au 8 juillet 1997.

[7] En octobre 1995, Abbott a déposé une PDN relativement à un «échantillon de départ» comprenant des comprimés de 1, 2 et 5 milligrammes de CT emballés ensemble, de façon que le patient augmente graduellement ses doses de la drogue sur une période de quatre semaines. La drogue elle-même était identique à celle visée par les AC antérieurs délivrés à Abbott et un AC a été délivré relativement à l'échantillon de départ le mois même où il a été demandé. Comme le veut la pratique, le nouvel AC attribuait un nouveau DIN à l'échantillon de départ.

[8] En juin 1997, Abbott a obtenu trois nouveaux brevets qui contiennent, à ce qu'elle dit, des revendications pour le médicament CT. Chacun de ces brevets était fondé sur une demande déposée avant octobre 1995, mais après 1991. Dans les trente jours suivant leur délivrance, Abbott a déposé des modifications à ses listes de brevets déposées relativement aux AC qui lui avaient été délivrés antérieurement pour les doses individuelles (1, 2, 5 et 10 milligrammes), mais n'a pas déposé de nouvelle liste de brevets relativement à l'AC délivré pour l'échantillon de départ. Le ministre a accepté les listes modifiées, ajouté les renseignements qu'elles contenaient au registre et, se fondant sur ces renseignements, il a soutenu que l'article 7 du Règlement lui interdisait de délivrer un AC à Novopharm. C'est cette décision qui est contestée par la demande de contrôle judiciaire.

[9] Les dispositions les plus pertinentes aux fins des présents motifs sont les articles 3 et 4 et le paragraphe 5(1) du Règlement:

3. (1) Le 30^e jour suivant la date d'entrée en vigueur du présent règlement, le ministre ouvre un registre de tout renseignement soumis aux termes de l'article 4 et le tient à jour.

(2) Le registre est ouvert à l'inspection publique durant les heures de bureau.

(3) Aucun renseignement soumis aux termes de l'article 4 n'est consigné au registre avant la délivrance de l'avis de conformité à l'égard duquel il a été soumis.

Patent List

4. (1) A person who files, or before the coming into force of these Regulations has filed a submission for or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine may submit to the Minister a patent list.

(2) A patent list submitted pursuant to subsection (1) must be certified by the person to be accurate, and must set out

(a) any Canadian patent that is owned by the person, or in respect of which the person has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on the patent list, that contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine and that the person wishes to have included on the patent list;

(b) a statement that, in respect of each patent, the person applying for a notice of compliance is the owner, has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on the patent list;

(c) the date on which the term limited for the duration of each patent will expire pursuant to section 44 or 45 of the *Patent Act*; and

(d) the address in Canada for service on the person of any notice of an allegation referred to in paragraph 5(3)(b), or the name and address in Canada of another person on whom service may be made, with the same effect as if service had been made on the person.

(3) Subject to subsections (4) and (5), a person submitting a patent list shall do so at the time the person files a submission for a notice of compliance.

(4) Subject to subsection (5), a person who has already filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance before the coming into force of these Regulations and who wishes to submit a patent list shall do so within 30 days after the day on which these Regulations come into force.

(5) At any time after the date of filing of the submission for a notice of compliance, the first person may submit a patent list that includes, or amend an existing patent list to include, the information referred to in subsection (2) in respect of a patent that issued within the previous 30 days on the basis of an application filed before the date of filing of the submission.

5. (1) Where a person files or, before the coming into force of these Regulations, has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and wishes to compare that drug with, or make a reference to, a drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of

Liste de brevets

4. (1) La personne qui dépose ou qui, avant la date d'entrée en vigueur du présent règlement, a déposé une demande d'avis de conformité à l'égard d'une drogue qui contient un médicament ou a obtenu un tel avis peut soumettre au ministre une liste de brevets.

(2) La liste de brevets visée au paragraphe (1) doit faire l'objet d'une attestation de la personne quant à son exactitude et doit contenir les éléments suivants:

a) tout brevet canadien dont la personne est propriétaire ou à l'égard duquel elle détient une licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire en vue de l'inclure dans la liste et qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament et qu'elle souhaite inclure dans la liste;

b) une déclaration portant qu'à l'égard de chaque brevet, la personne qui demande l'avis de conformité en est le propriétaire, en détient la licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire en vue de l'inclure dans la liste;

c) la date d'expiration de la période à laquelle est limitée la durée de chaque brevet aux termes des articles 44 ou 45 de la *Loi sur les brevets*;

d) l'adresse de la personne au Canada aux fins de signification de tout avis d'allégation visé à l'alinéa 5(3)b) ou les nom et adresse au Canada d'une autre personne qui peut recevoir signification avec le même effet que s'il s'agissait de la personne elle-même.

(3) Sous réserve des paragraphes (4) et (5), la personne qui soumet une liste de brevets doit le faire au moment du dépôt de sa demande d'avis de conformité.

(4) Sous réserve du paragraphe (5), la personne qui a déposé une demande d'avis de conformité ou qui a obtenu un tel avis avant la date d'entrée en vigueur du présent règlement et qui souhaite soumettre une liste de brevets doit le faire dans les 30 jours suivant cette date.

(5) La première personne peut, après la date de dépôt de la demande d'avis de conformité, soumettre une liste de brevets qui comprend les éléments visés au paragraphe (2) à l'égard d'un brevet qui a été délivré au cours des 30 jours précédents et qui était fondé sur une demande au tribunal déposée avant la date de ce dépôt ou elle peut modifier la liste de brevets existante pour inclure ces éléments.

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou, avant la date d'entrée en vigueur du présent règlement, a déposé une demande d'avis de conformité à l'égard d'une drogue et souhaite comparer cette drogue à une drogue qui a été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de confor-

compliance issued to a first person in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the patent list,

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(b) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(b) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

[10] As indicated earlier, the first question which arises has to do with the proper interpretation of subsection 4(5) of the Regulations and the conditions under which a patent list may be amended to add a new patent. While the English version seems clear in requiring that any such new patent must have been applied for prior to the filing of the NDS and must not have been issued more than 30 days prior to the filing of the amended (or new) patent list, Abbott argues that the French text supports a different interpretation. According to this argument, while the filing of a new patent list is subject to these conditions, an amendment to an existing patent list may be made at any time and without any conditions. In my view, the argument is without merit.

[11] In the first place, and while there can be no doubt that the French text is equally authoritative and authentic as the English text, there is some reason to doubt that the draftsman of the French text had a very clear understanding of Canadian patent law. The reference to "*un brevet . . . qui était fondé sur une demande au tribunal*" is puzzling in the extreme. "*Tribunal*" is a defined term and means this or another superior court; it is not part of a court's normal

mité délivré à la première personne et à l'égard duquel une liste de brevets a été soumise ou qu'elle souhaite faire un renvoi à la drogue citée en second lieu, elle doit indiquer sur sa demande, à l'égard de chaque brevet énuméré dans la liste:

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas:

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)b) est fautive,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

[10] La première question à trancher touche, comme je l'ai déjà mentionné, l'interprétation qu'il faut attribuer au paragraphe 4(5) du Règlement et les conditions dans lesquelles une liste de brevets peut être modifiée par l'ajout d'un nouveau brevet. Bien que la version anglaise semble exiger clairement que le nouveau brevet ait été demandé avant le dépôt de la PDN et n'ait pas été délivré plus de trente jours avant le dépôt de la liste de brevets modifiée (ou nouvelle), Abbott soutient que la version française justifie une interprétation différente. Selon la thèse qu'elle fait valoir, bien que le dépôt d'une nouvelle liste de brevets soit assujettie à ces conditions, une liste de brevets existante peut être modifiée en tout temps et sans conditions. À mon avis, cet argument est mal fondé.

[11] Premièrement, et bien qu'il ne fasse aucun doute que les versions française et anglaise ont également force de loi ou même valeur et sont également authentiques, certains motifs permettent de douter de la compréhension qu'avait le rédacteur de la version française du droit canadien des brevets. La mention d'«un brevet . . . qui était fondé sur une demande au tribunal» est extrêmement déroutante. Le terme «tribunal» est défini et s'entend de la Cour fédérale ou

functions to issue patents.

[12] Second, the French text is, at best, ambiguous. While it might be possible, reading the text in isolation, to interpret the final phrase commencing with the words “*ou elle peut*” as creating an independent and unconditional right to amend an existing list, it is at least equally possible to read the words “*ces éléments*” as being a reference not only to the earlier mention of the word “*éléments*” but also to all the qualifying clauses which follow, down to “*la date de ce dépôt*”. Since the second of these interpretations is the only one which is consistent with the English text, which is unambiguous, the common meaning rule requires that it be preferred.

[13] Finally, it would appear to me that a contextual reading of subsection 4(5) in the light of the Regulations as a whole makes the interpretation proposed by Abbott untenable. Counsel was unable to suggest any rational policy objective which would support the imposition of tight time restrictions on the filing of a new or original patent list and yet allow patents to be added to an existing list virtually at will. Absent such a rationale, the proposed interpretation simply makes no sense.

[14] I conclude, therefore, on this aspect of the case, that since Abbott’s three new patents had been applied for long after the issuance of its original notices of compliance with respect to the 1, 2, 5 and 10 milligram tablet dosages of TH, they could not be added by amendment to the patent lists which had been filed in respect of those notices of compliance and the drugs covered by them.

[15] This brings us to the second question. As indicated earlier, Abbott’s filing in June 1997 purported to be an amendment to the patent lists filed with respect to the NOCs issued in 1985 and 1992. The amendment clearly identified the drugs by their DINs as being those covered by the 1985 and 1992

d’une autre cour supérieure; la délivrance de brevets ne fait pas partie des attributions normales d’une cour.

[12] Deuxièmement, le texte français est à tout le moins ambigu. Bien qu’il soit possible, en lisant le texte isolément, d’interpréter le dernier segment commençant par les mots «ou elle peut» comme créant un droit indépendant et inconditionnel de modifier une liste existante, il est tout aussi possible d’interpréter les mots «ces éléments» comme renvoyant non seulement à la mention antérieure du mot «éléments» mais également aux caractéristiques de ces éléments énoncées immédiatement après, jusqu’aux mots «la date de ce dépôt». Étant donné que cette deuxième interprétation est la seule qui soit compatible avec la version anglaise, laquelle n’est pas ambiguë, la règle du sens commun exige qu’il lui soit donné préférence.

[13] Enfin, il me semble qu’une interprétation contextuelle du paragraphe 4(5), en fonction de l’ensemble du Règlement, ne permet pas de soutenir l’interprétation proposée par Abbott. L’avocat n’a pas été en mesure de fournir une explication de principe rationnelle qui justifierait l’assujettissement du dépôt d’une liste de brevets nouvelle ou originale à des restrictions temporelles rigoureuses, tout en permettant l’ajout à volonté de brevets à une liste existante. Sans une telle explication logique, l’interprétation proposée est tout simplement dénuée de sens.

[14] Je tire donc la conclusion suivante sur cet aspect de l’instance: étant donné que les trois nouveaux brevets d’Abbott sont fondés sur des demandes déposées longtemps après la délivrance de ses avis de conformité originaux pour les comprimés de 1, 2, 5 et 10 milligrammes de CT, ils ne pouvaient être ajoutés par voie de modification aux listes de brevets déjà déposées relativement à ces avis de conformité et aux drogues qu’ils visaient.

[15] Cela nous amène à la deuxième question. Comme il l’a été mentionné plus tôt, Abbott entendait déposer en juin 1997 une modification des listes de brevets déposées relativement aux AC délivrés en 1985 et en 1992. La modification identifiait clairement les drogues, au moyen de leur DIN, comme celles

notices of compliance. Nonetheless, the Minister seems to have taken the view that what he in fact had before him was an original patent list filed in respect of Abbott's NDS for the starter pack. Thus, even though the Minister does not agree with Abbott's interpretation of subsection 4(5), he acted as though the list filed in June 1997 was in compliance with that provision since the three new patents had been applied for prior to the filing of the NDS for the starter pack and the list had been filed within 30 days of their issuance. Accordingly, the Minister decided to accept the list and to add the new patents to the register. This is the root decision which is impugned by the present proceedings launched by Novopharm.

[16] As a preliminary matter on this aspect of the case, I must deal, albeit briefly, with the question of the standard of review. Relying on such well-known cases as *Pezim*,² Abbott submits that the Minister is a specialized tribunal and that his decisions should only be subject to judicial review on a standard of patent unreasonableness. In my view, this submission is without merit. Indeed, not even the Minister supports it. The Minister is not a specialized tribunal; he is not a tribunal at all. He has no independent decision-making power, no discretion and no policy-making role under the Regulations; his functions are purely ministerial. He is charged with the duty of applying and administering the Regulations and he must do so properly. The standard of review is that of correctness.

[17] In my view, the Minister has erred.

[18] In the first place, and on the particular facts of this case, I can see no justification whatever for the Minister acting as he has. He was faced with what was clearly stated to be an amendment to an existing patent list and one which equally clearly referred, by citing their appropriate DINs, to the drugs which had been the subject of the notices of compliance issued to Abbott in 1985 and 1992. The Minister had the choice

visées par les avis de conformité de 1985 et de 1992. Néanmoins, le ministre semble avoir jugé que le document qui lui était soumis était une liste de brevets originale concernant la PDN d'Abbott pour l'échantillon de départ. En conséquence, même si le ministre n'adhère pas à l'interprétation qu'Abbott donne du paragraphe 4(5), il a agi comme si la liste déposée en juin 1997 était conforme à cette disposition, étant donné que les trois nouveaux brevets avaient été demandés avant le dépôt de la PDN pour l'échantillon de départ et que la liste avait été déposée dans les trente jours suivant leur délivrance. En conséquence, le ministre a décidé d'accepter la liste et d'ajouter les nouveaux brevets au registre. C'est la décision fondamentale qui est contestée dans la présente instance introduite par Novopharm.

[16] Sur cet aspect de l'instance, je dois trancher de façon préliminaire, bien que brièvement, la question de la norme de contrôle applicable. Abbott s'appuie sur une jurisprudence aussi notoire que l'arrêt *Pezim*,² pour soutenir que le ministre est un tribunal spécialisé et que ses décisions sont susceptibles de contrôle judiciaire uniquement selon la norme de la décision manifestement déraisonnable. À mon avis, cette prétention est mal fondée. En fait, même le ministre ne l'appuie pas. Le ministre n'est pas un tribunal spécialisé; il n'est pas un tribunal du tout. Il n'est investi d'aucun pouvoir décisionnel indépendant, d'aucun pouvoir discrétionnaire, ni d'aucun pouvoir d'établir des politiques en vertu du Règlement; ses fonctions sont purement ministérielles. Il a le devoir d'appliquer et d'administrer le Règlement et de le faire correctement. La norme de contrôle applicable est celle de la justesse de sa décision.

[17] Je suis d'avis que le ministre a commis une erreur.

[18] Premièrement, en me reportant aux faits de l'espèce, je ne parviens pas à trouver un motif qui justifierait la façon dont le ministre a agi. Il a reçu un document qui était nettement désigné comme la modification d'une liste de brevets existante et qui renvoyait, tout aussi clairement, aux drogues qui avaient fait l'objet des avis de conformité délivrés à Abbott en 1985 et en 1992, au moyen de leur DIN. Le

of accepting that amendment as filed or of rejecting it as being non-compliant with the Regulations. In fact, he did neither. Rather, having correctly viewed the amendment as being non-compliant (it was long out of time on the proper reading of subsection 4(5)) he proceeded to treat it as though it was an original patent list rather than an amendment to an existing list. Even more critical, however, he then failed to apply it to the only NDS in respect of which it might arguably have been filed, namely the NDS filed for the starter pack in 1995, but instead applied it to the NOC of 1985 and 1992 in respect of which it could not have been filed.

[19] The Minister's duty is to keep the register and to administer the Regulations. It is not a duty which sits lightly with a Minister whose primary function is the protection of public health and safety since these Regulations have nothing to do with that subject and everything to do with the regulation of the conflicting relationships between brand name and generic drug manufacturers. The duty is, however, cast upon him by the Regulations and he must carry it out fairly and even-handedly. That may involve drawing the attention of persons who submit documents to what the Minister conceives of as defects or errors in those documents; it most certainly does not involve the Minister taking upon himself the task of making corrections or modifications in such documents or of interpreting them so as to make them conform with what the Minister conceives of as being the law. On this basis alone, the Minister's decision must be set aside.

[20] There is more, however. In my view, the Minister's actions in this matter demonstrate a serious misconception as to the proper operation of the Regulations. Patent lists are filed in respect of drugs covered by either an NDS or by the NOC which results therefrom. The Regulations make it clear that patent lists can only be filed in respect of "a drug that contains a medicine" which is said to be claimed in the patents listed. The Minister apparently takes the view that it is the medicine claimed in the listed patents which triggers the application of the prohibitory provisions of the Regulations and in effect

ministre pouvait soit accepter la modification telle qu'elle a été déposée, soit la rejeter parce qu'elle n'était pas conforme au Règlement. En fait, il n'a fait ni l'un ni l'autre. Ayant, à juste titre, jugé la modification non conforme (elle était très tardive selon l'interprétation juste du paragraphe 4(5)), il l'a considérée comme une liste de brevets originale, plutôt que comme la modification d'une liste existante. Puis, et cet élément est encore plus déterminant, il ne l'a pas appliquée à la seule PDN à l'égard de laquelle il serait possible de prétendre qu'elle a été déposée, soit la PDN déposée pour l'échantillon de départ en 1995, mais plutôt aux avis de conformité de 1985 et de 1992 à l'égard desquels elle ne pouvait avoir été déposée.

[19] Le ministre a le devoir de tenir le registre et d'administrer le Règlement. Il ne s'agit pas d'un devoir qui convient d'emblée à un ministre dont la fonction principale consiste à protéger la santé et la sécurité du public, car le Règlement n'a rien à voir avec cette matière et tout à voir avec la réglementation des rapports conflictuels entre les fabricants de médicaments de marque déposée et les fabricants de médicaments génériques. Ce devoir lui est toutefois imposé par le Règlement et il doit s'en acquitter de façon équitable et impartiale. Cela peut l'amener à attirer l'attention des personnes qui lui soumettent des documents sur ce qu'il considère comme des lacunes ou des erreurs; il ne l'autorise certainement pas à prendre l'initiative d'apporter des corrections ou des modifications à ces documents ni de les interpréter pour les rendre conformes à sa conception du droit. Ne serait-ce que pour cette raison, la décision du ministre doit être annulée.

[20] Mais il y a plus. À mon avis, la façon dont le ministre a agi dénote une grave méconnaissance du fonctionnement du Règlement. Les listes de brevets sont déposées relativement à des drogues visées soit par une PDN, soit par l'AC qui en résulte. Le Règlement précise clairement que les listes de brevets ne peuvent être déposées qu'à «l'égard d'une drogue qui contient un médicament» pour lequel les brevets énumérés comportent une revendication. Le ministre estime apparemment que c'est le médicament pour lequel les brevets énumérés comportent une revendication qui enclenche l'application de l'interdiction

prevents a “second person” or generic manufacturer from obtaining an NOC during the life of the listed patents. In my view, this is wrong. The link between the patent lists and the register containing the information derived therefrom, on the one hand, and the prohibitory provisions of the Regulations on the other hand, is found in subsection 5(1). That subsection refers to a person filing an NDS in which reference is made to “a drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person in respect of which a patent list has been submitted” [underlining added]. The person so described is defined in section 2 as the “second person” and the prohibitory provisions of section 7 apply only to such a second person. Thus, the fact that the medicine claimed in listed patents may form part of or even be a drug for which an NDS is filed by a person does not make that person a “second person” unless and until there is a reference in the NDS to another drug in respect of which a notice of compliance has been issued to another person and a patent list filed. It is the subject of the NDS (the “drug”) and not the subject of the patent (the “medicine”) which constitutes the critical link.

[21] Part of the difficulty here is the usage within the Regulations of the words “drug” and “medicine” in apparent contradistinction with one another. Mr. Justice Noël explained this usage in *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (F.C.T.D.), at page 70; affd (1995), 67 C.P.R. (3d) 25 (F.C.A.), as follows:

Nevertheless, as a medicine is a drug and as an NOC must be obtained by reference to a drug, the word “drug” appears in the *Regulations* wherever it is used in connection with the obtention of an NOC under the *Food and Drugs Act*. Conversely, under the *Patent Act*, it is the medicine that is the focus of the protection against infringement which the Act seeks to achieve with respect to pharmaceutical patents, and the word “medicine” as defined in the *Regulations* appears therein wherever used by reference to the protection against infringement of patents which the *Regulations* seek to provide.

édictee dans le Règlement et qui empêche, en fait, une «seconde personne» ou le fabricant d’un médicament générique d’obtenir un AC avant l’expiration des brevets énumérés. À mon avis, c’est une erreur. Le lien entre les listes de brevets et le registre contenant les renseignements qui en découlent, d’une part, et l’interdiction édictée par le Règlement, d’autre part, se trouve au paragraphe 5(1). Ce paragraphe vise la personne qui dépose une PDN renvoyant à «une drogue qui a été commercialisée au Canada aux termes d’un avis de conformité délivré à la première personne et à l’égard duquel une liste de brevets a été soumise» [non souligné dans l’original]. La personne ainsi décrite est définie comme la «seconde personne» à l’article 2 et l’interdiction édictée par l’article 7 s’applique uniquement à cette deuxième personne. Par conséquent, le fait que le médicament pour lequel les brevets énumérés comportent une revendication puisse faire partie d’une drogue, ou même être une drogue à l’égard de laquelle une personne a déposé une PDN, ne confère pas à cette personne la qualité de «seconde personne», à moins que la PDN renvoie à une autre drogue pour laquelle un avis de conformité a été délivré à une autre personne et une liste de brevets déposée. C’est l’objet de la PDN (la drogue) et non l’objet du brevet (le médicament) qui constitue le lien critique.

[21] Les difficultés soulevées en l’occurrence découlent en partie de l’emploi, dans le Règlement, des termes «drogue» et «médicament» en opposition apparente l’un avec l’autre. Le juge Noël a expliqué cet emploi dans la décision *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 70; conf. par (1995), 67 C.P.R. (3d) 25 (C.A.F.):

Néanmoins, étant donné qu’un médicament est une drogue et qu’un avis de conformité doit être obtenu par référence à une drogue, le terme «drogue» figure dans le *Règlement* chaque fois qu’il est utilisé relativement à l’obtention d’un avis de conformité en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues*. Inversement, en vertu de la *Loi sur les brevets*, c’est le médicament qui est l’objet de la protection assurée contre la contrefaçon, protection que la loi cherche à accorder aux brevets pharmaceutiques, et le mot «médicament» défini dans le *Règlement* y apparaît chaque fois qu’il est utilisé par référence à la protection accordée contre la contrefaçon des brevets, qui est l’objet du *Règlement*.

[22] In other words, the “drug” is the subject of the NOC, while the “medicine” is the subject of the patent claim. Within the working of the Regulations, multiple NOCs may issue with respect to the same patented “medicine” resulting, conceptually, in different “drugs” corresponding to the different subjects of the multiple NOCs.

[23] Returning to the facts of the present case, even after the Minister’s irregular handling of Abbott’s amendment to the patent list so as to treat it as an original patent list, that list could only have been filed in respect of Abbott’s 1995 NDS for the starter pack. Since the resulting NOC was issued in respect of the starter pack, the “drug” in respect of which the patent list had been filed was the starter pack. However, Novopharm’s NDS did not seek to refer to that “drug” but only to the drugs that were the subject of Abbott’s 1985 and 1992 NOCs. Since the patents listed on the patent list filed in respect of those drugs have expired, the provisions of subsection 5(1) are not engaged and the Minister is not prohibited from issuing an NOC to Novopharm.

[24] Novopharm has asked that I order the Minister to issue an NOC to it. I am reluctant to do so since I cannot be certain that the Minister does not have any remaining health and safety concerns. However, for the reasons given, I shall order that the register be purged of the amendments to the patent list filed by Abbott with its letter of June 9, 1997 and that the Minister consider Novopharm’s new drug submission on its merits and without reference to the patents listed therein.

[25] No costs have been sought and no special reasons have been advanced to justify the making of an order as to costs.

[22] En d’autres termes, la «drogue» est l’objet de l’AC, alors que le «médicament» est l’objet de la revendication de brevet. Sous le régime du Règlement, plusieurs AC peuvent être délivrés à l’égard du même «médicament» breveté, ce qui fait qu’il existe, sur le plan conceptuel, différentes «drogues» correspondant aux différents objets des nombreux AC.

[23] Pour revenir aux faits dont la Cour est saisie, même après que le ministre eut irrégulièrement traité la modification de la liste de brevets d’Abbott comme une liste de brevets originale, cette liste n’aurait pu être déposée qu’à l’égard de la PDN de 1995 d’Abbott pour l’échantillon de départ. Étant donné que l’AC qui en a résulté a été délivré pour l’échantillon de départ, la «drogue» à l’égard de laquelle la liste de brevets avait été déposée était l’échantillon de départ. Toutefois, la PDN de Novopharm ne cherchait pas à faire un renvoi à cette «drogue», mais uniquement aux drogues visées par les AC d’Abbott de 1985 et de 1992. Étant donné que les brevets figurant dans la liste de brevets déposée à l’égard de ces drogues ont expiré, les dispositions du paragraphe 5(1) ne s’appliquent pas et il n’est pas interdit au ministre de délivrer un AC à Novopharm.

[24] Novopharm m’a demandé d’ordonner au ministre de lui délivrer un AC. Je suis réticent à acquiescer à cette demande car je ne puis avoir la certitude qu’aucune autre question de santé et de sécurité ne préoccupe le ministre. Toutefois, pour les motifs énoncés, j’ordonnerai que les modifications de la liste de brevets déposées par Abbott, avec sa lettre du 9 juin 1997, soient rayées du registre et que le ministre évalue la présentation de drogue nouvelle de Novopharm selon son bien-fondé, sans tenir compte des brevets qui y sont énumérés.

[25] Les parties n’ont pas demandé l’adjudication des dépens et elles n’ont pas invoqué de raisons spéciales qui justifieraient le prononcé d’une ordonnance à cette fin.

¹ SOR/93-133.

² *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557.

¹ DORS/93-133.

² *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557.

A-398-97

A-398-97

Her Majesty the Queen (*Appellant*)Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

Shell Canada Limited (*Respondent*)Shell Canada Limitée (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA v. SHELL CANADA LTD. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. SHELL CANADA LTÉE (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Strayer and Linden J.J.A.—
Montréal, November 17, 18 and 19, 1997; Ottawa,
February 18, 1998.

Cour d'appel, juges Stone, Strayer et Linden, J.C.A.—
Montréal, 17, 18 et 19 novembre 1997; Ottawa, 18
février 1998.

Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from T.C.C. decision permitting deduction of interest expenses under Income Tax Act, s. 20(1)(c) — Taxpayer needing money for general corporate purposes — To reduce cost of financing, borrowing NZ\$ at 15.4% interest — Future rate for NZ\$ discounted against US\$ — As costing less to buy NZ\$ in future, taxpayer receiving more US\$ with proceeds of loan than cost of repaying loan when due, creating certain gain — Interest rate for direct borrowing of US\$ 9.1% — To implement strategy taxpayer entering Debenture Purchase Agreements with lenders, Master Forward Agreement with bank — Taxpayer deducting interest expenses of 15.4% each year of five-year loan — M.N.R. disallowing deduction on ground 15.4% not reasonable as required by Act, s. 20(1)(c) — T.C.C. looking at transactions separately, holding 15.4% reasonable as market established rate — Appeal allowed — Taxpayer's transactions should be assessed in light of commercial, economic realities — Form not always reflecting true situation — Act concerned with how transactions affect taxpayer's economic situation — T.C.C. erred in looking at transactions in isolation — True interest rate determined when transactions looked at in entirety — 15.4% rate not reasonable — Three of four conditions in s. 20(1)(c) not met: claimed expenses not interest, not used for purpose of earning income; not reasonable — S. 245, prohibiting deductions artificially or unduly lowering income, not applicable — Deduction not contrary to object, spirit of s. 20(1)(c) — Borrowing accorded with normal business practice, having bona fide business purpose (to secure capital for legitimate purpose).

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel d'une décision de la C.C.I. permettant la déduction de frais d'intérêts en application de l'art. 20(1)c) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Contribuable ayant besoin d'argent aux fins générales de son entreprise — Pour réduire les coûts de financement, il a emprunté des \$NZ au taux d'intérêt de 15,4 % — Le taux futur applicable aux \$NZ a été actualisé par rapport aux \$US — Vu que le coût d'achat de \$NZ sera inférieur dans le futur, il a reçu plus de \$US à l'aide du produit du prêt que le coût de remboursement du prêt à l'échéance, d'où la création d'un gain certain — Taux d'intérêt de 9,1 % pour l'emprunt directement en \$US — Afin de mettre en œuvre sa stratégie, le contribuable a conclu des contrats d'achat de débetures avec des prêteurs et un contrat à terme cadre avec une banque — Le contribuable a déduit des frais d'intérêts de 15,4 % dans chaque année du prêt de cinq ans — Le M.R.N. a rejeté la déduction au motif que le taux de 15,4 % n'était pas un taux raisonnable au sens de l'art. 20(1)c) de la Loi — La C.C.I. a envisagé les opérations séparément et jugé qu'à titre de taux du marché, le taux de 15,4 % était raisonnable — Appel accueilli — Les opérations du contribuable devaient être appréciées en fonction des réalités commerciales et économiques — La forme ne reflète pas toujours la véritable situation — La Loi vise la façon dont ces opérations influent sur la situation financière du contribuable — La C.C.I. a commis une erreur en examinant isolément les opérations — Le véritable taux d'intérêt est établi lorsque les opérations sont considérées dans leur ensemble — Taux de 15,4 % déraisonnable — Non-respect de trois des quatre conditions prévues à l'art. 20(1)c): le paiement n'est pas effectué au titre des intérêts, il n'est pas utilisé aux fins de la réalisation d'un revenu et il n'est pas raisonnable — L'art. 245, qui interdit les déductions réduisant le revenu artificiellement ou de façon factice, ne reçoit pas application — Déduction non contraire à l'objet et à l'esprit de l'art. 20(1)c) — Emprunt conforme aux habitudes normales du commerce et ayant un objet commercial légitime (avoir accès à des capitaux à des fins légitimes).

Income tax — Income calculation — Capital gains — To raise funds for general corporate purposes taxpayer borrow-

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains en capital — Pour obtenir du financement aux fins générales

ing NZ\$ at 15.4% interest — Future rate for NZ\$ discounted against US\$ — As costing less to buy NZ\$ in future, taxpayer receiving more US\$ with proceeds of loan than cost of repaying loan when due, creating certain gain — T.C.C. correctly holding gain on account of capital — Why capital acquired important — NZ\$ providing working capital for business — In absence of extraordinary circumstances, borrowing of fixed sum for five years normally capital transaction.

This was an appeal from a decision of the Tax Court of Canada permitting the deduction of interest expenses as claimed. Taxpayer, Shell Canada Limited, needed US\$100 million for general corporate purposes. The prevailing market rate for a direct borrowing of US\$ was approximately 9.1%. In order to reduce the cost of financing, Shell adopted a strategy which involved borrowing the money in New Zealand dollars (NZ\$) at a 15.4% interest rate. However, the future rate for NZ\$ was discounted against the US\$, i.e. the cost of buying NZ\$ in the future would be less than the cost of buying them in the present. Thus Shell would receive more US\$ with the proceeds of the loan than it would cost it to repay when the loan became due in the future, creating a certain gain. To implement its strategy, Shell entered into Debenture Purchase Agreements on May 10, 1988 whereunder three lenders agreed to purchase from Shell NZ\$ debentures. The amount was due in five years. The purchase price was 102% of the principal. The interest rate payable on the debentures was 15.4% per annum. The second part of the plan involved a Master Forward Agreement (hedging transaction) with Sumitomo Bank Ltd. which agreed (i) to purchase from Shell NZ\$ in the amount of the net proceeds of the debenture purchase agreements in exchange for US\$; (ii) to sell to Shell NZ\$ twice a year when interest payments were due on the Debenture Purchase Agreements; and (iii) to sell to Shell NZ\$ in the principal amount of the debentures in exchange for US\$ on the due date of the loan. On May 10, 1988, Shell knew that on May 10, 1993 it would realize a gain of US\$21,165,000, which was the difference between the amount received by Shell in NZ\$ of the principal amount of the debentures and the cost in US\$ needed to repurchase the NZ\$ when the loan came due. The gain was due in part to the debenture agreement and in part to the hedging transactions entered into with Sumitomo. Shell deducted interest expenses of 15.4% each year of the loan, and characterized the gain of US\$21,165,000 as being on account of capital in 1993. On a reassessment for 1992 and 1993, the Minister disallowed the deduction of interest beyond the market rate for a direct loan of US\$ on the basis that the rate of 15.4% was not reasonable as required by *Income Tax Act*, paragraph 20(1)(c). Paragraph 20(1)(c) permits the deduction from income from a business or property of an amount paid pursuant to a legal obligation to pay interest on borrowed

de son entreprise, le contribuable a emprunté des \$NZ au taux d'intérêt de 15,4 % — Le taux futur applicable aux \$NZ a été actualisé par rapport aux \$US — Vu que le coût d'achat de \$NZ sera inférieur dans le futur, il a reçu plus de \$US à l'aide du produit du prêt que le coût de remboursement du prêt à l'échéance, d'où la création d'un certain gain — La C.C.I. a jugé à juste titre que le gain était imputable au capital — Raisons de l'importance du capital acquis — Les \$NZ permettaient d'avoir un fonds de roulement pour l'entreprise — En l'absence de circonstances extraordinaires, l'emprunt d'une somme fixe pour cinq ans constitue normalement une opération en capital.

Il s'agissait de l'appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt autorisant la déduction des frais d'intérêt telle qu'elle avait été demandée. Le contribuable, Shell Canada Limitée, avait besoin de 100 millions de dollars américains (\$US) aux fins générales de l'entreprise. Le taux courant du marché pour un emprunt direct en \$US était d'environ 9,1 p. 100. Afin de réduire le coût de ses besoins de financement, Shell a adopté une stratégie qui consistait à emprunter l'argent nécessaire en dollars néo-zélandais (\$NZ) à un taux d'intérêt de 15,4 p. 100. Toutefois, le taux futur applicable aux \$NZ était actualisé par rapport aux \$US, c.-à-d. que le coût d'achat des \$NZ dans l'avenir serait inférieur à leur coût d'achat à ce moment-là. Ainsi, Shell recevrait plus de \$US à l'aide du produit du prêt que ce qu'il lui en coûterait pour rembourser le prêt lorsqu'il viendrait à échéance, de sorte qu'un gain serait certainement créé. Afin de mettre en œuvre sa stratégie, Shell a conclu des contrats d'achat de débetures, le 10 mai 1988, en vertu desquels trois prêteurs ont convenu d'acheter des débetures de Shell en \$NZ. Le montant était dû dans un délai de cinq ans. Le prix d'achat correspondait à 102 p. 100 du principal. Le taux d'intérêt payable sur les débetures était de 15,4 p. 100 l'an. En second lieu, un contrat à terme cadre (opération de couverture) a été conclu avec Sumitomo Bank Ltd., qui convenait (i) d'acheter à Shell des \$NZ, au montant du produit net des contrats d'achat de débetures en échange de \$US; (ii) de vendre à Shell des \$NZ deux fois par année, soit lors de l'échéance pour le versement des intérêts relatifs aux contrats d'achat des débetures; et (iii) de vendre à Shell des \$NZ, pour le principal des débetures, en échange de \$US, à la date d'échéance du prêt. Le 10 mai 1988, Shell savait que, le 10 mai 1993, elle réaliserait un gain de 21 165 000 \$US, qui représentait la différence entre le montant reçu par Shell en \$NZ, à titre de principal, et le coût de rachat en \$US des \$NZ lorsque le prêt viendrait à échéance. Le gain était attribuable en partie au contrat d'achat de débetures et en partie aux opérations de couverture conclues avec Sumitomo. Shell a déduit des frais d'intérêt de 15,4 p. 100 dans chaque année du prêt et a traité le gain de 21 165 000 \$US comme étant imputable au capital. En établissant une nouvelle cotisation à l'égard du contribuable pour les années 1992 et 1993, le ministre a rejeté la déduction des intérêts en sus du taux du marché applicable à un prêt consenti directement en \$US au motif

money used for the purpose of earning income from a business or property, or a reasonable amount in respect thereof. The Minister treated the amount claimed as capital gain as being on account of income. The Tax Court Judge viewed the debenture agreement and the hedging transaction separately. He found that the money did not lose the qualities of being "borrowed" and of being used to earn income by being borrowed in NZ\$ and converted into US\$. As 15.4% was a market established rate for NZ\$ borrowing, it was reasonable.

The issues were: whether the payments were deductible as interest payments under paragraph 20(1)(c); whether the transaction fell within subsection 245(1), which prohibits deductions of expenses that, if allowed, would unduly or artificially reduce income; and, whether the gain realized on the retirement of the loan in 1993 was capital or income in nature.

Held, the appeal should be allowed.

Per Stone J.A.: The full amount of interest paid at the rate of 15.4% on the NZ\$ loans was not within paragraph 20(1)(c).

Subsection 245(1) did not apply. The respondent's deduction of interest was not contrary to the object and spirit of paragraph 20(1)(c), which is to encourage the accumulation of capital with which to earn income. Paragraph 20(1)(c) permits the deduction of interest payments when the borrowed funds are used to earn income from a business or property, which is what the respondent did. The respondent's borrowing did accord with normal commercial practice. In choosing to borrow the funds in NZ\$ rather than US\$ the respondent took into account the overall tax impact of the transaction, which is a common business concern. More significantly, the borrowed funds when converted to US\$ were needed for general corporate purposes. The respondent's borrowing had a *bona fide* business purpose. It made no difference, for the purpose of subsection 245(1), that the scheme's objective was a tax saving, when the respondent's aim in acquiring the NZ\$ was to secure US\$ capital for a legitimate business purpose.

Per Linden J.A.: In *Bronfman Trust v. The Queen*, Dickson C.J. stated that assessment of taxpayers' transactions with an eye to commercial and economic realities, rather than juristic classification of form, may help to avoid the inequity of tax liability being dependent upon the taxpayer's sophistication at manipulating a sequence of

que le taux de 15,4 p. 100 n'était pas un taux raisonnable au sens de l'alinéa 20(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi). L'alinéa 20(1)c) permet la déduction du revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien d'un montant payé en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, ou une somme raisonnable à cet égard. Le ministre a traité la somme déclarée à titre de gain en capital comme étant imputable au revenu. Le juge de la Cour de l'impôt a envisagé séparément le contrat d'achat de débetures et les opérations de couverture. Il a conclu que l'argent n'a pas perdu ces qualités d'argent «emprunté» et d'argent utilisé en vue de tirer un revenu du fait qu'il a d'abord été emprunté en \$NZ, puis converti en \$US. Comme 15,4 p. 100 était le taux du marché à l'égard d'un emprunt en \$NZ, ce taux était raisonnable.

Les questions en litige étaient: Les paiements étaient-ils déductibles à titre de frais d'intérêt en vertu de l'alinéa 20(1)c)? L'opération est-elle visée par le paragraphe 245(1), qui interdit les déductions de dépenses qui, si elles étaient permises, réduiraient indûment ou de façon factice le revenu? Le gain réalisé à l'échéance du prêt en 1993 était-il de la nature du capital ou d'un revenu?

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

Le juge Stone, J.C.A.: L'alinéa 20(1)c) ne s'applique pas au plein montant des intérêts payés au taux de 15,4 p. 100 sur les prêts en dollars néo-zélandais (\$NZ).

Le paragraphe 245(1) ne s'applique pas. La déduction des intérêts par l'intimée n'était pas contraire à l'objet et à l'esprit de l'alinéa 20(1)c), lequel vise à encourager l'accumulation de capital aux fins de la réalisation d'un revenu. L'alinéa 20(1)c) permet aux contribuables de déduire les frais d'intérêt lorsqu'ils utilisent les fonds empruntés en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, ce qui est ce que l'intimée a fait. L'emprunt de l'intimée était conforme aux habitudes normales du commerce. En choisissant d'emprunter les fonds en \$NZ plutôt qu'en \$US, l'intimée a tenu compte des répercussions fiscales globales de l'opération, ce qui est une préoccupation commerciale commune. Chose plus importante, l'intimée avait besoin des fonds empruntés, une fois convertis en \$US, aux fins générales de son entreprise. L'emprunt contracté par l'intimée avait un objet commercial légitime. Il importait peu, pour l'application du paragraphe 245(1), que le stratagème vise à permettre d'économiser de l'impôt, lorsque, en acquérant les \$NZ, l'intimée cherchait à obtenir des capitaux en \$US pour une fin d'entreprise légitime.

Le juge Linden, J.C.A.: Dans l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, le juge en chef Dickson a dit que si, en appréciant les opérations des contribuables, on a présent à l'esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelque critère juridique formel, cela aidera peut-être à éviter que l'assujettissement à l'impôt dépende, ce qui serait injuste, de

events to achieve a patina of compliance with the apparent prerequisites of the Act. At the root of these statements was the realization that the form of a taxpayer's transactions does not always reflect the taxpayer's true situation.

Paragraph 20(1)(c) has four main conditions. The first condition, that the interest be paid or payable in the year, reflects the idea that, in order to qualify for a deduction, the expense must have been incurred in the taxation year.

The second condition (the amount must be paid pursuant to a legal obligation to pay interest on borrowed money) has three components. (1) The amount must be paid pursuant to a legal obligation to pay. There is no deduction for money paid voluntarily. (2) The payment must be a payment of interest, as that term has been defined by case law. The determination of what is interest is always a question to be ultimately decided by the Court. (3) The payment must be made on account of borrowed money.

The third condition was that the money must be used for the purpose of earning income. There must be a current, direct, eligible use for the money. Once the use has been identified, the question becomes whether the use is for an eligible purpose. While the direct and current use doctrine does not seem, at first glance, to be entirely consistent with the practice of determining the overriding purpose for the borrowing, in both instances the overarching concern is the avoidance of inequities that can arise through the formalistic application of the Act. In recognizing that the analysis of individual transactions is not always a reliable barometer of the taxpayer's true economic situation, Dickson C.J. acknowledged that the Act is not concerned with particular transactions, but how those transactions affect a taxpayer's economic situation.

Fourthly, the payments of interest must be reasonable. Since the provision is about the reasonableness of the deduction of the interest payments claimed by the borrower, the court should ask itself what is a reasonable rate of interest for the borrower to pay. Ordinarily the market rate of interest will be a reasonable rate of interest, but not always. To determine the reasonableness of the interest rate, the Court ought to concern itself with the economic realities.

The 15.4% interest rate could not be deductible. The claimed interest expense failed to comply with all but the first condition of paragraph 20(1)(c). As to the second condition, the amounts that were paid were not entirely interest; a portion of those payments was really principal. The true interest rate is the real rate paid when the transactions are looked at in their entirety. The NZS were not

l'habileté avec laquelle le contribuable peut se servir d'une série d'événements pour créer une illusion de conformité avec les conditions apparentes de la Loi. La constatation que la forme que prennent les transactions d'un contribuable ne reflète pas toujours sa véritable situation est à l'origine de ces commentaires.

L'alinéa 20(1)c) comprend quatre conditions principales. La première condition, soit que les intérêts doivent être payés ou être payables dans l'année, est conforme à l'idée selon laquelle, pour être déductible, la dépense doit avoir été engagée dans l'année d'imposition.

La deuxième condition (le montant doit être payé en exécution d'une obligation légale de payer des intérêts sur un emprunt) comporte trois éléments. (1) Le montant doit être payé en exécution d'une obligation légale. Une somme payée volontairement ne peut pas être déduite. (2) Le paiement doit se rapporter à des intérêts, comme ce terme a été défini par la jurisprudence. La question de savoir ce que sont les intérêts doit toujours en fin de compte être tranchée par la Cour. (3) Le paiement doit être effectué au titre de l'argent emprunté.

La troisième condition est que le contribuable doit utiliser l'argent en vue de gagner un revenu. Il doit y avoir une utilisation effective directe et admissible de l'argent. Une fois que l'utilisation a été déterminée, il s'agit de savoir si l'argent a été utilisé à une fin admissible. La doctrine de l'utilisation directe et effective ne semble pas à première vue tout à fait compatible avec la pratique qui consiste à déterminer le but primordial de l'emprunt, mais, dans les deux cas, la Cour cherche avant tout à éviter les iniquités auxquelles peut donner lieu l'application formaliste de la Loi. En montrant que l'analyse d'opérations individuelles n'est pas toujours un indice fiable de la véritable situation financière du contribuable, le juge en chef Dickson a reconnu, qu'au fond, la Loi ne vise pas réellement des opérations particulières, mais la façon dont ces opérations influent sur la situation financière du contribuable.

Enfin, les paiements effectués au titre des intérêts doivent également être raisonnables. Étant donné que la disposition se rapporte au caractère raisonnable de la déduction des frais d'intérêt demandée par l'emprunteur, la Cour peut se demander ce qui constitue un taux d'intérêt raisonnable pour l'emprunteur. Habituellement, le taux d'intérêt du marché est un taux raisonnable, mais cela n'est pas toujours le cas. Afin de déterminer le caractère raisonnable du taux d'intérêt, la Cour devrait se préoccuper de la réalité économique.

Le taux d'intérêt de 15,4 p. 100 n'était pas déductible. La déduction pour intérêts demandée n'est pas conforme aux conditions de l'alinéa 20(1)c), sauf la première. Quant à la deuxième condition, les montants qui ont été payés ne se rapportaient pas entièrement à des intérêts; en réalité, ils se rapportaient en partie au principal. Le véritable taux d'intérêt est celui qui est en réalité payé lorsque les opérations

borrowed as capital in the income earning sense. The financing arrangement was aimed at securing US\$ for use as capital in the business. The foreign exchange contracts were a necessary component of the plan to secure US\$ funding at a commercial rate. In the result, the NZ debentures could not be looked at in isolation. There was no use of borrowed money that qualified under paragraph 20(1)(c) unless the conversion into US\$ was integrated into the analysis. Therefore the assessment of what was the "interest" had to include the predetermined gain realized on the retirement of the loan, brought about by the discounted forward rate on the currency. In reality there is no discrepancy between interest rates for convertible currencies because the interest rate parity theory dictates that the differential between the forward and spot exchange rates of two currencies equals the differential between the interest rates of those two currencies. As a result the rate of interest on the foreign currency, if hedged against the fluctuation of the currencies is equal to the domestic rate of interest. The discounted forward rate for NZ currency effectively equalized the higher New Zealand interest rates with domestic rates on a US\$ borrowing. Shell was able to uncouple the linked financial phenomena in an attempt to be taxed more favourably, but these phenomena were indeed linked. To assess the tax liability of one aspect of the transaction without regard to the other aspect of the transaction would not reflect an accurate picture of the taxpayer's situation. The question of what was the real interest rate must take into account the workings of international financial markets. The portion of interest paid above 9.1% was not interest for the purposes of paragraph 20(1)(c). It was not compensation for the use of borrowed money, but essentially was the borrowed money. The higher interest rate coupled with the discounted forward rate created a blended payment of interest and principal. Shell would not have paid the 15.4% interest if not for the certainty that a gain would be realized at the end of the day. Payment of 15.4% interest was made for consideration other than the use of the borrowed money. To the extent that the consideration was for something other than that use of the money, the payments were not interest.

Nor was the third condition complied with. The only use and purpose for borrowing NZ\$ was the avoidance of taxation. Money spent to reduce tax liability is not deductible. This was not an eligible use.

The fourth condition was not complied with. Ordinarily a reasonable rate of interest for the lender to charge will be a reasonable rate of interest for the borrower to pay. But here

sont considérées dans leur ensemble. L'argent néo-zélandais n'a pas été emprunté au titre du capital au sens de la réalisation d'un revenu. Les dispositions financières visaient à permettre au contribuable de se procurer de l'argent américain qui devait servir de capital dans l'entreprise. Les contrats de change constituaient un élément nécessaire du plan visant à obtenir des fonds américains au taux commercial. Par conséquent, les débetures en \$NZ ne pouvaient pas être considérées isolément. L'argent emprunté n'a pas été utilisé à des fins admissibles en vertu de l'alinéa 20(1)c), à moins que la conversion en \$US ne soit intégrée à l'analyse. Par conséquent, l'appréciation de ce qu'étaient exactement les «intérêts» devait inclure le gain prédéterminé réalisé au moment du remboursement du prêt, découlant du taux à terme escompté sur les devises. Il n'y a pas, en réalité, de différence entre les taux d'intérêt s'appliquant aux devises convertibles, et ce, parce que, selon la théorie de la parité des taux d'intérêt, la différence entre le taux de change à terme et le cours du change au comptant de deux devises est égale à la différence entre les taux d'intérêt de ces deux devises. Par conséquent, le taux d'intérêt sur les devises étrangères, s'il est couvert contre la fluctuation des devises, correspond au taux d'intérêt interne. Le taux de change à terme escompté s'appliquant aux devises néo-zélandaises a effectivement eu pour effet d'égaliser les taux d'intérêt néo-zélandais, plus élevés, et les taux internes applicables à un emprunt en \$US. Shell a réussi à décomposer des phénomènes financiers liés, dans l'espoir de payer moins d'impôt, mais ces phénomènes étaient en fait liés. Le fait d'établir l'obligation fiscale que comporte un aspect de l'opération sans tenir compte de l'autre aspect de l'opération ne donnerait pas une idée exacte de la situation du contribuable. Pour savoir ce qui constitue le véritable taux d'intérêt, il faut tenir compte du fonctionnement des marchés financiers internationaux. La fraction des intérêts qui a été payée en sus du taux de 9,1 p. 100 n'était pas un intérêt pour l'application de l'alinéa 20(1)c). Il ne s'agissait pas d'une indemnité versée pour l'utilisation d'une somme d'argent empruntée, mais il s'agissait essentiellement de l'argent emprunté. Le taux d'intérêt plus élevé et le taux à terme escompté combinés donnaient lieu à un paiement confondu des intérêts et du principal. Shell n'aurait pas payé des intérêts au taux de 15,4 p. 100 si elle n'avait pas été certaine de réaliser, en fin de compte, un gain. Le paiement d'un taux d'intérêt de 15,4 p. 100 a été effectué pour une raison autre que l'utilisation de l'argent emprunté. Dans cette mesure, les paiements n'ont pas été effectués au titre des intérêts.

La troisième condition n'a pas non plus été remplie. L'argent néo-zélandais a été emprunté dans le seul et unique but d'éviter de payer un impôt. L'argent que le contribuable dépense pour réduire une obligation fiscale n'est pas déductible. Cela n'était pas une utilisation admissible.

La quatrième condition n'a pas été remplie. Habituellement, un taux d'intérêt qui est raisonnable pour le prêteur l'est également pour l'emprunteur. Mais, dans le cas présent,

the two rates did not coincide. It was reasonable for the lenders in this case to charge 15.4% interest, as that was a market established rate in New Zealand. It was not reasonable for Shell to pay that interest. The only eligible use for the money was in terms of the US\$. The borrowing of NZ\$ in and of themselves was not an eligible use. Reasonable interest is to be determined with reference to a direct borrowing of US\$. Shell should be in the same position as a taxpayer who borrowed US\$ directly. That interest rate was then 9.1%. The argument that it was reasonable for a taxpayer to agree to pay higher interest when the after-tax cost of the financing would be more advantageous was not persuasive. The very question to be answered was whether or not the amounts were in fact deductible so as to reduce the after-tax cost of financing. The higher interest rate was not reasonable; therefore, the after-tax cost of financing was not in fact what the taxpayer hoped it would be.

The Tax Court correctly found that the gain attributable to the debentures and the gain attributable to the master forward agreement was on account of capital. The important point was why the capital was acquired. The acquisition of NZ\$ provided the taxpayer with working capital for the business. The borrowing of a fixed sum of money for a period of five years will, in the absence of extraordinary circumstances, normally be a capital transaction.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend The Income Tax Act*, S.C. 1950, c. 40, s. 5.
An Act to amend The Income War Tax Act, 1917, S.C. 1923, c. 52, s. 2.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 18(1)(b), 20(1)(c) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 12; 1991, c. 49, s. 15), 20.1 (as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 13), 67, 245(1).
Income Tax Act, The, S.C. 1948, c. 52, s. 11.
Income War Tax Act, 1917 (The), S.C. 1917, c. 28, s. 3(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Bronfman Trust v. The Queen, [1987] 1 S.C.R. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134; *Hickman Motors Ltd. v. The Queen*, [1997] 2 S.C.R. 336; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *British Columbia Telephone Com-*

les deux taux ne coïncidaient pas. Il était raisonnable pour les prêteurs en l'espèce d'exiger un taux de 15,4 p. 100, étant donné que c'était le taux du marché en Nouvelle-Zélande. Il n'était pas raisonnable pour Shell de payer ces intérêts. La seule utilisation admissible de l'argent était celle qui était faite en \$US. L'emprunt de \$NZ en soi n'était pas une utilisation admissible. Les intérêts raisonnables doivent être déterminés par rapport à l'emprunt direct en \$US. Shell devrait être dans la même situation que le contribuable qui a directement emprunté des \$US. Le taux d'intérêt applicable était de 9,1 p. 100. L'argument de l'intimée selon lequel il était raisonnable pour le contribuable de s'engager à payer des intérêts plus élevés si le coût après impôt du financement était plus avantageux n'était pas convaincant. La question même qui devait être tranchée était de savoir si les montants étaient en fait déductibles de façon à réduire le coût après impôt du financement. Le taux d'intérêt plus élevé n'était pas raisonnable; par conséquent, le coût après impôt du financement n'était pas en fait ce que le contribuable espérait qu'il soit.

La Cour de l'impôt a conclu, à juste titre, que le gain réalisé sur les débetures ainsi que le gain réalisé dans le cadre du contrat à terme cadre étaient imputables au capital. Il s'agissait de savoir pourquoi les capitaux ont été acquis. L'acquisition des \$NZ permettait au contribuable d'avoir un fonds de roulement pour son entreprise. En l'absence de circonstances extraordinaires, l'emprunt d'une somme d'argent fixe pour une période de cinq ans constituera normalement une opération en capital.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi de l'Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1917, ch. 28, art. 3(1).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1948, ch. 52, art. 11.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1)(b), 20(1)(c) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 12; 1991, ch. 49, art. 15), 20.1 (édicte par L.C. 1994, ch. 21, art. 13), 67, 245(1).
Loi modifiant la Loi de l'Impôt de guerre sur le Revenu, 1917, S.C. 1923, ch. 52, art. 2.
Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1950, ch. 40, art. 5.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Bronfman Trust c. La Reine, [1987] 1 R.C.S. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134; *Hickman Motors Ltd. c. La Reine*, [1997] 2 R.C.S. 336; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *British Columbia Telephone Com-*

pany Ltd. v. The Queen (1992), 92 DTC 6129 (F.C.A.); *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*, [1947] S.C.R. 394; [1947] 3 D.L.R. 689; *Miller v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 382; [1985] 2 CTC 139; (1985), 85 DTC 5354 (T.D.); *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570; (1963), 42 D.L.R. (2d) 137; *Re Balaji Apartments Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1979), 25 O.R. (2d) 275; (1979), 100 D.L.R. (3d) 695 (H.C.); *Mark Resources Inc. v. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2259; (1993), 93 DTC 1004 (T.C.C.); *Canwest Broadcasting Ltd. v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2780; (1995), 96 DTC 1375 (T.C.C.); *Robitaille, A. v. The Queen* (1997), 97 DTC 1286 (T.C.C.); *Moloney v. Canada* (1992), 45 C.P.R. (3d) 207; [1992] 2 C.T.C. 227; 92 DTC 6570; 145 N.R. 258 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Canada v. Central Supply Company (1972) Ltd., [1997] 3 F.C. 674 (C.A.); *Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] S.C.R. 717; (1957), 11 D.L.R. (2d) 1; [1957] C.T.C. 335; 57 DTC 1239; *Le Ministre du Revenu National v. J. Émile Groulx*, [1966] Ex. C.R. 447; [1966] C.T.C. 115; (1966), 66 DTC 5126; affd [1968] S.C.R. 6; [1967] C.T.C. 422; (1967), 67 DTC 5284; *74712 Alberta Ltd. v. M.N.R.*, [1997] 2 F.C. 471; (1997), 97 DTC 5126 (C.A.); *Alberta Gas Trunk Line Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1972] S.C.R. 498; (1971), 22 D.L.R. (3d) 110; [1971] C.T.C. 723; 71 DTC 5403; *Columbia Records of Canada Ltd. v. M.N.R.*, [1971] C.T.C. 839; (1971), 71 DTC 5486 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Canada v. Fording Coal Ltd., [1996] 1 F.C. 518; [1996] 1 C.T.C. 230; (1995), 95 DTC 5672; 190 N.R. 186 (C.A.); *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305; (1996), 132 D.L.R. (4th) 1; [1996] 1 C.T.C. 290; 96 DTC 6121; 192 N.R. 365; *Partington v. The Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100.

AUTHORS CITED

Arnold, Brian J. "Is Interest a Capital Expense?" (1992), 40 *Can. Tax J.* 533.
 Arnold, Brian J. and Tim Edgar. "Deductibility of Interest Expense" (1995), 43 *Can. Tax J.* 1216.
 Arnold, Brian J. and Tim Edgar. "Reflections on the Submission of the CBA-CICA Joint Committee on Taxation Concerning the Deductibility of Interest" (1990), 38 *Can. Tax J.* 847.
 Bowman, Stephen W. "Interpretation of Tax Legislation: The Evolution of Purposive Analysis" (1995), 43 *Can. Tax J.* 1167.

pany Ltd. c. La Reine (1992), 92 DTC 6129 (C.A.F.); *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*, [1947] R.C.S. 394; [1947] 3 D.L.R. 689; *Miller c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 382; [1985] 2 CTC 139; (1985), 85 DTC 5354 (1^{re} inst.); *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570; (1963), 42 D.L.R. (2d) 137; *Re Balaji Apartments Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1979), 25 O.R. (2d) 275; (1979), 100 D.L.R. (3d) 695 (H.C.); *Mark Resources Inc. c. Canada*, [1993] 2 C.T.C. 2259; (1993), 93 DTC 1004 (C.C.I.); *Canwest Broadcasting Ltd. c. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2780; (1995), 96 DTC 1375 (C.C.I.); *Robitaille, A. c. La Reine* (1997), 97 DTC 1286 (C.C.I.); *Moloney c. Canada* (1992), 45 C.P.R. (3d) 207; [1992] 2 C.T.C. 227; 92 DTC 6570; 145 N.R. 258 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada c. Central Supply Company (1972) Ltd., [1997] 3 C.F. 674 (C.A.); *Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*, [1957] R.C.S. 717; (1957), 11 D.L.R. (2d) 1; [1957] C.T.C. 335; 57 DTC 1239; *Le Ministre du Revenu National v. J. Émile Groulx*, [1966] R.C.É. 447; [1966] C.T.C. 115; (1966), 66 DTC 5126; conf. par [1968] R.C.S. 6; [1967] C.T.C. 422; (1967), 67 DTC 5284; *74712 Alberta Ltd. c. M.R.N.*, [1997] 2 C.F. 471; (1997), 97 DTC 5126 (C.A.); *Alberta Gas Trunk Line Co. Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1972] R.C.S. 498; (1971), 22 D.L.R. (3d) 110; [1971] C.T.C. 723; 71 DTC 5403; *Columbia Records of Canada Ltd. c. M.R.N.*, [1971] C.T.C. 839; (1971), 71 DTC 5486 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Canada c. Fording Coal Ltd., [1996] 1 C.F. 518; [1996] 1 C.T.C. 230; (1995), 95 DTC 5672; 190 N.R. 186 (C.A.); *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305; (1996), 132 D.L.R. (4th) 1; [1996] 1 C.T.C. 290; 96 DTC 6121; 192 N.R. 365; *Partington v. The Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100.

DOCTRINE

Arnold, Brian J. «Is Interest a Capital Expense?» (1992), 40 *Rev. fisc. can.* 533.
 Arnold, Brian J. and Tim Edgar. «Deductibility of Interest Expense» (1995), 43 *Rev. fisc. can.* 1216.
 Arnold, Brian J. and Tim Edgar. «Reflections on the Submission of the CBA-CICA Joint Committee on Taxation Concerning the Deductibility of Interest» (1990), 38 *Rev. fisc. can.* 847.
 Bowman, Stephen W. «Interpretation of Tax Legislation: The Evolution of Purposive Analysis» (1995), 43 *Rev. fisc. can.* 1167.

Broadhurst, David G. "Tax Considerations for Hedging Transactions" in *Taxation of Financial Transactions: Effective Strategies for Corporate Financing*, Mississauga, Ont.: Insight Press, 1991.

Hogg, Peter W. and J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

House of Commons Debates, 2nd Sess., 14th Parl., Vol. V, 1923, at p. 4494.

Joint Committee on Taxation of the Canadian Bar Association and the Canadian Institute of Chartered Accountants. "Submissions to the Minister of Finance on the Issue of Deductibility of Interest" in *Canadian Tax Reports*, Special Report No. 964, extra ed. Don Mills, Ontario: CCH Canadian, 1990.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Toronto: Carswell, 1995.

Richardson, Grant and Helen Anderson. "The Deductibility of Interest: An Asia-Pacific Comparison" (1997), 23 *Int'l Tax J.* 6.

Ruby, Stephen S. "Hedging Transactions" in *Taxation of Financial Transactions: Effective Strategies for Corporate Financing*, Mississauga, Ont.: Insight Press, 1991.

APPEAL from Tax Court's decision permitting the deduction of the interest expenses as claimed under *Income Tax Act*, paragraph 20(1)(c) (*Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1997] T.C.J. No. 285 (QL)). Appeal allowed.

COUNSEL:

Harry Erlichman and *Patricia Lee* for appellant.
Alnasir Meghji, *Ronald B. Sirkis* and *Gerald Grenon* for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Bennett Jones Verchere, Calgary, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STONE J.A.: I am in agreement with the reasons for judgment of Linden J.A., that the facts of this case are not such as to bring the full amount of interest paid at the rate of 15.4% on the NZ\$ loans within paragraph 20(1)(c) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-

Broadhurst, David G. «Tax Considerations for Hedging Transactions» in *Taxation of Financial Transactions: Effective Strategies for Corporate Financing*, Mississauga, Ont.: Insight Press, 1991.

Comité conjoint sur l'imposition de l'Association du Barreau canadien et de l'Institut Canadien des Comptables Agréés. «Submissions to the Minister of Finance on the Issue of Deductibility of Interest» dans *Canadian Tax Reports*, rapport spécial n° 964, éd. spéciale, Don Mills, Ontario: CCH Canadian, 1990.

Débats de la Chambre des communes, 2^e sess., 14^e Lég., vol. V, 1923, à la p. 4489.

Hogg, Peter W. and J. E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. Toronto: Carswell, 1995.

Richardson, Grant and Helen Anderson. «The Deductibility of Interest: An Asia-Pacific Comparison» (1997), 23 *Int'l Tax J.* 6.

Ruby, Stephen S. «Hedging Transactions» in *Taxation of Financial Transactions: Effective Strategies for Corporate Financing*, Mississauga, Ont.: Insight Press, 1991.

APPEL formé contre la décision de la Cour de l'impôt acceptant la déduction des frais d'intérêts réclamés en application de l'alinéa 20(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu (Shell Canada Ltée c. Canada*, [1997] A.C.I. n° 285 (QL)). Appel accueilli.

AVOCATS:

Harry Erlichman et *Patricia Lee* pour l'appelante.
Alnasir Meghji, *Ronald B. Sirkis* et *Gerald Grenon* pour l'intimée.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Bennett Jones Verchere, Calgary, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris aux motifs du juge Linden, qui a statué que, compte tenu des faits de l'espèce, l'alinéa 20(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 12; 1991, ch. 49, art. 15)]

71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 12; 1991, c. 49, s. 15)].

[2] In the event that I am wrong with respect to the paragraph 20(1)(c) issue, I wish to address briefly the Crown's argument, which was fully aired at the hearing of this appeal, that the transaction falls within subsection 245(1) of the Act as it stood on May 10, 1988, the date on which it was entered into. That subsection read:

245. (1) In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.

[3] In *Canada v. Fording Coal Ltd.*, [1996] 1 F.C. 518 (C.A.) and *Canada v. Central Supply Company (1972) Ltd.*, [1997] 3 F.C. 674 (C.A.), this Court outlined three factors to be considered in determining whether the income of a taxpayer has been unduly or artificially reduced contrary to subsection 245(1). Linden J.A., for the majority, summarized these considerations in *Central Supply*, *supra*, at page 691, as follows:

. . . first, whether the deduction sought is contrary to the object and spirit of the provision in the Act, second, whether the deduction is based on a "transaction or arrangement which is not in accordance with normal business practice", and third, whether there was a *bona fide* business purpose for the transaction.

Linden J.A. recognized that this approach may entail an element of discretion in the application of subsection 245(1), and that the assessment of each element of the tri-partite test must proceed on a case-by-case basis. As he put it at page 697:

Finally, I recognize that the approach which I am advocating may entail a certain element of discretion in the application of subsection 245(1). This cannot be entirely avoided for the assessment of object and spirit, consistency with ordinary business practice and evaluation of business purpose must, of necessity, proceed on a case-by-case basis. This case-by-case approach is often criticized for its lack of certainty, particularly by those whose brilliant tax structures are found by courts to be unlawful. As one American

ne s'applique pas au plein montant des intérêts payés au taux de 15,4 p. 100 sur les prêts en dollars néo-zélandais (\$NZ).

[2] Au cas où je me tromperais sur ce point, je tiens à examiner brièvement l'argument que le ministère public a exposé d'une façon exhaustive à l'audition de cet appel, à savoir que l'opération est visée par le paragraphe 245(1) de la Loi tel qu'il existait le 10 mai 1988, soit la date à laquelle l'opération a été conclue. Voici le libellé de cette disposition:

245. (1) Dans le calcul du revenu aux fins de la présente loi, aucune déduction ne peut être faite à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

[3] Dans les décisions *Canada c. Fording Coal Ltd.*, [1996] 1 C.F. 518 (C.A.), et *Canada c. Central Supply Company (1972) Ltd.*, [1997] 3 C.F. 674 (C.A.), la Cour a énoncé trois facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer si le revenu du contribuable a été réduit indûment ou d'une façon factice en violation du paragraphe 245(1). Dans l'arrêt *Central Supply*, précité, à la page 691, le juge Linden, J.C.A., au nom de la majorité, a résumé ces considérations de la façon suivante:

. . . tout d'abord si la déduction revendiquée est contraire à l'objet et à l'esprit de la disposition de la Loi; deuxièmement, si la déduction est fondée sur une «opération ou convention échappant aux habitudes normales du commerce» et, troisièmement, si l'opération a un objet commercial véritable.

Le juge Linden a reconnu que cette approche pouvait comporter l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire pour l'application du paragraphe 245(1) et que l'appréciation de chaque élément du critère à trois volets devait se faire au cas par cas. Comme il l'a dit, à la page 697:

Finalement, je reconnais que la méthode que je prône peut comporter un certain élément de discrétion dans l'application du paragraphe 245(1). Cela ne peut être entièrement évité étant donné que l'évaluation de l'objet et de l'esprit de la loi, de la conformité aux habitudes normales du commerce et de l'objet commercial doit nécessairement se faire au cas par cas. Cette analyse individuelle est souvent critiquée à cause de son manque de certitude, particulièrement par ceux dont les structures fiscales brillantes sont

commentator pointed out, however, some uncertainty is “an inevitable part of modern taxing systems”. [Footnote omitted.]

[4] On the facts of this case, I am of the view that the provisions of subsection 245(1) are inapplicable. First, I am unable to view the respondent’s deduction of the interest as contrary to the object and spirit of paragraph 20(1)(c), which is to encourage the accumulation of capital with which to earn income.¹ Paragraph 20(1)(c) permits taxpayers to deduct interest payments when the borrowed funds are used to earn income from a business or property, which is precisely what the respondent did in the present case.

[5] Second, I do not view the respondent’s borrowing as not according with normal commercial practice. In choosing to borrow the funds in NZ\$ rather than US\$ the respondent took into account the overall tax impact of the transaction, and this is a common business concern. More significantly, the borrowed funds when converted to US\$ were needed by the respondent for general corporate purposes. The learned Tax Court Judge [[1997] T.C.J. No. 285 (QL)] made a finding of fact to that effect, and it is not contended that his finding is erroneous.

[6] Third, in my opinion the respondent’s borrowing possessed a *bona fide* business purpose. It seems to me to make no difference, for the purpose of subsection 245(1), that the scheme had as its objective a tax saving, when it is also clear that the respondent’s aim in acquiring the NZ\$ was to secure US\$ capital for a legitimate business purpose. Indeed, as was stated by McLachlin J., concurring in *Hickman Motors Ltd. v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 336, at pages 345-346:

The fact that the directors of the taxpayer may have intended to obtain a tax saving by acquiring the asset is irrelevant. It is a fundamental principle of tax law that “[e]very man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be”: *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke of)*, [1936] A.C. 1 (H.L.), at p. 19, *per*

jugées illégales par les tribunaux. Comme un auteur américain le signale, toutefois, une certaine incertitude est [TRADUCTION] «un élément inévitable des régimes fiscaux modernes». [J’ai omis la note en bas de page.]

[4] Compte tenu des faits de l’espèce, j’estime que le paragraphe 245(1) ne s’applique pas. En premier lieu, je ne puis conclure que la déduction des intérêts par l’intimée est contraire à l’objet et à l’esprit de l’alinéa 20(1)c), lequel vise à encourager l’accumulation de capital aux fins de la réalisation d’un revenu¹. L’alinéa 20(1)c) permet aux contribuables de déduire les frais d’intérêt lorsqu’ils utilisent les fonds empruntés en vue de tirer un revenu d’une entreprise ou d’un bien, ce qui est précisément ce que l’intimée a fait en l’espèce.

[5] En second lieu, je ne considère pas que l’emprunt contracté par l’intimée échappait aux habitudes normales du commerce. En choisissant d’emprunter les fonds en \$NZ plutôt qu’en \$US, l’intimée a tenu compte des répercussions fiscales globales de l’opération, ce qui est une préoccupation commerciale commune. Chose plus importante, l’intimée avait besoin des fonds empruntés, une fois convertis en \$US, aux fins générales de son entreprise. Le juge de la Cour de l’impôt [1997] A.C.I. n° 285 (QL)] a tiré une conclusion de fait en ce sens, et il n’est pas soutenu que cette conclusion est erronée.

[6] Troisièmement, à mon avis, l’emprunt contracté par l’intimée avait un objet commercial légitime. Il me semble qu’il importe peu, pour l’application du paragraphe 245(1), que le stratagème vise à permettre d’économiser de l’impôt, lorsqu’il est également clair qu’en acquérant les \$NZ, l’intimée cherchait à obtenir des capitaux en \$US pour une fin d’entreprise légitime. En effet, comme l’a dit le juge McLachlin dans les motifs concordants qu’elle a exposés dans l’arrêt *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, aux pages 345 et 346:

Le fait que les administrateurs de la contribuable aient pu vouloir obtenir une économie d’impôt en se portant acquéreur de l’actif n’est pas pertinent. C’est un principe fondamental de droit fiscal que [TRADUCTION] «[t]out homme a le droit, s’il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu’il ne le serait autrement»: *Inland Revenue*

Lord Tomlin. As Wilson J. put it in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 540, “[a] transaction may be effectual and not in any sense a sham (as in this case) but may have no business purpose other than the tax purpose.”

[7] I would dispose of this appeal in the manner proposed by Linden J.A.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.:

Introduction

[8] The question to be decided on this appeal is whether a sophisticated financing plan to obtain for Shell Canada Ltd. (Shell) 100 million US\$ dollars, (US\$) utilizing a “Kiwi” loan and certain hedging transactions, has succeeded in reducing the tax that otherwise would be payable.

[9] Shell needed US\$100 million for general corporate purposes. The prevailing market rate for a direct borrowing of US\$ was approximately 9.1%. Shell sought ways in which the cost of this financing requirement could be reduced. They accepted a strategy proposed by Goldman Sachs & Co. of New York City which utilized a so-called “Kiwi loan”. This strategy involved borrowing the needed money in New Zealand dollars (NZ\$). The interest cost to Shell would be 15.4%; however, the future rate for NZ\$ was discounted against the US\$. In other words, the cost to buy NZ\$ in the future would be less than the cost to buy them in the present. This meant that Shell would receive more US\$ with the proceeds of the loan than it would cost it to repay when the loan became due in the future, creating a certain gain.

[10] The tax advantages which this plan sought to create for the taxpayer was the deduction of higher interest charges as current expenses (15.4% as opposed to 9.1%), and a characterization of the gain

Commissioners c. Westminster (Duke of), [1936] A.C. 1 (H.L.), à la p. 19, lord Tomlin. Comme l’a dit le juge Wilson dans *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 540, «[u]ne opération peut être valide sans être un trompe-l’œil de quelque façon (comme en l’espèce), mais elle peut n’avoir d’autre objet commercial qu’un objet fiscal».

[7] Je suis d’avis de régler le présent appel comme le propose le juge Linden.

* * *

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.:

Introduction

[8] Il s’agit en l’espèce de savoir si un plan de financement complexe visant à permettre à Shell Canada Ltée (Shell) d’obtenir 100 millions de dollars américains (\$US) à l’aide d’un prêt en dollars néo-zélandais (\$NZ) et de certaines opérations de couverture a permis à celle-ci de réduire le montant de l’impôt qui aurait par ailleurs été payable.

[9] Shell avait besoin des 100 millions de dollars américains aux fins générales de l’entreprise. Le taux courant du marché pour un emprunt direct en \$US était d’environ 9,1 p. 100. Shell a cherché à réduire le coût de ces besoins de financement. Elle a accepté une stratégie, proposée par Goldman Sachs & Co., de New York, en vertu de laquelle un prêt en dollars néo-zélandais (\$NZ) était utilisé. Cette stratégie consistait à emprunter l’argent nécessaire. Les frais d’intérêt de Shell seraient de 15,4 p. 100; toutefois, le taux futur applicable aux \$NZ était actualisé par rapport aux \$US. En d’autres termes, le coût d’achat des \$NZ dans l’avenir serait inférieur à leur coût d’achat à ce moment-là. Cela voulait dire que Shell recevrait plus de \$US à l’aide du produit du prêt que ce qu’il lui en coûterait pour rembourser le prêt lorsqu’il viendrait à échéance, de sorte qu’un gain serait certainement créé.

[10] Ce plan visait à permettre au contribuable de déduire des frais d’intérêt plus élevés à titre de charges d’exploitation (15,4 p. 100 plutôt que 9,1 p. 100), le gain réalisé au moment du remboursement du prêt,

realized on retirement of the loan as a capital gain, which could then be offset against capital losses. It is claimed that this was proper tax planning aimed at obtaining the money at the lowest after tax cost, but the plan was challenged. Hence, this litigation.

Facts

[11] On the basis of this Kiwi loan strategy Shell entered into two agreements. First, on May 10, 1988 Shell entered into Debenture Purchase Agreements with Amsterdam-Rotterdam Bank, Prudential Bank of America and Barclays Bank PLC (collectively, the “lenders”). The lenders agreed to purchase from Shell NZ\$ debentures totalling NZ\$150,000,000. The amount was due in five years, i.e., May 10, 1993. The purchase price was 102% of the principal, or NZ\$153,000,000. The interest rate payable on the debentures was 15.4% per annum, payable semi-annually on November 10 and May 10 of each year. The net proceeds to Shell were NZ\$151,875,000, after paying a commission to Goldman Sachs & Co. of NZ\$1,125,000.

[12] The second part of the plan involved a Master Forward Agreement with Sumitomo Bank Ltd. (Sumitomo). The Master Forward Agreement, referred to as a hedging transaction, provided three things. First, that on May 10, 1988 Sumitomo agreed to purchase NZ\$151,875,000 from Shell in exchange for US\$102,014,438. Second, it provided for Sumitomo to sell to Shell NZ\$11,550,000 on each November 10 and May 10 in exchange for specified amounts of US\$ until the principal was due on May 10, 1993.² Finally, the Agreement provided for Sumitomo to sell to Shell NZ\$150,000,000 in exchange for US\$79,590,000 on May 10, 1993. This last amount represented the principal payable to the lenders on that date.

[13] The Trial Judge made a number of factual findings in connection with these transactions. He stated:

s’il était traité en tant que gain en capital, permettant alors de compenser les pertes en capital. Il est allégué qu’il s’agissait d’une planification fiscale convenable qui devait permettre d’obtenir l’argent au coût après impôt le moins élevé possible, mais le plan a été contesté. D’où le présent litige.

Les faits

[11] Sur la base de cette stratégie, Shell a conclu deux contrats. En premier lieu, le 10 mai 1988, elle a conclu des contrats d’achat de débentures avec Amsterdam-Rotterdam Bank, Prudential Bank of America et Barclays Bank PLC (collectivement appelées les «prêteurs»). Les prêteurs ont convenu d’acheter des débentures de Shell en \$NZ, totalisant 150 000 000 \$NZ. Le montant était dû dans un délai de cinq ans, soit le 10 mai 1993. Le prix d’achat correspondait à 102 p. 100 du principal, soit à 153 000 000 \$NZ. Le taux d’intérêt payable sur les débentures était de 15,4 p. 100 l’an, payable tous les six mois, le 10 novembre et le 10 mai. Le produit net pour Shell était de 151 875 000 \$NZ, une fois versée à Goldman Sachs & Co. la commission de 1 125 000 \$NZ.

[12] En second lieu, un contrat à terme cadre a été conclu avec Sumitomo Bank Ltd. (Sumitomo). Ce contrat, désigné sous le nom d’opération de couverture, prévoyait trois choses. Premièrement, Sumitomo convenait d’acheter, le 10 mai 1988, 151 875 000 \$NZ à Shell en échange de 102 014 438 \$US. Deuxièmement, il prévoyait que Sumitomo vendrait à Shell 11 550 000 \$NZ le 10 novembre et le 10 mai de chaque année en échange de montants précis en \$US tant que le principal n’était pas dû, c’est-à-dire jusqu’au 10 mai 1993². Enfin, le contrat prévoyait que Sumitomo vendrait à Shell, le 10 mai 1993, 150 000 000 \$NZ en échange de 79 590 000 \$US. Ce dernier montant représentait le principal payable aux prêteurs ce jour-là.

[13] Le juge qui a présidé l’audience a tiré un certain nombre de conclusions de fait à l’égard de ces opérations. Voici ce qu’il a dit:

With respect to all of the bargains made on May 10, 1988 and related matters done subsequently I find: (i) that the parties were dealing with each other at arm's length; (ii) that Shell did not carry on business in New Zealand and had no intention of using the NZ\$ in its business; (iii) that Shell was seeking US\$ in the order of \$102,000,000 to be used for its general corporate purposes; (iv) the decision to borrow the NZ\$, the issuing of the debentures and the entering into the hedging transactions were based on Shell's expectation that in computing its income it could successfully deduct the interest paid under the debentures, that the US\$21,165,000 gain would be accepted as being on capital account and that certain of its capital losses then existing could be set off against that gain; (v) that Shell would not have entered into the debenture agreements in the absence of the hedging transactions; (vi) that the rate of interest of 15.40% per annum in relation to the borrowing of NZ\$ was a market established rate; (vii) that if Shell had simply borrowed US\$102,000,000 at a market rate of interest, the rate would have been in the order of 9.1% per annum which, of course, is substantially lower than 15.40% per annum; (viii) that Shell's overriding purpose in entering into the debenture agreements and the hedging transactions was to secure US\$ at the lowest after tax cost attainable; (ix) that on May 10, 1988 Shell knew that on May 10, 1993 it would realize a gain of US\$21,165,000 in respect of the debentures and hedging transactions; (x) that sham was not involved in respect of any of the bargains.³

[14] The gain of US\$21,165,000 referred to represents the difference between the amount received by Shell for the NZ\$150,000,000 and the cost in US\$ needed to repurchase the NZ\$ when the loan came due. This gain was due in part to the debenture agreement and in part to the hedging transactions entered into with Sumitomo.

[15] Following its plan, Shell deducted interest expenses of 15.4% in each tax year between 1988 and 1993 and characterized the gain of US\$21,165,000 as being on account of capital in 1993.

[16] The Minister of National Revenue reassessed the taxpayer for the years 1992 and 1993, disallowing the deduction of interest beyond the market rate for a direct loan of US\$. This amounted to a disallowance of \$4,874,796 of the \$15,519,491 interest deduction for the 1992 taxation year, and a disallowance of \$1,675,643 of the \$5,621,113 interest deduction for the

En ce qui a trait à l'ensemble des négociations menées le 10 mai 1988 et aux affaires connexes traitées par la suite, je conclus: (i) que les parties n'avaient pas entre elles de lien de dépendance; (ii) que Shell n'exploitait pas d'entreprise en Nouvelle-Zélande et qu'elle n'avait pas l'intention d'utiliser la somme en \$NZ dans ses activités; (iii) que Shell cherchait à obtenir une somme de 102 000 000 \$ en \$US dans le but de l'utiliser aux fins générales de son entreprise; (iv) que la décision d'emprunter les \$NZ avait été prise et l'émission des débetures et les opérations de couverture avaient été effectuées dans l'espoir que Shell, en calculant son revenu, puisse déduire les intérêts payés sur les débetures, que le gain de 21 165 000 \$US soit accepté comme étant au titre du capital et que certaines de ses pertes en capital d'alors puissent être compensées par ce gain; (v) que Shell n'aurait pas conclu de contrats d'achat de débetures sans les opérations de couverture; (vi) que le taux d'intérêt annuel de 15,4 p. 100 s'appliquant à l'emprunt de \$NZ était le taux d'intérêt du marché; (vii) que si Shell avait simplement emprunté 102 000 000 \$US au taux d'intérêt du marché, ce taux aurait été de l'ordre de 9,1 p. 100 par an, ce qui, bien entendu, est un taux beaucoup plus bas que le taux annuel de 15,4 p. 100; (viii) que le principal but poursuivi par Shell en concluant les contrats d'achat de débetures et les opérations de couverture était d'obtenir une somme en \$US au moindre coût possible après impôt; (ix) que, le 10 mai 1988, Shell savait que le 10 mai 1993, elle réaliserait un gain de 21 165 000 \$US à l'égard des débetures et des opérations de couverture; (x) qu'il n'était question de frime dans aucun des marchés³.

[14] Le gain de 21 165 000 \$US mentionné représentait la différence entre le montant reçu par Shell à l'égard des 150 000 000 \$NZ et le coût de rachat en \$US des \$NZ lorsque le prêt viendrait à échéance. Ce gain était attribuable en partie au contrat d'achat de débetures et en partie aux opérations de couverture conclues avec Sumitomo.

[15] Conformément à ce plan, Shell a déduit des frais d'intérêt de 15,4 p. 100 dans chaque année d'imposition entre 1988 et 1993 et, en 1993, elle a traité le gain de 21 165 000 \$US comme étant imputable au capital.

[16] Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'égard du contribuable pour les années 1992 et 1993, en rejetant la déduction des intérêts en sus du taux du marché applicable à un prêt consenti directement en \$US. Cela représentait une somme de 4 874 796 \$ sur les frais d'intérêt déduits, qui étaient de 15 519 491 \$, pour l'année d'imposition

1993 taxation year. The basis for this disallowance was that the rate of 15.4% was not reasonable as required by paragraph 20(1)(c). Also, the Minister treated the C\$26,191,686 (US\$21,165,000) claimed capital gain as on account of income. Shell appealed the reassessment and was successful at the Tax Court of Canada. That decision has been appealed to this Court.

Decision of the Tax Court Judge

[17] The Tax Court Judge allowed the appeal of the taxpayer and permitted the deduction of the interest expenses as claimed. He disagreed with the Minister's argument that the two transactions, the debenture agreement and the hedging transaction, had to be viewed as one transaction for tax purposes. When viewed this way, the Minister argued, it is clear that Shell is really borrowing US\$, and the determination of what constitutes a reasonable rate of interest should be judged on that basis. The Tax Court Judge stated:

With respect, I can only conclude that a merger of the kind postulated by counsel for the respondent belongs in the realm of legal fiction. Each of the contracts entered into between Shell on the one hand and Amsterdam, Prudential, Barclays on the other was separate and created the distinct legal obligations between Shell and each of the parties that are described in the agreements. The same can be said of the hedging transactions. And, in particular, these hedging transactions did not create a borrower-lender relationship with a consequent obligation to pay interest. I cannot accept that the legal effect of entering into the debenture agreements and the hedging transactions is to allow the relationships thereby created to be regarded as a matter of law to have been merged for the purpose of determining Shell's liability to tax under the Act in the manner argued on behalf of the respondent.⁴

[18] The Tax Court Judge found that the money was certainly "borrowed money" and that it was clear to him that it was used for the purpose of earning income, as Shell required it for general corporate purposes. The money did not lose this quality by

1992, et un montant de 1 675 643 \$ sur les frais d'intérêt déduits, qui étaient de 5 621 113 \$, pour l'année d'imposition 1993. Le rejet était fondé sur ce que le taux de 15,4 p. 100 n'était pas un taux raisonnable au sens de l'alinéa 20(1)c). De plus, le ministre a traité la somme de 26 191 686 \$CAN (21 165 000 \$US) déclarée à titre de gain en capital comme étant imputable au revenu. Shell a interjeté appel contre la nouvelle cotisation et a eu gain de cause devant la Cour canadienne de l'impôt. Cette décision a fait l'objet d'un appel devant cette Cour.

La décision du juge de la Cour de l'impôt

[17] Le juge de la Cour de l'impôt a accueilli l'appel du contribuable et autorisé la déduction des frais d'intérêt telle qu'elle avait été demandée. Il ne souscrivait pas à l'argument du ministre selon lequel les deux opérations, soit le contrat d'achat des débetures et l'opération de couverture, devaient être considérées comme une seule opération aux fins de l'impôt. Le ministre a soutenu que lorsque la chose était considérée sous cet angle, il était clair que Shell empruntait en fait des \$US et que la question de savoir ce qui constituait un taux d'intérêt raisonnable devait être tranchée compte tenu de cela. Voici ce que le juge de la Cour de l'impôt a dit:

En toute déférence, je peux seulement conclure qu'une fusion du genre de celle qui a été avancée par l'avocat de l'intimée tient de la fiction juridique. Chacun des contrats passés entre Shell d'une part et Amsterdam, Prudential et Barclays d'autre part était distinct et créait des obligations juridiques distinctes entre Shell et chacune des parties mentionnées dans les contrats. On peut en dire autant des opérations de couverture. En particulier, ces opérations de couverture ne donnaient pas lieu à une relation emprunteur-prêteur comportant une obligation de verser des intérêts. Je ne peux retenir la thèse selon laquelle l'effet juridique de la conclusion des contrats d'achat de débetures et des opérations de couverture est de faire en sorte que les relations ainsi créées soient considérées, en droit, comme une fusion pour déterminer l'assujettissement de Shell à l'impôt, en vertu de la Loi, de la manière soutenue par l'avocat de l'intimée⁴.

[18] Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que l'argent était certainement «de l'argent emprunté» et qu'il était clair à ses yeux que Shell utilisait cet argent en vue de gagner un revenu dont elle avait besoin aux fins générales de son entreprise. L'argent n'a pas

being first borrowed in NZ\$ and then being converted into US\$. On the basis of this conclusion, and having already determined that 15.4% was a market established rate for a NZ\$ borrowing, the Tax Court Judge concluded that this was reasonable.

[19] At trial, the Minister also advanced the argument that the interest rate was not reasonable for the purposes of section 67 of the Act. The Tax Court Judge found that, if the rate was reasonable for the purposes of paragraph 20(1)(c), it must also be reasonable for the purposes of section 67. In addition, the Tax Court Judge decided that the gain claimed in 1993 was indeed on account of capital.

Submissions of the Parties

[20] The appellant submits that the Court must consider the economic realities of the situation in order to properly evaluate the deductibility of the interest expense. What was really happening here, it was said, was that Shell was borrowing US\$. It had no use for NZ\$ and only borrowed them because of the potential to avoid taxation that was available by doing so. Therefore, one could not say that the money was borrowed for the purposes of earning income. The interest was only deductible if the transactions are characterized as a US\$ borrowing, and reasonable interest for a US\$ borrowing was 9.1%.

[21] The appellant also argues that subsection 245(1) applied, suggesting that the transactions entered into by Shell had the effect of artificially or unduly reducing its income for the years in question. Also, the Minister advanced the argument that the deductions were unreasonable according to section 67 of the Act. It was further contended that the gain in 1993 was not capital in nature but was on account of income.

[22] The respondent submits that it was improper to assess tax liability based on the idea that it borrowed US\$. There were two separate transactions, each creating distinct legal relationships. Shell borrowed NZ\$ and the market rate was 15.4%. The market rate

perdu cette qualité du fait qu'il a d'abord été emprunté en \$NZ, puis converti en \$US. Sur le fondement de cette conclusion, et après avoir conclu que le taux de 15,4 p. 100 était le taux du marché à l'égard d'un emprunt en \$NZ, le juge a conclu que ce taux était raisonnable.

[19] À l'audience, le ministre a également soutenu que le taux d'intérêt n'était pas raisonnable pour l'application de l'article 67 de la Loi. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que, si le taux était raisonnable pour l'application de l'alinéa 20(1)c), il devait également l'être pour l'application de l'article 67. Il a en outre décidé que le gain déclaré en 1993 était de fait imputable au capital.

Les arguments des parties

[20] L'appelante soutient que la Cour doit tenir compte de la réalité économique de la situation afin d'être en mesure de savoir si les frais d'intérêt sont déductibles. Elle a dit que Shell empruntait en fait des \$US. Les \$NZ ne lui servaient à rien et elle les avait empruntés que parce que cela pouvait lui permettre d'éviter l'impôt. Il n'était donc pas possible de dire que Shell avait emprunté l'argent en vue de gagner un revenu. Les intérêts étaient uniquement déductibles si les opérations étaient considérées comme un emprunt en \$US; or, le taux d'intérêt raisonnable pour un emprunt en \$US était de 9,1 p. 100.

[21] L'appelante soutient également que le paragraphe 245(1) s'applique, car elle affirme que les opérations que Shell a conclues avaient pour effet de réduire indûment ou de façon factice son revenu pour les années en question. De plus, le ministre a affirmé que, selon l'article 67 de la Loi, les déductions étaient déraisonnables. Il a en outre été soutenu que le gain réalisé en 1993 n'était pas un gain en capital, mais qu'il était imputable au revenu.

[22] L'intimée soutient que c'est à tort qu'une obligation fiscale a été établie à son égard du fait qu'elle avait emprunté des \$US. Il y avait deux opérations distinctes, chacune créant des relations juridiques distinctes. Shell a emprunté des \$NZ et le

was by definition reasonable. It then purchased US\$ and used them for general corporate purposes. Because the US\$ were employed to earn income, the NZ\$ loan proceeds must be considered to have been used for the purpose of earning income as well.

[23] In my view, the essence of this case is whether or not the payments made by Shell came within the scope of paragraph 20(1)(c) so as to be deductible as interest payments. Given my conclusion with respect to paragraph 20(1)(c), therefore, it is unnecessary to deal with the other provisions discussed in argument. It will also be necessary, however, to deal with the issue of the 1993 gain. I shall first analyze paragraph 20(1)(c) and its applicability to these facts and then briefly consider the capital gains issue at the end of these reasons.

The Law

[24] The relevant parts of paragraph 20(1)(c) read as follows:

20. (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

...

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending upon the method regularly followed by the taxpayer in computing his income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy),

...

or a reasonable amount in respect thereof, whichever is the lesser;

[25] The approach to the interpretation of the *Income Tax Act* is nowadays far removed from Lord Cairns'

taux du marché était de 15,4 p. 100. Le taux du marché était par définition raisonnable. Elle a ensuite acheté des \$US et s'en est servi aux fins générales de son entreprise. Étant donné que Shell a utilisé les \$US en vue de gagner un revenu, le produit du prêt en \$NZ doit également être considéré comme ayant servi à la réalisation d'un revenu.

[23] À mon avis, il s'agit essentiellement de savoir si les paiements effectués par Shell étaient visés par l'alinéa 20(1)c) de façon à être déductibles à titre de frais d'intérêt. Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée au sujet de l'alinéa 20(1)c), je n'ai pas à examiner les autres dispositions mentionnées dans les plaidoiries. Toutefois, il faudra également examiner la question du gain réalisé en 1993. J'analyserai d'abord l'alinéa 20(1)c) et la question de savoir s'il s'applique à l'espèce, puis j'examinerai brièvement la question du gain en capital à la fin de mes motifs.

Le droit applicable

[24] Voici les passages pertinents de l'alinéa 20(1)c):

20. (1) Nonobstant les dispositions des alinéas 18(1)a), b) et h), lors du calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition, peuvent être déduites celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s'y rapportant:

...

c) une somme payée dans l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribuable dans le calcul de son revenu), en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur

(i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré d'impôt ou pour prendre une police d'assurance-vie),

...

ou une somme raisonnable à cet égard, le moins élevé des deux montants étant à retenir.

[25] De nos jours, l'approche adoptée à l'égard de l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est

dictum that, in fiscal matters, form triumphs over substance.⁵ In *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*,⁶ Estey J. outlined the trend toward purposive interpretation of taxing provisions. He states:

Gradually, the role of the tax statute in the community changed, as we have seen, and the application of strict construction to it receded. Courts today apply to this statute the plain meaning rule, but in a substantive sense so that if a taxpayer is within the spirit of the charge, he may be held liable.⁷

This acknowledges the inherent limitations that a formalistic approach to tax law entails, and expresses the need for the Court to take a step backwards and view the statute in its broader context.

[26] This is taken a step further in the reasons for judgment of Dickson C.J. in *Bronfman Trust v. The Queen*,⁸ where he writes:

Assessment of taxpayers' transactions with an eye to commercial and economic realities, rather than juristic classification of form, may help to avoid the inequity of tax liability being dependent upon the taxpayer's sophistication at manipulating a sequence of events to achieve a patina of compliance with the apparent prerequisites for a tax deduction.⁹

At the root of these statements is the realization that the form of a taxpayer's transactions does not always reflect the taxpayer's true situation.

[27] The Act has aims and purposes and, as judges, it is our duty to give effect to those aims and purposes as reflected in the language of the legislation. We now use what has been called the words-in-total-context approach to statutory interpretation. In *British Columbia Telephone Company Ltd. v. The Queen*,¹⁰ MacGuigan J.A. concluded:

Indeed, even apart from authority, it should be obvious that words can never be considered apart from their context, since context imparts meaning to that which it surrounds.¹¹

[28] It has often been said that, but for paragraph 20(1)(c), interest would not be deductible at all. The

fort éloignée de la remarque incidente de lord Cairns, à savoir qu'en matière fiscale, la forme l'emporte sur le fond⁵. Dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*⁶, le juge Estey a parlé de la tendance à interpréter les dispositions fiscales compte tenu de leur objet. Voici ce qu'il a dit:

Comme nous l'avons vu, le rôle des lois fiscales a changé dans la société et l'application de l'interprétation stricte a diminué. Aujourd'hui, les tribunaux appliquent à cette loi la règle du sens ordinaire, mais en tenant compte du fond, de sorte que si l'activité du contribuable relève de l'esprit de la disposition fiscale, il sera assujéti à l'impôt⁷.

Cela reconnaît les limites intrinsèques que comporte une approche formaliste en matière de droit fiscal et cela montre que la Cour doit revenir en arrière et examiner la loi dans son contexte plus général.

[26] Le juge en chef Dickson va encore plus loin dans les motifs de jugement qu'il a prononcés dans l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*⁸, où il a dit ceci:

Si, en appréciant les opérations des contribuables, on a présent à l'esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelque critère juridique formel, cela aidera peut-être à éviter que l'assujettissement à l'impôt dépende, ce qui serait injuste, de l'habileté avec laquelle le contribuable peut se servir d'une série d'événements pour créer une illusion de conformité avec les conditions apparentes d'admissibilité à une déduction d'impôt⁹.

Ces remarques tirent leur origine du fait que l'on s'est rendu compte que la forme que prennent les opérations conclues par un contribuable n'indique pas toujours la situation réelle de celui-ci.

[27] La Loi vise à atteindre des objectifs et il nous incombe, en tant que juges, de leur donner effet. Nous utilisons maintenant l'approche des «termes dans leur contexte global» pour interpréter les lois. Dans l'arrêt *British Columbia Telephone Company Ltd. c. La Reine*¹⁰, le juge d'appel MacGuigan a tiré la conclusion suivante:

En fait, même s'il n'existait pas de précédents à cet effet, il devrait être évident que les mots ne peuvent jamais être considérés sans tenir compte de leur contexte étant donné que celui-ci détermine leur sens¹¹.

[28] On a souvent dit que, si ce n'était de l'alinéa 20(1)c), les intérêts ne seraient pas du tout déduc-

reason given is that the accumulation of capital is necessarily on capital account, and, therefore, the deduction of the interest expense would normally be disallowed by paragraph 18(1)(b). In *Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*¹² the Supreme Court held the following:

It is important to remember that in the absence of an express statutory allowance, interest payable on capital indebtedness is not deductible as an income expense. If a company has not the money capital to commence business, why should it be allowed to deduct the interest on borrowed money? The company setting up with its own contributed capital would, on such a principle, be entitled to interest on its capital before taxable income was reached, but the income statutes give no countenance to such a deduction.¹³

The correctness of this proposition, however, has been questioned recently by several commentators.¹⁴

[29] Our original income tax statute, *The Income War Tax Act, 1917*,¹⁵ made no specific reference to the deductibility or non-deductibility of interest. Rather, it relied on the calculation of income as “net profit or gain.”¹⁶ Whether this precluded the deductibility of interest as a payment on account of capital or for any other reason is unknown, as there were no relevant cases decided under that Act.

[30] In 1923, the Act was amended to deal specifically with the deduction of interest. The debate in the House of Commons indicated that the consensus was that interest ought to be deducted from income normally, but that the law as it stood failed to permit that deduction. Given the general principles of tax fairness, it would seem obvious that interest, so long as it is a business expense incurred to earn taxable income, is a legitimate expense. Because it is a legitimate expense, it was felt that it ought to be accounted for in order to gauge properly a taxpayer’s liability for tax.¹⁷

[31] The 1923 amendment allowed the following to be deducted from income:

tibles. La raison donnée est que l’accumulation de capital est nécessairement imputable au capital et que la déduction des frais d’intérêt serait donc normalement rejetée en vertu de l’alinéa 18(1)(b). Dans l’arrêt *Canada Safeway Limited v. The Minister of National Revenue*¹², la Cour suprême a statué ceci:

[TRADUCTION] Il est important de se rappeler qu’en l’absence d’une disposition législative expresse, l’intérêt payable sur une dette en capital n’est pas déductible en tant que dépense engagée en vue de produire un revenu. Si une compagnie ne dispose pas des capitaux nécessaires pour s’engager dans une entreprise pourquoi devrait-on lui permettre de déduire les intérêts sur l’argent emprunté? Selon pareil principe, la compagnie qui s’établit à l’aide de son propre capital d’apport, aurait droit aux intérêts sur le capital avant que le revenu soit imposable, mais les lois fiscales ne permettent pas pareille déduction¹³.

Toutefois, le bien-fondé de cette thèse a récemment été remis en question par plusieurs auteurs¹⁴.

[29] Notre première loi en matière d’impôt, intitulée la *Loi de l’Impôt de Guerre sur le Revenu, 1917*¹⁵, ne mentionnait pas expressément la déductibilité ni la non-déductibilité des intérêts. Elle se fondait plutôt sur le calcul du revenu en tant que «profit ou gain net»¹⁶. On ignore si cela empêchait le contribuable de déduire les intérêts à titre de paiements effectués au compte du capital ou pour une autre raison, étant donné qu’aucun jugement pertinent n’a été rendu en vertu de cette Loi.

[30] En 1923, la Loi a été modifiée de façon à prévoir expressément la déduction des intérêts. Il est ressorti des débats de la Chambre des communes que tous s’entendaient pour dire que les intérêts devraient normalement être déduits du revenu, mais que la loi telle qu’elle existait ne permettait pas cette déduction. Compte tenu des principes généraux en matière d’équité fiscale, il semblerait évident que les intérêts, dans la mesure où il s’agit d’une dépense d’entreprise que le contribuable engage pour gagner un revenu imposable, constituent une dépense légitime. Puisqu’il s’agissait d’une dépense légitime, on estimait qu’il devrait en être tenu compte afin d’établir d’une façon appropriée l’obligation fiscale du contribuable¹⁷.

[31] La modification effectuée en 1923 permettait de déduire les éléments suivants du revenu:

3. (1) . . .

(h) such reasonable rate of interest on borrowed capital used in the business to earn the income as the Minister in his discretion may allow notwithstanding the rate of interest payable by the taxpayer. To the extent that the interest payable by the taxpayer is in excess of the amount allowed by the Minister hereunder, it shall not be allowed as a deduction. The rate of interest allowed shall not in any case exceed the rate stipulated for in the bond, debenture, mortgage, note, agreement or other similar document, whether with or without security, by virtue of which the interest is payable.¹⁸

So as long as the capital is used to earn income and the rate is thought to be reasonable by the Minister, interest payments were explicitly deductible. In defence of the reasonableness provision of the amendment, the Minister of Finance at the time, the Honourable W. S. Fielding, explained how a bond issue would be treated. He stated:

The ordinary, reasonable rate of interest would be allowed. But suppose the bonds were issued at a high rate of interest, and produced a premium, that practically is not the real rate of interest at all. I hope my hon. friend sees the point.¹⁹

In other words, it would seem that the original intent was to restrict the deduction to those amounts that were reasonable and which reflected the economic realities of the situation.

[32] The interest deductibility provision was amended in 1948. The substance of the earlier paragraph remained the same,²⁰ but the new provision recognized different accounting methods and eliminated the need for the exercise of ministerial discretion. Amendments to the provisions for deductibility of interest since that time have added nothing to the general paragraph, but have provided more detailed provisions for specific situations.²¹

[33] The provision, as it stands today, is in substance similar to the 1948 provision. It may be broken down into several conditions that a borrower must satisfy in order to be able to deduct amounts claimed as interest. While one could say that there were six or even more conditions, I prefer to think that there are four main conditions, some of which comprise more than one

3. (1) . . .

h) Le taux raisonnable d'intérêt sur le capital emprunté et employé dans le commerce pour produire le revenu, tel que le Ministre à sa discrétion peut le fixer, nonobstant le taux d'intérêt payable par le contribuable. L'excédent de l'intérêt payable par le contribuable sur le montant fixé par le Ministre en vertu de la présente loi, n'est pas accordé comme déduction. Le taux d'intérêt fixé ne doit dans aucun cas excéder le taux stipulé dans les obligation, débeture, mortgage, billet, contrat ou autre document semblable, avec ou sans garantie, en vertu duquel l'intérêt est payable¹⁸.

Dans la mesure où le contribuable utilisait le capital en vue de gagner un revenu et dans la mesure où le ministre jugeait le taux raisonnable, les frais d'intérêt étaient expressément déductibles. En défendant le caractère raisonnable de la modification, le ministre des Finances de l'époque, l'honorable W. S. Fielding, a expliqué comment la question de l'obligation serait traitée. Voici ce qu'il a dit:

En pareille circonstance, on permettrait le taux ordinaire et raisonnable d'intérêt. Mais si les obligations ont été émises à un taux élevé d'intérêt, il ne s'agit plus du tout de taux réel. J'espère que mon honorable ami saisit bien ce point¹⁹.

En d'autres termes, il semblerait que l'intention initiale était de limiter la déduction aux montants qui étaient raisonnables et qui correspondaient à la réalité économique de la situation.

[32] La disposition relative à la déductibilité des intérêts a été modifiée en 1948. Elle est demeurée la même quant au fond²⁰, mais on reconnaissait différentes méthodes comptables et on éliminait la nécessité pour le ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Les modifications apportées depuis lors aux dispositions relatives à la déduction des intérêts n'ont rien ajouté à la disposition générale, mais des dispositions plus détaillées ont été édictées à l'égard de certains cas précis²¹.

[33] La disposition, dans sa forme actuelle, est semblable quant au fond à la disposition édictée en 1948. Il est possible de la décomposer en plusieurs conditions que l'emprunteur doit remplir afin d'être en mesure de déduire les montants déclarés au titre des intérêts. Il serait possible de soutenir qu'il y a au moins six conditions, mais je préfère dire qu'il y a

component.²² First, the amount must be paid in the year (or be payable in the year, depending on which method of accounting the taxpayer uses). Second, it must be paid pursuant to a legal obligation to pay interest on borrowed money. Third, the money must be used for the purpose of earning income from a business or property (not including exempt income). Fourth, the rate of interest must be reasonable. I shall now expand upon the meaning of the four conditions in turn.

1. Paid in the Year

[34] The first condition, that the interest be paid or payable in the year, reflects the idea that, in order to qualify for a deduction, the expense must have been incurred in the taxation year. The paragraph recognizes that different taxpayers employ different methods of accounting (i.e., cash basis or accrual basis).

2. Legal Obligation to Pay Interest on Borrowed Money

[35] The second condition involves three components. First, the amount must be paid pursuant to a legal obligation to pay. In other words, there is no such thing as a deduction for money paid voluntarily; there must be a legally recognizable duty to pay.

[36] Second, the payment must be a payment of interest. A payment that may look like interest but is in fact a distribution of profits, or a payment on account of principal, does not qualify. The Supreme Court, in *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*,²³ defined “interest” as “the return or consideration or compensation for the use or retention by one person of a sum of money, belonging to, in a colloquial sense, or owed to, another.”²⁴ This definition has been narrowed by the addition of the requirement that the payment accrue on a day-to-day basis.²⁵ Moreover,

quatre conditions principales, dont certaines comportent plus d’un élément²². Premièrement, le montant doit être payé dans l’année (ou être payable dans l’année, selon la méthode comptable employée par le contribuable). Deuxièmement, le montant doit être payé en exécution d’une obligation légale de payer des intérêts sur de l’argent emprunté. Troisièmement, le contribuable doit utiliser l’argent en vue de tirer un revenu d’une entreprise ou d’un bien (le revenu exonéré non compris). Quatrièmement, le taux d’intérêt doit être raisonnable. Je donnerai maintenant des précisions concernant chacune de ces quatre conditions.

1. Montant payé dans l’année

[34] La première condition, soit que les intérêts doivent être payés ou être payables dans l’année, est conforme à l’idée selon laquelle, pour être déductible, la dépense doit avoir été engagée dans l’année d’imposition. La disposition reconnaît que différents contribuables emploient différentes méthodes comptables (à savoir la comptabilité de caisse et la comptabilité d’exercice).

2. L’existence d’une obligation légale de payer des intérêts sur de l’argent emprunté

[35] La deuxième condition comporte trois éléments. Premièrement, le montant doit être payé en exécution d’une obligation légale. En d’autres termes, une somme payée volontairement ne peut pas être déduite; il doit exister une obligation légalement reconnue de payer une telle somme.

[36] Deuxièmement, le paiement doit se rapporter à des intérêts. En effet, un paiement qui semble se rapporter à des intérêts, mais qui constitue en fait une distribution de bénéfices, ou un paiement effectué au compte du principal, n’est pas admissible. Dans l’arrêt *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*²³, la Cour suprême a défini les «intérêts» comme étant [TRADUCTION] «le rendement, la contrepartie ou la récompense découlant du fait qu’une personne utilise ou conserve une somme d’argent appartenant, au sens familier du terme, à une autre personne, ou due à une autre

interest must be calculated with reference to a principal sum. This last criterion was determined in *Re Balaji Apartments Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co.*²⁶ In that case the terms of a mortgage called for 9% interest on the principal plus 1% of the gross rental revenue in excess of \$135,000. The payments of 1% of the revenue were found not to be interest because the payment was “not a percentage of, or in any way related to, the principal sum.”²⁷ In *Miller v. The Queen*²⁸ Reed J. made the following comment about interest:

It is common ground that the *Income Tax Act* does not define interest and that the various sections dealing with interest therein (12(1)(c); 110.1(1), 110.1(2), 110.1(3)(ff)), either deeming, or excluding certain amounts for certain purposes as interest are of little assistance. One must look to the general principles of interpretation, dictionary definitions and the jurisprudence. In this regard the meaning of the word “interest” in ordinary parlance is significant.²⁹

[37] The determination of what is interest is always a question to be ultimately decided by the Court. Something is not interest merely because the parties agree to call it interest. In *Le Ministre du Revenu National v. J. Émile Groulx*³⁰ the taxpayer had sold a piece of land and accepted a price that was above market value. Part of the purchase price was to be paid immediately but the balance was due in annual instalments “interest free.” By characterizing the entire purchase price as not including interest on the outstanding balance the taxpayer was seeking to avoid paying tax on the interest portion, because at that time capital gains on the disposition of the land were tax-free. The Supreme Court of Canada affirmed the decision of Justice Kearney of the Exchequer Court, who held that the purchase price included a capitalization of interest payments that ought properly to be included in income.

[38] The third component of this second condition is that the payment must be made on account of bor-

personnes»²⁴. La portée de cette définition a été limitée par l'ajout de l'exigence selon laquelle le paiement doit s'accumuler sur une base quotidienne²⁵. En outre, les intérêts doivent être calculés par rapport à une somme principale. Ce dernier critère a été établi dans le jugement *Re Balaji Apartments Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co.*²⁶ Dans cette affaire, le taux hypothécaire était de 9 p. 100 sur le principal, plus 1 p. 100 du revenu de location brut en sus de 135 000 \$. Il a été statué que les paiements de 1 p. 100 ne constituaient pas un intérêt parce qu'ils ne correspondaient pas à un [TRADUCTION] «pourcentage de la somme principale ou n'y étaient liés d'aucune façon»²⁷. Dans le jugement *Miller c. La Reine*²⁸, M^{me} le juge Reed a fait la remarque suivante au sujet des intérêts:

Il est admis que la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas ce qu'est un intérêt et que les divers articles qui en traitent (12(1)c, 110.1(1), 110.1(2), 110.1(3) et s.) et qui sont censés exclure ou qui excluent des sommes à certaines fins à titre d'intérêt, ne sont pas d'une grande utilité. Il faut s'en remettre aux principes généraux d'interprétation, aux définitions des dictionnaires et à la jurisprudence. À cet égard, le sens usuel du terme «intérêt» est révélateur²⁹.

[37] La question de savoir ce que sont les intérêts doit toujours en fin de compte être tranchée par la Cour. Une somme n'est pas un intérêt simplement parce que les parties conviennent de la qualifier ainsi. Dans l'affaire *Le Ministre du Revenu National c. J. Émile Groulx*³⁰, le contribuable avait vendu une parcelle de terre et accepté un prix supérieur à la valeur marchande. Le prix d'achat devait être en partie payé immédiatement, mais le solde devait l'être au moyen de versements annuels «ne portant pas intérêt». En stipulant que le prix d'achat total ne comprenait pas les intérêts sur le solde impayé, le contribuable cherchait à éviter de payer l'impôt sur la fraction du montant représentant les intérêts, parce qu'à ce moment-là les gains en capital sur la disposition du bien-fonds étaient libres d'impôt. La Cour suprême du Canada a confirmé la décision dans laquelle le juge Kearney de la Cour de l'Échiquier avait conclu que le prix d'achat comprenait une capitalisation des frais d'intérêt qui aurait dû être incluse dans le revenu.

[38] Le troisième élément de cette deuxième condition est que le paiement doit être effectué au titre de

rowed money. The exact wording of the paragraph was not capable of accommodating the types of financial arrangements that taxpayers were able to devise to meet their commercial needs. Subparagraph 20(1)(c)(ii) was enacted³¹ specifically to deal with a situation where interest was being paid not on borrowed money, but on the unpaid purchase price of property. As well, paragraph 20(1)(d) deals with compound interest, which is interest on interest, and not interest on borrowed money.

3. Purpose of Earning Income

[39] The third element is that the money must be used for the purpose of earning income. This expresses the fundamental principle of tax justice that unless the expense is incurred for an income earning purpose then it cannot be deductible. Therefore, to the extent that an expense is incurred for personal reasons or for earning income that is exempt from taxation the deduction cannot be allowed. One example is *74712 Alberta Ltd. v. M.N.R.*,³² where the interest deduction was disallowed because the use to which the money was put could not have earned income for the business. In that case, the taxpayer was part of a group of companies and, in the course of the group's reorganization, it guaranteed loans made to other members of the group. When the guarantee was called in, the taxpayer was forced to borrow funds in order to satisfy it. The Court held that the interest could not be deductible because the purpose for extending the guarantee was not to earn income. Justice Robertson made the important point that "purpose" and "use" were terms that had to be evaluated in an objective sense and not subjectively.³³ Even though subjectively the taxpayer in that case may have been acting for a business purpose, that interest was found to be non-deductible because the satisfaction of the guarantee would never earn income for the taxpayer.

[40] In *Bronfman, supra*, the Supreme Court established that what is necessary to satisfy this third condition is a current, direct, eligible use for the money. In that case the taxpayer trust wanted to make

l'argent emprunté. Le libellé exact de la disposition n'était pas conciliable avec le genre de dispositions financières que les contribuables pouvaient imaginer afin de satisfaire à leurs besoins commerciaux. Le sous-alinéa 20(1)(c)(ii) était expressément destiné³¹ à s'appliquer au cas où des intérêts étaient payés non sur l'argent emprunté, mais sur le prix d'achat impayé. De plus, l'alinéa 20(1)(d) traite des intérêts composés, qui sont des intérêts sur les intérêts, et non des intérêts sur l'argent emprunté.

3. La réalisation d'un revenu en tant qu'objectif

[39] Le troisième élément est que le contribuable doit utiliser l'argent en vue de gagner un revenu. Cela est conforme au principe fondamental, en matière d'équité fiscale, selon lequel seule la dépense que le contribuable engage en vue de gagner un revenu peut être déduite. Par conséquent, dans la mesure où le contribuable engage une dépense à des fins personnelles ou en vue de gagner un revenu exonéré d'impôt, la déduction ne peut pas être admise. Ainsi, dans l'arrêt *74712 Alberta Ltd. c. M.R.N.*,³² la déduction des intérêts a été refusée parce que l'utilisation qu'on avait faite de l'argent ne pouvait pas avoir rapporté un revenu à l'entreprise. Dans cette affaire, le contribuable faisait partie d'un groupe de compagnies et, dans le cadre de la réorganisation du groupe, il avait garanti les prêts consentis aux autres membres du groupe. Lorsqu'on lui a demandé d'honorer la garantie, le contribuable a dû emprunter de l'argent afin de la payer. La Cour a statué que les intérêts ne pouvaient être déduits parce que le contribuable n'avait pas donné la garantie en vue de gagner un revenu. Le juge Robertson a signalé qu'il fallait évaluer la «fin» et l'«utilisation» objectivement plutôt que subjectivement³³. Même si subjectivement le contribuable en cause dans cette affaire-là avait peut-être agi à des fins commerciales, il a été statué que les intérêts n'étaient pas déductibles parce que le paiement de la garantie ne permettrait jamais au contribuable de gagner un revenu.

[40] Dans l'arrêt *Bronfman*, précité, la Cour suprême a statué que, pour que cette troisième condition soit remplie, il devait y avoir une utilisation effective directe et admissible de l'argent. Dans cette affaire, la

a capital distribution to the beneficiary of the trust. This was clearly a non-eligible use, as the disposition could not be for the purposes of earning income. The trustees, however, felt that it was an inopportune time to dispose of the income-producing assets of the trust and, therefore, borrowed the money in order to make the distribution to the beneficiary. The trustees sought to deduct the interest expense on the basis that it was necessary to borrow the money in order to maintain the income-producing assets, and that, therefore, the money was used indirectly to earn income.

[41] Dickson C.J. disallowed the deduction, explaining:

The interest deduction provision requires not only a characterization of the use of borrowed funds, but also a characterization of "purpose". Eligibility for the deduction is contingent on the use of borrowed money for the purpose of earning income. It is well-established in the jurisprudence, however, that it is not the purpose of the borrowing itself which is relevant. What is relevant, rather is the taxpayer's purpose in using the borrowed money in a particular manner. . . . Consequently, the focus of the inquiry must be centered on the use to which the taxpayer put the borrowed funds.³⁴

Dickson C.J. concluded that only a directly eligible use would bring the taxpayer within the ambit of subparagraph 20(1)(c)(i). He stated:

The taxpayer, of course, has a right to spend money in ways which cannot reasonably be expected to generate taxable income but if the taxpayer chooses to do so, he or she cannot expect any advantageous treatment by the tax assessor. In my view, the text of the Act requires tracing the use of borrowed funds to a specific eligible use, its obviously restricted purpose being the encouragement of taxpayers to augment their income-producing potential. This, in my view, precludes the allowance of a deduction for interest paid on borrowed funds which indirectly preserve income-earning property but which are not directly "used for the purpose of earning income from . . . property."³⁵

These passages highlight two things. First, the money borrowed must be used directly to earn income. An

fiducie contribuable voulait effectuer une distribution prélevée sur le capital en faveur du bénéficiaire de la fiducie. Il s'agissait clairement d'une utilisation non admissible, étant donné que la disposition ne pouvait pas avoir été faite en vue de produire un revenu. Toutefois, les fiduciaires estimaient qu'il n'était pas opportun de disposer des actifs productifs de revenu de la fiducie et ils ont donc emprunté l'argent aux fins de la distribution en faveur du bénéficiaire. Les fiduciaires ont cherché à déduire les frais d'intérêt en avançant qu'il était nécessaire d'emprunter l'argent afin de conserver les actifs productifs de revenu et que l'argent avait donc indirectement été utilisé en vue de gagner un revenu.

[41] Le juge en chef Dickson a rejeté la déduction, en donnant les explications suivantes:

La disposition prévoyant la déduction des intérêts exige non seulement la détermination de l'usage auquel ont été affectés les fonds empruntés, mais aussi la détermination de la «fin». L'admissibilité à la déduction est soumise à la condition que l'argent emprunté soit utilisé pour produire un revenu. Cependant, il est bien établi par la jurisprudence que le point pertinent n'est pas la fin de l'emprunt lui-même. Ce qui est pertinent est plutôt la fin qu'a visée le contribuable en utilisant l'argent emprunté d'une manière particulière: . . . Il s'ensuit donc que l'examen de la situation doit être centré sur l'usage que le contribuable a fait des fonds empruntés³⁴.

Le juge en chef Dickson a conclu que le sous-alinéa 20(1)(c)(i) ne s'appliquait au contribuable que si l'argent était utilisé d'une façon directement admissible. Voici ce qu'il a dit:

Bien entendu, il est loisible au contribuable de dépenser de l'argent d'une manière dont on ne peut attendre qu'elle produise un revenu imposable, mais s'il prend ce parti, il ne peut pas s'attendre à ce que le fisc lui accorde un traitement avantageux. À mon avis, le texte de la Loi exige que les fonds empruntés aient été affectés à une utilisation admissible précise, car, à l'évidence, le but restreint qu'elle vise est d'encourager les contribuables à améliorer leurs possibilités de produire des revenus. Voilà, selon moi, qui vient empêcher qu'une déduction soit permise à l'égard de l'intérêt payé sur des fonds empruntés qui servent indirectement à conserver des biens productifs de revenu, mais qui ne sont pas utilisés directement «en vue de tirer un revenu . . . d'un bien»³⁵.

Ces passages montrent deux choses. En premier lieu, l'argent emprunté doit être directement utilisé pour

indirect or remote³⁶ use will not bring the interest expenses within the terms of the subparagraph. Secondly, the Court will focus on the current use³⁷ of the money, not the original intended use. A taxpayer may borrow money for a personal reason, e.g., to buy a car, but if the money is subsequently used to earn business income, the interest expenses may then be deductible. The question to ask is what is the money being used for during the period for which the deduction is claimed.

[42] Once the use has been identified, the question becomes one of whether the use is for an eligible purpose. In *Mark Resources Inc. v. Canada*,³⁸ Bowman T.C.C.J. dealt with the question of purpose under paragraph 20(1)(c). In that case, the taxpayer had borrowed money in Canada and transferred the capital to its American affiliate. The affiliate used the money to purchase a term deposit that earned an amount of income identical to its accumulated business losses. The income was imported back into Canada as a tax free dividend. The effect of the transactions was an importation of the business losses. Bowman T.C.C.J. disallowed the deduction on the ground that the money was not used for the purpose of earning income. He explained:

Theoretically one might, in a connected series of events leading to a predetermined conclusion, postulate as [to] the purpose of each event in the sequence the achievement of the result that immediately follows but in determining the “purpose” of the use of borrowed funds within the meaning of paragraph 20(1)(c) the court is faced with practical considerations with which the pure theorist is not concerned. That purpose—and it is a practical and real one, and in no way remote, fanciful or indirect—is the importation of the losses from the U.S.

He continued:

It is true that the overall economic result, if all of the elements of the plan work, is a net gain to the appellant, but this type of gain is not from the production of income but from a reduction of taxes otherwise payable in Canada. I am cognizant of the fact that the dividends, although deductible in computing taxable income, are nonetheless income. It is, however, this feature of our Canadian tax system whereby

produire un revenu. Les frais d’intérêt ne seront pas visés par les dispositions de ce sous-alinéa si l’argent est utilisé d’une façon indirecte ou éloignée³⁶. En second lieu, la Cour mettra l’accent sur l’utilisation effective³⁷ de l’argent, non sur l’utilisation initialement prévue. Le contribuable peut emprunter l’argent à des fins personnelles, par exemple pour acheter une voiture, mais s’il l’utilise par la suite en vue de gagner un revenu d’entreprise, il se peut que les frais d’intérêt soient alors déductibles. Il faut se demander à quoi sert l’argent pendant la période pour laquelle la déduction est demandée.

[42] Une fois que l’utilisation a été déterminée, il s’agit de savoir si l’argent a été utilisé à une fin admissible. Dans la décision *Mark Resources Inc. c. Canada*³⁸, le juge Bowman de la Cour canadienne de l’impôt a examiné la question de la fin visée en vertu de l’alinéa 20(1)c). Dans cette affaire, le contribuable avait emprunté l’argent au Canada et transféré les capitaux à sa filiale américaine. La filiale avait utilisé l’argent pour faire un dépôt à terme qui avait produit un revenu identique au montant des pertes d’entreprise qu’elle avait accumulées. Le revenu a ensuite été importé au Canada à titre de dividende libre d’impôt. Les opérations ont eu pour effet d’importer des pertes d’entreprise. Le juge Bowman a rejeté la déduction pour le motif que le contribuable n’avait pas utilisé l’argent en vue de gagner un revenu. Il a donné les explications suivantes:

Théoriquement, l’on pourrait dire que, dans une série d’événements liés qui conduisent à une conclusion prédéterminée, tous visent, l’un après l’autre, à atteindre le résultat qui s’ensuit immédiatement, mais pour déterminer à quelle «fin» les fonds ont été empruntés, en application de l’alinéa 20(1)c), la Cour est confrontée à des considérations pratiques qui n’intéressent pas le théoricien pur. Cette fin, pratique et réelle, et en aucune façon lointaine, fantaisiste ou indirecte, consiste dans l’importation de pertes des États-Unis.

Le juge a ensuite ajouté ceci:

Il est vrai que le résultat économique global, si tous les éléments du plan fonctionnent, représente un gain net pour l’appelante, mais ce type de gain ne résulte pas de la production d’un revenu mais d’une diminution des impôts autrement payables au Canada. Je sais que les dividendes, bien qu’ils soient déductibles dans le calcul du revenu imposable, constituent néanmoins un revenu. C’est cette

such dividends are deductible in computing taxable income that gives to the plan its apparent economic viability.³⁹

In that case, there was more than one “use” for the Court to consider. The earning of business income through the purchase of investment property was itself an eligible use. But there was also the importation of losses from the American subsidiary, a use that the Tax Court Judge found to be ineligible. He also found the “overriding ultimate economic purpose for which the borrowed funds were used was to permit the U.S. losses of PDI to be, in effect, imported into Canada and deducted in computing PDL’s income.”⁴⁰

[43] The *Mark Resources* approach was applied in *Canwest Broadcasting Ltd. v. Canada*.⁴¹ The facts in the two cases were similar. In *Canwest*, the taxpayer had incurred large interest expenses in an attempt to take advantage of losses accumulated by a non-related company. McArthur T.C.C.J., disallowed the deduction of the interest charges on the ground that the purpose behind the series of transactions was a reduction of taxes and that this did not constitute an eligible use. He stated:

I find that the Court must look at the commercial, practical and economic reality of the taxpayer’s transactions, and not permit form to override substance. The Court must ensure that the “purpose” which is used for a paragraph 20(1)(c) analysis is one that represents what the taxpayer’s real intentions are, and not what he or she makes them appear to look. In *Bronfman*, the “real purpose” was the distribution of capital. In the present case, the “real purpose”, as demonstrated by the evidence, was tax savings.⁴²

[44] The same approach was adopted in *Robitaille, A. v. The Queen*.⁴³ In that case, Dussault T.C.C.J., commented on the necessity of an eligible use for the borrowed money. He stated:

Secondly, for the purpose of the deduction provided for in paragraph 20(1)(c) of the Act, it has also been established in [*Bronfman*] that what should be considered is not the purpose of the borrowing itself but rather the purpose for

caractéristique de notre système fiscal canadien selon lequel ces dividendes peuvent être déduits dans le calcul du revenu imposable, qui confère néanmoins au plan son apparente viabilité économique³⁹.

Dans cette affaire, la Cour avait à examiner plus d’une «utilisation». La réalisation d’un revenu d’entreprise au moyen de l’achat d’un bien de placement constituait en soi une utilisation admissible. Cependant, il y avait également l’importation de pertes de la filiale américaine, utilisation qui, selon le juge de la Cour de l’impôt, n’était pas admissible. Le juge a également conclu qu’«[a]vant toute chose, l’argent emprunté a été utilisé pour permettre aux pertes américaines de PDI d’être, en réalité, importées au Canada et déduites dans le calcul du revenu de PDL»⁴⁰.

[43] L’approche adoptée dans la décision *Mark Resources* a été appliquée dans *Canwest Broadcasting Ltd. c. Canada*⁴¹. Les faits des deux affaires étaient similaires. Dans l’affaire *Canwest*, le contribuable avait engagé des frais d’intérêt élevés en tentant de tirer parti des pertes accumulées par une compagnie non liée. Le juge McArthur de la Cour canadienne de l’impôt a rejeté la déduction des frais d’intérêt pour le motif que la série d’opérations visait à réduire les impôts et que cela ne constituait pas une utilisation admissible. Voici ce qu’il a dit:

Je conclus que la Cour doit examiner la nature commerciale, pratique et économique des opérations du contribuable et ne pas permettre que la forme prime le fond. Elle doit s’assurer que le «but» examiné dans le cadre d’une analyse qui se fonde sur l’alinéa 20(1)c) représente les intentions réelles du contribuable et non ses intentions telles qu’il voudrait les faire paraître. Dans l’arrêt *Bronfman*, le «but réel» était la distribution de capital. En l’espèce, le «but réel», comme le démontre la preuve, était la réalisation d’économies fiscales⁴².

[44] La même approche a été adoptée dans la décision *Robitaille, A. c. La Reine*⁴³. Dans cette affaire, le juge Dussault de la Cour canadienne de l’impôt a fait des remarques au sujet du fait que l’argent emprunté devait être utilisé à des fins admissibles. Voici ce qu’il a dit:

Deuxièmement, aux fins de la déduction prévue à l’alinéa 20(1)c) de la Loi, il a aussi été établi dans cette décision [*Bronfman*] qu’il faut examiner non pas le but de l’emprunt lui-même mais plutôt celui de l’utilisation des fonds en-

which the borrowed money was used. In fact, as Judge Bowman of this Court suggested in *Mark Resources*, *supra*, to the extent that, *prima facie*, the purpose of the borrowing and that for which the funds were used are identical, the distinction is not meaningful. However, as he pointed out, focus must be had not on the direct and immediate result of the use to which the funds were put but rather, in a real and practical manner, on the ultimate economic objectives sought by the transactions. Thus it seems clear that the analysis should not be restricted to the consideration of each of the transactions taken individually while ignoring the cause-effect relationship that may exist between them.⁴⁴

The approach in *Mark Resources*, *Canwest* and *Robitaille* represents an attempt to step back and appreciate the economic realities of the taxpayer's situation. It is a return to first principles, which I find sensible and in harmony with the teachings of the Supreme Court of Canada.

[45] In my view, *Mark Resources* and *Bronfman Trust* both express the same philosophical approach to the interpretation and application of taxing statutes. While the direct and current use doctrine does not seem, at first glance, to be entirely consistent with the practice of determining the overriding purpose for the borrowing, in both instances the Court's overarching concern was the avoidance of inequities that can arise through the formalistic application of the Act. Dickson C.J. was concerned about two things. His major concern was that a reading of paragraph 20(1)(c), which allowed the deduction of interest on money borrowed for an indirect eligible purpose, would advantage anyone who had assets that he or she wished to preserve. That taxpayer would be able to claim the interest deduction despite the fact that the money was borrowed for a purely personal reason, so long as they could justify the borrowing on the basis that it allowed them to preserve assets that earned income. This would be an enormous tax advantage to the wealthy taxpayer, and would, therefore, be inequitable.

[46] Dickson C.J. also was concerned with the degree to which a sophisticated taxpayer could manipulate his or her financial transactions to achieve a "patina of compliance". This concern recognizes that

pruntés. En réalité, comme le laisse entendre le juge Bowman de cette Cour dans l'affaire *Mark Resources*, dans la mesure où, à première vue, le but de l'emprunt et celui de l'utilisation des fonds sont les mêmes, la distinction ne s'avère pas très utile. Toutefois, comme il le fait remarquer, l'attention doit porter non pas sur le résultat direct et immédiat de l'utilisation des fonds mais plutôt, de façon pratique et concrète, sur le but économique ultime recherché par les transactions. Ainsi, il apparaît évident que l'analyse ne peut alors être restreinte à l'examen du but de chacune des transactions prises isolément en ignorant la relation de cause à effet pouvant exister entre elles⁴⁴.

L'approche adoptée dans les décisions *Mark Resources*, *Canwest* et *Robitaille* constitue une tentative de retour en arrière en vue d'apprécier la réalité économique de la situation du contribuable. On revient aux premiers principes qui, selon moi, sont sensés et conformes aux enseignements de la Cour suprême du Canada.

[45] À mon avis, les décisions *Mark Resources* et *Bronfman Trust* représentent toutes les deux la même approche philosophique relativement à l'interprétation et à l'application des lois fiscales. La doctrine de l'utilisation directe et effective ne semble pas à première vue tout à fait compatible avec la pratique qui consiste à déterminer le but primordial de l'emprunt, mais dans les deux cas, la Cour cherchait avant tout à éviter les iniquités auxquelles peut donner lieu l'application formaliste de la Loi. Le juge en chef Dickson se préoccupait de deux choses. Il s'inquiétait surtout de ce qu'une interprétation de l'alinéa 20(1)c) qui permettrait la déduction des intérêts payés sur l'argent emprunté pour une fin indirecte admissible avantagerait le contribuable qui chercherait à conserver ses actifs. Ce contribuable pourrait demander la déduction des intérêts même s'il avait emprunté l'argent à des fins strictement personnelles, dans la mesure où il pourrait justifier l'emprunt en disant que cela lui permettait de conserver des actifs productifs de revenu. Cela constituerait un avantage fiscal énorme pour le contribuable fortuné, ce qui serait donc inéquitable.

[46] Le juge en chef Dickson se préoccupait également de la mesure dans laquelle un contribuable habile pouvait se servir d'opérations financières de façon à créer une «illusion de conformité». Cette préoccupa-

the analysis of individual transactions is not always a reliable barometer of the taxpayer's true economic situation. In recognizing that, it acknowledges that what the Act is concerned with at its heart is not really particular transactions, but how those transactions affect a taxpayer's economic situation.

[47] This was precisely Judge Bowman's concern in the *Mark Resources* case; that is, allowing a deduction of interest where the whole substance of the operation was aimed at the avoidance of taxation. He thought that it would be unfair to subsidize taxpayers who were able to engineer such a result by allowing the deduction. In that case, the taxpayer was in the same economic situation before the transaction as afterward. It spent interest in Canada to earn interest in the U.S. where that income would be sheltered. A taxpayer similarly situated to Mark Resources Ltd., but who had not engaged in the tax avoidance measure, would be taxed differently. This is the result that Dickson C.J. decried in *Bronfman*.

4. Reasonable

[48] Fourth and finally, the payments of interest must also be reasonable. The difficulty here is obviously how the term "reasonable" is to be interpreted. Two possibilities present themselves. The Court may ask what is a reasonable rate of interest for the lender to charge. Or, the Court may ask itself what is a reasonable rate of interest for the borrower to pay. In my view, since the provision is about the reasonableness of the deduction of the interest payments claimed by the borrower, the appropriate question is the latter. It should be pointed out that, in the majority of situations, the answer to both of these questions would probably be the same.

[49] Originally, the Minister of Finance, who sponsored the enactment of this provision, Mr. Fielding, was worried about rates of interest that were "practically . . . not the real rate of interest at all." He

tion montre que l'analyse d'opérations individuelles n'est pas toujours un indice fiable de la véritable situation financière du contribuable et, partant, qu'au fond, la Loi ne vise pas réellement des opérations particulières, mais la façon dont ces opérations influent sur la situation financière du contribuable.

[47] Il s'agissait exactement de la préoccupation exprimée par le juge Bowman dans l'affaire *Mark Resources*, à savoir le fait d'admettre la déduction des intérêts lorsque l'opération vise fondamentalement à permettre au contribuable d'éviter l'impôt. Le juge croyait qu'il serait injuste de subventionner les contribuables qui réussissaient à atteindre pareil résultat si la déduction était admise. Dans cette affaire, la situation financière du contribuable était la même avant et après la conclusion de l'opération. Le contribuable avait engagé des frais d'intérêt au Canada en vue de gagner des intérêts aux États-Unis, où ce revenu serait à l'abri de l'impôt. Le contribuable qui se trouverait dans la même situation que Mark Resources Ltd., mais qui ne prendrait aucune mesure en vue d'éviter l'impôt, serait imposé de façon différente. Tel est le résultat que le juge en chef Dickson a déploré dans l'arrêt *Bronfman*.

4. Le paiement de frais d'intérêt raisonnables

[48] Enfin, les paiements effectués au titre des intérêts doivent également être raisonnables. C'est l'interprétation du mot «raisonnable» qui pose de toute évidence un problème dans ce cas-ci. Il y a deux possibilités. La Cour peut se demander ce qui constitue un taux d'intérêt raisonnable pour le prêteur. Ou encore, elle peut se demander ce qui constitue un taux d'intérêt raisonnable pour l'emprunteur. À mon avis, étant donné que la disposition se rapporte au caractère raisonnable de la déduction des frais d'intérêt demandée par l'emprunteur, c'est cette dernière question qu'il convient de se poser. Il faudrait signaler qu'en général, la réponse serait probablement la même dans les deux cas.

[49] À l'origine, le ministre des Finances qui a parrainé l'adoption de cette disposition, M. Fielding, s'inquiétait des taux d'intérêt qui n'étaient pas du tout le taux réel. Il conservait le pouvoir discrétionnaire de

retained a discretion to decide whether a rate was reasonable. The use of a reasonableness provision in the current subparagraph serves the same function. It is properly viewed as a kind of anti-avoidance provision. It is there to permit the disallowance of a deduction where the form of a taxpayer's transaction does not reflect the economic realities of the situation.

[50] Ordinarily the market rate of interest will be a reasonable rate of interest, but there is nothing sacred about this statement. At times a higher rate might be appropriate for a particular taxpayer in a particular circumstance. The opposite could also be true. In every case, in order to determine the reasonableness of the interest rate, the Court ought to concern itself with the economic realities, as suggested by Dickson C.J.

[51] Ultimately, paragraph 20(1)(c) can be viewed as a self-contained taxing statute in miniature. It is composed of an accounting period and basic principles of deductibility (which mirror basic principles of liability for taxation), and it identifies a basis on which transactions will be recognized for income tax purposes, and contains its own avoidance provision. I shall now apply these principles to the facts of this case.

Analysis

[52] Given the facts of this case, an analysis of the four conditions of paragraph 20(1)(c) clearly reveals that the 15.4% interest rate cannot be deductible. I find that the claimed expense fails to comply with three of the four conditions required—it is not interest, it is not used for the purpose of earning income, and it is not reasonable.

[53] The first condition is clearly complied with—the amount claimed was paid in the taxation years. The debentures issued by Shell obligated it to pay interest semi-annually. This interest was paid on each May 10 and November 10 while the debentures were outstanding in accordance with the contract.

décider si un taux était raisonnable. La disposition actuelle, en prévoyant que les frais doivent être raisonnables, vise au même but. Il s'agit à vrai dire d'un genre de disposition anti-évitement qui vise à permettre le rejet d'une déduction lorsque la forme que prend l'opération conclue par le contribuable ne correspond pas à la réalité économique de la situation.

[50] Habituellement, le taux d'intérêt du marché est un taux raisonnable, mais cela n'a rien de sacré. Il arrive parfois, dans des circonstances particulières, qu'un taux plus élevé soit approprié pour un contribuable particulier. L'inverse pourrait également être vrai. Dans tous les cas, afin de déterminer le caractère raisonnable du taux d'intérêt, la Cour devrait se préoccuper de la réalité économique, comme l'a soutenu le juge en chef Dickson.

[51] En fin de compte, l'alinéa 20(1)c) peut être considéré comme une loi fiscale autonome en miniature. En effet, cet alinéa parle d'une période comptable et des principes fondamentaux de déductibilité (qui correspondent aux principes fondamentaux d'assujettissement à l'impôt); il indique la base sur laquelle les opérations seront reconnues aux fins de l'impôt sur le revenu et il renferme une disposition à l'égard de l'évitement. J'appliquerai maintenant ces principes aux faits de l'espèce.

L'analyse

[52] Compte tenu des faits de l'espèce, il ressort clairement d'une analyse des quatre conditions énoncées à l'alinéa 20(1)c) que le taux d'intérêt de 15,4 p. 100 n'est pas déductible. Je conclus que la déduction demandée n'est pas conforme à trois des quatre conditions nécessaires; le paiement n'est pas effectué au titre des intérêts, il n'est pas utilisé aux fins de la réalisation d'un revenu et il n'est pas raisonnable.

[53] La première condition est clairement remplie—le montant déduit a été payé dans les années d'imposition. Les débentures émises par Shell obligeaient cette dernière à payer des intérêts tous les six mois. Ces intérêts étaient payés le 10 mai et le 10 novembre tant que les débentures n'étaient pas remboursées conformément au contrat.

[54] The second condition, however, is not met. It is true that the payments were made pursuant to a legal obligation; Shell did not volunteer the payments, nor did it pay 15.4% interest where a lesser amount was legally owing. It is also true that the amounts were paid on borrowed money, and we do not have to concern ourselves with problems that might arise where what is borrowed is not money but some other kind of asset. However, the amounts that were paid, in my view, were not entirely interest; a portion of those payments was really principal. Let me explain.

[55] The 15.4% interest that Shell paid is not the true interest rate. If it were, Shell would not have paid it. The true interest rate is the real rate paid when the transactions are looked at in their entirety. The Tax Court Judge dismissed the notion that the two transactions had to be looked at in tandem in order to determine correctly their tax treatment. I disagree with this approach for two reasons. First, paragraph 20(1)(c) requires that two transactions be undertaken by the taxpayer. Money has to be borrowed and it then has to be used for the purposes of earning income. There will always be a pair of transactions that the Court will have to consider to determine whether the deductions fall within the meaning of the provision. Second, in Shell's case, it is clear that the NZ money was not borrowed as capital in the income earning sense. The financing arrangement was aimed at securing US\$ to be employed as capital in the business. The foreign exchange contracts were a necessary component of the plan to secure US\$ funding at a commercial rate. In the result, the NZ debentures cannot be looked at in isolation as was done by the Trial Judge. There was no use of borrowed money that qualified under paragraph 20(1)(c) unless the conversion into US\$ is integrated into the analysis.

[56] Therefore, the assessment of what exactly is the "interest" must include the predetermined gain realized

[54] Toutefois, la deuxième condition n'est pas remplie. Il est vrai que les paiements ont été effectués en exécution d'une obligation légale; Shell n'a pas effectué volontairement les paiements, et elle n'a pas payé un taux d'intérêt de 15,4 p. 100 alors qu'elle devait légalement payer un montant inférieur. Il est également vrai que les montants ont été payés sur de l'argent emprunté, et nous n'avons pas à nous préoccuper des problèmes qui peuvent se poser lorsque ce n'est pas de l'argent qui est emprunté mais un autre genre d'actif. Toutefois, à mon avis, les montants qui ont été payés ne se rapportaient pas entièrement à des intérêts; en réalité, ils se rapportaient en partie au principal. Je m'explique.

[55] Le taux d'intérêt de 15,4 p. 100 que Shell a payé n'est pas le véritable taux d'intérêt. S'il l'était, Shell ne l'aurait pas payé. Le véritable taux d'intérêt est celui qui est en réalité payé lorsque les opérations sont considérées dans leur ensemble. Le juge de la Cour de l'impôt a rejeté l'idée selon laquelle, pour déterminer correctement le traitement fiscal des deux opérations, il fallait les considérer ensemble. Je ne souscris pas à cette approche, et ce pour deux raisons. En premier lieu, l'alinéa 20(1)c exige que deux opérations soient conclues par le contribuable. De l'argent doit être emprunté, cet argent devant ensuite être utilisé aux fins de la réalisation d'un revenu. Il y aura toujours deux opérations que la Cour devra examiner en vue de déterminer si les déductions sont visées par la disposition. En second lieu, dans le cas de Shell, il est clair que l'argent néo-zélandais n'a pas été emprunté au titre du capital au sens de la réalisation d'un revenu. Les dispositions financières visaient à permettre au contribuable de se procurer de l'argent américain qui devait servir de capital dans l'entreprise. Les contrats de change constituaient un élément nécessaire du plan visant à obtenir des fonds américains au taux commercial. Par conséquent, les débetures en \$NZ ne peuvent pas être considérées isolément, comme l'a fait le juge qui a présidé l'audience. L'argent emprunté n'a pas été utilisé à des fins admissibles en vertu de l'alinéa 20(1)c, à moins que la conversion en \$US ne soit intégrée à l'analyse.

[56] Par conséquent, l'appréciation de ce que sont exactement les «intérêts» doit inclure le gain prédéter-

at the retirement of the loan, brought about by the discounted forward rate on the currency. The evidence heard at trial and accepted in the literature is that, in reality, there is no discrepancy between interest rates for convertible currencies. This is so because the interest rate parity theory dictates that the differential between the forward and spot exchange rates of two currencies equals the differential between the interest rates of those two currencies. As a result, the rate of interest on the foreign currency, if hedged against the fluctuation of the currencies, is equal to the domestic rate of interest. David Broadhurst C.A. explained the effect of this theorem in this way:

... according to the interest rate parity theory, a foreign exchange forward rate merely expresses the difference between interest rates prevailing in different currency markets for interest rate instruments of comparable risk having the same term as that for which the forward rate applies. Accordingly, relative interest rates and forward exchange rates are aspects of the same phenomenon. Fiscal advantage is gained by those who can successfully uncouple linked financial phenomenon so that the elements can be taxed more favourably as separate transactions than as a combined transaction.

He continued by saying:

Although the equivalence of interest rates and foreign exchange forward rates is not a legal principle, the courts will eventually understand the phenomenon and their understanding thereof will undoubtedly colour their appreciation of the essential characteristics of a variety of foreign exchange hedging transactions.⁴⁵

This is precisely the effect that Shell has achieved. The discounted forward rate for NZ currency has effectively equalized the higher New Zealand interest rates with domestic rates on a US\$ borrowing. Shell was able to uncouple the linked financial phenomena in an attempt to be taxed more favourably. However, we cannot forget that these phenomena are indeed linked and to assess the tax liability of one aspect of the transaction without regard to the other aspect of the transaction would not reflect an accurate picture of the taxpayer's situation.

miné réalisé au moment du remboursement du prêt, découlant du taux à terme escompté sur les devises. Selon les témoignages entendus à l'audience et ce qui est reconnu par les auteurs, il n'y a pas, en réalité, de différence entre les taux d'intérêt s'appliquant aux devises convertibles, et ce, parce que selon la théorie de la parité des taux d'intérêt, la différence entre le taux de change à terme et le cours du change au comptant de deux devises est égale à la différence entre les taux d'intérêt de ces deux devises. Par conséquent, le taux d'intérêt sur les devises étrangères, s'il est couvert contre la fluctuation des devises, correspond au taux d'intérêt interne. Voici comment David Broadhurst, C.A., a expliqué l'effet de ce théorème:

[TRADUCTION] ... selon la théorie de la parité des taux d'intérêt, un taux de change à terme indique simplement la différence entre les taux d'intérêt en vigueur sur les différents marchés de change pour des effets se rapportant aux taux d'intérêt comportant des risques comparables et ayant le même terme que celui auquel le taux à terme s'applique. Par conséquent, les taux d'intérêt relatifs et les taux de change à terme constituent différents aspects du même phénomène. Ceux qui réussissent à décomposer les éléments du phénomène financier de façon à ce que ces éléments puissent être imposés d'une façon plus favorable en tant qu'opérations distinctes plutôt qu'en tant qu'opération combinée bénéficient d'un avantage fiscal.

M. Broadhurst a ensuite ajouté ceci:

[TRADUCTION] L'équivalence des taux d'intérêt et des taux de change à terme n'est pas un principe juridique, mais les tribunaux comprendront éventuellement le phénomène et cela influera sans doute sur leur appréciation des caractéristiques essentielles de diverses opérations de couverture du cours⁴⁵.

Tel est précisément le résultat que Shell a obtenu. Le taux de change à terme escompté s'appliquant aux devises néo-zélandaises a effectivement eu pour effet d'égaliser les taux d'intérêt néo-zélandais, plus élevés, et les taux internes applicables à un emprunt en \$US. Shell a réussi à décomposer des phénomènes financiers liés, dans l'espoir de payer moins d'impôt. Toutefois, il ne faut pas oublier que ces phénomènes sont en fait liés, et que le fait d'établir l'obligation fiscale que comporte un aspect de l'opération sans tenir compte de l'autre aspect de l'opération ne donnerait pas une idée exacte de la situation du contribuable.

[57] The question of what is the real interest rate must take into account the workings of international financial markets. The words of Stephen Ruby, speaking of a hypothetical Kiwi loan, reflect the reality of the situation. He opined:

. . . if the Department viewed the Kiwi structure as being in effect a synthesized Canadian dollar loan for a principal amount equal to the Canadian dollar value of the Kiwi borrowing determined according to the spot rate of exchange at the time of the borrowing with interest payable at applicable Canadian dollar interest rates, then a portion of each interest payment would be viewed as being on account of principal and not deductible.⁴⁶

Indeed, Shell itself recognized this fact in an inter-office memo which stated that the net interest expense should be calculated by amortizing the gain realized on retirement of the loan over the period of the borrowing “since the discount arises as a function of the high nominal interest rate attached to the debentures.”⁴⁷ This evidence is not only of academic interest. These opinions reflect the economic realities of the taxpayer’s situation and for that reason are relevant.

[58] The portion of interest paid above 9.1% is not interest for the purposes of paragraph 20(1)(c). It was not compensation for the use of borrowed money. Essentially it was the borrowed money. The higher interest rate coupled with the discounted forward rate created a blended payment of interest and principal. Shell would not have paid the 15.4% interest if not for the certainty that a gain would be realized at the end of the day.

[59] In coming to this conclusion, I need not be constrained by contract theory, as was the Tax Court Judge, who found that the parties could not have reached a *consensus ad idem* with respect to the characterization of periodic payments in that the parties did not agree that the interest payments were part principal and part interest. The important consideration is not what the parties agree to, nor what their intent is. What the Court must consider are the

[57] Pour savoir ce qui constitue le véritable taux d’intérêt, il faut tenir compte du fonctionnement des marchés financiers internationaux. Les remarques de Stephen Ruby, qui parlait d’un prêt en \$NZ hypothétique, indiquent quelle est la véritable situation. M. Ruby a exprimé l’avis suivant:

[TRADUCTION] . . . si le ministère considérait le financement en \$NZ comme étant en fait un prêt en dollars canadiens combiné pour un montant principal égal à la valeur en dollars canadiens de l’emprunt en \$NZ déterminé selon le cours du change au comptant au moment de l’emprunt, avec les intérêts payables aux taux d’intérêt applicables en dollars canadiens, une partie de chacun des paiements effectués au titre des intérêts serait considérée comme étant imputable au principal et comme n’étant pas déductible⁴⁶.

De fait, Shell a elle-même reconnu la chose dans une note interservices où elle disait qu’on devait calculer les frais d’intérêt nets en amortissant le gain réalisé au moment du remboursement du prêt sur la période de l’emprunt [TRADUCTION] «étant donné que l’escompte est fonction du taux d’intérêt nominal élevé relatif aux débetures»⁴⁷. Cet élément de preuve n’a pas simplement un intérêt théorique. Pareils avis indiquent la réalité économique de la situation du contribuable et c’est pourquoi ils sont pertinents.

[58] La fraction des intérêts qui a été payée en sus du taux de 9,1 p. 100 n’est pas un intérêt pour l’application de l’alinéa 20(1)c). Il ne s’agissait pas d’une indemnité versée pour l’utilisation d’une somme d’argent empruntée. Il s’agissait essentiellement de l’argent emprunté. Le taux d’intérêt plus élevé et le taux à terme escompté combinés donnaient lieu à un paiement confondu des intérêts et du principal. Shell n’aurait pas payé des intérêts au taux de 15,4 p. 100 si elle n’avait pas été certaine de réaliser, en fin de compte, un gain.

[59] En tirant cette conclusion, je n’ai pas à me plier à la théorie des contrats, contrairement à ce qu’a fait le juge de la Cour de l’impôt, qui a conclu que les parties n’auraient pas pu s’entendre sur la caractérisation des paiements périodiques en ce sens qu’elles ne s’entendaient pas pour dire que les paiements effectués au titre des intérêts se rapportaient en partie au principal et en partie aux intérêts. Il ne s’agit pas de savoir ce dont les parties conviennent ni ce qu’est leur

practical realities of the situation. Just as in *Groulx*, where the Court was not content with the legal form of the payments or the agreement of the parties; and turned its mind to the substance of the transaction, in the case at bar I cannot help but conclude that the decision to pay 15.4% interest was done for consideration other than the use of the borrowed money. To the extent that the consideration was for something other than that use of the money, the payments were not interest. The second condition, therefore, has not been met.

[60] Neither has the third condition been complied with. Looking realistically at the substance of the situation, there was no use and purpose other than the avoidance of taxation for borrowing NZ\$. It is true that Shell did require US\$ financing independent of any tax avoidance considerations, so that there are two potential uses at work here. One would be eligible, namely the acquisition of working capital for the business, because the borrowed US\$ were put to that use. But the NZ\$ were borrowed primarily to avoid tax, as well as to get the US\$. Dickson C.J. mentioned the possibility of multiple uses of borrowed money in *Bronfman*:

The statutory deduction thus requires a characterization of the use of borrowed money as between the eligible use of earning non-exempt income from a business or property and a variety of possible ineligible uses. The onus is on the taxpayer to trace the borrowed funds to an identifiable use which triggers the deduction. Therefore, if the taxpayer commingles funds used for a variety of purposes only some of which are eligible he or she may be unable to claim the deduction.⁴⁸

We must balance the private considerations of the taxpayer with the public interest of preventing inequities in the tax system. Because the NZ money was used for the “overriding” purpose of reducing tax liability, the interest in excess of 9.1% is not deductible.

[61] It is clear that money spent to reduce tax liability is not deductible. In *Mark Resources*,

intention. La Cour doit plutôt tenir compte de la réalité pratique de la situation. À l’instar de la Cour qui, dans l’affaire *Groulx*, n’était pas satisfaite de la forme juridique des paiements ni de l’entente conclue entre les parties et s’est arrêtée au fond de l’opération, je ne puis en l’espèce m’empêcher de conclure que la décision de payer un taux d’intérêt de 15,4 p. 100 a été prise pour une raison autre que l’utilisation de l’argent emprunté. Dans cette mesure, les paiements n’ont pas été effectués au titre des intérêts. La deuxième condition n’a donc pas été remplie.

[60] La troisième condition n’a pas non plus été remplie. Il ressort d’un examen réaliste du fond de l’affaire qu’il n’y a eu aucune utilisation ni fin autre que celle d’éviter un impôt à l’égard de l’emprunt en \$NZ. Il est vrai que Shell avait besoin d’être financée en \$US indépendamment de toute considération relative à l’évitement de l’impôt, de sorte qu’il y a ici deux utilisations possibles. L’une, soit l’acquisition d’un fonds de roulement pour l’entreprise, serait admissible parce que les \$US empruntés ont été utilisés à cette fin. Cependant, le contribuable a emprunté les \$NZ principalement pour éviter un impôt, de même que pour obtenir des \$US. Le juge en chef Dickson, dans l’arrêt *Bronfman*, précité, a mentionné la possibilité d’utilisations multiples de l’argent emprunté:

La déduction prévue par la loi exige donc qu’on détermine si l’argent emprunté a été utilisé en vue de tirer un revenu imposable d’une entreprise ou d’un bien, ce qui constitue une utilisation admissible, ou s’il a été affecté à quelque une des possibles utilisations inadmissibles. Il incombe au contribuable d’établir que les fonds empruntés ont été utilisés à une fin identifiable ouvrant droit à la déduction. Par conséquent, si le contribuable mélange des fonds utilisés à différentes fins, dont une partie seulement est admissible, il peut ne pas pouvoir réclamer la déduction⁴⁸ . . .

Nous devons établir un équilibre entre les considérations privées du contribuable et l’intérêt public qui consiste à empêcher que le système fiscal donne lieu à des iniquités. Étant donné que le contribuable a utilisé les \$NZ dans le but «primordial» de réduire son obligation fiscale, les intérêts en sus du taux de 9,1 p. 100 ne sont pas déductibles.

[61] Il est clair que l’argent que le contribuable dépense pour réduire une obligation fiscale n’est pas

Bowman T.C.C.J. explicitly found that the avoidance of taxation was not an eligible use. Also, though spoken in another context, the words of Hugessen J.A. in *Moloney v. Canada*⁴⁹ are helpful, where he states:

While it is trite law that a taxpayer may so arrange his business as to attract the least possible tax . . . , it is equally clear in our view that the reduction of his own tax cannot by itself be a taxpayer's business for the purpose of the *Income Tax Act*. To put the matter another way, for an activity to qualify as a "business" the expenses of which are deductible under paragraph 18(1)(a), it must not only be one engaged in by the taxpayer with a reasonable expectation of profit, but that profit must be anticipated to flow from the activity itself rather than exclusively from the provisions of the taxing statute.⁵⁰

In that case the question was whether or not a taxpayer actually carried on a business. However, the rationale to determine whether an enterprise is a business must apply with equal force to the question of whether or not an expense is a business expense.

[62] In the present case the facts are unique. We cannot ignore the fact that Shell had financial requirements which the borrowed funds ultimately satisfied. But what gives the NZ\$ borrowing its "apparent economic viability" is the potential to limit Shell's tax liability. I am not suggesting that tax considerations are not legitimate business considerations; what is in issue is whether such considerations, where they are the predominant ones, should be subsidized through the *Income Tax Act*. The true or real purpose, the ultimate economic objective, realized by borrowing NZ\$ and paying the extra percentage was the reduction of taxation, and this is not an eligible use.

[63] The fourth condition has not been complied with. As I said, ordinarily a reasonable rate of interest for the lender to charge will be a reasonable rate of

déductible. Dans la décision *Mark Resources*, le juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt a expressément conclu que l'évitement de l'impôt n'était pas une utilisation admissible. De plus, les remarques que le juge d'appel Hugessen a faites dans l'arrêt *Moloney c. Canada*⁴⁹, bien qu'elles se soient appliquées à un autre contexte, sont utiles:

Il est un principe élémentaire du droit que les contribuables peuvent structurer leurs affaires de manière à être assujettis au minimum d'impôt; toutefois, il est tout aussi évident à notre avis que, pour les contribuables, la réduction de leurs propres impôts ne peut en soi constituer une entreprise aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En d'autres termes, pour qu'une activité soit reconnue comme une «entreprise» dont les dépenses sont déductibles en vertu de l'alinéa 18(1)a), non seulement le contribuable doit-il s'y adonner avec une expectative raisonnable de profit, mais aussi faut-il s'attendre à ce que le profit en question découle de l'activité elle-même et non pas exclusivement des dispositions de la loi fiscale⁵⁰.

Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si le contribuable exploitait réellement une entreprise. Toutefois, le raisonnement permettant de déterminer si une activité est une entreprise doit s'appliquer de la même façon à la question de savoir si une dépense est une dépense d'entreprise.

[62] Les faits de la présente affaire sont uniques en leur genre. Nous ne saurions omettre de tenir compte du fait que Shell avait des besoins financiers auxquels les fonds empruntés ont finalement répondu. Cependant, ce qui donne à l'emprunt en \$NZ sa «viabilité économique apparente», c'est la possibilité de limiter l'obligation fiscale de Shell. Je n'entends pas par là que les considérations fiscales ne sont pas des considérations commerciales légitimes; c'est la question de savoir si pareilles considérations, lorsqu'elles sont prédominantes, doivent être subventionnées au moyen de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui est en litige. Le but véritable ou réel, soit l'objectif économique ultime que le contribuable cherchait à atteindre en empruntant des \$NZ et en payant le taux additionnel était la réduction de l'impôt, ce qui ne constitue pas une utilisation admissible.

[63] La quatrième condition n'a pas été remplie. Comme je l'ai dit, habituellement un taux d'intérêt qui est raisonnable pour le prêteur l'est également pour

interest for the borrower to pay. However, in this case the two rates do not coincide. It is eminently reasonable for the lenders in this case to charge 15.4% interest, as that is a market established rate in New Zealand. It is not, however, reasonable for Shell to pay that interest. The economic realities make it clear that the only eligible use for the money is in terms of the US\$. The reasonableness of the deduction must be judged on that basis. The borrowing of NZ\$ in and of themselves is not an eligible use and therefore cannot be an appropriate benchmark. Reasonable interest is to be determined with reference to a direct borrowing of US\$. Shell should be in the same position as a taxpayer who borrowed US\$ directly. That interest rate was then 9.1%.

[64] I am not persuaded by the respondent's argument that it was eminently reasonable for a taxpayer to agree to pay higher interest when the after-tax cost of the financing would be more advantageous. The very question we are trying to answer is whether or not the amounts are in fact deductible so as to reduce the after-tax cost of financing. To say that allowing the deduction is advantageous to the taxpayer, and therefore the amount should be deductible, simply begs the question. The higher interest rate is not reasonable; therefore, the after-tax cost of financing is not, in fact, what the taxpayer hoped it would be.

[65] As well, since the reasonableness provision is a type of anti-avoidance tool, it might be useful to assess the transaction with an eye to whether there was an artificial reduction of taxation. It is clear in this case that what Shell was trying to do was to create the illusion of high current expenses while at the same time converting those expenses into a gain which it hoped to offset against capital losses. Shell hoped to deduct interest of 15.4% when in reality it has only paid interest of 9.1%. The higher interest is "practically not the real rate of interest at all," as Mr. Fielding noted with respect to the example of a bond issued at a premium. While it was difficult for Mr. Fielding's colleagues in the House of Commons in the 1920s to imagine why anyone would pay higher interest when they could pay lower interest, today,

l'emprunteur. Toutefois, en l'espèce, les deux taux ne coïncident pas. Il était tout à fait raisonnable pour les prêteurs en l'espèce d'exiger un taux de 15,4 p. 100, étant donné que c'était le taux du marché en Nouvelle-Zélande. Toutefois, il n'était pas raisonnable pour Shell de payer ces intérêts. La réalité économique montre clairement que la seule utilisation admissible de l'argent est celle qui était faite en \$US. Le caractère raisonnable de la déduction doit être apprécié sur ce fondement. L'emprunt de \$NZ en soi n'est pas une utilisation admissible et il ne peut donc pas constituer un point de repère approprié. Les intérêts raisonnables doivent être déterminés par rapport à l'emprunt direct en \$US. Shell devrait être dans la même situation que le contribuable qui a directement emprunté des \$US. Le taux d'intérêt applicable était de 9,1 p. 100.

[64] L'argument de l'intimée selon lequel il était tout à fait raisonnable pour le contribuable de s'engager à payer des intérêts plus élevés si le coût après impôt du financement était plus avantageux ne me convainc pas. La question même à laquelle nous tentons de répondre est de savoir si les montants sont en fait déductibles de façon à réduire le coût après impôt du financement. Dire que le fait d'admettre la déduction est avantageux pour le contribuable, et que le montant devrait donc être déductible, c'est éluder la question. Le taux d'intérêt plus élevé n'était pas raisonnable; par conséquent, le coût après impôt du financement n'est pas en fait ce que le contribuable espérait qu'il soit.

[65] De plus, étant donné que la disposition relative au caractère raisonnable est un genre d'outil anti-évitement, il pourrait être utile d'apprécier l'opération en se demandant s'il s'agissait d'une réduction factice d'impôt. Il est clair en l'espèce que Shell essayait de créer l'illusion de charges d'exploitation élevées tout en transformant ces charges en un gain qui, espérait-elle, compenserait les pertes en capital. Shell espérait déduire des intérêts de 15,4 p. 100 alors qu'en réalité elle payait des intérêts au taux de 9,1 p. 100 seulement. Les intérêts plus élevés ne sont pas du tout un taux réel, comme M. Fielding l'a fait remarquer à l'égard de l'exemple de l'obligation comportant une prime d'émission. Il était difficile pour les collègues de M. Fielding à la Chambre des communes dans les années 1920 de concevoir pourquoi une personne

with the sophistication of exotic debt obligations and other financial instruments we have no difficulty understanding the possible advantages to a taxpayer. To the extent that the interest paid on the NZ\$ exceeds the reasonable rate of 9.1%, it is, therefore, not deductible.

Capital Gain Issue

[66] Having determined that the payments of interest in excess of 9.1% are not deductible under paragraph 20(1)(c) it is necessary to decide the issue of the gain realized on the retirement of the loan. There were in fact two gains realized on May 10, 1993 by Shell, totalling US\$21,165,000. One part of that gain represents the difference between the spot rate of exchange for converting US\$ into NZ\$ (.5438) and the forward rate agreed upon between Shell and Sumitomo (.5306) in the Master Forward Agreement. This represents a gain of US\$1,980,000, which is attributable to the Master Forward Agreement. The balance of the gain is attributable to the debentures.

[67] Respecting these gains the Tax Court Judge was correct. The determinative fact is the nature of the transaction itself. For example in *Alberta Gas Trunk Line Co. Ltd. v. Minister of National Revenue*⁵¹ the taxpayer borrowed US\$ to build a pipeline at a time when the C\$ was at a premium versus the US\$. When the US\$ gained in value *vis-à-vis* the C\$ the taxpayer tried to deduct the loss from income. Martland J. stated:

But, in any event, whatever such losses may prove to be, the borrowing was a borrowing of capital, for the construction of capital assets.

If the appellant, in due course, is required to pay more Canadian dollars to liquidate its capital debt of \$67,000,000 (U.S.) than the number of Canadian dollars realized on the sale of its U.S. pay securities, the difference between the two amounts will represent a loss on capital account, and it cannot be deducted from income for tax purposes.⁵²

[68] Similarly, in *Columbia Records of Canada Ltd. v. M.N.R.*⁵³ the taxpayer borrowed substantial sums of

paierait des intérêts plus élevés alors qu'elle pouvait en payer de moins élevés, mais de nos jours, compte tenu de la complexité des titres de créance et autres effets financiers exotiques, il ne nous est pas difficile de comprendre les avantages qui peuvent en découler pour le contribuable. Dans la mesure où les intérêts payés sur les \$NZ excèdent le taux raisonnable de 9,1 p. 100, ce montant n'est donc pas déductible.

La question du gain en capital

[66] Puisque j'ai décidé que les paiements effectués au titre des intérêts en sus du taux de 9,1 p. 100 ne sont pas déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)c), je dois maintenant me prononcer sur la question du gain réalisé au moment du remboursement du prêt. En fait, le 10 mai 1993, Shell a réalisé deux gains qui s'élevaient en tout à 21 165 000 \$US. Une partie de ces gains représente la différence entre le cours du change au comptant s'appliquant à la conversion des \$US en \$NZ (0,5438) et le taux de change à terme convenu entre Shell et Sumitomo (0,5306) dans le contrat à terme cadre. Le gain attribuable au contrat à terme cadre est de 1 980 000 \$US. Le solde est attribuable aux débetures.

[67] En ce qui concerne ces gains, le juge de la Cour de l'impôt avait raison. C'est la nature de l'opération elle-même qui est déterminante. Ainsi, dans l'arrêt *Alberta Gas Trunk Line Co. Ltd. c. Ministre du Revenu national*⁵¹, le contribuable avait emprunté des \$US pour construire un pipeline à un moment où les \$CAN se vendaient à prime par rapport aux \$US. Lorsque les \$US ont gagné de la valeur par rapport aux \$CAN, le contribuable a tenté de déduire la perte du revenu. Voici ce que le juge Martland a dit:

Mais de toute façon, quelles que soient ces pertes, l'emprunt constituait un emprunt de capital destiné à la construction de biens de capital.

Si l'appelante est obligée, lorsqu'elle aura à liquider sa dette de capital au montant de \$67 000 000 (U.S.), de verser plus de dollars canadiens que le nombre de dollars canadiens réalisés par la vente de ses valeurs remboursables en argent américain, la différence entre les deux montants représentera une perte à compte de capital, qui ne peut être déduite du revenu aux fins de l'impôt⁵².

[68] De même, dans la décision *Columbia Records of Canada Ltd. c. M.R.N.*⁵³, le contribuable avait

US\$ from its American parent in the way of working capital. Due to a decline in the value of the C\$ Columbia Records suffered losses on the repayment of these amounts. The Court held that the losses did not arise in the ordinary course of the appellant's trading operations but were incurred in obtaining working capital, and the transactions brought an enduring benefit to the business. For these reasons the transactions were determined to be of a capital nature and the losses could not be deducted from income.

[69] In this case the acquisition of the NZ\$150,000,000 provided the taxpayer with working capital for the business. I am not persuaded by the argument put forward by the appellant that the gain must be income because it was guaranteed to occur. The important point is not how certain the gain was, but why the capital was acquired in the first place. The borrowing of a fixed sum of money for a period of five years will, in the absence of extraordinary circumstances, normally be a capital transaction. The gain, therefore, must be on account of capital. This determination is valid both for the gain on the debentures and the gain realized on the Master Forward Agreement.

[70] Counsel for the Minister indicated that, if they were successful on the interest issue, they would make adjustments to the total of this gain so as to avoid double taxation on those amounts.

Conclusion

[71] There is no doubt that Shell has achieved a "patina of compliance" in arranging its financing as it did. However, form does not always trump substance. It is possible to strike a balance between the two. In this case Shell has achieved the substance of a US\$ borrowing in the form of a NZ\$ debenture. If the tax system is going to avoid the inequities spoken of by Dickson C.J., where a taxpayer's sophistication and financial resources determine the extent of his or her tax liability, then the taxpayer who, in substance,

emprunté des sommes importantes en \$US à sa société mère américaine, au moyen d'un fonds de roulement. À cause de la baisse de valeur des \$CAN, Columbia Records avait subi des pertes lorsqu'elle avait remboursé ces montants. La Cour a statué que les pertes ne découlaient pas du cours ordinaire des opérations commerciales de l'appelante, mais que cette dernière les avait subies en obtenant le fonds de roulement, et que les opérations avaient pour effet de conférer un avantage durable à l'entreprise. Pour ces motifs, il a été jugé qu'il s'agissait d'opérations en capital et que les pertes ne pouvaient pas être déduites du revenu.

[69] En l'espèce, l'acquisition des 150 000 000 \$NZ permettait au contribuable d'avoir un fonds de roulement pour son entreprise. L'argument avancé par l'appelante, à savoir que le gain doit être un revenu parce qu'il était certain qu'il serait obtenu, ne me convainc pas. Il ne s'agit pas de savoir jusqu'à quel point la réalisation du gain était certaine, mais pourquoi les capitaux ont été acquis. En l'absence de circonstances extraordinaires, l'emprunt d'une somme d'argent fixe pour une période de cinq ans constituera normalement une opération en capital. Par conséquent, le gain doit être imputable au capital. Cette conclusion est valable tant pour le gain réalisé sur les débentures que pour le gain réalisé dans le cadre du contrat à terme cadre.

[70] L'avocat du ministre a fait savoir que si son client avait gain de cause sur la question des intérêts, des rajustements seraient apportés au total de ce gain de façon à éviter la double imposition de ces montants.

Conclusion

[71] Il ne fait pas de doute que Shell a créé une «illusion de conformité» en organisant son financement comme elle l'a fait. Toutefois, la forme ne l'emporte pas toujours sur le fond. Il est possible d'établir un équilibre entre les deux. En l'espèce, Shell a essentiellement obtenu un emprunt en \$US sous la forme d'une débenture en \$NZ. Pour éviter que le système fiscal donne lieu aux iniquités dont parlait le juge en chef Dickson, il faut imposer sur cette base le contribuable qui, grâce à ses connaissances et à ses

borrowes US\$, should be taxed on that basis. I would allow the appeal with costs, set aside the decision of the Tax Court Judge, and refer the matter back to the Minister to be reassessed in accordance with these reasons.

STRAYER J.A.: I agree.

¹ *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, per Dickson C.J., at p. 45; *Tennant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305, per Iacobucci J., at pp. 310-311.

² NZ\$11,550,000 represented the interest charges payable to the lenders on those dates.

³ [1997] T.C.J. No. 285 (QL), at para. 15.

⁴ *Id.*, at para. 21.

⁵ *Partington v. The Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100. See Stephen W. Bowman, "Interpretation of Tax Legislation: The Evolution of Purposive Analysis" (1995), 43 *Can. Tax J.* 1167.

⁶ [1984] 1 S.C.R. 536.

⁷ *Id.*, at p. 578.

⁸ [1987] 1 S.C.R. 32.

⁹ *Id.*, at p. 53.

¹⁰ (1992), 92 DTC 6129 (F.C.A.).

¹¹ *Id.*, at p. 6132.

¹² [1957] S.C.R. 717.

¹³ *Id.*, at p. 727.

¹⁴ See Brian J. Arnold, "Is Interest a Capital Expense?" (1992), 40 *Can. Tax J.* 533; Vern Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5th ed. (Toronto: Carswell, 1995), at pp. 381-382; Peter Hogg and Joanne Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1995), at p. 221, note 36.

¹⁵ S.C. 1917, c. 28.

¹⁶ *Id.*, s. 3(1).

¹⁷ In their review of the recommendations of the CBA-CICA Joint Committee on Taxation (Joint Committee on Taxation of the Canadian Bar Association and the Canadian Institute of Chartered Accountants, "Submissions to the Minister of Finance on the Issue of Deductibility of Interest," in *Canadian Tax Reports*, Special Report No. 964, extra ed. (Don Mills, Ont.: CCH Canadian, August 1990)) Edgar and Arnold commented that the deduction of interest expenses was a legitimate deduction and could not be regarded as a tax expenditure (Tim Edgar and Brian J. Arnold, "Reflections on the Submission of the CBA-CICA Joint Committee on Taxation Concerning the Deductibility of Interest," (1990), 38 *Can. Tax. J.* 847, at p. 878.) The Joint Committee recommended that the provisions for deducting interest in the Act be repealed and that the

ressources financières, peut déterminer l'étendue de son obligation fiscale et qui, au fond, emprunte des \$US. Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens, d'infirmier la décision du juge de la Cour de l'impôt et de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation conformément aux présents motifs.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je suis du même avis.

¹ *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, opinion du juge en chef Dickson, à la p. 45; *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305, opinion du juge Iacobucci, aux p. 310 et 311.

² La somme de 11 550 000 \$NZ représentait les frais d'intérêt payables aux prêteurs à ces dates.

³ [1997] A.C.I. n° 285 (QL), au par. 15.

⁴ *Id.*, au par. 21.

⁵ *Partington v. The Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100. Voir Stephen W. Bowman, «Interpretation of Tax Legislation: The Evolution of Purposive Analysis» (1995), 43 *Rev. fisc. can.* 1167.

⁶ [1984] 1 R.C.S. 536.

⁷ *Id.*, à la p. 578.

⁸ [1987] 1 R.C.S. 32.

⁹ *Id.*, à la p. 53.

¹⁰ (1992), 92 DTC 6129 (C.A.F.).

¹¹ *Id.*, à la p. 6132.

¹² [1957] R.C.S. 717.

¹³ *Id.*, à la p. 727.

¹⁴ Voir Brian J. Arnold, «Is Interest a Capital Expense?» (1992), 40 *Rev. fisc. can.* 533; Vern Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 5^e éd. (Toronto: Carswell, 1995), aux p. 381 et 382; Peter Hogg et Joanne Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (Scarborough, Ont.: Carswell, 1995), à la p. 221, note 36.

¹⁵ S.C. 1917, ch. 28.

¹⁶ *Id.*, art. 3(1).

¹⁷ Dans leur examen des recommandations du comité conjoint sur l'imposition de l'ABC et de l'ICCA (Comité conjoint sur l'imposition de l'Association du Barreau canadien et de l'Institut Canadien des Comptables Agréés, «Submissions to the Minister of Finance on the Issue of Deductibility of Interest», dans *Canadian Tax Reports*, rapport spécial n° 964, éd. spéciale (Don Mills, Ont.: CCH Canadian, août 1990)), Edgar et Arnold ont fait remarquer que la déduction des frais d'intérêt était une déduction légitime et ne pouvait pas être considérée comme une dépense aux fins de l'impôt (Tim Edgar et Brian J. Arnold, «Reflections on the Submission of the CBA-CICA Joint Committee on Taxation Concerning the Deductibility of Interest» (1990), 38 *Rev. fisc. can.* 847, à la p. 878). Ce comité conjoint a recommandé que les dispositions de la Loi

deductibility of interest should simply be dealt with under s. 9 as relevant to computing income. As well, I note that some jurisdictions currently use this approach to the deductibility of interest expenses (e.g. Australia and Singapore. See Grant Richardson and Helen Anderson, "The Deductibility of Interest: An Asia-Pacific Comparison" (1997), 23 *Int'l Tax J.* 6.

¹⁸ *An Act to amend The Income War Tax Act, 1917*, S.C. 1923, c. 52, s. 2.

¹⁹ Canada, *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 14th Parl., Vol. V, June 27, 1923, at p. 4494.

²⁰ *The Income Tax Act*, S.C. 1948, c. 52, s. 11. The new provision read as follows:

11. (1) Notwithstanding any other provision in this Division, the following amounts may . . . be deducted in computing the income of a taxpayer for a taxation year:

(c) an amount paid in the year, or payable in respect of the year (depending upon the method regularly followed by the taxpayer in computing his income), pursuant to a legal obligation to pay interest on borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than property the income from which would be exempt), but, if the rate at which the interest was computed was unreasonably high, only such part of the amount so paid or payable as would have been paid or payable if the rate had been reasonable may be deducted.

²¹ See Arnold and Edgar, "Deductibility of Interest Expense" (1995), 43 *Can. Tax. J.* 1216.

²² Professor Krishna, *supra*, note 14, similarly identifies the first three conditions but does not consider the reasonableness criterion as part of the substantive aspect of deductibility.

²³ [1947] S.C.R. 394.

²⁴ *Id.*, at p. 411.

²⁵ *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570.

²⁶ (1979), 25 O.R. (2d) 275 (H.C.).

²⁷ *Id.*, at p. 277.

²⁸ [1986] 1 F.C. 382 (T.D.).

²⁹ *Id.*, at p. 386.

³⁰ [1966] Ex. C.R. 447; affd [1968] S.C.R. 6.

³¹ *An Act to amend The Income Tax Act*, S.C. 1950, c. 40, s. 5.

³² [1997] 2 F.C. 471 (C.A.).

³³ *Id.*, at p. 498.

³⁴ *Bronfman Trust*, *supra*, note 8, at p. 46.

³⁵ *Id.*, at pp. 53-54.

³⁶ See *Canada Safeway Ltd.*, *supra*, note 12.

³⁷ The current use condition was applied mercilessly by the courts such that where a taxpayer had borrowed money for an investment, and the investment subsequently failed, the interest payments were determined to be non-deductible because no current use of the money existed which earned

relatives à la déduction des intérêts soient abrogées et que la déductibilité des intérêts soit simplement prévue à l'art. 9 en tant qu'élément pertinent aux fins du calcul du revenu. De plus, je remarque que, à l'heure actuelle, dans certains endroits, on utilise cette approche à l'égard de la déductibilité des frais d'intérêt (par exemple, en Australie et à Singapour. Voir Grant Richardson et Helen Anderson, «The Deductibility of Interest: An Asia-Pacific Comparison» (1997), 23 *Int'l Tax J.* 6.

¹⁸ *Loi modifiant la Loi de l'Impôt de guerre sur le Revenu, 1917*, S.C. 1923, ch. 52, art. 2.

¹⁹ Canada, *Débat de la Chambre des communes*, 2^e sess. 14^e Lég., vol. V, 27 juin 1923, à la p. 4489.

²⁰ *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52, art. 11. La nouvelle disposition était ainsi libellée:

11. (1) Par dérogation à toute autre disposition de la présente section, les montants suivants peuvent . . . être déduits dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition:

c) Un montant payé dans l'année, ou exigible à l'égard de l'année (suivant la méthode employée régulièrement par le contribuable dans le calcul de son revenu), aux termes d'une obligation juridique à payer des intérêts sur un montant d'argent emprunté et utilisé aux fins de gagner le revenu provenant d'une entreprise ou de biens (autres que les biens dont le revenu serait exempté), mais, si le taux auquel l'intérêt a été calculé était indûment élevé, il ne peut être déduit que la partie du montant ainsi payé ou exigible qui l'eût été si le taux avait été raisonnable.

²¹ Voir Arnold et Edgar, «Deductibility of Interest Expense» (1995), 43 *Rev. fisc. can.* 1216.

²² Le professeur Krishna, *supra*, note 14, définit de la même façon les trois premières conditions, mais il ne considère pas le critère relatif au caractère raisonnable comme faisant partie de la question de la déductibilité quant au fond.

²³ [1947] R.C.S. 394.

²⁴ *Id.*, à la p. 411.

²⁵ *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570.

²⁶ (1979), 25 O.R. (2d) 275 (H.C.).

²⁷ *Id.*, à la p. 277.

²⁸ [1986] 1 C.F. 382 (1^{re} inst.).

²⁹ *Id.*, à la p. 386.

³⁰ [1966] R.C.É. 447; conf. par [1968] R.C.S. 6.

³¹ *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1950, ch. 40, art. 5.

³² [1997] 2 C.F. 471 (C.A.).

³³ *Id.*, à la p. 498.

³⁴ *Bronfman Trust*, *supra*, note 8, à la p. 46.

³⁵ *Id.*, aux p. 53 et 54.

³⁶ Voir *Canada Safeway Ltd.*, *supra*, note 12.

³⁷ La condition relative à l'utilisation effective a été appliquée sans merci par les tribunaux de sorte que lorsque le contribuable avait emprunté de l'argent pour faire un placement, et que le placement ne s'était pas avéré fructueux, ils ont jugé que les frais d'intérêt n'étaient pas

income for the taxpayer. This situation was remedied in 1994 by the enactment of s. 20.1 [S.C. 1994, c. 21, s. 13], which deems the unpaid balance of a loan to continue to be used for the purpose of earning income from a business or property, after the loss of that source of income.

³⁸ [1993] 2 C.T.C. 2259 (T.C.C.).

³⁹ *Id.*, at p. 2270.

⁴⁰ *Id.*, at p. 2268.

⁴¹ [1995] 2 C.T.C. 2780 (T.C.C.).

⁴² *Id.*, at p. 2794.

⁴³ (1997), 97 DTC 1286 (T.C.C.).

⁴⁴ *Id.*, at p. 1291.

⁴⁵ David G. Broadhurst, "Tax Considerations for Hedging Transactions" in *Taxation of Financial Transactions: Effective Strategies for Corporate Financing* (Mississauga, Ontario: Insight Press), 1991, at pp. 6-9.

⁴⁶ Stephen S. Ruby, "Hedging Transactions" in *Taxation of Financial Transactions: Effective Strategies for Corporate Financing* (Mississauga, Ontario: Insight Press), 1991, at p. VII-33.

⁴⁷ Inter Office memo dated March 21, 1988, Appeal Book, Vol. VI, at p. 1103.

⁴⁸ *Bronfman*, *supra*, note 8, at pp. 45-46.

⁴⁹ (1992), 45 C.P.R. (3d) 207 (F.C.A.).

⁵⁰ *Id.*, at p. 208 (footnote omitted).

⁵¹ [1972] S.C.R. 498.

⁵² *Id.*, at p. 505.

⁵³ [1971] C.T.C. 839 (F.C.T.D.).

déductibles parce qu'il n'existait aucune utilisation effective de l'argent rapportant un revenu au contribuable. Il a été remédié à cette situation en 1994 au moyen de l'adoption de l'art. 20.1 [L.C. 1994, ch. 21, art. 13], qui présume que le solde impayé d'un prêt continue à être utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, une fois perdue cette source de revenu.

³⁸ [1993] 2 C.T.C. 2259 (C.C.I.).

³⁹ *Id.*, à la p. 2270.

⁴⁰ *Id.*, à la p. 2268.

⁴¹ [1995] 2 C.T.C. 2780 (C.C.I.).

⁴² *Id.*, à la p. 2794.

⁴³ (1997), 97 DTC 1286 (C.C.I.).

⁴⁴ *Id.*, à la p. 1291.

⁴⁵ David G. Broadhurst, «Tax Considerations for Hedging Transactions» dans *Taxation of Financial Transactions: Effective Strategies for Corporate Financing* (Mississauga (Ontario): Insight Press), 1991, aux p. 6 à 9.

⁴⁶ Stephen S. Ruby, «Hedging Transactions» dans *Taxation of Financial Transactions: Effective Strategies for Corporate Financing* (Mississauga (Ontario): Insight Press), 1991, à la p. VII-33.

⁴⁷ Note interservice du 21 mars 1988, dossier d'appel, vol. VI, à la p. 1103.

⁴⁸ *Bronfman*, *supra*, note 8, aux p. 45 et 46.

⁴⁹ (1992), 45 C.P.R. (3d) 207 (C.A.F.).

⁵⁰ *Id.*, à la p. 208 (note de bas de page omise).

⁵¹ [1972] R.C.S. 498.

⁵² *Id.*, à la p. 505.

⁵³ [1971] C.T.C. 839 (C.F. 1^{re} inst.).

T-3016-92
**Milliken & Company and Milliken Industries of
 Canada Ltd. (Plaintiffs)**

v.

**Interface Flooring Systems (Canada) Inc. (Defen-
 dant)**

Milliken & Company (Plaintiff)

v.

**Interface Flooring Systems (Canada) Inc. (Defen-
 dant)**

**INDEXED AS: MILLIKEN & CO. v. INTERFACE FLOORING
 SYSTEMS (CANADA) INC. (T.D.)**

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Ottawa,
 November 17, 1997; February 5, 1998.

*Copyright — Infringement — Plaintiffs say defendant
 infringed copyright in Mangrove design by supplying,
 installing carpet tiles — Whether Mangrove design entitled
 to copyright protection depending on design's date of
 creation — Designs created prior to June 1988 subject to
 original version of Copyright Act, s. 64 — No mention of
 date of creation of design in assignment of copyright —
 Plaintiffs' failure to adduce evidence as to creation date
 leading Court to conclude design created prior to June
 1988, governed by former Act, s. 64 — Not protected by
 copyright — Primary infringement conceded by defendant at
 trial — But for Court's finding as to applicable legislation,
 corporate defendant liable for secondary copyright infringe-
 ment.*

*Practice — Parties — Standing — Whether plaintiffs had
 standing to sue under Copyright Act, s. 36(1) — Plaintiff
 Milliken & Co. basing right to sue on ownership of Man-
 grove design — Act, s. 13(4) allowing owner of copyright to
 assign rights — Whether stamp affixed on invoice sufficient
 to satisfy requirement of s. 13(4) — Mark, facsimile of
 signature accepted if customary way of identification of
 person — First assignment not valid, could not be redeemed
 by confirming assignment — Plaintiff Milliken Canada
 claiming standing as licensee — Non-exclusive licensee
 deriving no right, title, interest in copyright — Having no*

T-3016-92
**Milliken & Company et Milliken Industries of
 Canada Ltd. (demandereses)**

c.

**Interface Flooring Systems (Canada) Inc. (défende-
 resse)**

Milliken & Company (demanderesse)

c.

**Interface Flooring Systems (Canada) Inc. (défende-
 resse)**

**RÉPERTORIÉ: MILLIKEN & CO. c. INTERFACE FLOORING
 SYSTEMS (CANADA) INC. (1^{re} INST.)**

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer—
 Ottawa, 17 novembre 1997; 5 février 1998.

*Droit d'auteur — Contrefaçon — Les demandereses
 disent que la défenderesse a violé leur droit d'auteur dans
 le dessin Mangrove en fournissant et en posant des dalles de
 moquette — La question de savoir si le dessin Mangrove
 bénéficie de la protection du droit d'auteur dépend de la
 date de création du dessin — Les dessins créés avant juin
 1988 sont régis par l'art. 64 de la version originale de la
 Loi sur le droit d'auteur — Aucune date de création du
 dessin ne figure dans l'acte de cession du droit d'auteur —
 L'omission des demandereses de présenter des éléments de
 preuve établissant la date de création a conduit la Cour à
 conclure que la création du dessin était antérieure à juin
 1988, et donc régie par l'art. 64 de la Loi antérieure —
 Aucune protection du droit d'auteur — À l'instruction, la
 défenderesse a admis avoir commis une violation primaire
 — N'eût été la conclusion de la Cour quant à loi applica-
 ble, la société défenderesse serait responsable d'une atteinte
 secondaire au droit d'auteur.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — Les demande-
 resses avaient-elles la qualité requise pour agir en vertu de
 l'art. 36(1) de la Loi sur le droit d'auteur — La demande-
 resse Milliken & Co. a fondé son droit d'agir sur la
 propriété du dessin Mangrove — L'art. 13(4) de la Loi
 autorise le titulaire d'un droit d'auteur à céder ses droits —
 Le tampon apposé sur la facture était-il suffisant pour
 satisfaire aux exigences de l'art. 13(4)? — Une marque ou
 un fac-similé de signature sont valables si c'est la façon
 habituelle dont la personne en cause s'identifie — La
 première cession n'étant pas valide, elle ne pouvait être*

right to sue alone in copyright infringement action.

Industrial design — Actions for copyright infringement concerning carpet tiles of Mangrove design — Plaintiff Milliken claiming rights to design through assignment by author of artistic work — Designs created after June 8, 1988 subject to current Copyright Act, s. 64 — Design created when artistic work created — Plaintiffs failing to adduce evidence of creation date, Court concluding Mangrove design created prior to June 1988 — Not protected by copyright as capable of registration under Industrial Design Act, used as pattern to be multiplied by industrial process.

In these two actions for copyright infringement, the plaintiffs alleged that the defendant infringed their copyright in the Mangrove design by supplying and installing carpet tiles at the Calgary International Airport in February 1991 and September 1992 in the first case, and in 1995 in the second case. The Mangrove design is an artistic work created in France by Claire Iles under the name "Harmonie". Plaintiff, Milliken & Company, claimed to have purchased the rights to this design in 1989 through an assignment, executed by Claire Iles, which confirmed that she was the author of "Harmonie" and that she had sold her work to Milliken, including copyright and other intellectual property rights in the work, for valuable consideration. It was said that the defendant was notified of Milliken's rights in the copyright both in fact and by the notice affixed to the carpet tiles manufactured and sold in Canada by Milliken Canada. Three issues were raised: (1) whether the Mangrove design is entitled to copyright protection; (2) whether the plaintiffs had standing to sue under the *Copyright Act*, and (3) whether there was infringement of plaintiffs' copyright.

Held, the actions should be dismissed.

(1) Whether the Mangrove design is entitled to copyright protection or should be denied such protection by virtue of section 64 of the *Copyright Act* hinges on the design's date of creation. Designs created prior to June 8, 1988 were subject to section 64 of the Act in its original version. It was provided then that copyright could not be used to protect industrial designs which were capable of registration under the *Industrial Design Act*, and were used or intended

régularisée par l'acte confirmant la cession — La demanderesse Milliken Canada prétendait avoir la qualité requise pour agir à titre de titulaire d'une licence — Le titulaire d'une licence non exclusive ne bénéficie d'aucun droit, titre ou intérêt sur le droit d'auteur — Il n'a pas le droit d'engager seul une poursuite pour violation du droit d'auteur.

Dessins industriels — Actions en violation du droit d'auteur concernant des dalles de moquette reproduisant le dessin Mangrove — La demanderesse Milliken revendique des droits sur le dessin en invoquant une cession de l'œuvre artistique par l'auteur — Les dessins créés après le 8 juin 1988 sont régis par l'art. 64 de la version actuelle de la Loi sur le droit d'auteur — Le dessin a été créé au moment de la création de l'œuvre artistique — Les demandereses ayant omis de présenter des éléments de preuve établissant la date de création, la Cour a conclu que le dessin Mangrove avait été créé avant juin 1988 — Il ne peut être protégé par le droit d'auteur parce qu'il était susceptible d'être enregistré en vertu de la Loi sur les dessins industriels et qu'il a servi de modèle pour être multiplié par un procédé industriel.

Dans ces deux actions en violation du droit d'auteur, les demandereses allèguent que la défenderesse a violé leur droit d'auteur dans le dessin Mangrove en fournissant et en posant des dalles de moquette à l'aéroport international de Calgary en février 1991 et septembre 1992 dans le premier cas, et en 1995 dans le second cas. Le dessin Mangrove est une œuvre artistique qui a été créée en France par Claire Iles sous le titre «Harmonie». La demanderesse Milliken & Company prétend avoir acheté les droits sur ce dessin en 1989 par acte de cession, signé par Claire Iles et attestant qu'elle était l'auteur de l'œuvre «Harmonie» et qu'elle avait, pour une contrepartie valable, vendu son œuvre à Milliken, y compris son droit d'auteur et ses autres droits de propriété intellectuelle relativement à cette œuvre. Il est allégué que la défenderesse a été avisée des droits de Milliken sur le droit d'auteur, tant dans les faits que par l'avis apposé sur les dalles de moquette fabriquées et vendues au Canada par Milliken Canada. Trois questions ont été soulevées: 1) le dessin Mangrove peut-il être protégé par le droit d'auteur? 2) les demandereses avaient-elle la qualité requise pour intenter une poursuite en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*? et 3) y a-t-il eu violation du droit d'auteur des demandereses?

Jugement: il y a lieu de rejeter les actions.

1) La question de savoir si le dessin Mangrove peut être protégé par le droit d'auteur ou si l'article 64 de la *Loi sur le droit d'auteur* l'empêche de bénéficier de cette protection est fonction de la date de la création du dessin. Les dessins créés avant le 8 juin 1988 sont régis par l'article 64 de la version originale de la Loi. Il était alors prévu que le droit d'auteur ne pouvait être invoqué pour protéger les dessins industriels qui étaient susceptibles d'être enregistrés en vertu

to be used as a model or pattern to be multiplied by industrial process. Designs created after that date come under industrial design protection subject to certain exceptions in which cases both copyright and industrial design protection are available. The date of creation of the impugned design was a material fact to the plaintiffs' case and as such, they had an obligation to prove it, but failed to do so. There was no mention of the date of creation in the assignment signed by Claire Iles in September 1992, nor was the latter called to testify at trial. The definition of "article" in the amended Act is not restricted to a "finished article". Any artistic work such as a painting or drawing is an "article". The words "in a finished article" only mean in a physical embodiment as opposed to a mere scheme or preliminary conception of an idea. Therefore, the design was created when the artistic work was created. Plaintiffs' failure to adduce evidence on such a material fact as the date of creation of the design lead the Court to draw an adverse inference and conclude that the design was created before June 1988. Under section 64 of the *Copyright Act*, as it read before the legislative amendments, the impugned design could not be protected by copyright because it was capable of registration under the *Industrial Design Act* and was used as a pattern to be multiplied by an industrial process. The Mangrove design fell squarely within the definition of the term "design", being a pattern which appeals to the eye and is applied to a manufactured article such as carpet tiles.

(2) The plaintiffs must have the required standing to sue under paragraph 36(1) of the *Copyright Act*. Plaintiff Milliken & Co. based its right to sue on its ownership of the Mangrove design. Subsection 13(4) of the Act allows the owner of a copyright to assign his rights. The assignment must be in writing and signed by the owner of the right or his authorized agent. The issue was whether the stamp affixed by Claire Iles on a pre-printed form was sufficient to satisfy the requirement of subsection 13(4). A mark or facsimile of a signature is accepted if it is the customary way of identification of the person. There was no evidence to prove that it was Claire Iles' practice or custom to authenticate a document by means of her stamp. Her confirming assignment could not be used to validate the first assignment. One cannot validate something that did not exist. Plaintiff Milliken Canada, which claimed standing as a licensee, had a non-exclusive licence to use, reproduce, modify and exercise the copyright associated with the Mangrove design in Canada. A non-exclusive licensee does not derive any right, title or interest in the copyright that could give it the standing to sue. It has no right to sue alone in a copyright infringement action.

de la *Loi sur les dessins industriels* et qui servaient ou étaient destinés à servir de modèles ou d'échantillons pour être multipliés par un procédé industriel. Les dessins créés après cette date bénéficient de la protection accordée aux dessins industriels, sauf dans certains cas où la protection du droit d'auteur et celle des dessins industriels peuvent s'appliquer. La date de la création du dessin litigieux constituait un fait substantiel de la cause des demanderessees et celles-ci étaient tenues de produire des éléments de preuve pour l'établir, ce qu'elles ont omis de faire. Aucune date de création n'est mentionnée dans l'acte de cession signé par Claire Iles en septembre 1992, et cette dernière n'a pas été citée comme témoin à l'instruction. Suivant la définition de la Loi modifiée, le terme «objet» ne se limite pas à «un objet fini». Toute œuvre artistique, telle une peinture et une gravure, est un «objet». Les mots «d'un objet fini» renvoient seulement à une réalisation matérielle par opposition à un simple projet ou à la conception préliminaire d'une idée. Le dessin a donc été créé au moment de la création de l'œuvre artistique. L'omission des demanderessees de présenter des éléments de preuve sur un fait aussi substantiel que la date de création du dessin autorisait la Cour à tirer une conclusion défavorable et à conclure que le dessin a été créé avant le mois de juin 1988. Conformément à l'article 64 de la *Loi sur le droit d'auteur*, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur des modifications législatives, le dessin litigieux ne peut être protégé par le droit d'auteur parce qu'il est susceptible d'enregistrement en vertu de la *Loi sur les dessins industriels* et qu'il a servi de modèle pour être multiplié par un procédé industriel. Le dessin Mangrove correspond exactement à la définition du terme «dessin», car il s'agit d'un motif visuel qui est appliqué à un objet manufacturé, savoir des dalles de moquette.

2) Les demanderessees doivent avoir la qualité requise pour intenter une poursuite en vertu du paragraphe 36(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. La demanderesse Milliken & Co. a fondé son droit d'agir sur son droit de propriété sur le dessin Mangrove. Le paragraphe 13(4) de la Loi autorise le titulaire du droit d'auteur à céder son droit. La cession doit être rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit d'auteur ou par son agent dûment autorisé. Il s'agissait de savoir si le tampon apposé par Claire Iles sur un formulaire préimprimé était suffisant pour satisfaire à l'exigence fixée par le paragraphe 13(4). Une marque ou un fac-similé de signature sont valables si c'est la façon habituelle dont la personne en cause s'identifie. Aucun élément de preuve n'établissait que Claire Iles avait pour pratique ou coutume d'authentifier un document en y apposant son tampon. L'acte confirmant la cession ne pouvait être utilisé pour valider la première cession. On ne pouvait valider une chose qui n'existait pas. La demanderesse Milliken Canada, qui prétendait avoir la qualité requise à titre de titulaire d'une licence, était titulaire d'une licence non exclusive l'autorisant à utiliser, à reproduire et à modifier le dessin Mangrove et à exercer les droits afférents au droit d'auteur sur ce

(3) Under section 27 of the *Copyright Act*, infringement could be primary or secondary. At trial, primary infringement was conceded by the defendant and, therefore, was not an issue. Secondary infringement is prohibited by subsection 27(4) of the Act which deems a person to be an infringer if, for example, that person sells any work that, to his knowledge, infringes copyright or would infringe copyright if it had been made within Canada. Knowledge is to be inferred from the facts of the case and the burden of proving it rested upon the plaintiffs. The designer who developed the defendant's carpet tile design for the Calgary International Airport project did have knowledge that the defendant's carpet tile infringed plaintiffs' Mangrove design. She was aware that the design was protected by copyright and she should have known that she was illegally copying it while developing the pattern to be supplied to the airport. Despite her knowledge of the infringement of the plaintiffs' copyright, she went ahead and developed the infringing carpet tile. Since she made that decision within her assigned area of responsibility, her knowledge could be attributed to the corporate defendant. Were it not for the Court's finding as to application of the Act, the defendant would have been liable for secondary infringement of copyright.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 13(4), 27(4), 34(3)(a), 36(1) (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 63), 64 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 11).
Industrial Design Act, R.S.C., 1985, c. I-9.
Industrial Designs Rules, C.R.C., c. 964, s. 11.
Patent Act, R.S.C. 1927, c. 150, s. 32.
Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 57.
Solicitors Act, (U.K.), 1932, c. 37, s. 65(2)(i).
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 50(1) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 69).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canadian Dredge & Dock Co. et al. v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 662; (1985), 19 D.L.R. (4th) 314; 19

dessin au Canada. Le titulaire d'une licence non exclusive ne bénéficie d'aucun droit, titre ou intérêt sur le droit d'auteur qui lui conférerait la qualité requise pour engager une poursuite. Il n'a pas le droit d'engager seul une poursuite pour violation du droit d'auteur.

3) L'atteinte au droit d'auteur visée par l'article 27 de la *Loi sur le droit d'auteur* peut être primaire ou secondaire. À l'instruction, la défenderesse a admis avoir commis une atteinte primaire et cette question n'était donc pas en litige. Quant à l'atteinte secondaire, elle est interdite par le paragraphe 27(4) de la Loi, aux termes duquel une personne est considérée comme ayant porté atteinte au droit d'auteur si, par exemple, elle vend une œuvre qui, à sa connaissance, viole le droit d'auteur ou le violerait si elle avait été produite au Canada. La connaissance s'infère des faits de l'espèce et le fardeau de la preuve incombait aux demanderesse. La créatrice-dessinatrice qui a conçu le dessin des dalles de moquette de la défenderesse pour le projet de l'aéroport international de Calgary avait effectivement connaissance du fait que les dalles de moquette de la défenderesse violaient le dessin Mangrove des demanderesse. Elle savait que le dessin Mangrove était protégé par le droit d'auteur et elle aurait dû savoir qu'elle copiait illégalement le dessin lorsqu'elle a conçu le modèle qui devait être fourni à l'aéroport. Malgré sa connaissance de l'atteinte au droit d'auteur des demanderesse, elle a poursuivi dans la même voie et elle a conçu les dalles de moquette qui violent le droit d'auteur. Étant donné qu'elle a pris cette décision dans le champ de responsabilité qui lui avait été assigné, sa connaissance peut être imputée à la société défenderesse. N'eût été la conclusion de la Cour sur l'application de la Loi, la défenderesse serait responsable d'une atteinte secondaire au droit d'auteur.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi des brevets, S.R.C. 1927, ch. 150, art. 32.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 13(4), 27(4), 34(3)(a), 36(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 63), 64 (mod. par L.R.C. 1985 (4^e suppl.), ch. 10, art. 11).
Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, ch. P-4, art. 57.
Loi sur les dessins industriels, L.R.C. (1985), ch. I-9.
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 50(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 69).
Règles régissant les dessins industriels, C.R.C., ch. 964, art. 11.
Solicitors Act, (U.K.), 1932, ch. 37, art. 65(2)(i).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canadian Dredge & Dock Co. et autres c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 662; (1985), 19 D.L.R. (4th) 314; 19

C.C.C. (3d) 1; 45 C.R. (3d) 289; 59 N.R. 241; 9 O.A.C. 321; *Cimon Ltd. et al. v. Bench Made Furniture Corp. et al.*, [1965] Ex. C.R. 811; (1965), 30 Fox Pat. C. 77.

DISTINGUISHED:

Armstrong Cork Canada v. Domco Industries Ltd., [1982] 1 S.C.R. 907; (1982), 136 D.L.R. (3d) 596; 66 C.P.R. (2d) 46; 42 N.R. 254.

CONSIDERED:

Heap v. Hartley (1889), 42 Ch.D. 461 (C.A.); *Bayliner Marine Corp. v. Doral Boats Ltd.*, [1986] 3 F.C. 421; (1986), 9 C.I.P.R. 311; 10 C.P.R. (3d) 289; 67 N.R. 139 (C.A.); *Levesque v. Comeau et al.*, [1970] S.C.R. 1010; (1970), 5 N.B.R. (2d) 15; 16 D.L.R. (3d) 425; *Goodman v. Eban (J.) Ltd.*, [1954] 1 All E.R. 763 (C.A.); *R. v. Fox* (1958), 120 C.C.C. 289; 27 C.R. 132 (Ont. C.A.); *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1997), 73 C.P.R. (3d) 371 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd., [1987] 1 F.C. 173; (1986), 28 D.L.R. (4th) 178; 8 C.I.P.R. 153; 10 C.P.R. (3d) 1; 3 F.T.R. 118 (T.D.); *Murray v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499; (1951), 4 W.W.R. (N.S.) 234 (Sask. C.A.); *Morton v. Copeland* (1855), 139 E.R. 861 (C.P.); *Electric Chain Co. of Canada Ltd. v. Art Metal Works Inc. et al.*, [1933] S.C.R. 581; [1933] 4 D.L.R. 240; *Albert v. S. Hoffnung & Co. Ltd.* (1921), 22 S.R. 75 (N.S.W.S.C.); *Clarke, Irwin & Co. v. C. Cole & Co.*, [1960] O.R. 117; (1960), 22 D.L.R. (2d) 183; 33 C.P.R. 173; 19 Fox Pat. C. 143 (H.C.); *Simon & Schuster Inc. et al. v. Coles Book Stores Ltd.* (1975), 9 O.R. (2d) 718; 61 D.L.R. (3d) 590; 23 C.P.R. (2d) 43 (H.C.).

AUTHORS CITED

Keane, Adrian. *The Modern Law of Evidence*, 3rd ed. London: Butterworths, 1994.
Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, Vol. 1, 4th ed. Toronto: Carswell, 1993.
Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
Tapper, Colin. *Cross on Evidence*, 8th ed. London: Butterworths, 1995.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, revised by James H. Chadbourn, Vol. 2. Boston: Little, Brown & Co., 1979.

ACTIONS for copyright infringement of plaintiffs' Mangrove design by supplying and installing carpet tiles bearing said design. Actions dismissed.

C.C.C. (3d) 1; 45 C.R. (3d) 289; 59 N.R. 241; 9 O.A.C. 321; *Cimon Ltd. et al. v. Bench Made Furniture Corp. et al.*, [1965] R.C.É. 811; (1965), 30 Fox Pat. C. 77.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Armstrong Cork Canada c. Domco Industries Ltd., [1982] 1 R.C.S. 907; (1982), 136 D.L.R. (3d) 596; 66 C.P.R. (2d) 46; 42 N.R. 254.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Heap v. Hartley (1889), 42 Ch.D. 461 (C.A.); *Bayliner Marine Corp. c. Doral Boats Ltd.*, [1986] 3 C.F. 421; (1986), 9 C.I.P.R. 311; 10 C.P.R. (3d) 289; 67 N.R. 139 (C.A.); *Levesque v. Comeau et al.*, [1970] R.C.S. 1010; (1970), 5 N.B.R. (2d) 15; 16 D.L.R. (3d) 425; *Goodman v. Eban (J.) Ltd.*, [1954] 1 All E.R. 763 (C.A.); *R. v. Fox* (1958), 120 C.C.C. 289; 27 C.R. 132 (C.A. Ont.); *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1997), 73 C.P.R. (3d) 371 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd., [1987] 1 C.F. 173; (1986), 28 D.L.R. (4th) 178; 8 C.I.P.R. 153; 10 C.R. (3d) 1; 3 F.T.R. 118 (C.F. 1^{re} inst.); *Murray v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499; (1951), 4 W.W.R. (N.S.) 234 (C.A. Sask.); *Morton v. Copeland* (1855), 139 E.R. 861 (C.P.); *Electric Chain Co. of Canada Ltd. v. Art Metal Works Inc. et al.*, [1933] R.C.S. 581; [1933] 4 D.L.R. 240; *Albert v. S. Hoffnung & Co. Ltd.* (1921), 22 S.R. 75 (N.S.W.S.C.); *Clarke, Irwin & Co. v. C. Cole & Co.*, [1960] O.R. 117; (1960), 22 D.L.R. (2d) 183; 33 C.P.R. 173; 19 Fox Pat. C. 143 (H.C.); *Simon & Schuster Inc. et al. v. Coles Book Stores Ltd.* (1975), 9 O.R. (2d) 718; 61 D.L.R. (3d) 590; 23 C.P.R. (2d) 43 (H.C.).

DOCTRINE

Keane, Adrian. *The Modern Law of Evidence*, 3rd ed. London: Butterworths, 1994.
Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, Vol. 1, 4th ed. Toronto: Carswell, 1993.
Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
Tapper, Colin. *Cross on Evidence*, 8th ed. London: Butterworths, 1995.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, revised by James H. Chadbourn, Vol. 2. Boston: Little, Brown & Co., 1979.

ACTIONS en violation du droit d'auteur sur le dessin Mangrove des demandresses par suite de la fourniture et de la pose de dalles de moquette portant ledit dessin. Actions rejetées.

COUNSEL:

G. Alexander Macklin, Q.C., Jane E. Clark and Lise M. Patry for plaintiffs.
Robert H. C. MacFarlane and Michael E. Charles for defendant.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for plaintiffs.
Bereskin & Parr, Toronto, for defendant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] TREMBLAY-LAMER J.: These are two actions for copyright infringement. The plaintiffs in the first action, file T-3016-92, are Milliken & Company (Milliken) and Milliken Industries of Canada Ltd. (Milliken Canada). Milliken is a U.S. corporation organized and carrying on business under the laws of the State of Delaware. Milliken Canada is a wholly owned subsidiary of Milliken. It is incorporated under the laws of Canada. Milliken Canada was voluntarily wound up on March 24, 1997.

[2] The defendant, Interface Flooring Systems (Canada) Inc. (Interface Canada), is incorporated under the laws of Ontario and is a wholly owned subsidiary of the American corporation, Interface Inc.

[3] The plaintiffs claim that the defendant infringed their copyright in the Mangrove design by supplying and installing carpet tiles of a certain design at the Calgary International Airport in February 1991 and September 1992.

[4] A counterclaim in this action was dismissed with costs.

[5] The second action, file T-1212-95, was brought by Milliken alone. It alleges that the defendant infringed its copyright in the Mangrove design and its

AVOCATS:

G. Alexander Macklin, c.r., Jane E. Clark et Lise M. Patry pour les demandereses.
Robert H. C. MacFarlane et Michael E. Charles pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour les demandereses.
Bereskin & Parr, Toronto, pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE TREMBLAY-LAMER: Il s'agit de deux actions pour violation du droit d'auteur. Les demandereses dans la première action, dossier T-3016-92, sont les sociétés Milliken & Company (Milliken) et Milliken Industries of Canada Ltd. (Milliken Canada). Milliken est une société américaine constituée et exerçant ses activités commerciales sous le régime des lois de l'État du Delaware. Milliken Canada est une filiale en propriété exclusive de Milliken. Elle est constituée sous le régime des lois du Canada. Milliken Canada a fait l'objet d'une liquidation volontaire le 24 mars 1997.

[2] La défenderesse, Interface Flooring Systems (Canada) Inc. (Interface Canada), est constituée sous le régime des lois de l'Ontario et est une filiale en propriété exclusive de la société américaine Interface Inc.

[3] Les demandereses soutiennent que la défenderesse a violé leur droit d'auteur sur le dessin Mangrove en fournissant et en installant des dalles de moquette reproduisant un certain dessin à l'aéroport international de Calgary, en février 1991 et en septembre 1992.

[4] Une demande reconventionnelle présentée dans l'action a été rejetée avec dépens.

[5] La deuxième action, dossier T-1212-95, a été intentée par Milliken seulement. Celle-ci allègue que la défenderesse a violé son droit d'auteur sur le dessin

rights in Industrial Design Registration No. 67420, by supplying and installing carpet tiles at the Calgary International Airport in 1995. At trial, the defendant consented to judgment with respect to infringement of Milliken's industrial design rights.

[6] The Mangrove design is an artistic work which was created in France by Claire Iles under the name "Harmonie". Milliken claims to have purchased the rights to this design in 1989. The purchase is evidenced by a document in writing dated the day of the purchase.¹ The design was first published under the name Mangrove by Milliken in the U.S., on May 23, 1989, as a textile design for carpet tile. Milliken obtained the registration rights in Canada on November 10, 1992.² An accompanying assignment dated September 25, 1992 was also recorded in the Canadian Copyright Office. The assignment, which was executed by Claire Iles, confirmed that she was the author of "Harmonie" and that she had sold her work to Milliken including copyright and other intellectual property rights in the work for valuable consideration.

[7] The plaintiffs submit that the defendant incorporated the Mangrove design, or a substantial part thereof, in carpet tile it manufactured, supplied and installed at the Calgary International Airport in February 1991 and September 1992. In fact, the defendant had tendered and obtained a contract to supply and install three thousand square yards of carpet tile at the airport in February 1991. It obtained a second contract to supply and install another two thousand square yards in September 1992.

[8] The plaintiffs add that the defendant knowingly reproduced the Mangrove design. The plaintiffs allege that the defendant was notified of Milliken's rights in the copyright both in fact and by the notice affixed to the carpet tiles manufactured and sold in Canada by Milliken Canada.

[9] As it is indicated later in these reasons, the plaintiffs' allegations of infringement are founded.

Mangrove et ses droits découlant de l'enregistrement d'un dessin industriel sous le numéro 67420, en fournissant et en installant des dalles de moquette à l'aéroport international de Calgary en 1995. À l'instruction, la défenderesse a acquiescé à jugement relativement à la violation des droits de Milliken sur le dessin industriel enregistré.

[6] Le dessin Mangrove est une œuvre artistique qui a été créée en France par Claire Iles sous le titre «Harmonie». Milliken prétend avoir acheté les droits sur ce dessin en 1989. Cet achat est attesté par un document écrit daté de la date de l'achat¹. Le dessin a été publié pour la première fois sous le nom de Mangrove aux États-Unis, par Milliken, le 23 mai 1989, comme motif textile pour des dalles de moquette. Milliken a obtenu les droits d'enregistrement au Canada le 10 novembre 1992². Un acte de cession joint daté du 25 septembre 1992 a également été enregistré au Bureau du droit d'auteur canadien. L'acte de cession, signé par Claire Iles, attestait qu'elle était l'auteur de l'œuvre «Harmonie» et qu'elle avait, pour une contrepartie valable, vendu son œuvre à Milliken, y compris son droit d'auteur et ses autres droits de propriété intellectuelle relativement à cette œuvre.

[7] Les demandresses soutiennent que la défenderesse a incorporé le dessin Mangrove, ou une partie essentielle de ce dessin, aux dalles de moquette qu'elle a fabriquées, fournies et installées à l'aéroport international de Calgary en février 1991 et en septembre 1992. En fait, la défenderesse avait présenté une soumission et obtenu un contrat pour la fourniture et l'installation de trois mille verges carrées de dalles de moquette à l'aéroport en février 1991. Elle a obtenu un deuxième contrat pour la fourniture et l'installation de deux mille verges carrées supplémentaires en septembre 1992.

[8] Les demandresses ajoutent que la défenderesse a sciemment reproduit le dessin Mangrove. Elles allèguent que la défenderesse a été avisée des droits de Milliken sur le droit d'auteur, tant dans les faits et par l'avis apposé sur les dalles de moquette fabriquées et vendues au Canada par Milliken Canada.

[9] Ainsi qu'il est expliqué plus loin dans les présents motifs, les allégations de violation du droit

However, the outcome of this action ultimately depends on the plaintiffs being able to surmount two major legal hurdles.

I. Application of the Copyright Act

[10] The first issue is whether the Mangrove design is entitled to copyright protection or whether it should be denied such protection by virtue of section 64 of the *Copyright Act*³ (Act). The answer to this question hinges on the design's date of creation.

[11] Under subsection 64(4) of the Act, there exists two separate legal regimes governing the availability of copyright as a form of protection for industrial design. It is the design's date of creation which determines which regime applies. The subsection reads as follows:

64. . . .

(4) Subsections (2) and (3) apply only in respect of designs created after the coming into force of this subsection, and section 64 of this Act and the *Industrial Design Act*, as they read immediately before the coming into force of this subsection, as well as the rules made under them, continue to apply in respect of designs created before that coming into force.

[12] Designs created prior to June 8, 1988 are subject to section 64 of the Act as it read before the enactment of the previous subsection. Section 64 then provided that copyright could not be used to protect industrial designs which (i) were capable of registration under the *Industrial Design Act*,⁴ and (ii) were used or intended to be used as a model or pattern to be multiplied by industrial process:

64. (1) This Act does not apply to designs capable of being registered under the *Industrial Design Act*, except designs that, though capable of being so registered, are not used or intended to be used as models or patterns to be multiplied by any industrial process.

[13] Under section 11 of the *Industrial Designs Rules*,⁵ a design was considered to be used as a model or pattern to be multiplied by industrial process where

d'auteur formulées par les demandresses sont bien fondées. Toutefois, l'issue de l'action est liée, en bout de ligne, à la capacité des demandresses de surmonter deux obstacles juridiques majeurs.

I. L'application de la Loi sur le droit d'auteur

[10] La première question à trancher est celle de savoir si le dessin Mangrove peut être protégé par le droit d'auteur ou si l'article 64 de la *Loi sur le droit d'auteur*³ (la Loi) l'empêche de bénéficier de cette protection. La réponse à cette question est fonction de la date de la création du dessin.

[11] Selon le paragraphe 64(4) de la Loi, il existe deux régimes juridiques distincts régissant l'application de la protection du droit d'auteur à un dessin industriel. C'est la date de la création du dessin qui détermine le régime qui s'y applique. Voici ce paragraphe:

64. . . .

(4) Les paragraphes (2) et (3) ne s'appliquent qu'aux dessins créés après leur entrée en vigueur. L'article 64 de la présente loi et la *Loi sur les dessins industriels*, dans leur version antérieure à l'entrée en vigueur du présent article, et leurs règles d'application, continuent de s'appliquer aux dessins créés avant celle-ci.

[12] Les dessins créés avant le 8 juin 1988 sont régis par l'article 64 de la Loi tel qu'il était libellé avant l'entrée en vigueur du paragraphe qui précède. L'article 64 prévoyait alors que le droit d'auteur ne pouvait être invoqué pour protéger les dessins industriels qui i) étaient susceptibles d'être enregistrés en vertu de la *Loi sur les dessins industriels*⁴, et qui ii) servaient ou étaient destinés à servir de modèles ou d'échantillons pour être multipliés par un procédé industriel:

64. (1) La présente loi ne s'applique pas aux dessins susceptibles d'être enregistrés en vertu de la *Loi sur les dessins industriels*, à l'exception des dessins qui, tout en pouvant être enregistrés de cette manière, ne servent pas ou ne sont pas destinés à servir de modèles ou d'échantillons, pour être multipliés par un procédé industriel quelconque.

[13] Par application de l'article 11 des *Règles régissant les dessins industriels*⁵, un dessin était considéré comme servant de modèle ou d'échantillon

the design was reproduced in more than 50 articles or where it was applied to certain specified articles:

11. (1) A design shall be deemed to be used as a model or pattern to be multiplied by any industrial process within the meaning of [section 64] of the *Copyright Act*,

(a) where the design is reproduced or is intended to be reproduced in more than 50 single articles, unless all the articles in which the design is reproduced or is intended to be reproduced together form only a single set as defined in subsection 2; and

(b) where the design is to be applied to

(i) printed paper hangings,

(ii) carpets, floor cloths, or oil cloths manufactured or sold in lengths or pieces,

(iii) textile piece goods, or textile goods manufactured or sold in lengths or pieces, and

(iv) lace, not made by hand.

[14] As for designs created after June 8, 1988, they are subject to section 64 of the Act as it currently reads. Section 64 of the Act now provides that certain designs which are created in quantities of more than fifty and applied to “useful articles” or plates, engravings or casts used for more than fifty “useful articles” are not protected by copyright but instead come within the purview of industrial design protection:

64. . . .

(2) Where copyright subsists in a design applied to a useful article or in an artistic work from which the design is derived and, by or under the authority of any person who owns the copyright in Canada or who owns the copyright elsewhere,

(a) the article is reproduced in a quantity of more than fifty, or

(b) where the article is a plate, engraving or cast, the article is used for producing more than fifty useful articles,

destiné à être multiplié par un procédé industriel lorsqu’il était reproduit dans plus de 50 articles ou lorsqu’il était appliqué à certains articles énumérés:

11. (1) Un dessin est censé servir de modèle ou d’échantillon destiné à être multiplié par un procédé industriel quelconque au sens de [l’article 64] de la *Loi sur le droit d’auteur*,

a) lorsque le dessin est reproduit ou destiné à être reproduit dans plus de 50 articles différents, à moins que ces articles dans lesquels le dessin est reproduit, ou est destiné à être reproduit, ne forment ensemble qu’un seul assortiment tel qu’il est défini au paragraphe (2); et

b) lorsque le dessin doit être appliqué à

(i) des tentures de papier peint,

(ii) des tapis, linoléums ou toiles cirées fabriqués ou vendus à la mesure ou à la pièce,

(iii) des tissus en pièce, ou des tissus fabriqués ou vendus à la mesure ou à la pièce, et

(iv) de la dentelle qui n’est pas faite à la main.

[14] Les dessins créés après le 8 juin 1988 sont, pour leur part, régis par la version de l’article 64 de la Loi actuellement en vigueur. L’article 64 de la Loi prévoit maintenant que certains dessins créés à plus de cinquante exemplaires et appliqués à des «objets utilitaires», ou à des planches, gravures ou moules servant à la production de plus de cinquante «objets utilitaires», ne sont pas protégés par le droit d’auteur, mais bénéficient plutôt de la protection accordée aux dessins industriels:

64. . . .

(2) Ne constitue pas une violation du droit d’auteur ou des droits moraux sur un dessin appliqué à un objet utilitaire, ou sur une œuvre artistique dont le dessin est tiré, ni le fait de reproduire ce dessin, ou un dessin qui n’en diffère pas sensiblement, en réalisant l’objet ou toute reproduction graphique ou matérielle de celui-ci, ni le fait d’accomplir avec un objet ainsi réalisé, ou sa reproduction, un acte réservé exclusivement au titulaire du droit, pourvu que l’objet, de par l’autorisation du titulaire — au Canada ou à l’étranger — remplisse l’une des conditions suivantes:

a) être reproduit à plus de cinquante exemplaires;

b) s’agissant d’une planche, d’une gravure ou d’un moule, servir à la production de plus de cinquante objets utilitaires.

it shall not thereafter be an infringement of the copyright or the moral rights for anyone

(c) to reproduce the design of the article or a design not differing substantially from the design of the article by

(i) making the article, or

(ii) making a drawing or other reproduction in any material form of the article, or

(d) to do with an article, drawing or reproduction that is made as described in paragraph (c) anything that the owner of the copyright has the sole right to do with the design or artistic work in which the copyright subsists.

[15] Exceptions to this general rule are set out in subsection 64(3) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 11] of the Act where both copyright and industrial design protection are available:

64. . . .

(3) Subsection (2) does not apply in respect of the copyright or the moral rights in an artistic work in so far as the work is used as or for

(a) a graphic or photographic representation that is applied to the face of an article;

(b) a trade-mark or a representation thereof or a label;

(c) material that has a woven or knitted pattern or that is suitable for piece goods or surface coverings or for making wearing apparel;

(d) an architectural work of art that is a building or a model of a building;

(e) a representation of a real or fictitious being, event or place that is applied to an article as a feature of shape, configuration, pattern or ornament;

(f) articles that are sold as a set, unless more than fifty sets are made; or

(g) such other work or article as may be prescribed by regulation of the Governor in Council.

[16] The plaintiffs submit that the Mangrove design is entitled to copyright protection by virtue of paragraph 64(3)(c) of the amended Act, which provides that artistic works applied to surface coverings are deemed to be entitled to copyright protection.

[15] Des exceptions à cette règle générale sont établies au paragraphe 64(3) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 11] de la Loi, auxquels cas la protection du droit d'auteur et celle des dessins industriels peuvent s'appliquer:

64. . . .

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas au droit d'auteur ou aux droits moraux sur une œuvre artistique dans la mesure où elle est utilisée à l'une ou l'autre des fins suivantes:

a) représentations graphiques ou photographiques appliquées sur un objet;

b) marques de commerce, ou leurs représentations, ou étiquettes;

c) matériel dont le motif est tissé ou tricoté ou utilisable à la pièce ou comme revêtement ou vêtement;

d) œuvres architecturales qui sont des bâtiments ou des modèles ou maquettes de bâtiments;

e) représentations d'êtres, de lieux ou de scènes réels ou imaginaires pour donner une configuration, un motif ou un élément décoratif à un objet;

f) objets vendus par ensembles, pourvu qu'il n'y ait pas plus de cinquante ensembles;

g) autres œuvres ou objets que le gouverneur en conseil peut désigner par règlement.

[16] Les demandresses affirment que le dessin Mangrove peut bénéficier de la protection du droit d'auteur par application de l'alinéa 64(3)c) de la Loi modifiée, portant que les œuvres artistiques appliquées à un revêtement sont réputées être protégées par le droit d'auteur.

[17] They maintain that it is section 64 of the amended Act which applies because the defendant did not adduce evidence showing a date of creation of the Mangrove design prior to June 8, 1988. Under paragraph 34(3)(a) of the Act, copyright is presumed to exist in an action for copyright infringement and it is the defendant's burden to produce evidence to rebut this presumption. Since the defendant did not adduce any evidence at trial to rebut this presumption, the plaintiffs argue that copyright is presumed to exist in the Mangrove design.

[18] In any event, in their view, the date of creation of the design is irrelevant. The word "design" in subsection 64(1) of the amended Act is defined to mean "features of shape, configuration, pattern or ornament and any combination of those features that, in a finished article, appeal to and are judged solely by the eye". Thus, an artistic work is not properly characterized as a "design" until it is applied to a finished article. The evidence establishes that the first time the artistic work created by Claire Iles was adapted for use on functional articles, i.e. carpet tiles, was in March 1989, that is after June 8, 1988.

[19] On the other hand, the defendant submits that it is section 64 as it was prior to the legislative changes which should be applied in the case at bar. According to the defendant, subsections 64(2) and (3) of the amended Act only arise in respect to designs created after the coming into force of the legislative amendments. As a result, the date of creation is a material fact to the plaintiffs' case and as such, the plaintiffs had an obligation to adduce evidence proving it.

[20] No such evidence was lead by the plaintiffs. There is no mention of the date of creation in the assignment signed by Claire Iles in September 1992,⁶ nor was Ms. Iles called to testify at trial. In light of these circumstances, the defendant urges the Court to draw an adverse inference against the plaintiffs and find that the design was created prior to June 8, 1988.

[17] Elles soutiennent que c'est l'article 64 de la Loi modifiée qui s'applique parce que la défenderesse n'a pas produit de preuve établissant que la date de la création du dessin Mangrove est antérieure au 8 juin 1988. L'alinéa 34(3)a) de la Loi établit une présomption d'existence du droit d'auteur dans une action pour violation du droit d'auteur et impose à la défenderesse le fardeau de produire une preuve qui réfute cette présomption. La défenderesse n'ayant produit aucune preuve à l'instruction pour réfuter cette présomption, les demandresses font valoir que le droit d'auteur sur le dessin Mangrove est présumé exister.

[18] Quoi qu'il en soit, la date de la création du dessin n'est à leur avis pas pertinente. Suivant la définition du paragraphe 64(1) de la Loi modifiée le terme «dessin» s'entend des «caractéristiques ou d'une combinaison de caractéristiques visuelles d'un objet fini, en ce qui touche la configuration, le motif ou les éléments décoratifs». Par conséquent, une œuvre artistique ne peut régulièrement être qualifiée de «dessin» avant d'être appliquée à un objet fini. La preuve démontre que l'œuvre artistique créée par Claire Iles a été adaptée pour la première fois pour être utilisée sur des objets fonctionnels, c'est-à-dire des dalles de tapis, en mars 1989, soit après le 8 juin 1988.

[19] Par contre, la défenderesse soutient que c'est la version de l'article 64, antérieure aux modifications législatives, qui devrait être appliquée en l'espèce. Selon la défenderesse, les paragraphes 64(2) et (3) de la Loi modifiée ne s'appliquent qu'aux dessins créés après l'entrée en vigueur des modifications législatives. En conséquence, la date de la création constitue un fait substantiel de la cause des demandresses et celles-ci sont tenues de produire des éléments de preuve pour l'établir.

[20] Or, aucune preuve à cet égard n'a été soumise par les demandresses. Aucune date de création n'est mentionnée dans l'acte de cession signé par Claire Iles en septembre 1992⁶ et M^{me} Iles n'a pas été citée comme témoin à l'instruction. Dans ces circonstances, la défenderesse presse la Cour de tirer une conclusion défavorable aux demandresses et de conclure que le dessin a été créé avant le 8 juin 1988.

[21] Under section 64 of the former Act, the Mangrove design would be excluded from the realm of copyright protection because it is a design capable of registration under the *Industrial Design Act*.

[22] I agree with the defendant that subsections 64(2) and (3) of the amended Act will only arise in respect to designs created after the legislative changes of June 8, 1988. Thus, the issue of the date of creation has to be dealt with first.

[23] I reject the plaintiffs' argument which suggests that the Mangrove design cannot be characterized as a design until it is applied to a "finished article". The plaintiffs seem to limit the scope of the definition of "article" to "functional articles" (i.e. carpet tiles). However, the amended Act defines "article" as anything that is made by hand, tool or machine.⁷ Hence, any artistic work including paintings, drawings, maps, charts, plans are within the ambit of the definition of "article".

[24] Therefore, in my opinion, the words "in a finished article" only mean in a physical embodiment, divorcing the design from a mere scheme or preliminary conception of an idea. Consequently, the design was created when the artistic work was created.

[25] Thus, the question remains: When was the Mangrove design created? The plaintiffs allege that it was created in September 1988. However, they lead no evidence to support their contention. Claire Iles did not testify at trial, nor was the date of creation mentioned in the assignment of September 1992⁸ where it would have been within the plaintiffs' reach to have Ms. Iles confirm the date when she created the work. The evidence at trial only indicates that the design was created before January 11, 1989, that is the day when Richard Stoyles acquired the design from Ms. Iles at a trade show in Frankfurt, Germany.⁹

[21] En vertu de l'article 64 de l'ancienne Loi, le dessin Mangrove serait exclu de la protection du droit d'auteur parce qu'il constitue un dessin susceptible d'enregistrement en vertu de la *Loi sur les dessins industriels*.

[22] Je partage l'opinion de la défenderesse selon laquelle les paragraphes 64(2) et (3) de la Loi modifiée ne s'applique qu'aux dessins créés après les modifications législatives du 8 juin 1988. Il faut donc trancher d'abord la question de la date de la création.

[23] Je rejette l'argument des demanderessees qui laissent entendre que le dessin Mangrove ne peut être qualifié de dessin avant d'être appliqué à un «objet fini». Les demanderessees semblent limiter la portée de la définition du terme «objet» à des «objets fonctionnels» (c'est-à-dire des dalles de moquette). Or, la Loi modifiée définit le terme «objet» comme s'entendant de tout ce qui est réalisé à la main ou à l'aide d'un outil ou d'une machine⁷. Ainsi, toutes les œuvres artistiques, notamment les peintures, les gravures, les graphiques, les cartes géographiques et marines et les plans, entrent dans la définition du terme «objet».

[24] Par conséquent, je suis d'avis que les mots «d'un objet fini» renvoient seulement à une réalisation matérielle pour distinguer le dessin d'un simple projet ou de la conception préliminaire d'une idée. Le dessin a donc été créé au moment de la création de l'œuvre artistique.

[25] Il reste donc à trancher la question suivante: quand le dessin Mangrove a-t-il été créé? Les demanderessees soutiennent qu'il a été créé en septembre 1988. Toutefois, elles n'offrent aucun élément de preuve à l'appui de cette prétention. Claire Iles n'a pas témoigné à l'instruction et la date de la création n'est pas non plus mentionnée dans l'acte de cession de septembre 1992⁸, lequel aurait pu permettre aux demanderessees de faire confirmer par M^{me} Iles la date à laquelle elle avait créé l'œuvre. La preuve soumise à l'instruction indique simplement que le dessin a été créé avant le 11 janvier 1989, date à laquelle Richard Stoyles a acquis le dessin de M^{me} Iles à l'occasion d'un salon commercial tenu à Francfort, en Allemagne⁹.

[26] In my opinion, the failure to adduce evidence on such a material fact leaves it open to me to draw an adverse inference and come to the conclusion that the design was created prior to June 1988. It is a well established rule that an adverse inference may be drawn if, without reasonable explanation, a party fails to adduce evidence available to him which could have resolved the issue.¹⁰ The principle is enunciated in the following passage from *Wigmore on Evidence*:

The failure to bring before the tribunal some circumstance, document, or witness, when either the party himself or his opponent claims that the facts would thereby be elucidated, serves to indicate, as the most natural inference, that the party fears to do so, and this fear is some evidence that the circumstance or document or witness, if brought, would have exposed facts unfavourable to the party. These inferences, to be sure, cannot fairly be made except upon certain conditions; and they are also open always to explanation by circumstances which make some other hypothesis a more natural one than the party's fear of exposure. But the propriety of such an inference in general is not doubted.¹¹

[27] Counsel for the plaintiffs submitted that I ought to not draw an adverse inference on the basis that Ms. Iles, a citizen of France, is absent from the jurisdiction. He also added that she was equally available to both parties and could have been called by the defendant.

[28] In *Levesque v. Comeau et al.*,¹² the Supreme Court of Canada held that the absence of a witness from the jurisdiction is not a valid explanation because of the availability of the evidence by way of commission or Letters Rogatory. In the case at bar, I am offered no indication of any attempt by the plaintiffs to obtain evidence from Ms. Iles for the purpose of trial or that she refused to attend or submit to commission evidence being taken.

[29] But what is even more significant is that Claire Iles had already been made available to the plaintiffs in September 1992 when she signed the confirming assignment. It would have been reasonable for the plaintiffs to obtain from her, at that time, the informa-

[26] J'estime que l'omission de présenter des éléments de preuve sur un fait aussi substantiel m'autorise à tirer une conclusion défavorable et à conclure que le dessin a été créé avant le mois de juin 1988. Il est en effet bien établi qu'il est possible de tirer une conclusion défavorable lorsqu'une partie omet, sans explication raisonnable, de présenter des éléments de preuve qui lui sont accessibles et qui auraient pu résoudre la question en litige¹⁰. Ce principe est énoncé dans le passage suivant tiré de *Wigmore on Evidence*:

[TRADUCTION] L'omission de présenter au tribunal une circonstance, un document, ou un témoin, alors que la partie elle-même ou son adversaire allègue que les faits seraient ainsi élucidés, sert à montrer, ce qui est la déduction la plus naturelle, que la partie craint de le faire, et cette crainte prouve d'une certaine façon que la circonstance, le document ou le témoin, s'ils avaient été présentés, auraient exposé des faits défavorables à la partie. Ces déductions ne peuvent être à juste titre faites qu'à certaines conditions; de plus, elles peuvent toujours s'expliquer par des circonstances qui rendent plus naturelle une hypothèse autre que le fait que la partie craignait la divulgation. Cependant, le bien-fondé de pareille déduction en général n'est pas remis en question¹¹.

[27] L'avocat des demandresses a soutenu que je ne devais pas tirer de conclusion défavorable parce que M^{me} Iles, une citoyenne de la France, ne se trouve pas dans le ressort de la Cour. Il a ajouté qu'elle était disponible également pour les deux parties et que la défenderesse aurait pu l'assigner comme témoin.

[28] Dans *Levesque v. Comeau et al.*¹², la Cour suprême du Canada a statué que le fait qu'un témoin ne se trouve pas dans le ressort du tribunal ne constitue pas une explication valable, vu la possibilité que son témoignage soit recueilli par voie de commission rogatoire. En l'espèce, les demandresses n'ont donné aucune indication qui laisserait croire qu'elles ont tenté d'obtenir le témoignage de M^{me} Iles aux fins de l'instruction ou que celle-ci aurait refusé de comparaître ou de rendre témoignage dans le cadre d'une commission rogatoire.

[29] Cependant, ce qui est encore plus révélateur, c'est que les demandresses ont déjà pu communiquer avec Claire Iles en septembre 1992, lorsqu'elle a signé l'acte confirmant la cession. Il aurait été raisonnable que les demandresses obtiennent alors d'elle les

tion regarding the date of the design's creation.

[30] Therefore, I find that in these circumstances, the Mangrove design was created prior to June 8, 1988 and as such, is governed by section 64 of the Act as it read prior to the legislative amendments. I also hold that under that section, the impugned design cannot be protected by copyright because (i) it is capable of registration under the *Industrial Design Act* and (ii) it was used as a pattern to be multiplied by an industrial process.

[31] In *Bayliner Marine Corp. v. Doral Boats Ltd.*,¹³ the Federal Court of Appeal held that the expression "capable of being registered" signifies that a design need only to fall within the definition of "design" under the *Industrial Design Act* [R.S.C. 1970, c. I-8], irrespective of whether or not it is in fact registerable:

The only question to be considered is whether the subject-matter of the claimed copyright is a design within the meaning of the *Industrial Design Act*. If it is, it is subject to section 46 [now section 64] of the *Copyright Act* as something capable of being registered under the *Industrial Design Act*.¹⁴

[32] Prior to the legislative amendments of 1988, the term "design" was not defined under the *Industrial Design Act*. In *Cimon Ltd. et al. v. Bench Made Furniture Corpn. et al.*,¹⁵ Jackett P. defined the term as follows:

The sort of design that can be registered is therefore a design to be "applied" to "the ornamenting" of an article. It must therefore be something that determines the appearance of an article, or some part of an article, because ornamenting relates to appearance. And it must have as its objective making the appearance of an article more attractive because that is the purpose of ornamenting. It cannot be something that determines the nature of an article as such (as opposed to mere appearance) and it cannot be something that determines how an article is to be created. In other words, it cannot create a monopoly in "a product" or "a process" such as can be acquired by a patent for an invention . . .

. . .

The fact that a design relates to shape or configuration of an article is not, in itself, an objection to its registration. As long as it is a design to be applied "to the ornamenting" of

renseignements concernant la date de la création du dessin.

[30] En conséquence, je conclus que, dans les circonstances, le dessin Mangrove a été créé avant le 8 juin 1988 et qu'il est donc régi par l'article 64 de la Loi, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur des modifications législatives. Je conclus également que, conformément à cet article, le dessin litigieux ne peut être protégé par le droit d'auteur parce i) qu'il est susceptible d'enregistrement en vertu de la *Loi sur les dessins industriels* et ii) qu'il a servi de modèle pour être multiplié par un procédé industriel.

[31] [31] Dans *Bayliner Marine Corp. c. Doral Boats Ltd.*¹³, la Cour d'appel fédérale a statué que l'expression «susceptible d'être enregistré» signifie qu'il suffit qu'un dessin réponde à la définition du terme «dessin» donnée par la *Loi sur les dessins industriels* [S.R.C. 1970, ch. I-8], sans égard au fait qu'il soit ou non effectivement enregistrable:

La seule question à être examinée est celle de savoir si l'objet du droit d'auteur revendiqué constitue un dessin au sens de la *Loi sur les dessins industriels*. Si tel est le cas, il constitue un dessin susceptible d'être enregistré en vertu de la *Loi sur les dessins industriels*, et tombe dans le champ d'application de l'article 46 [devenu depuis l'art. 64]¹⁴.

[32] Avant les modifications législatives de 1988, le terme «dessin» n'était pas défini dans la *Loi sur les dessins industriels*. Dans la décision *Cimon Ltd. et al. v. Bench Made Furniture Corpn. et al.*¹⁵, le président Jackett lui a attribué la définition suivante:

[TRADUCTION] Le genre de dessin enregistrable est donc celui qui est «appliqué» à «l'ornementation» d'un article. Il doit donc se rapporter à l'apparence de l'article ou d'une de ses parties, car l'ornementation concerne l'aspect extérieur. Il doit avoir pour but de rendre l'article plus attrayant, car c'est le but même de tout ornement. Il ne peut s'agir d'un élément déterminant de la nature même de l'article (par opposition au simple aspect extérieur) ou de la méthode applicable à sa fabrication. En d'autres termes, le dessin ne peut créer un droit de monopole sur «un produit» ou «une méthode» tel que celui qu'un brevet d'invention permet d'acquérir . . .

. . .

Le fait qu'un dessin se rapporte à la forme ou configuration d'un article n'est pas en soi un obstacle à son enregistrement. Tant qu'il s'agit d'un dessin qui doit être appliqué à

an article, it is eligible for registration even though it requires that its purpose of “ornamenting” be accomplished in whole or in part by constructing the article, or parts of it, in a certain shape or shapes.¹⁶

[33] Applying these principles to the facts of this case, I cannot do otherwise but conclude that the Mangrove design falls squarely within the definition of the term “design”, since it is a pattern which appeals to the eye and which is applied to a manufactured article, i.e. carpet tiles.

[34] Consequently, the actions are dismissed with costs.

II. Standing

[35] In the event that I have wrongly decided the issue of the application of the *Copyright Act*, there is still another legal hurdle for the plaintiffs to overcome in order to be able to pursue their claim of infringement. The plaintiffs must have the required standing to sue pursuant to subsection 36(1) [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 63] of the Act. The section reads:

36. (1) The author or other owner of any copyright or any person or persons deriving any right, title or interest by assignment or grant in writing from any author or other owner may each, individually for himself, in his own name as party to a suit, action or proceeding, protect and enforce such rights as he may hold, and to the extent of his right, title and interest is entitled to the remedies provided by this Act.

a) Milliken & Company

[36] Milliken bases its right to sue on its ownership of the Mangrove design. It claims to have acquired the rights to the design from Claire Iles on January 11, 1989. As proof of its purchase, it submitted an invoice handwritten by Claire Iles on a pre-printed form signed by Mr. Stoyles and Mr. Willomer on behalf of Milliken and then stamped by Claire Iles with a stamp which included her name. The invoice is reproduced below:¹⁷

«l’ornementation» d’un article, il est admissible à l’enregistrement même si, pour atteindre en totalité ou en partie son objectif «d’ornementation», il faut fabriquer l’article ou certaines de ses parties en lui donnant une forme ou des formes particulières¹⁶.

[33] Si l’on applique ces principes à la situation dont la Cour est saisie, je ne puis que conclure que le dessin Mangrove correspond exactement à la définition du terme «dessin», car il s’agit d’un motif visuel qui est appliqué à un objet manufacturé, savoir des dalles de moquette.

[34] En conséquence, les actions sont rejetées avec dépens.

II. La qualité requise des demandereses

[35] Si j’ai commis une erreur sur la question de l’application de la *Loi sur le droit d’auteur*, il reste aux demandereses un autre obstacle juridique à surmonter pour faire valoir la violation de leur droit d’auteur. Les demandereses doivent avoir la qualité requise pour intenter une poursuite en vertu du paragraphe 36(1) [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 63] de la Loi. Ce paragraphe se lit ainsi:

36. (1) L’auteur, ou un autre titulaire d’un droit d’auteur, ou quiconque possède un droit, un titre ou un intérêt acquis par cession ou concession consentie par écrit d’un auteur ou d’un autre titulaire peut, individuellement pour son propre compte, en son propre nom comme partie à une poursuite, action ou procédure, soutenir et faire valoir les droits qu’il détient, et il peut exercer les recours prescrits par la présente loi dans toute l’étendue de son droit, de son titre et de son intérêt.

a) Milliken & Company

[36] Milliken fonde son droit d’engager une poursuite sur son droit de propriété sur le dessin Mangrove. Elle soutient avoir acquis les droits sur le dessin de Claire Iles le 11 janvier 1989. Comme preuve de son achat, elle a produit une facture manuscrite rédigée par Claire Iles sur un formulaire préimprimé signé par M. Stoyles et M. Willomer au nom de Milliken sur lequel Claire Iles a apposé un tampon portant son nom. Cette facture est reproduite ci-dessous¹⁷:

Exhibit 11, to the Examination for Discovery of Milliken & Company

Pièce 11 jointe à l'interrogatoire préalable de Milliken & Company

JUDGE'S COPY

COPIE DU JUGE

Geoffrey & Claire Iles Promotion artistique 64 Rue Saint-Hippolyte 75001 Paris Tél: 33 1 40 20 12 12		= MILLIKEN CONTRACT P. R. BOBBI STOVICK P. J. Box 2956 CARRANDE CA 30941 U.S.A.	
FATTURA N. 11-2		DATA 11-1-89	
QUANTITA	DESCRIZIONE	UNITA	IMPORTO
6	Rights of Reproduction (copies)		
	n° 918 A 19486		
	8720A 9136A 9168A	US\$ 750.- each	
	9548		
please remit to Mr. G. D. ILES 190 CREDIT SWITZER (CREDIT SUISSE) CHIASSO, Switzerland			
account n° 49075-02-1 468-9252-9311			
Geoffrey & Claire Iles Promotion artistique 64 Rue Saint-Hippolyte 75001 Paris Tél: 33 1 40 20 12 12		P. Iles G. Iles	
AUCUNTA			
IMPONIBILE			
IMPORTO IVA			
		US\$	TOTALE FATTURA 4500.-

valid
2-3-89

[37] The defendant submits that the invoice does not constitute a valid assignment pursuant to subsection 13(4) of the Act, in that it does not have the handwritten signature of the author of the design. As a result, Milliken only acquired the rights to the

[37] La défenderesse affirme que cette facture ne constitue pas un acte de cession valide en vertu du paragraphe 13(4) de la Loi, parce qu'elle ne porte pas la signature manuscrite de l'auteur du dessin. En conséquence, Milliken n'a acquis les droits sur le

design as of September 25, 1992, the date of the assignment, and only has the required standing to sue for conduct occurring subsequently to that date.

[38] The defendant adds that the confirming assignment is not retroactive and cannot be used to validate the first assignment. There cannot be confirmation of what does not already exist.

[39] Subsection 13(4) of the Act allows the owner of a copyright to assign his rights. For the assignment to be valid, it must be in writing and signed by the owner of the right or his authorized agent:

13. . . .

(4) The owner of the copyright in any work may assign the right, either wholly or partially, and either generally or subject to territorial limitations, and either for the whole term of the copyright or for any other part thereof, and may grant any interest in the right by licence, but no assignment or grant is valid unless it is in writing signed by the owner of the right in respect of which the assignment or grant is made, or by his duly authorized agent. [Emphasis added.]

[40] The issue is whether the stamp affixed by Claire Iles is sufficient to satisfy the requirement of subsection 13(4) of the Act. The plaintiffs argue it is. They submit that the owner does not actually have to handwrite his signature on the assignment. It is sufficient for him to affix a facsimile or any other representation of his name, even an "X", so long as it is clear that he was performing a solemn act.

[41] The plaintiffs claim to find support for their position in several cases. For example, in *Goodman v. Eban (J.) Ltd.*,¹⁸ the English Court of Appeal held that the stamping of the facsimile of a solicitor's signature on a bill of costs is sufficient to comply with the *Solicitors Act*¹⁹ which requires the bill to be "signed". Similarly, the Ontario Court of Appeal in *R. v. Fox*²⁰ held that a stamped facsimile of the signature of a Justice of the Peace on a summons is a valid expression of the Justice's intention of authenticating the document.

dessin que le 25 septembre 1992, date de la cession, et n'a la qualité requise pour engager une poursuite que relativement aux actes accomplis après cette date.

[38] La défenderesse ajoute que l'acte confirmant la cession n'a pas d'effet rétroactif et ne peut être utilisé pour valider la première cession. On ne peut confirmer ce qui n'existe pas déjà.

[39] Le paragraphe 13(4) de la Loi autorise le titulaire du droit d'auteur à céder son droit. La cession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit d'auteur ou par son agent dûment autorisé:

13. . . .

(4) Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale, ou avec des restrictions territoriales, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé. [Je souligne.]

[40] La question à trancher est celle de savoir si le tampon apposé par Claire Iles est suffisant pour satisfaire à l'exigence fixée par le paragraphe 13(4) de la Loi. Les demanderesse soutiennent que c'est le cas. Elles affirment que le titulaire n'est pas tenu de signer effectivement l'acte de cession de sa main. Il suffit qu'il y appose un fac-similé ou une autre représentation de son nom, même un «X», du moment qu'il est clair qu'il accomplit un acte solennel.

[41] Les demanderesse invoquent plusieurs décisions judiciaires à l'appui de leur prétention. Ainsi, dans l'arrêt *Goodman v. Eban (J.) Ltd.*¹⁸, la Cour d'appel de l'Angleterre a statué qu'il suffisait de tamponner un fac-similé de la signature d'un avocat sur le mémoire de frais pour se conformer à la *Solicitors Act*¹⁹, laquelle exige que le mémoire de frais soit «signé». De même, la Cour d'appel de l'Ontario a statué, dans l'arrêt *R. v. Fox*²⁰, qu'un fac-similé de la signature d'un juge de paix tamponné sur une assignation exprimait valablement son intention d'authentifier ce document.

[42] However, what the plaintiffs overlook is that the case law also indicates—and in my opinion, more importantly so—that a mark or a facsimile of a signature is accepted if there is evidence to prove that it is the customary way of identification of the person.²¹ This element gives the facsimile the authenticity needed.

[43] In the case at bar, there is no evidence to support that it was Claire Iles practice or custom to authenticate a document by means of her stamp. Thus, it remains unclear whether the stamp was used with the intention of authenticating the document. In fact, the stamp is in the name of both her husband and herself and is affixed twice on the invoice. Could it be said that the stamp on the top is also her signature? Further, it would have been easy for the plaintiffs to have Claire Iles confirm her intention to assign all her rights in the work from the date of the invoice in her confirming assignment. However, no date is indicated.

[44] Finally, the confirming assignment cannot be used to validate the first assignment. In *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.*,²² the Federal Court Trial Division was confronted with an agreement which purported to have a retroactive effect. The problem arose when the plaintiff's subsidiary concluded a sub-licence agreement with a generic drug company to market a generic version of a specified drug using the same appearance as the original drug in which the plaintiff claimed to have trade-mark rights. However, the original licence agreement between the plaintiff and its subsidiary did not authorize the subsidiary to sub-licence its rights as user of the trade-mark. To correct this defect, the plaintiff concluded with its subsidiary another agreement amending the original licence to allow the subsidiary to sub-licence its rights. The amendment was declared to be retroactive to the date of the sub-licence agreement in order to validate it.

[45] The plaintiff argued that subsection 50(1) of the *Trade-marks Act*²³ together with the amending agree-

[42] Néanmoins, les demanderesse ne tiennent pas compte du fait que la jurisprudence indique aussi—et de façon plus importante, à mon avis—qu'une marque ou un fac-similé de signature sont valables si la preuve démontre que c'est la façon habituelle dont la personne en cause s'identifie²¹. Cet élément confère au fac-similé l'authenticité requise.

[43] En l'espèce, aucun élément de preuve n'étaye l'hypothèse que Claire Iles avait pour pratique ou coutume d'authentifier un document en y apposant son tampon. Il n'est donc pas clair qu'elle a utilisé son tampon dans l'intention d'authentifier le document. En fait, le tampon porte à la fois son nom et celui de son conjoint et il a été apposé à deux reprises sur la facture. Peut-on affirmer que le tampon apposé au haut de la facture constitue aussi sa signature? De plus, il aurait été facile pour les demanderesse de demander à Claire Iles de confirmer, dans l'acte confirmant la cession, son intention de céder tous ses droits sur l'œuvre à compter de la date de la facture. Or, il n'y est fait mention d'aucune date.

[44] Enfin, l'acte confirmant la cession ne peut être utilisé pour valider la première cession. Dans l'affaire *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*²², la Section de première instance de la Cour fédérale devait se prononcer sur un accord conçu pour avoir un effet rétroactif. Le problème a surgi lorsque la filiale de la demanderesse a concédé une sous-licence à une société de médicaments génériques pour la commercialisation d'une version générique d'un médicament spécifique sous la même apparence que le médicament original à l'égard duquel la demanderesse prétendait avoir des droits de marque de commerce. Or, l'accord de licence original entre la demanderesse et sa filiale n'autorisait pas cette dernière à concéder par voie de sous-licence ses droits d'utilisateur de la marque de commerce. Pour remédier à la situation, la demanderesse a conclu, avec sa filiale, un nouvel accord modifiant la licence originale pour lui permettre de concéder ses droits par sous-licence. L'accord déclarait que la modification prenait effet rétroactivement à la date de l'accord de sous-licence, afin de le valider.

[45] La demanderesse soutenait que l'effet conjugué du paragraphe 50(1) de la *Loi sur les marques de*

ment operated to cure any defect that might have existed. Reed J. did not agree. She held that subsection 50(1) could not deem “use [of the trade-mark] prior to the granting of a licence to be use that enures to the benefit of the owner”.²⁴

[46] In the case at bar, the first assignment was not valid and as such, it cannot be redeemed by the confirming assignment. One cannot validate something that did not exist.

b) Milliken Canada

[47] As for Milliken Canada, it claims standing as a licensee. At all material times, Milliken Canada had a non-exclusive licence to use, reproduce, modify and exercise the copyright associated with the Mangrove design in Canada. The plaintiffs submit that a non-exclusive licensee has the required standing to sue for copyright infringement. Counsel for the plaintiffs cited the case of *Armstrong Cork Canada v. Domco Industries Ltd.*,²⁵ in which the Supreme Court of Canada held that a non-exclusive licensee could maintain an action in patent infringement to recover damages it had suffered as a result of the infringement.

[48] The defendant suggests that a non-exclusive licensee does not derive any right, title or interest in the copyright that could give it the standing to sue. I agree. The *Armstrong Cork* case deals with section 57 of the *Patent Act*.²⁶ The wording of that section is specific. It gives a right of action to a patentee and to “all persons claiming under him”.²⁷ This expression was held to be sufficient to confer to a non-exclusive licensee the right to sue. No equivalent expression is found in the *Copyright Act*.

[49] Further, the Court of Appeal of England held in *Heap v. Hartley*²⁸ that an exclusive licence does not

*commerce*²³ et de l'accord modificateur corrigeait toute irrégularité qui avait pu se produire. Le juge Reed n'était pas de cet avis. Elle a conclu que le paragraphe 50(1) ne pouvait pas assimiler «une utilisation [de la marque de commerce] antérieure à l'octroi d'une licence à une utilisation qui s'applique au profit du titulaire»²⁴.

[46] En l'espèce, la première cession n'était pas valide, de sorte qu'elle ne peut être régularisée par l'acte confirmant la cession. On ne peut valider une chose qui n'existe pas.

b) Milliken Canada

[47] Quant à Milliken Canada, elle prétend avoir la qualité requise à titre de titulaire d'une licence. À toutes les époques en cause, Milliken Canada était titulaire d'une licence non exclusive l'autorisant à utiliser, à reproduire et à modifier le dessin Mangrove au Canada et à exercer les droits afférents au droit d'auteur sur ce dessin. Les demanderesse soutiennent que le titulaire d'une licence non exclusive a la qualité requise pour engager une poursuite pour violation du droit d'auteur. L'avocat des demanderesse a cité l'arrêt *Armstrong Cork Canada c. Domco Industries Ltd.*²⁵, dans lequel la Cour suprême du Canada a statué que le titulaire d'une licence non exclusive peut intenter une action en contrefaçon de brevet afin d'obtenir compensation des dommages que la contrefaçon lui a causés.

[48] La défenderesse défend la thèse voulant que le titulaire d'une licence non exclusive ne bénéficie d'aucun droit, titre ou intérêt sur le droit d'auteur qui lui conférerait la qualité requise pour engager une poursuite. Je suis du même avis. L'arrêt *Armstrong Cork* porte sur l'article 57 de la *Loi sur les brevets*²⁶. Le libellé de cette disposition est précis. Il confère un droit d'action au breveté et à «toute personne se réclamant du breveté»²⁷. Cette expression a été jugée suffisante pour conférer le droit d'engager une poursuite au titulaire d'une licence non exclusive. La *Loi sur le droit d'auteur* ne contient aucune expression équivalente.

[49] En outre, la Cour d'appel d'Angleterre a statué, dans l'arrêt *Heap v. Hartley*²⁸, qu'une licence exclu-

confer sufficient interest in the right to allow the licensee standing to sue alone for infringement. This case was approvingly cited by the Supreme Court of Canada in *Electric Chain Co. of Canada Ltd. v. Art Metal Works Inc. et al.*²⁹ which was decided prior to the amendment of section 57 of the *Patent Act* when only the patentee had a right of action.³⁰

[50] In light of the above, it would be incorrect to assert that a non-exclusive licensee has a right to sue alone in a copyright infringement action. Accordingly, this is a second ground for dismissal of the actions.

III. Infringement

[51] Finally, in case I am wrong on both the issues of the application of the *Copyright Act* and the plaintiffs' standing, I will decide the question of infringement.

[52] Under section 27 of the Act, infringement can be characterized as primary and/or secondary infringement. The plaintiffs submit that the defendant is liable for both types. At trial, primary infringement was conceded by the defendant and therefore, is not an issue.³¹

[53] As for secondary infringement, it is prohibited under subsection 27(4) of the Act. Subsection 27(4) deems a person to be an infringer if, for example, he sells any work that to his knowledge infringes copyright or would infringe copyright if it had been made within Canada:

27. . . .

(4) Copyright in a work shall be deemed to be infringed by any person who

(a) sells or lets for hire, or by way of trade exposes or offers for sale or hire,

(b) distributes either for the purposes of trade or to such an extent as to affect prejudicially the owner of the copyright,

sive ne confère pas un intérêt suffisant sur le droit pour que son titulaire ait la qualité requise pour engager seul une poursuite pour violation. Cet arrêt a été cité, et approuvé, par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Electric Chain Co. of Canada Ltd. v. Art Metal Works Inc. et al.*²⁹, prononcé avant la modification de l'article 57 de la *Loi sur les brevets*, à une époque où seul le breveté possédait un droit d'action³⁰.

[50] Compte tenu de ce qui précède, il ne serait pas juste d'affirmer que le titulaire d'une licence non exclusive a le droit d'engager seul une poursuite pour violation du droit d'auteur. En conséquence, voilà un deuxième motif justifiant le rejet des actions.

III. La violation du droit d'auteur

[51] Enfin, au cas où j'aurais commis une erreur sur les deux questions de l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* et de la qualité requise des demandereses, je trancherai la question de la violation du droit d'auteur.

[52] L'atteinte au droit d'auteur visée par l'article 27 de la Loi peut être qualifiée de primaire ou de secondaire. Les demandereses soutiennent que la défenderesse a commis ces deux types d'atteintes. À l'instruction, la défenderesse a admis avoir commis une atteinte primaire et cette question n'est donc pas en litige³¹.

[53] Quant à l'atteinte secondaire, elle est interdite par le paragraphe 27(4) de la Loi. Selon ce paragraphe, une personne est considérée comme ayant porté atteinte au droit d'auteur si, par exemple, elle vend une œuvre qui, à sa connaissance, viole le droit d'auteur ou le violerait si elle avait été produite au Canada:

27. . . .

(4) Est considéré comme ayant porté atteinte au droit d'auteur quiconque, selon le cas:

a) vend ou loue, ou commercialement met ou offre en vente ou en location;

b) met en circulation, soit dans un but commercial, soit de façon à porter préjudice au titulaire du droit d'auteur;

(c) by way of trade exhibits in public, or

(d) imports for sale or hire into Canada,

any work that to the knowledge of that person infringes copyright or would infringe copyright if it had been made within Canada.

[54] The defendant has admitted that it sold to the Calgary International Airport carpet tile which infringes the plaintiffs' copyright in the Mangrove design. The issue is whether it had the knowledge that its carpet tile infringed the plaintiffs' copyright.

[55] The test for determining whether an alleged infringer has the knowledge within the meaning of subsection 27(4) was stated by Reed J. in the following manner:

Those cases conclude that "knowledge" in comparable contexts means notice of facts such as would suggest to a reasonable man that a breach of the copyright law was being committed—"notice, which would put a reasonable man on enquiry".³²

[56] Knowledge is to be inferred from the facts of the case and the burden of proving it rests upon the plaintiffs, unless the copyright in the work was duly registered under the Act.

[57] The plaintiffs argue that the defendant had the notice required to give rise to its knowledge of infringement through Sue Madsen, the designer who developed the defendant's carpet tile design for the Calgary International Airport project. I conclude that Ms. Madsen did indeed have knowledge that the defendant's carpet tile infringed the plaintiffs' Mangrove design.

[58] First, she was aware that the Mangrove design was protected by copyright.³³ Second, I find that she was also familiar with the design. She had previously worked as a senior design specialist at Milliken³⁴ and as such, she had attended the NEOCON show in 1989 where the Mangrove design was prominently displayed and where she had assisted in promoting it.³⁵ As a

c) expose commercialement en public;

d) importe pour la vente ou la location au Canada,

une œuvre qui, à sa connaissance, viole le droit d'auteur ou le violerait si elle avait été produite au Canada.

[54] La défenderesse a admis avoir vendu à l'aéroport international de Calgary des dalles de moquette qui violent le droit d'auteur des demanderesse sur le dessin Mangrove. La question à trancher est donc celle de savoir si elle savait que ses dalles de moquette violaient le droit d'auteur des demanderesse.

[55] Le critère à appliquer pour déterminer si l'auteur présumé de l'atteinte au droit d'auteur en avait connaissance au sens du paragraphe 27(4) a été énoncé par le juge Reed dans les termes suivants:

Selon cette jurisprudence, la «connaissance» dans des cas semblables signifie la prise de conscience de faits à partir desquels une personne raisonnable conclurait à la contrefaçon du droit d'auteur—[TRADUCTION] «une prise de conscience qui attirerait l'attention d'une personne raisonnable»³².

[56] La connaissance s'infère des faits de l'espèce et le fardeau de la preuve incombe aux demanderesse, à moins que le droit d'auteur sur l'œuvre ait été dûment enregistré sous le régime de la Loi.

[57] Les demanderesse font valoir que la défenderesse était suffisamment informée pour avoir connaissance de l'atteinte au droit d'auteur par l'intermédiaire de Sue Madsen, la créatrice-dessinatrice qui a conçu le dessin des dalles de moquette de la défenderesse pour le projet de l'aéroport international de Calgary. Je conclus que M^{me} Madsen avait effectivement connaissance du fait que les dalles de moquette de la défenderesse violaient le dessin Mangrove des demanderesse.

[58] Premièrement, elle savait que le dessin Mangrove était protégé par le droit d'auteur³³. Deuxièmement, je conclus également que ce dessin lui était familier. Elle avait déjà travaillé en qualité de créatrice-dessinatrice principale chez Milliken³⁴ et, dans l'exercice de ses fonctions, elle avait participé au salon NEOCON en 1989 où le dessin Mangrove était

result, considering her expertise, Ms. Madsen should have known that she was illegally copying the design when she was developing the pattern to be supplied to the airport. After all, she had been provided two small samples of the original Milliken carpet tile by Richard Hayashi, whose firm had been retained by Transport Canada and the Calgary Airport Authority to act on its behalf in preparing the design for the project.³⁶ She knew these samples were from the design submitted by Milliken³⁷ and that they bore a resemblance to what she herself was designing.³⁸

[59] Further, she certainly should have known that she was infringing the plaintiffs' copyright when in a letter dated February 25, 1991,³⁹ Mr. Hayashi confirmed that the samples he gave her were a "take off on the Milliken sample". In fact, she testified that she was concerned that the Interface design could be infringing Milliken's copyright.⁴⁰ Although she did attempt—but failed—to get a hold of the whole carpet tile from Mr. Hayashi to determine whether she was copying the Milliken design, she did not take any further steps to ensure that there was no infringement.⁴¹

[60] However, the question remains whether Ms. Madsen's knowledge of the copyright infringement can be equated to the knowledge of the corporate defendant itself. It has been recognized that the acts of certain employees deemed to be the "directing minds" of a corporation can be treated as those of the company itself. An employee is considered to be the company's "directing mind" when the corporation has given him the actual authority to decide matters related to a specific area. As stated by Estey J. in *Canadian Dredge & Dock Co. et al. v. The Queen*:⁴²

The learned trial judge, in directing the jury, expressed it more accurately: ". . . so long as he was acting within the scope of the area of the work assigned to him." . . . The essence of the test is that the identity of the directing mind and the company coincide so long as the actions of the former are performed by the manager within the sector of corporation operation assigned to him by the corporation.

exposé bien en évidence et où elle avait participé à sa promotion³⁵. En conséquence, compte tenu de son expertise, M^{me} Madsen aurait dû savoir qu'elle copiait illégalement le dessin lorsqu'elle a conçu le modèle qui devait être fourni à l'aéroport. Après tout, Richard Hayashi, dont l'entreprise avait été retenue par Transports Canada et l'aéroport international de Calgary pour agir en leur nom pour la conception du projet, lui avait fourni deux petits échantillons des dalles de moquette originales de Milliken³⁶. Elle savait que ces échantillons reproduisaient le dessin soumis par Milliken³⁷ et qu'ils ressemblaient au dessin qu'elle était en train de concevoir³⁸.

[59] De plus, elle devait certainement savoir qu'elle portait atteinte au droit d'auteur des demanderessees lorsque M. Hayashi a confirmé, dans une lettre datée du 25 février 1991³⁹, que les échantillons qu'il lui avait remis étaient une «imitation de l'échantillon de Milliken». En fait, elle a déclaré, dans son témoignage, qu'elle était préoccupée par le risque que le dessin d'Interface viole le droit d'auteur de Milliken⁴⁰. Bien qu'elle ait tenté, sans succès, d'obtenir la dalle de moquette en entier de M. Hayashi, pour déterminer si elle copiait le dessin de Milliken, elle n'a pris aucune autre mesure pour s'assurer de ne pas porter atteinte au droit d'auteur⁴¹.

[60] Il reste toutefois à déterminer si le fait que M^{me} Madsen avait connaissance de l'atteinte au droit d'auteur signifie que la société défenderesse avait elle-même connaissance de cette atteinte. Les tribunaux ont reconnu que les actes accomplis par certains employés considérés comme les «âmes dirigeantes» d'une société peuvent être traités comme ayant été accomplis par la société même. Un employé est considéré comme l'«âme dirigeante» d'une société lorsque celle-ci lui a confié le véritable pouvoir décisionnel sur des questions relevant d'un domaine précis. Pour paraphraser le juge Estey, dans l'arrêt *Canadian Dredge & Dock Co. et autres c. La Reine*⁴²:

En donnant ses directives au jury, le savant juge du procès a trouvé une expression plus juste: [TRADUCTION] «. . . pourvu que ses actes entrent dans le cadre du domaine de ses attributions» . . . Ce critère établit essentiellement qu'il y a identité de l'âme dirigeante et de la compagnie si les actes de celle-là ont été accomplis par le directeur dans son secteur de responsabilité. Ce secteur peut être fonctionnel,

The sector may be functional, or geographic, or may embrace the entire undertaking of the corporation.⁴³

[61] Ms. Madsen was delegated the task of designing a pattern for carpet tile to be installed at the Calgary International Airport. As such, it is reasonable to infer that she was given permission to make decisions related to the development of the design. Despite her knowledge of the infringement of the plaintiffs' copyright, she went ahead and developed the infringing carpet tile. She made this decision within her assigned area of responsibility. As a result, her knowledge can be attributed to the corporate defendant. Thus, were it not for my previous finding regarding the application of the *Copyright Act*, I am satisfied that the defendant would be liable for secondary infringement of the plaintiffs' copyright.

[62] The actions are dismissed with costs.

¹ Exhibit P-9.

² Exhibit P-2.

³ R.S.C., 1985, c. C-42 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 11].

⁴ R.S.C., 1985, c. I-9.

⁵ C.R.C., c. 964.

⁶ Exhibit P-2.

⁷ *Supra*, note 3, s. 64(1).

⁸ Exhibit P-2.

⁹ Testimony of Richard Stoyles, at p. 78; Exhibit P-9.

¹⁰ See *Murray v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499 (Sask. C.A.), at pp. 506-507; *Levesque v. Comeau et al.*, [1970] S.C.R. 1010. See also Adrian Keane, *The Modern Law of Evidence*, 3rd ed. (London: Butterworths, 1994), at p. 13; Colin Tapper, *Cross on Evidence*, 8th ed. (London: Butterworths, 1995) at pp. 38-40; John Sopinka & Sidney N. Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: Butterworths, 1974), at pp. 535-537; Stanley Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, Vol. 1, 4th ed. (Toronto: Carswell, 1993), at p. 452.

¹¹ Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, revised by James H. Chadbourn, Vol. 2 (Boston: Little, Brown & Co., 1979), at p. 192.

¹² *Supra*, note 10, at p. 1013.

¹³ [1986] 3 F.C. 421 (C.A.).

¹⁴ *Id.*, at p. 431.

¹⁵ [1965] 1 Ex. C.R. 811.

¹⁶ *Id.*, at pp. 831-833.

¹⁷ Exhibit P-9.

géographique, ou encore il peut englober l'ensemble des opérations de la compagnie⁴³.

[61] M^{me} Madsen s'est vu déléguer la tâche de concevoir le motif des dalles de moquette devant être installées à l'aéroport international de Calgary. Il est donc raisonnable de déduire qu'elle avait la permission de prendre des décisions concernant la conception du dessin. Malgré sa connaissance de l'atteinte au droit d'auteur des demanderesse, elle a poursuivi dans la même voie et elle a conçu les dalles de moquette qui violent le droit d'auteur. Elle a pris cette décision dans le champ de responsabilité qui lui avait été assigné. Sa connaissance peut donc être imputée à la société défenderesse. Ainsi, eussai-je tiré une conclusion différente sur l'application de la *Loi sur le droit d'auteur*, je suis convaincue que la défenderesse serait responsable d'une atteinte secondaire au droit d'auteur des demanderesse.

[62] Les actions sont rejetées avec dépens.

¹ Pièce P-9.

² Pièce P-2.

³ L.R.C. (1985), ch. C-42 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 11].

⁴ L.R.C. (1985), ch. I-9.

⁵ C.R.C., ch. 964.

⁶ Pièce P-2.

⁷ *Supra*, note 3, art. 64(1).

⁸ Pièce P-2.

⁹ Témoignage de Richard Stoyles, à la p. 78; pièce P-9.

¹⁰ Voir *Murray v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499 (C.A. Sask.), aux p. 506 et 507; *Levesque v. Comeau et al.*, [1970] R.C.S. 1010. Voir aussi Adrian Keane, *The Modern Law of Evidence*, 3^e éd. (Londres: Butterworths, 1994), à la p. 13; Colin Tapper, *Cross on Evidence*, 8^e éd. (Londres: Butterworths, 1995), aux p. 38 à 40; John Sopinka & Sidney N. Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: Butterworths, 1974), aux p. 535 à 537; Stanley Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 4^e éd. (Toronto: Carswell, 1993), à la p. 452.

¹¹ Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, révisé par James H. Chadbourn, vol. 2 (Boston: Little, Brown & Co., 1979), à la p. 192.

¹² *Supra*, note 10, à la p. 1013.

¹³ [1986] 3 C.F. 421 (C.A.).

¹⁴ *Id.*, à la p. 431.

¹⁵ [1965] 1 R.C.É. 811.

¹⁶ *Id.*, aux p. 831 à 833.

¹⁷ Pièce P-9.

¹⁸ [1954] 1 All E.R. 763 (C.A.).

¹⁹ (U.K.), 1932, c. 37, s. 65(2)(i).

²⁰ (1958), 120 C.C.C. 289 (Ont. C.A.).

²¹ *Morton v. Copeland* (1855), 139 E.R. 861 (C.P.), per Maule J.

²² (1997), 73 C.P.R. (3d) 371 (F.C.T.D.).

²³ R.S.C., 1985, c. T-13 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 69].

²⁴ *Supra*, note 22, at p. 418.

²⁵ [1982] 1 S.C.R. 907.

²⁶ R.S.C. 1970, c. P-4.

²⁷ In its entirety, s. 57 reads:

57. (1) Any person who infringes a patent is liable to the patentee and to all persons claiming under him for all damages sustained by the patentee or by any such person, by reason of such infringement.

(2) Unless otherwise expressly provided, the patentee shall be or be made party to any action for the recovery of such damages.

²⁸ (1889), 42 Ch.D. 461 (C.A.).

²⁹ [1933] S.C.R. 581.

³⁰ It was decided under s. 32 of the *Patent Act*, R.S.C. 1927, c. 150, s. 57's predecessor. It provides:

32. Every person who, without the consent in writing of the patentee, makes, constructs or puts in practice any invention for which a patent has been obtained under this Act or any previous Act, or who procures such invention from any person not authorized by the patentee or his legal representatives to make or use it, and who uses it, shall be liable to the patentee or his legal representatives in an action of damages for so doing; and the judgment shall be enforced, and the damages and costs that are adjudged shall be recoverable, in like manner as in other cases in the court in which the action is brought.

³¹ Transcript, at p. 339.

³² *Apple Computer Inc. v. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 F.C. 173 (T.D.), at p. 209. See also *Albert v. S. Hoffnung & Co. Ltd.* (1921), 22 S.R. 75 (N.S.W.S.C.), at p. 81; *Clarke, Irwin & Co. v. C. Cole & Co.*, [1960] O.R. 117 (H.C.), at p. 123; *Simon & Schuster Inc. et al. v. Coles Book Stores Ltd.* (1975), 9 O.R. (2d) 718 (H.C.), at p. 720.

³³ *Supra*, note 31, at p. 312.

³⁴ *Id.*, at p. 311.

³⁵ *Id.*, at pp. 287-288 and 311-314.

³⁶ *Id.*, at p. 298.

³⁷ *Id.*, at pp. 328-329.

³⁸ *Id.*, at p. 329.

³⁹ Exhibit P-27.

⁴⁰ *Supra*, note 31, at pp. 318, 321.

⁴¹ *Id.*, at pp. 329-331.

⁴² [1985] 1 S.C.R. 662.

⁴³ *Id.*, at pp. 684-685.

¹⁸ [1954] 1 All E.R. 763 (C.A.).

¹⁹ (R.-U.), 1932, ch. 37, art. 65(2)(i).

²⁰ (1958), 120 C.C.C. 289 (C.A. Ont.).

²¹ *Morton v. Copeland* (1855), 139 E.R. 861 (C.P.), le juge Maule.

²² (1997), 73 C.P.R. (3d) 371 (C.F. 1^{re} inst.).

²³ L.R.C. (1985), ch. T-13 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 69].

²⁴ *Supra*, note 22, à la p. 418.

²⁵ [1982] 1 R.C.S. 907.

²⁶ S.R.C. 1970, ch. P-4.

²⁷ Voici le texte intégral de l'art. 57:

57. (1) Quiconque viole un brevet est responsable, envers le breveté et envers toute personne se réclamant du breveté, de tous dommages-intérêts que cette violation a fait subir au breveté ou à cette autre personne.

(2) Sauf dispositions expressément contraires, le breveté doit être, ou être constitué, partie à toute action en recouvrement des dommages-intérêts en l'espèce.

²⁸ (1889), 42 Ch.D. 461 (C.A.).

²⁹ [1933] R.C.S. 581.

³⁰ Cet arrêt a été prononcé sous le régime de l'art. 32 de la *Loi des brevets*, S.R.C. 1927, ch. 150, que l'art. 57 a remplacé. En voici le libellé:

32. Quiconque, sans le consentement par écrit du breveté, exécute, confectionne, ou met en pratique une chose pour laquelle un brevet d'invention a été pris sous l'empire de la présente loi ou d'une loi antérieure, ou se procure cette chose d'une personne non autorisée par le breveté ou par ses représentants légaux à l'exécuter ou à en faire usage, et l'exploite, est, pour cet acte, passible de la part du breveté ou de ses représentants légaux, d'une action en dommages-intérêts; et le jugement est exécuté et les dommages-intérêts et frais adjugés sont recouvrables de la manière suivie, dans les autres cas, en la cour où l'action est portée.

³¹ Transcription, à la p. 339.

³² *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173 (1^{re} inst), à la p. 209. Voir aussi *Albert v. S. Hoffnung & Co. Ltd.* (1921), 22 S.R. 75 (N.S.W. S.C.), à la p. 81; *Clarke, Irwin & Co. v. C. Cole & Co.*, [1960] O.R. 117 (H.C.), à la p. 123; *Simon & Schuster Inc. et al. v. Coles Book Stores Ltd.* (1975), 9 O.R. (2d) 718 (H.C.), à la p. 720.

³³ *Supra*, note 31, à la p. 312.

³⁴ *Id.*, à la p. 311.

³⁵ *Id.*, aux p. 287 et 288, 311 à 314.

³⁶ *Id.*, à la p. 298.

³⁷ *Id.*, aux p. 328 et 329.

³⁸ *Id.*, à la p. 329.

³⁹ Pièce P-27.

⁴⁰ *Supra*, note 31, aux p. 318 et 321.

⁴¹ *Id.*, aux p. 329 à 331.

⁴² [1985] 1 R.C.S. 662.

⁴³ *Id.*, à la p. 685.

A-200-96

A-200-96

The Minister of Citizenship and Immigration
(Appellant) (Respondent)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(appelant) (intimé)

v.

c.

Ricki Narash Harricharan Singh (Respondent)
(Applicant)

Ricki Narash Harricharan Singh (intimé) (requérant)

INDEXED AS: SINGH v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: SINGH c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Linden and McDonald JJ.A.
—Toronto, February 5; Ottawa, February 23, 1998.

Cour d'appel, juges Stone, Linden et McDonald,
J.C.A.—Toronto, 5 février; Ottawa, 23 février 1998.

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Appeal from F.C.T.D. order setting aside I.R.B., Refugee Division decision respondent not Convention refugee — Decision signed by only one of two Board members hearing matter — Stating other member ceased to hold office — S. 69.1(7) conferring right to decision by two-member panel of Board — S. 63 indicating right can be abridged in event one of board members resigned, ceased to hold office, died, or unable to participate in decision — S. 69.1(10) granting claimants benefit of disagreement between Board members — That not taking part in disposition indicating “unable” to do so — Statute not requiring explanation for why decision not rendered by both members during extension, but F.C.A. decision in Weerasinge v. Canada (M.E.I.) requiring remaining Board member to place on record complete statement of material circumstances giving rise to invocation of s. 63(2) — Intended to inform claimants why lost advantage conferred by s. 69.1(10) — Bald statement departed member participated in disposition in accordance with s. 63(1) not satisfying Weerasinge as not indicating why two-member panel could not render decision before expiry of 8-week extension — Statement reasons reflecting thinking of panel when decision made ambiguous as not revealing when decision made — S. 69.1(10) requiring absolute certainty as to views of each Board member.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel d'une ordonnance de la Section de première instance infirmant une décision de la section du statut de réfugié de la CISR selon laquelle l'intimé n'était pas un réfugié au sens de la Convention — Décision signée par l'un seulement des deux membres de la Commission qui avaient entendu l'affaire — Déclaration selon laquelle l'autre membre avait cessé d'exercer sa charge — L'art. 69.1(7) confère le droit d'être entendu par une formation de deux membres de la Commission — L'art. 63 indique que ce droit peut être restreint lorsque l'un des deux membres de la formation a démissionné, a cessé d'exercer sa charge, est décédé ou est empêché de participer à la décision — L'art. 69.1(10) accorde aux demandeurs de statut l'avantage du désaccord entre les membres de la Commission — Le fait de ne pas participer à la décision indique que la personne était «empêchée» de le faire — La Loi n'exige pas d'explications au sujet des raisons pour lesquelles la décision n'a pas été rendue par les deux membres au cours du délai supplémentaire, mais l'arrêt rendu par la C.A.F. dans Weerasinge c. Canada (M.E.I.) exige que l'autre membre de la Commission verse au dossier une déclaration détaillée des circonstances pertinentes donnant lieu à l'application de l'art. 63(2) — Cette déclaration vise à informer les demandeurs de statut de la raison pour laquelle ils ont perdu l'avantage que leur garantit l'art. 69.1(10) — La simple déclaration selon laquelle le membre qui avait quitté la Commission avait participé à la décision conformément à l'art. 63(1) ne respectait pas le principe énoncé dans l'arrêt Weerasinge, car elle n'indiquait pas la raison pour laquelle la formation de deux membres n'avait pas pu rendre de décision avant l'expiration du délai supplémentaire de huit semaines — La mention que les motifs traduisaient l'opinion réfléchie de la formation au moment où la décision a été prise était ambiguë, car elle n'indiquait pas le moment auquel la décision avait été prise — L'art. 69.1(10) exige une certitude absolue quant aux opinions de chaque membre de la Commission.

This was an appeal from a Trial Division order setting aside an Immigration and Refugee Board, Refugee Division

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a infirmé une décision de la

decision that was signed by one member only of the two-member panel. The claim for refugee status was heard by Board members Berman and Guthrie on June 22, 1994 and the decision that the respondent was not a Convention refugee was rendered on April 7, 1995 by Berman alone. The decision stated that Guthrie had ceased to hold office on December 27, 1994, and that he had participated in the disposition of the claim in accordance with *Immigration Act*, subsection 63(1). That subsection permits a person, at the request of the Chairperson, within eight weeks after resigning or ceasing to hold office as a member of the Refugee Division, to take part in the disposition of any matter previously heard by that person. Subsection 63(2) provides that where a person to whom subsection 63(1) applies is unable to take part in the disposition thereof or has died, the remaining members who heard the matter may make the disposition. Subsection 69.1(7) requires that a claim be heard by a quorum of two Board members. Subsection 69.1(10) provides that a claim for Convention refugee status must be granted in the event of a split decision, unless the matter is governed by subsection 69.1(10.1). The reasons also stated that they reflected the thinking of the panel when the decision was made. The Trial Judge quashed the Board's decision on the ground that there was no evidence that the other Board member was "unable", in the sense of prevented by circumstances beyond his control, to take part in the decision and because the explanation given for one person alone signing the decision was at best ambiguous. The following question was certified: is the expiration of a Board member's term a sufficient ground to invoke *Immigration Act*, subsection 63(2)?

Held, the answer to the certified question was that the expiration of a Board member's term is a sufficient ground to invoke subsection 63(2) but the appeal should be dismissed on the ground that the member who signed the decision failed to provide a complete statement of the material circumstances in accordance with this Court's decision in *Weerasinge v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.

Section 63 indicates that the statutory right to a decision by a two-member panel of the Board is not absolute, and that it can be abridged in the event that one of the Board members has resigned or otherwise ceased to hold office, died or was unable to participate in the decision. Subsection 63(2) recognizes that during the eight-week period of extension, the Board member might not be in a position to participate in the disposition of a matter. The very fact that

section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qu'un seul membre de la formation de deux membres avait signée. La demande de statut de réfugié a été entendue par deux membres de la Commission, soit MM. Berman et Guthrie, le 22 juin 1994, et seul le membre Berman a rendu le 7 avril 1995 la décision selon laquelle l'intimé n'était pas un réfugié au sens de la Convention. La décision mentionnait que le mandat de M. Guthrie avait expiré le 27 décembre 1994 et qu'il avait participé à la décision relative à la revendication conformément au paragraphe 63(1) de la *Loi sur l'immigration*. Ce paragraphe prévoit que le membre de la section du statut qui a cessé d'exercer sa charge ou a démissionné peut, à la demande du président et dans un délai de huit semaines après la démission ou la cessation de ses fonctions, participer aux décisions à rendre sur les affaires qu'il avait préalablement entendues. Le paragraphe 63(2) prévoit quant à lui que, en cas de décès ou d'empêchement du membre visé au paragraphe 63(1), les autres membres qui ont également entendu l'affaire peuvent rendre la décision. Le paragraphe 69.1(7) exige que la demande de statut soit entendue par un quorum de deux membres de la Commission. Le paragraphe 69.1(10) dispose que, en cas de partage, le statut de réfugié au sens de la Convention doit être accordé, sauf si la question est visée par le paragraphe 69.1(10.1). Les motifs mentionnaient également qu'ils traduisaient l'opinion réfléchi de la formation au moment où la décision a été prise. Le juge de première instance a annulé la décision de la Commission au motif qu'aucun élément de la preuve n'indiquait que l'autre membre concerné de la Commission était «empêché», au sens d'empêché par des circonstances hors de son contrôle, de participer à ladite décision et que l'explication donnée au sujet de la présence d'un seul membre était au mieux ambiguë. La question suivante a été certifiée: l'expiration du mandat d'un membre de la Commission est-elle un motif suffisant pour que puisse être invoqué le paragraphe 63(2) de la *Loi sur l'immigration*?

Arrêt: il a été répondu à la question certifiée que l'expiration du mandat d'un membre de la Commission est un motif suffisant pour que puisse être invoqué le paragraphe 63(2) mais que l'appel devrait être rejeté au motif que le membre qui a signé la décision n'a pas fourni une déclaration détaillée des circonstances pertinentes conformément au jugement que la Cour d'appel fédérale a rendu dans l'affaire *Weerasinge c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*.

L'article 63 indique que le droit prévu par la loi à une décision rendue par une formation de deux membres n'est pas absolu et qu'il peut être restreint lorsque l'un des deux membres de la formation a démissionné ou a cessé d'exercer sa charge pour tout autre motif ou encore en cas de décès ou d'empêchement de cette personne. Le paragraphe 63(2) a pour effet de reconnaître qu'au cours du délai supplémentaire de huit semaines, le membre de la Commission ne sera

a person has not taken part in the disposition of the matter after the expiry of such extension indicates that he or she was "unable" to do so. The departed Board member will have lost the required authority. The statute itself does not require that any explanation be given. However, case law requires that a sufficient explanation be provided by the member who disposes of the matter on behalf of the Board by signing it alone. The explanation must be one that is contemplated by section 63.

According to the *Weerasinghe* principle, in order to "ensure" that "justice is seen to have been done", the remaining Board member must place on the record a "complete statement of the material circumstances" giving rise to the invocation of subsection 63(2). Such a statement is intended to inform claimants of why they have lost the advantage secured to them by subsection 69.1(10).

Board member Berman's bald statement that the departed member "participated in the disposition of the claim in accordance with section 63(1)" did not satisfy the *Weerasinghe* principle. That statement shed no light on the circumstances that prevented the two-member panel from rendering a decision before the expiry of the eight-week period of extension. The statement that the "present reasons reflect the thinking of the panel when the decision was made" did not reveal when the decision was made. The explanation was at best ambiguous. A more detailed explanation of the material circumstances giving rise to the departed member's inability to participate in the disposition of the matter within the extension period was required to satisfy the *Weerasinghe* principle.

Subsection 69.1(10) heightens the need to be absolutely certain of the views of each Board member. Nothing in the record documented Board member Guthrie's views before he left the Board. As a practical reality of decision making, "decisions often change with the writing of reasons". Requiring that each member of the panel indicate his or her agreement or disagreement with the final decision by signing ensures that the decision accurately reflects the opinions of each person who participated in it. Section 63 constitutes an exception to this requirement in the circumstances in which it applies to a Board member who does not sign.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 61(5) (enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 50), 63(1) (as am. *idem*, s. 52), (2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 69.1(7) (as enacted *idem*), (8) (as enacted *idem*; S.C. 1992, c. 49,

peut-être pas en mesure de participer à la décision se rapportant à l'affaire entendue. Le simple fait que la personne n'a pas participé à la décision relative à l'affaire après l'expiration de ce délai indique qu'elle était «empêchée» de le faire. Le membre en question aura donc perdu la compétence nécessaire. La Loi en soi n'exige pas que des explications soient fournies. Toutefois, d'après la jurisprudence, le membre qui tranche l'affaire au nom de la Commission en signant seul la décision doit fournir une explication satisfaisante. L'explication doit manifestement être visée par l'article 63.

Selon le principe de l'arrêt *Weerasinghe*, pour «garantir que justice paraisse avoir été rendue», l'autre membre de la Commission doit verser au dossier une «déclaration détaillée des circonstances pertinentes» donnant lieu à l'application du paragraphe 63(2). Cette déclaration vise à informer les demandeurs de statut de la raison pour laquelle ils ont perdu l'avantage que leur garantit le paragraphe 69.1(10).

La simple déclaration du membre Berman selon laquelle le membre qui avait quitté la Commission «a participé à la décision relative à la revendication conformément au paragraphe 63(1)» ne respectait pas le principe énoncé dans l'arrêt *Weerasinghe*. Cette déclaration n'éclairait nullement sur les circonstances qui ont empêché la formation de deux membres de rendre une décision avant l'expiration du délai supplémentaire de huit semaines. La mention que «les présents motifs traduisent l'opinion réfléchie de la formation au moment où la décision a été prise» n'indiquait pas le moment auquel la décision a effectivement été prise. L'explication était, au mieux, ambiguë. Une explication plus détaillée des circonstances pertinentes qui ont empêché le membre de participer à la décision relative à l'affaire pendant le délai supplémentaire était nécessaire pour que le principe énoncé dans l'arrêt *Weerasinghe* soit respecté.

Le paragraphe 69.1(10) renforce la nécessité de connaître avec une certitude absolue les opinions de chaque membre de la Commission. Le dossier ne renfermait aucun élément appuyant les opinions que Guthrie avait avant de quitter la Commission. «Les décisions changent souvent au moment de la rédaction des motifs». Le fait d'obliger chaque membre de la formation à indiquer s'il est d'accord ou non avec la décision finale en apposant sa signature permet de garantir que la décision traduit fidèlement l'opinion de chaque personne qui y a participé. L'article 63 crée une exception à cette exigence dans les circonstances où il s'applique à un membre de la Commission qui ne signe pas.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 61(5) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18), 63(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 52), (2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18), 69.1(7) (édicte, *idem*), (8) (édicte, *idem*; L.C. 1992, ch. 49,

s. 60), (9) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60), (10) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60), (10.1) (as enacted *idem*), (11) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60), 83(1) (as am. *idem*, s. 73).

art. 60), (9) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18), (10) (édicte, *idem*; L.C. 1992, ch. 49, art. 60), (10.1) (édicte, *idem*), (11) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60), 83(1) (mod., *idem*, art. 73).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Weerasinge v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1994] 1 F.C. 330; 17 Admin. L.R. (2d) 214; 22 Imm. L.R. (2d) 1; 161 N.R. 200 (C.A.).

CONSIDERED:

Mehael v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1993] F.C.J. No. 838 (T.D.) (QL); *Odameh v. Minister of Employment and Immigration* (1985), 185 N.R. 9 (F.C.A.); *Braillko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 97 F.T.R. 129 (F.C.T.D.); *IBM Canada Ltd. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise*, [1992] 1 F.C. 663; (1991), 129 N.R. 369; 4 T.C.T. 6356; 7 T.T.R. 285 (C.A.).

REFERRED TO:

Latif v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration) (1996), 45 Admin. L.R. (2d) 254; 123 F.T.R. 201; 36 Imm. L.R. (2d) 182 (F.C.T.D.); *Ashraf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 289 (F.C.T.D.); *De Arce v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 72; 32 Imm. L.R. (2d) 74 (F.C.T.D.); *Eryilmazli v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 131 F.T.R. 22 (F.C.T.D.); *Garrison v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 90 F.T.R. 61; 28 Imm. L.R. (2d) 113 (F.C.T.D.); *Kutovsky-Kovaliov et al. v. Canada (Secretary of State)* (1995), 93 F.T.R. 293 (F.C.T.D.); *Mirzaei v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1995), 32 Imm. L.R. (2d) 69 (F.C.T.D.); *Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 136 F.T.R. 253 (F.C.T.D.); *Quintero v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 90 F.T.R. 251 (F.C.T.D.); *Sereguine v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 108 F.T.R. 133 (F.C.T.D.); *Sinishin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 96 F.T.R. 8 (F.C.T.D.); *Sommariva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 110 F.T.R. 319; 33 Imm. L.R. (2d) 25 (F.C.T.D.); *Soukhaniouk et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 85 F.T.R. 55 (F.C.T.D.); *Tirawi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 136 F.T.R. 235 (F.C.T.D.); *Vega-Solis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Weerasinge c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] 1 C.F. 330; 17 Admin. L.R. (2d) 214; 22 Imm. L.R. (2d) 1; 161 N.R. 200 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Mehael c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] F.C.J. n° 838 (1^{re} inst.) (QL); *Odameh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1995), 185 N.R. 9 (C.A.F.); *Braillko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 97 F.T.R. 129 (C.F. 1^{re} inst.); *IBM Canada Ltd. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise*, [1992] 1 C.F. 663; (1991), 129 N.R. 369; 4 T.C.T. 6356; 7 T.T.R. 285 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Latif c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1996), 45 Admin. L.R. (2d) 254; 123 F.T.R. 201; 36 Imm. L.R. (2d) 182 (C.F. 1^{re} inst.); *Ashraf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 289 (C.F. 1^{re} inst.); *De Arce c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 72; 32 Imm. L.R. (2d) 74 (C.F. 1^{re} inst.); *Eryilmazli c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 131 F.T.R. 22 (C.F. 1^{re} inst.); *Garrison c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 90 F.T.R. 61; 28 Imm. L.R. (2d) 113 (C.F. 1^{re} inst.); *Kutovsky-Kovaliov et al. c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 93 F.T.R. 293 (C.F. 1^{re} inst.); *Mirzaei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 32 Imm. L.R. (2d) 69 (C.F. 1^{re} inst.); *Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 136 F.T.R. 253 (C.F. 1^{re} inst.); *Quintero c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 90 F.T.R. 251 (C.F. 1^{re} inst.); *Sereguine c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 108 F.T.R. 133 (C.F. 1^{re} inst.); *Sinishin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 96 F.T.R. 8 (C.F. 1^{re} inst.); *Sommariva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 110 F.T.R. 319; 33 Imm. L.R. (2d) 25 (C.F. 1^{re} inst.); *Soukhaniouk et al. c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 85 F.T.R. 55 (C.F. 1^{re} inst.); *Tirawi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra-*

(1995), 93 F.T.R. 211 (F.C.T.D.); *Zivkovic v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 88 F.T.R. 192 (F.C.T.D.); *Malouf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (F.C.A.); *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

(1997), 136 F.T.R. 235 (C.F. 1^{re} inst.); *Vega-Solis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 211 (C.F. 1^{re} inst.); *Zivkovic c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 88 F.T.R. 192 (C.F. 1^{re} inst.); *Malouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (C.A.F.); *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (C.A.F.).

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, rev. 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1968. "render".

APPEAL from a Trial Division order setting aside a decision of the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board that was signed by one member only of the two-member panel (*Singh (Ricki) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 104 F.T.R. 312 (F.C.T.D.)). Appeal dismissed on the ground that the member who signed the decision failed to provide a complete statement of the material circumstances in accordance with *Weerasinghe v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*.

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, rev. 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1968. «render».

APPEL d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance a infirmé une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qu'un seul membre de la formation de deux membres avait signée (*Singh (Ricki) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 104 F.T.R. 312 (C.F. 1^{re} inst.)). Appel rejeté au motif que le membre qui a signé la décision n'a pas fourni une déclaration détaillée des circonstances pertinentes conformément au jugement que la Cour d'appel fédérale a rendu dans l'affaire *Weerasinghe c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*.

COUNSEL:

Kevin Lunney for appellant (respondent).
Michael E. Korman for respondent (applicant).

AVOCATS:

Kevin Lunney pour l'appellant (intimé).
Michael E. Korman pour l'intimé (requérant).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (respondent).
Otis & Korman, Toronto, for respondent (applicant).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant (intimé).
Otis & Korman, Toronto, pour l'intimé (requérant).

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] STONE J.A.: This is an appeal from an order of the Trial Division [*Singh (Ricki) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 104 F.T.R. 312] by which a decision of the Refugee Division of the Immigration and Refugee Board that was signed by one member only of the two-member panel was set aside. That decision determined the respondent not to

[1] LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel d'une ordonnance par laquelle la Section de première instance [*Singh (Ricki) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 104 F.T.R. 312] a infirmé une décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qu'un seul membre de la formation de deux

be a Convention refugee. It will be convenient to refer in these reasons to the Refugee Division as “the Board”.

[2] Reed J. certified the following question pursuant to subsection 83(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] (the Act):

Is the expiration of a Board member’s term sufficient grounds to invoke subsection 63(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2?

I interpret the words “the expiration of a Board member’s term” in the context of this appeal as referring to the expiration of an extension granted by the Chairperson pursuant to subsection 63(1) [as am. *idem*, s. 52].

[3] The claim for Convention refugee status was heard by Board members Berman and Guthrie on June 22, 1994, and the decision was rendered on April 7, 1995, by member Berman alone. At page 7 of his decision Board member Berman stated:

The Federal Court of Appeal in *Weerasinge, Dunstan v. M.E.I.* has directed that when recourse has been had to subsection 63(2) of the *Immigration Act*, this fact must be clearly put on the record, together with a “complete statement of the material circumstances” in which this provision has been engaged. Otherwise, a decision made by a single Member is *prima facie* made without jurisdiction.

In accordance with subsection 69.1(7) of the *Act*, this claim was heard by a panel of two members, namely John G. Guthrie and Samuel Berman. However, there subsequently arose circumstances which have triggered the application of subsection 63(2) of the *Act* to these proceedings.

Mr. Guthrie ceased to hold office as a member of the Convention Refugee Determination Division on December 27, 1994. He participated in the disposition of the claim in accordance with section 63(1) of the *Act*. The present reasons, written and signed by the remaining member, reflect the thinking of the panel when the decision was made. Accordingly, the reasons signed by the remaining member who heard the claim are deemed to be the reasons

membres avait signée. Dans cette décision, il a été jugé que l’intimé n’était pas un réfugié au sens de la Convention. Pour des raisons d’ordre pratique, il convient dans les présents motifs d’utiliser l’expression «la Commission» pour désigner la section du statut de réfugié.

[2] M^{me} le juge Reed a certifié la question suivante en application du paragraphe 83(1) de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] (la Loi):

L’expiration du mandat d’un membre de la Commission est-elle un motif suffisant pour que puisse être invoqué le paragraphe 63(2) de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2?

Dans le contexte du présent appel, les mots «l’expiration du mandat d’un membre de la Commission» renvoient à mon avis à l’expiration d’un délai supplémentaire que le président a accordé en application du paragraphe 63(1) [mod., *idem*, art. 52].

[3] La demande de statut de réfugié a été entendue par deux membres de la Commission, soit MM. Berman et Guthrie, le 22 juin 1994, et seul le membre Berman a rendu la décision le 7 avril 1995. À la page 7 de sa décision, le membre Berman s’exprime en ces termes:

Dans l’arrêt *Weerasinge, Dunstan c. M.E.I.*, la Cour d’appel fédérale a décidé que, lorsque l’on fait intervenir le paragraphe 63(2) de la *Loi sur l’immigration*, on doit verser au dossier une «déclaration détaillée des circonstances pertinentes», faute de quoi la décision d’un seul membre est à première vue rendue sans compétence.

Conformément au paragraphe 69.1(7) de la Loi, la présente demande a été entendue par une formation de deux membres, soit John G. Guthrie et Samuel Berman. Cependant, certaines circonstances ont subséquemment déclenché l’application du paragraphe 63(2) à la présente affaire.

Le mandat de M. Guthrie en tant que membre de la section du statut de réfugié au sens de la Convention a expiré le 27 décembre 1994. Il a participé à la décision relative à la revendication conformément au paragraphe 63(1) de la *Loi*. Les présents motifs, rédigés et signés par le membre restant, traduisent l’opinion réfléchie de la formation au moment où la décision a été prise. Par conséquent, les motifs signés par le membre restant qui a entendu la

of the panel. [Footnote omitted.]

[4] Subsection 63(1) of the Act applies to all three divisions of the Immigration and Refugee Board. We are here concerned with the impact of the section upon the decision-making authority of the Refugee Division only. Section 63 reads as follows [subsection 63(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)]:

63. (1) Any person who has resigned or otherwise ceased to hold office as a member of the Refugee Division, Adjudication Division or Appeal Division may, at the request of the Chairperson, at any time within eight weeks after that event, make, or take part in, the disposition of any matter previously heard by that person and, for that purpose, the person shall be deemed to be such a member.

(2) Where a person to whom subsection (1) applies or any other member by whom a matter has been heard is unable to take part in the disposition thereof or has died, the remaining members, if any, who heard the matter may make the disposition and, for that purpose, shall be deemed to constitute the Refugee Division or the Appeal Division, as the case may be.

[5] The primary requirement of the Act as set out in subsection 69.1(7) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18]¹ is that a claim be heard by a quorum of two Board members. The clear effect of subsection 69.1(10) [as enacted *idem*; S.C. 1992, c. 49, s. 60]² is that a claim for Convention refugee status must be granted “in the event of a split decision” unless the matter is governed by subsection 69.1(10.1) [as enacted *idem*]. An exception to these requirements is found in subsection 69.1(8) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60]³, which permits a claim to be heard and determined by one Board member if the claimant “consents thereto”.

[6] These various provisions were examined by this Court in *Weerasinghe v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 330 (C.A.), where a case that had been heard by two members was disposed of by only one of them. It is not clear that the Chairperson had requested the other member to participate in the disposition of the matter pursuant to subsection 63(1). Mahoney J.A., writing for the Court, gave the following opinion, at pages 334-335:

revendication sont réputés constituer les motifs de la formation entière. [Renvoi omis.]

[4] Le paragraphe 63(1) de la Loi s'applique aux trois sections de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Ce qui nous intéresse en l'espèce, c'est l'effet de cette disposition sur le pouvoir décisionnel de la section du statut de réfugié seulement. Voici le texte de l'article 63 [paragraphe 63(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18)]:

63. (1) Le membre de la section du statut, de la section d'appel ou de la section d'arbitrage qui a cessé d'exercer sa charge par suite de démission ou pour tout autre motif peut, à la demande du président et dans un délai de huit semaines après la cessation de ses fonctions, participer aux décisions à rendre sur les affaires qu'il avait préalablement entendues. Il conserve à cette fin sa qualité de membre.

(2) En cas de décès ou d'empêchement du membre visé au paragraphe (1), ou de tout autre membre y ayant participé, les autres membres qui ont également entendu l'affaire peuvent rendre la décision, et sont, à cette fin, réputés constituer la section d'appel ou du statut, selon le cas.

[5] Selon l'exigence fondamentale de la Loi, qui est énoncée au paragraphe 69.1(7) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18]¹, la demande de statut doit être entendue par un quorum de deux membres de la Commission. Il appert nettement du paragraphe 69.1(10) [édicte, *idem*; L.C. 1992, ch. 49, art. 60]² que, «en cas de partage», le statut de réfugié au sens de la Convention doit être accordé, sauf si la question est visée par le paragraphe 69.1(10.1) [édicte, *idem*]. Une exception à ces exigences est énoncée au paragraphe 69.1(8) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60]³, qui permet à un membre seul d'entendre et de trancher une demande, si l'intéressé «y consent».

[6] La Cour d'appel fédérale a examiné ces différentes dispositions dans l'arrêt *Weerasinghe c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 330 (C.A.), où une affaire entendue par deux membres a été jugée par un seul des deux. Il est difficile de savoir si le président avait demandé à l'autre membre de participer à la décision relative à la question conformément au paragraphe 63(1). Le juge Mahoney, J.C.A., qui a rendu le jugement au nom de

The rights assured by section 7 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]] are put in issue when a claim to be a Convention refugee is made. Absent consent, a claimant is entitled to a hearing by a two-member panel and is entitled to the benefit of any disagreement between them. Recourse to subsection 63(2) is a serious matter which denies a claimant a right accorded by the Act. A decision made by a single member is *prima facie* made without jurisdiction. When a claimant consents to or requests a hearing by a single member, that must be, as it invariably has been, clearly put on the record. It should be likewise when recourse has been had to subsection 63(2).

As a matter of law and to ensure that justice is seen to have been done, when subsection 63(2) is properly engaged a complete statement of the material circumstances should be put on the record. Such statement may, of course, be included in the reasons for decision.

These views were apparently based on the perceived absence of any explanation in the decision for the other Board member not participating in it.⁴

[7] It had been earlier held that “the mere invocation of subsection 63(2)”, without more, “is not sufficient to give rise to its application”: *Mehael v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 838 (T.D.) (QL), at paragraph 9. As was noted by Noël J. in that case, at paragraph 10, such invocation left him “unable to ascertain whether the member in question had passed away, had ceased to hold office, or was simply unavailable when the reasons were given”.

[8] In *Odameh v. Minister of Employment and Immigration* (1995), 185 N.R. 9 (C.A.), this Court had to decide whether an explanation of the remaining member that the departed member of the panel had “ceased to hold office” satisfied the *Weerasinghe* principle for invoking subsection 63(2). In disposing of the appeal MacGuigan J.A. stated for the Court, at page 10:

la Cour, s’est exprimé de la manière suivante aux pages 334 et 335:

La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention met en jeu les droits garantis par l’article 7 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]]. À moins qu’il consente à être jugé par un seul membre, l’auteur de la revendication a droit à une audience tenue par un tribunal composé de deux membres, et il a l’avantage de tout désaccord entre ces derniers. Le recours au paragraphe 63(2) est une action grave qui nie au demandeur un droit conféré par la Loi. La décision d’un seul membre est à première vue rendue sans compétence. Lorsque le demandeur consent à être jugé par un seul membre, le dossier doit, comme il l’a toujours fait, l’indiquer clairement. Il devrait en être de même lorsque l’on s’est prévalu du paragraphe 63(2).

En droit, et afin de garantir que justice paraisse avoir été rendue, lorsque l’on fait régulièrement intervenir le paragraphe 63(2), on doit verser au dossier une déclaration détaillée des circonstances pertinentes. Une telle déclaration peut, bien sûr, être incluse dans les motifs de la décision.

Cette opinion était apparemment fondée sur le fait qu’aucune explication ne semblait avoir été donnée dans la décision au sujet de l’absence de l’autre membre⁴.

[7] La Cour fédérale a déjà décidé que «la seule mention du paragraphe 63(2)», sans plus «ne suffit pas pour que celui-ci s’applique»: *Mehael c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] F.C.J. n° 838 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 9. Comme le juge Noël l’a mentionné dans cette affaire, au paragraphe 10, cette façon de procéder ne lui permettait pas «de déterminer si le membre en cause avait cessé d’exercer sa charge, était décédé ou était tout simplement retenu ailleurs lorsque les motifs ont été prononcés».

[8] Dans l’arrêt *Odameh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1995), 185 N.R. 9 (C.A.), la Cour devait décider si une explication du membre restant selon laquelle le membre qui avait quitté la formation avait «cessé d’exercer sa charge» respectait le principe de l’arrêt *Weerasinghe* aux fins de l’application du paragraphe 63(2). Le juge MacGuigan, J.C.A., qui a tranché l’appel au nom de la Cour, s’est exprimé de la manière suivante à la page 10:

It should be noted that in **Weerasinge**, as was pointed out by McKeown, J., in **Soukhaniouk et al. v. Minister of Employment and Immigration** (1994), 85 F.T.R. 55 (T.D.), there was no statement at all put on the record as to why the matter was decided by a single member. McKeown, J., went on to distinguish the case before him as follows (58):

“In the case before me the member clearly sets out the reasons the claim was decided by one member and that was because the second member had left the board at the time the decision was made. Accordingly, in my view, the reasons for decision disclose why s. 63(2) is properly engaged.”

In our opinion the case at bar is on all fours with **Soukhaniouk** and ought to be decided in the same way.

Although it would not be undesirable for details to be provided by the continuing Board member, we believe it is not strictly necessary. If s. 63(2) is invoked by that member, with the explanation that the other member has ceased to hold office as a member, that invocation carries with it the clear implication that the departed member was not requested by the chairman to participate in the decision of the matter within eight weeks of departure and did not in fact participate in the decision either then or earlier. In our view, this is a sufficiently complete statement of the material circumstances in accordance with the **Weerasinge** rule.

[9] Reed J. was of the view that neither *Weerasinge*, *supra*, nor *Odameh*, *supra*, was dispositive of the issue before her. She went on, at page 316, to be guided by views she had expressed in *Brailko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 97 F.T.R. 129 (F.C.T.D.), with respect to the meaning of the word “unable” in subsection 63(2), where she stated, at page 132:

The word “unable” in s. 63(2) is found in the phrase “unable to take part in the disposition thereof or has died . . .”. I find it difficult to think that Parliament intended “unable” to include the situation in which a Board member knows when his or her term will end, participates in the hearing of an appeal, but simply does not get around to making a decision before expiration of the term of office (or within eight weeks thereafter as provided for in s. 63(1)). I read “unable” in association with the companion circumstance “or has died”. In my view, being unable to take part in a decision refers to a situation in which something unexpected and beyond the control of the Board member

Il convient de souligner que, dans l'affaire **Weerasinge**, comme le juge McKeown l'a mentionné dans l'arrêt **Soukhaniouk et al. c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration** (1994), 85 F.T.R. 55 (1^{re} inst.), aucune déclaration n'a été versée au dossier au sujet de la question de savoir pourquoi la revendication avait été tranchée par un seul membre. Le juge McKeown a distingué cette affaire du cas dont il était saisi (p. 58):

«En l'espèce, le membre a clairement donné la raison pour laquelle la revendication a été tranchée par un seul membre, savoir que le second membre avait quitté la Commission au moment de la prise de décision. En conséquence, j'estime que les motifs de la décision révèlent la raison pour laquelle le paragraphe 63(2) entre régulièrement en jeu.»

À notre avis, la situation en l'espèce est identique à celle de l'arrêt **Soukhaniouk** et devrait être tranchée de la même façon.

Même s'il est souhaitable que des explications soient fournies par le membre de la Commission qui reste en fonction, nous ne croyons pas que ce soit absolument nécessaire. Si ce membre invoque le paragraphe 63(2) en indiquant que l'autre membre a cessé d'exercer sa charge, cette indication signifie que le président n'a pas demandé à celui-ci de participer à la décision dans les huit semaines de son départ et qu'il n'a effectivement pas participé à la décision, que ce soit à ce moment ou avant. À notre avis, il s'agit d'une déclaration suffisamment détaillée des circonstances pertinentes qui est conforme à la règle énoncée dans l'arrêt **Weerasinge**.

[9] M^{me} le juge Reed estimait que ni l'arrêt *Weerasinge*, précité, non plus que l'arrêt *Odameh*, précité, ne permettaient de trancher la question dont elle était saisie. À la page 316, elle a cité les commentaires suivants qu'elle avait formulés dans l'arrêt *Brailko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 97 F.T.R. 129 (C.F. 1^{re} inst.), au sujet du sens du mot «empêchement» du paragraphe 63(2), à la page 132:

Le mot «empêchement» au paragraphe 63(2) se trouve dans la phrase «en cas de décès ou d'empêchement . . .». J'ai peine à croire que le législateur voulait que l'expression «en cas d'empêchement» s'étende à la situation où un commissaire qui sait quand finira son mandat, participe à l'audition d'un appel, et ne rend tout simplement pas une décision avant l'expiration de son mandat (ou dans un délai de huit semaines après cessation de ses fonctions, tel que prévu au paragraphe 63(1)). Je lis «empêchement» en corrélation avec l'autre situation parallèle «en cas de décès». À mon sens, l'empêchement de participer à une décision désigne la situation où un événement inattendu et échappant à la

occurs to render that person “unable”. I do not read it as applying where a Board member simply declines to make a decision. This is particularly so in the face of legislative provisions which require a hearing by two Board members and which give the benefit of a split decision to the applicant and which require that the hearing and disposition of an appeal by one member can only proceed with the consent of the applicant (s. 69.1). [Emphasis added.]

She concluded by quashing the Board’s decision on the ground that there was no evidence that Board member Guthrie was “unable” to take part in it and, as she stated at page 318 of her reasons, because “the explanation given for one member alone signing is at best ambiguous”.

[10] The jurisprudence emanating from the Trial Division indicates some difference of views with respect to the meaning of subsection 63(2).⁵ This divergence in opinion is well encapsulated in the following passage from the reasons of Reed J. in *Brailko*, *supra*, at page 131:

... two lines of authority appear to have developed after the decision in *Weerasinge*: one indicates that as long as an explanation is placed on the record, stating that the member’s inability arose because that member ceased to hold office, this is sufficient to meet the purposes of 63(2). The other indicates that in circumstances where Board members know, at the time they participate in hearings, that they will not be available to take part in the decisions, there will be a breach of natural justice. Concomitantly, when it is clear from the record that Board members anticipate taking part in decisions before the expiration of their term, and then do not do so, a fuller explanation respecting the reasons for that inability is required. A mere statement that the individual’s term of office had expired will not suffice.

[11] In light of these conflicting opinions, it appears desirable to offer some guidance regarding the interpretation of subsection 63(2) and the application of the *Weerasinge* principle in the context of this appeal. At the same time, my analysis must be responsive to the particular question certified by Reed J., in that it must bear on the reasons for which she allowed the application for judicial review and be determinative of the appeal. See *Malouf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (F.C.A.); *Liyagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.).

volonté du commissaire lui cause un «empêchement». Je n’interprète pas ce mot comme étant applicable lorsqu’un commissaire refuse simplement de rendre une décision. C’est particulièrement le cas si l’on tient compte des dispositions législatives qui imposent la tenue d’une audition par deux membres, sauf si l’intéressé consent à ce que son cas soit jugé par un seul membre, et qui exigent, en cas de partage, que la décision soit réputée être rendue en faveur de l’intéressé (paragraphe 69.1). [Non souligné dans l’original.]

Elle a décidé d’annuler la décision de la Commission au motif qu’aucun élément de la preuve n’indiquait que M. Guthrie, le membre concerné de la Commission, était «empêché» de participer à ladite décision et que, comme elle l’a mentionné à la page 318, «l’explication donnée au sujet de la présence d’un seul membre est, au mieux, ambiguë».

[10] Les décisions rendues par la Section de première instance indiquent une divergence d’opinions au sujet du sens du paragraphe 63(2)⁵. Cette divergence d’opinions est bien résumée dans l’extrait suivant des motifs que M^{me} le juge Reed a prononcés dans l’arrêt *Brailko*, précité, à la page 131:

... l’arrêt *Weerasinge* a donné lieu à deux courants jurisprudentiels: selon l’un, pourvu qu’une explication soit versée au dossier, précisant que l’empêchement du commissaire vient de l’expiration de son mandat, cela suffit à satisfaire aux fins du paragraphe 63(2). Selon l’autre courant il suffit, pour qu’il y ait atteinte aux principes de justice naturelle, qu’un commissaire sache, au moment où il participe à une audition, qu’il ne pourra prendre part à la décision. En même temps, lorsqu’il ressort du dossier que les commissaires s’attendent à participer à des décisions avant que leurs mandats n’arrivent à leur terme, et qu’ils n’y participent pas, une explication plus complète de leur empêchement est nécessaire. La simple mention que leurs mandats ont pris fin ne suffit pas.

[11] Compte tenu de ces opinions contradictoires, il paraît souhaitable de proposer certains éclaircissements au sujet de l’interprétation du paragraphe 63(2) et de l’application du principe énoncé dans l’arrêt *Weerasinge* dans le contexte du présent appel. Au même moment, je dois répondre à la question particulière que M^{me} le juge Reed a certifiée, c’est-à-dire que mon analyse doit porter sur les raisons pour lesquelles elle a accueilli la demande de contrôle judiciaire et permettre de trancher l’appel. Voir *Malouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (C.A.F.) et *Liyagamage c. Canada (Minis-*

tre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1994), 176 N.R. 4 (C.A.F.).

[12] In my view, the objective of section 63 is to permit the Board to retain jurisdiction over a claim in cases where one of the Board members who participated in the hearing is unable to take part in the decision. This provision is intended to free the Board from having to reopen the claim and conduct a new hearing in the event that one of the members who heard the matter resigns or otherwise ceases to hold office, dies or is unable to partake in its final disposition.

[13] Subsection 63(1) bestows upon the Chairperson the power of requesting that a Board member who has “resigned or otherwise ceased to hold office” participate in the disposition of a matter previously heard within eight weeks of that member resigning or otherwise ceasing to hold office. Absent such a request, the departed member could possess no authority to take part in the decision. I note that subsection 63(1) does not require such a person to participate in the disposition of a matter previously heard. It merely permits that person to do so.

[14] Subsection 63(2), on the other hand, describes the circumstances in which one Board member alone may dispose of a matter previously heard by a panel of two Board members. It appears to address four distinct situations in which such a disposition may be made: first, “[w]here a person to whom subsection (1) applies . . . is unable to take part in the disposition [of the matter]”; secondly, where “any other member by whom a matter has been heard is unable to take part in the disposition” of the matter; thirdly, where a person to whom subsection (1) applies “has died”; and fourthly, where any other member by whom a matter has been previously heard “has died”.

[15] In my view, the present case falls within the first of these situations.⁶ It is clear that after Board member Guthrie ceased to hold office, he was

[12] À mon sens, l'article 63 vise à permettre à la Commission de conserver sa compétence au sujet d'une demande de statut en cas d'empêchement de l'un des membres de la Commission qui ont entendu l'affaire de participer à la décision. Cette disposition a pour but de libérer la Commission de l'obligation de rouvrir l'enquête et de tenir une nouvelle audience lorsque l'un des membres de la formation qui ont entendu l'affaire a cessé d'exercer sa charge, notamment par suite de démission, ou en cas de décès ou d'empêchement de ce membre qui le rend incapable de participer à la décision finale.

[13] Le paragraphe 63(1) confère au président le pouvoir de demander à un membre de la Commission «qui a cessé d'exercer sa charge par suite de démission ou pour tout autre motif» de participer à la décision relative à une affaire précédemment entendue dans les huit semaines suivant la cessation des fonctions du membre. En l'absence de demande de cette nature, le membre qui a quitté la Commission ne pourrait nullement prendre part à la décision. Je souligne que le paragraphe 63(1) n'oblige pas cette personne à participer à la décision relative à une affaire qu'il a déjà entendue. Il lui permet simplement de le faire.

[14] Par ailleurs, le paragraphe 63(2) décrit les circonstances dans lesquelles un membre de la Commission peut trancher seul une affaire précédemment entendue par une formation de deux membres. Il semble couvrir quatre cas distincts dans lesquels une décision de cette nature peut être rendue et s'applique d'abord, en cas «d'empêchement du membre visé au paragraphe (1)»; deuxièmement, en cas «d'empêchement . . . de tout autre membre . . . ayant participé [à l'audience]»; troisièmement, en cas de «décès . . . du membre visé au paragraphe (1)» et quatrièmement, en cas de «décès . . . de tout autre membre . . . ayant participé [à l'audience]».

[15] À mon avis, la situation en l'espèce correspond au premier cas⁶. Il est certain qu'après avoir cessé d'exercer sa charge, le membre Guthrie s'est fait

requested by the Chairperson to take part in the disposition of a matter previously heard for up to eight weeks after the end of his term of office. By April 7, 1995, when the decision was rendered, the eight-week extension had expired. The departed member was then plainly “a person to whom subsection (1) applies” and, in the circumstances, “unable to take part in the disposition” of the matter.

[16] This Court in *Weerasinge, supra*, acknowledged that the invocation of subsection 63(2) is a serious matter which denies claimants the statutory right to a decision by a two-member panel of the Board. Section 63 indicates that this right is not absolute, and that it can be abridged in the event that one of the Board members has resigned or otherwise ceased to hold office, died or was unable to participate in the decision. In construing section 63, I must be mindful that the Court performs an important supervisory role in ensuring that claimants are able to enjoy the rights accorded to them by the Act, and that the Board complies with the rules of natural justice. At the same time the Court must also be confident that, in the absence of evidence to the contrary, Board members take their responsibilities seriously and will not abuse the authority granted to them by section 63. That Board members are obliged to do so is clear from subsection 61(5) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 50] of the Act, which requires that they “devote the whole of their time to the performance of their duties under this Act”. It is important to note that for the purpose indicated in subsection 63(1) a person whose term of office is extended by the Chairperson is deemed to be a member of the Board, and therefore subject to the obligation articulated in subsection 61(5).

[17] Subsection 63(2) recognizes that during the eight-week period of extension the Board member might not be in a position to participate in the disposition of a matter. In my view, the very fact that the person has not taken part in the disposition of the matter after the expiry of such extension indicates that he or she was “unable” to do so. The departed Board

demandeur par le président de participer, dans un délai de huit semaines après la cessation de ses fonctions, à la décision à rendre sur une affaire précédemment entendue. Le 7 avril 1995, lorsque la décision a été rendue, le délai supplémentaire de huit semaines avait expiré. Le membre qui avait quitté la Commission était alors manifestement «un membre visé au paragraphe (1)» et il s’agissait, dans les circonstances, d’un cas d’«empêchement» de la part de ce membre.

[16] Dans l’arrêt *Weerasinge*, précité, la Cour d’appel fédérale a reconnu que le recours au paragraphe 63(2) est une action grave qui nie aux demandeurs un droit que la Loi leur reconnaît, soit le droit à une décision rendue par une formation de deux membres. L’article 63 indique que ce droit n’est pas absolu et qu’il peut être restreint lorsque l’un des deux membres de la formation a démissionné ou a cessé d’exercer sa charge pour tout autre motif ou encore en cas de décès ou d’empêchement de cette personne. Pour interpréter l’article 63, je dois me rappeler que la Cour exerce un rôle de surveillance important et doit veiller à ce que les demandeurs de statut puissent bénéficier des droits que la Loi leur reconnaît et à ce que la Commission respecte les règles de justice naturelle. De même, la Cour doit aussi être convaincue que, en l’absence d’éléments de preuve indiquant le contraire, les membres de la Commission prennent leur tâche au sérieux et n’exercent pas de façon abusive le pouvoir que leur confère l’article 63. Cette obligation imposée aux membres ressort nettement du paragraphe 61(5) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] de la Loi, qui énonce que leur «charge . . . est incompatible avec d’autres fonctions». Il importe de souligner qu’aux fins indiquées au paragraphe 63(1), une personne dont le mandat est prolongé par le président est considérée comme un membre de la Commission et est donc visée par l’obligation énoncée au paragraphe 61(5).

[17] Le paragraphe 63(2) a pour effet de reconnaître qu’au cours du délai supplémentaire de huit semaines, le membre de la Commission ne sera peut-être pas en mesure de participer à la décision se rapportant à l’affaire entendue. À mon avis, le simple fait que la personne n’a pas participé à la décision relative à l’affaire après l’expiration de ce délai indique qu’elle

member will have lost the required authority. There may well be many and varied reasons, depending on the circumstances of each individual case, why the decision was not rendered by both members during that extension period but that, it seems to me, is a separate matter. The statute itself does not, strictly speaking, command that any explanation be given. However, the existing jurisprudence of the Court, cited above, requires that a sufficient explanation be provided by the member who ultimately disposes of the matter on behalf of the Board by signing it alone. Whatever the explanation may be it obviously must be one that is contemplated by section 63.

[18] Herein lies the significance of the *Weerasinghe* principle. In order “to ensure”, as Mahoney J.A. stated, “that justice is seen to have been done”, the remaining Board member must place on the record a “complete statement of the material circumstances” giving rise to the invocation of subsection 63(2). Such a statement is intended to inform claimants of why they have lost the advantage secured to them by subsection 69.1(10). Reed J. concluded that this requirement was not satisfied in the case at bar. That issue must now be addressed.

[19] Counsel for the respondent submits that the circumstances of this case are not comparable to a case in which a Board member simply loses authority to decide by “ceasing to hold office” and a statement to that effect is included in the decision. Such a situation existed in *Odameh, supra*, where this Court decided that a simple statement in the Board’s decision to the effect that the departed Board member had ceased to hold office is a sufficient explanation for invoking subsection 63(2). Counsel contends that the requirement for a complete statement of the material circumstances is particularly needed where a decision is not rendered within a subsection 63(1) period of extension.

[20] In my view, Board member Berman’s bald statement that the departed member “participated in

était «empêchée» de le faire. Le membre en question aura donc perdu la compétence nécessaire. Il peut y avoir plusieurs raisons, selon les circonstances de chaque cas, pour lesquelles la décision n’a pas été rendue par les deux membres au cours du délai supplémentaire; toutefois, il s’agit là d’une question différente. La Loi en soi n’exige pas en toutes lettres que des explications soient fournies. Toutefois, d’après les décisions susmentionnées de la Cour, le membre qui tranche finalement l’affaire au nom de la Commission en signant seul la décision doit fournir une explication satisfaisante. Quelle que soit l’explication, elle doit manifestement être visée par l’article 63.

[18] C’est dans ce contexte que le principe de l’arrêt *Weerasinghe* prend toute son importance. Comme l’a dit le juge Mahoney, J.C.A., pour «garantir que justice paraisse avoir été rendue», l’autre membre de la Commission doit verser au dossier une «déclaration détaillée des circonstances pertinentes» donnant lieu à l’application du paragraphe 63(2). Cette déclaration vise à informer les demandeurs de statut de la raison pour laquelle ils ont perdu l’avantage que leur garantit le paragraphe 69.1(10). M^{me} le juge Reed a conclu que cette exigence n’avait pas été respectée en l’espèce. Il importe maintenant d’examiner cette question.

[19] L’avocat de l’intimé soutient que les circonstances de la présente affaire ne peuvent se comparer à un cas où un membre de la Commission perd simplement compétence pour rendre une décision parce qu’il cesse d’exercer sa charge et où une déclaration en ce sens est consignée dans la décision. Saisie de cette situation dans l’arrêt *Odameh*, précité, la Cour d’appel fédérale a décidé qu’une simple déclaration dans la décision de la Commission selon laquelle le membre visé avait cessé d’exercer sa charge constitue une explication suffisante pour que puisse être invoqué le paragraphe 63(2). L’avocat fait valoir que l’obligation de verser au dossier une déclaration détaillée des circonstances pertinentes est particulièrement importante lorsqu’une décision n’est pas rendue dans le délai supplémentaire prévu au paragraphe 63(1).

[20] À mon avis, la simple déclaration du membre Berman selon laquelle le membre qui avait quitté la

the disposition of the claim in accordance with section 63(1) of the Act” does not satisfy the *Weerasinge* principle. That statement sheds no light whatsoever on the circumstance or circumstances that prevented the two-member panel from rendering a decision before the expiry of the eight-week period of extension. While Board member Berman states that the “present reasons reflect the thinking of the panel when the decision was made”, he fails to reveal precisely when the decision was made. It is clear nonetheless that the decision had yet to be rendered as required by subsection 69.1(9) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60] of the Act. I respectfully agree with Reed J. who found Board member Berman’s explanation to be “at best ambiguous”. When subsection 63(2) is engaged where a Board member receives an extension pursuant to subsection 63(1), it is not a sufficient explanation to do what was done in this case. In my opinion, a more detailed explanation of the material circumstances giving rise to the departed member’s inability to participate in the disposition of the matter within the extension period is required in order to satisfy the *Weerasinge* principle.

[21] I have a further difficulty with Board member Berman’s statement that the reasons signed by him alone “reflect the thinking of the panel when the decision was made”.⁷ The decision was signed by Board member Berman on April 7, 1995, and a notice of the decision sent to the respondent on April 12, 1995, which is more than a month after the expiry of Board member Guthrie’s eight-week extension. While it is true on the face of the Act that the “decision” required to be “rendered” pursuant to subsection 69.1(9) is different from the reasons referred to in subsection 69.1(11) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60]⁸, this latter subsection makes it clear that where the decision is against the claimant the written reasons are to be given “with the decision”. In fact Board member Berman did just that by incorporating the decision in the body of the reasons as follows:

Commission «a participé à la décision relative à la revendication conformément au paragraphe 63(1) de la Loi» ne respecte pas le principe énoncé dans l’arrêt *Weerasinge*. Cette déclaration ne nous éclaire nullement sur les circonstances qui ont empêché la formation de deux membres de rendre une décision avant l’expiration du délai supplémentaire de huit semaines. Même si le membre Berman mentionne que [TRADUCTION] «les présents motifs traduisent l’opinion réfléchie de la formation au moment où la décision a été prise», il n’indique pas avec précision le moment auquel la décision a effectivement été prise. Il est clair, néanmoins, que la décision devait être rendue conformément aux exigences du paragraphe 69.1(9) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18] de la Loi. Je souscris à l’opinion de M^{me} le juge Reed, qui a jugé l’explication du membre Berman «au mieux, ambiguë». Lorsque l’application du paragraphe 63(2) est déclenchée du fait qu’un délai supplémentaire est accordé à un membre de la Commission en vertu du paragraphe 63(1), l’explication donnée en l’espèce ne suffit pas. À mon avis, une explication plus détaillée des circonstances pertinentes qui ont empêché le membre de participer à la décision relative à l’affaire pendant le délai supplémentaire est nécessaire pour que le principe énoncé dans l’arrêt *Weerasinge* soit respecté.

[21] J’ai une autre réticence à l’égard de la déclaration du membre Berman selon laquelle les motifs que lui seul a signés «traduisent l’opinion réfléchie de la formation au moment où la décision a été prise»⁷. La décision a été signée par le membre Berman le 7 avril 1995 et un avis en a été envoyé à l’intimé le 12 avril 1995, soit plus d’un mois après l’expiration du délai supplémentaire de huit semaines accordé au membre Guthrie. Même s’il est vrai, selon les termes utilisés dans la Loi, que la «décision» à rendre conformément au paragraphe 69.1(9) est différente des motifs dont il est fait mention au paragraphe 69.1(11) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60]⁸, cette dernière disposition indique clairement que, lorsque la décision rendue est défavorable au demandeur, la «transmission des motifs se fait avec la notification». Effectivement, c’est ce que le membre Berman a fait en intégrant la décision au texte des motifs comme suit:

DECISION

For these reasons, the panel determines Ricki Narash Harricharan Singh not to be a Convention refugee.

[22] Given the legislative scheme, in my view a “decision” rendered by the Board is one that is signed by each Board member who participates in disposing of the matter.⁹ As I have already noted, subsection 69.1(10) of the Act grants claimants the benefit of any disagreement between members of the Board. To my mind, this heightens the need to be absolutely certain of the views of each Board member. While Board members Berman and Guthrie may have discussed the respondent’s case before the expiry of Board member Guthrie’s extension and agreed that his claim should be dismissed, there was nothing in the record documenting Board member Guthrie’s views before he left the Board. I respectfully agree with Reed J.’s observation at page 317 of her reasons, that as a practical reality of decision making “decisions often change with the writing of reasons.” Requiring that each member of the panel indicate his or her agreement or disagreement with the final decision by signing ensures that the decision accurately reflects the opinions of each person who participated in it. Section 63 constitutes an exception to this requirement in the circumstances in which it applies to a Board member who does not sign.

[23] I would answer the certified question as follows:

The expiration of a Board member’s term is a sufficient ground to invoke subsection 63(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

[24] I would otherwise dismiss the appeal on the ground that the member who signed the decision failed to provide a complete statement of the material circumstances in accordance with this Court’s decision in *Weerasinge*, *supra*.

[TRANSLATION] DÉCISION

Pour ces motifs, la formation est d’avis que Ricki Narash Harricharan Singh n’est pas un réfugié au sens de la Convention.

[22] Compte tenu des dispositions législatives applicables, une «décision» rendue par la Commission est à mon avis une décision qui est signée par chaque membre de la Commission qui y participe⁹. Comme je l’ai déjà mentionné, le paragraphe 69.1(10) de la Loi accorde aux demandeurs l’avantage de tout désaccord entre les membres de la Commission. À mon sens, cette disposition renforce la nécessité de connaître avec une certitude absolue les opinions de chaque membre de la Commission. Même s’il se peut que les membres Berman et Guthrie aient discuté du cas de l’intimé avant l’expiration du délai supplémentaire accordé à Guthrie et convenu que la demande de statut de celui-ci devrait être rejetée, le dossier ne renfermait aucun élément appuyant les opinions que Guthrie avait avant de quitter la Commission. Comme M^{me} le juge Reed l’a fait remarquer à juste titre à la page 317 de ses motifs, «les décisions changent souvent au moment de la rédaction des motifs». Le fait d’obliger chaque membre de la formation à indiquer s’il est d’accord ou non avec la décision finale en apposant sa signature permet de garantir que la décision traduit fidèlement l’opinion de chaque personne qui y a participé. L’article 63 crée une exception à cette exigence dans les circonstances où il s’applique à un membre de la Commission qui ne signe pas.

[23] Je répondrais à la question certifiée comme suit:

L’expiration du mandat d’un membre de la Commission est un motif suffisant pour que puisse être invoqué le paragraphe 63(2) de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.

[24] Je rejetterais l’appel à tous autres égards au motif que le membre qui a signé la décision n’a pas fourni une déclaration détaillée des circonstances pertinentes conformément au jugement que la Cour d’appel fédérale a rendu dans l’affaire *Weerasinge*, précitée.

LINDEN J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

¹ 69.1 . . .

(7) Subject to subsection (8), two members constitute a quorum of the Refugee Division for the purposes of a hearing under this section.

² 69.1 . . .

(10) Subject to subsection (10.1), in the event of a split decision, the decision favourable to the person who claims to be a Convention refugee shall be deemed to be the decision of the Refugee Division.

³ 69.1 . . .

(8) One member of the Refugee Division may hear and determine a claim under this section if the person making the claim consents thereto, and the provisions of this Part apply in respect of a member so acting as they apply in respect of the Refugee Division, and the disposition of the claim by the member shall be deemed to be the disposition of the Refugee Division.

⁴ See, however, *Latif v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1996), 45 Admin. L.R. (2d) 254 (F.C.T.D.), at p. 259, footnote.

⁵ See for example *Ashraf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 289 (F.C.T.D.); *De Arce v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 72 (F.C.T.D.); *Eryilmazli v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 131 F.T.R. 22 (F.C.T.D.); *Garrison v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 90 F.T.R. 61 (F.C.T.D.); *Kutovsky-Kovaliov et al. v. Canada (Secretary of State)* (1995), 93 F.T.R. 293 (F.C.T.D.); *Latif v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, *supra*, note 4; *Mehael v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, *supra*; *Mirzaei v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1995), 32 Imm. L.R. (2d) 69 (F.C.T.D.); *Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 136 F.T.R. 253 (F.C.T.D.); *Quintero v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 90 F.T.R. 251 (F.C.T.D.); *Sereguine v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 108 F.T.R. 133 (F.C.T.D.); *Sinishin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 96 F.T.R. 8 (F.C.T.D.); *Sommariva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 110 F.T.R. 319 (F.C.T.D.); *Soukhaniouk et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 85 F.T.R. 55 (F.C.T.D.); *Tirawi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 136 F.T.R. 235 (F.C.T.D.); *Vega-Solis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 211 (F.C.T.D.); *Zivkovic v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 88 F.T.R. 192 (F.C.T.D.).

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux motifs exprimés par le juge Stone.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris aux motifs exprimés par le juge Stone.

¹ 69.1 . . .

(7) Le quorum de la section du statut lors d'une audience tenue dans le cadre du présent article est constitué de deux membres.

² 69.1 . . .

(10) Sous réserve du paragraphe (10.1), en cas de partage, la section du statut est réputée rendre une décision en faveur de l'intéressé.

³ 69.1 . . .

(8) Si l'intéressé y consent, son cas peut être jugé par un seul membre de la section du statut; le cas échéant, les dispositions de la présente partie relatives à la section s'appliquent à ce membre et la décision de celui-ci vaut décision de la section.

⁴ Voir, toutefois, la décision *Latif c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 45 Admin. L.R. (2d) 254 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 259, note en bas de page.

⁵ Voir, par exemple, *Ashraf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 107 F.T.R. 289 (C.F. 1^{re} inst.); *De Arce c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 72 (C.F. 1^{re} inst.); *Eryilmazli c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 131 F.T.R. 22 (C.F. 1^{re} inst.); *Garrison c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 90 F.T.R. 61 (C.F. 1^{re} inst.); *Kutovsky-Kovaliov et al. c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 93 F.T.R. 293 (C.F. 1^{re} inst.); *Latif c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité, note 4; *Mehael c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité; *Mirzaei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 32 Imm. L.R. (2d) 69 (C.F. 1^{re} inst.); *Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 136 F.T.R. 253 (C.F. 1^{re} inst.); *Quintero c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 90 F.T.R. 251 (C.F. 1^{re} inst.); *Sereguine c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 108 F.T.R. 133 (C.F. 1^{re} inst.); *Sinishin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 96 F.T.R. 8 (C.F. 1^{re} inst.); *Sommariva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 110 F.T.R. 319 (C.F. 1^{re} inst.); *Soukhaniouk et al. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 85 F.T.R. 55 (C.F. 1^{re} inst.); *Tirawi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 136 F.T.R. 235 (C.F. 1^{re} inst.); *Vega-Solis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 93 F.T.R. 211 (C.F.

⁶ The meaning of the word “unable” as applied to the second situation just referred to need not be addressed in the present case.

⁷ I note that this very phraseology has been the subject of comment in several cases before the Trial Division, such as *Latif, supra*, note 4 and *Garrison, supra*, note 5. It must be noted that a decision of the Board is to be “rendered” as required by subsection 69.1(9), and not simply “made”. That subsection reads:

69.1 . . .

(9) The Refugee Division shall determine whether or not the person referred to in subsection (1) is a Convention refugee and shall render its decision as soon as possible after completion of the hearing and send a written notice of the decision to the person and to the Minister.

The verb “render”, as in the expression “to render judgment”, has a well-understood meaning which is exemplified in *Black's Law Dictionary*, rev. 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1968, at p. 1460:

To pronounce, state, declare, or announce the judgment of the court in a given case or on a given state of facts.

⁸ S. 69.1(11)(a) reads:

69.1 . . .

(11) The Refugee Division may give written reasons for its decision on an application, except that

(a) if the decision is against the person making the claim, the Division shall, with the written notice of the decision referred to in subsection (9), give written reasons with the decision; . . .

⁹ Commenting on the importance of quorum requirements to decision making in *IBM Canada Ltd. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise*, [1992] 1 F.C. 663 (C.A.), Décary J.A., speaking for the Court, at p. 675, maintained as follows:

. . . at some point in time, the panel must reach a decision collectively and each member must “participate” individually in that collective decision in agreeing with it or in dissenting from it. There has to be a meeting of the minds, each member being informed at least in a general way of the point of view of each of his colleagues. This, in my view, is what is meant by “making the decision”.

He added that a decision which is not signed by a decision maker “does not necessarily equate with non-participation” in every case.

1^{re} inst.); *Zivkovic c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 88 F.T.R. 192 (C.F. 1^{re} inst.).

⁶ Il n'est pas nécessaire d'examiner en l'espèce le sens du mot «empêchement» appliqué au deuxième cas susmentionné.

⁷ Je souligne que la Section de première instance a eu l'occasion de commenter à plusieurs reprises cette phrase, notamment dans les arrêts *Latif*, précité, note 4, et *Garrison*, précité note 5. Il convient de rappeler qu'une décision de la Commission doit être «rendue», selon le paragraphe 69.1(9), et non simplement «prise». Voici le libellé de cette disposition:

69.1 . . .

(9) La section du statut rend sa décision sur la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention le plus tôt possible après l'audience et la notifie à l'intéressé et au ministre par écrit.

Le mot «rend», [*render*] comme dans l'expression «rendre jugement» [*to render judgment*], a un sens bien reconnu qui est expliqué comme suit dans le *Black's Law Dictionary*, 4^e éd. rév. (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1968), à la p. 1460:

[TRADUCTION] Prononcer, déclarer ou annoncer le jugement du tribunal dans une affaire donnée ou au sujet d'une situation donnée.

⁸ Voici le libellé de l'art. 69.1(11)(a):

69.1 . . .

(11) La section du statut n'est tenue de motiver par écrit sa décision que dans les cas suivants:

a) la décision est défavorable à l'intéressé, auquel cas la transmission des motifs se fait avec sa notification;

⁹ Commentant l'importance des exigences relatives au quorum pour la prise des décisions dans l'arrêt *IBM Canada Ltd. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise*, [1992] 1 C.F. 663 (C.A.), le juge Décary, J.C.A., qui s'exprimait au nom de la Cour, a formulé les remarques suivantes à la p. 675:

Il faut toutefois, à un certain point, qu'elles en arrivent à une décision collectivement et que chaque membre «participe» individuellement à cette décision collective en y souscrivant ou en exprimant sa dissidence. Il faut qu'il y ait une intention commune, chaque membre devant être informé, dans les grandes lignes à tout le moins, du point de vue de chacun de ses collègues. C'est, selon moi, ce que l'on entend par «prendre la décision».

Le juge Décary a ajouté qu'une décision qui n'est pas signée par un décideur «n'entraîne pas nécessairement absence de participation».

	IMM-3331-96		IMM-3331-96
Larkland Smith (<i>Applicant</i>)		Larkland Smith (<i>requérant</i>)	
v.		c.	
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>intimé</i>)	
	IMM-3333-96		IMM-3333-96
Larkland Smith (<i>Applicant</i>)		Larkland Smith (<i>requérant</i>)	
v.		c.	
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>intimé</i>)	
INDEXED AS: SMITH v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)		RÉPERTORIÉ: SMITH c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)	

Trial Division, MacKay J.—Toronto, September 3, 1997; Ottawa, March 2, 1998.

Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Applicant found to be inadmissible under Immigration Act, s. 19(1)(c) as convicted of narcotics trafficking — Adjudicator issuing deportation order under Act, s. 32(5)(a) — Before order executed, applicant left Canada, returned without obtaining Ministerial consent — Exclusion order issued by senior immigration officer under Act, s. 19(1)(i) — After latter decision, applicant granted pardon under Criminal Records Act — Whether pardon expunged conviction — Case law as to effect of pardon under Criminal Records Act — Conviction not deemed not to have existed by virtue of pardon — Pardon must be given effect prospectively — Deportation, exclusion order “disqualification” within Criminal Records Act, s. 5(b) — Execution of deportation, exclusion order would enforce disqualification removed by pardon contrary to Criminal Records Act, s. 5.

Administrative law — Judicial review — Declarations — Deportation order against applicant, valid when issued, should not be quashed by certiorari — Exclusion order issued after granting of pardon which removed basis for enforcement of deportation order — Should be set aside by certiorari — Declaration most appropriate remedy in respect of deportation order — Requirements for declaration met — Declaration issued enforcement of deportation, exclusion order would constitute enforcement of disqualifica-

Section de première instance, juge MacKay—Toronto, 3 septembre 1997; Ottawa, 2 mars 1998.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Le requérant a été jugé non admissible en vertu de l'art. 19(1)c) de la Loi sur l'immigration vu qu'il avait été déclaré coupable de trafic de stupéfiants — Un arbitre a pris une mesure d'expulsion en vertu de l'art. 32(5)a) de la Loi — Avant l'exécution de cette mesure, le requérant a quitté le Canada et y est revenu sans obtenir l'autorisation du ministre — Un agent d'immigration principal a pris une mesure d'exclusion en vertu de l'art. 19(1)i) de la Loi — Après cette dernière mesure, le requérant s'est vu accorder une réhabilitation en vertu de la Loi sur le casier judiciaire — La réhabilitation supprimait-elle la condamnation? — Jurisprudence relative à l'effet d'une réhabilitation accordée en vertu de la Loi sur le casier judiciaire — Une condamnation n'est pas censée ne pas avoir existé du fait d'une réhabilitation — Il faut donner effet à une réhabilitation pour l'avenir — La mesure d'expulsion et la mesure d'exclusion constituaient une «incapacité» au sens de l'art. 5b) de la Loi sur le casier judiciaire — L'exécution de ces mesures donnerait effet à une incapacité que la réhabilitation a supprimée, en violation de l'art. 5 de la Loi sur le casier judiciaire.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — La mesure d'expulsion visant le requérant, qui était valide lorsqu'elle a été prise, ne devrait pas être annulée par voie de certiorari — La mesure d'exclusion a été prise après l'octroi de la réhabilitation qui a supprimé le fondement de l'exécution de la mesure d'expulsion — La mesure d'exclusion devrait être annulée au moyen d'une ordonnance de certiorari — Un jugement déclaratoire était la réparation la plus indiquée en ce qui concerne la mesure

tion contrary to Criminal Records Act, s. 5(b) — No basis for order of prohibition under Federal Court Act, s. 18.1(4).

These were two applications for leave and judicial review in respect of a deportation order made by an adjudicator in file IMM-3331-96 and in regard to an exclusion order issued by a senior immigration officer in file IMM-3333-96. In July 1995, the applicant was found by an immigration adjudicator to be an inadmissible person under paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act*, as he had been convicted of two drug traffic offences carrying maximum terms of imprisonment for life. It also turned out that the applicant had entered Canada without a visa and was declared inadmissible under paragraph 19(2)(d) of the Act. Therefore, he was ordered deported under paragraph 32(5)(a) of the same Act. In October 1995, before the deportation was executed, the applicant left Canada for three weeks. Upon his return, he was examined at the airport and detained. On November 15, 1995, a senior immigration officer issued an exclusion order on the basis that the applicant was a person who, by reason of his deportation order, required Ministerial consent before returning to Canada, which consent was not obtained. One week before the latter decision, the applicant had been granted a pardon under the *Criminal Records Act*. Three issues were raised: (1) the effect of the pardon on the deportation order and the exclusion order; (2) whether the deportation and exclusion orders constitute a disqualification under paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act* and (3) if applicant is entitled to relief, the form it should take.

Held, the applications should be allowed in part.

(1) A pardon under the *Criminal Records Act* does not have the same legal effect as the setting aside by an appeal court of a conviction, or a conditional discharge substituted by a court of appeal for the sentence imposed at trial. The respondent's arguments concerning the differences between the wording of the French and English versions of section 5 of that Act were persuasive. It was pointed out rightly that amendments to the French version of section 5 of the 1985 Revised Statutes, changing the words from "*annule la condamnation*" to "*efface les conséquences de la condamnation*" reflected an intention on the part of Parliament to preserve the existence of the conviction while curbing detrimental consequences arising from it. The effect of the grant of a pardon under the *Criminal Records Act* has been

d'expulsion — Les conditions en vue du prononcé d'un jugement déclaratoire étaient réunies — Jugement déclaratoire portant que l'exécution de la mesure d'expulsion et de la mesure d'exclusion donnerait effet à une incapacité, en violation de l'art. 5b) de la Loi sur le casier judiciaire — Rien ne justifiait le prononcé d'une ordonnance d'interdiction en vertu de l'art. 18.1(4) de la Loi sur la Cour fédérale.

Il s'agissait de deux demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire concernant une mesure d'expulsion prise par un arbitre dans le dossier IMM-3331-96 et une mesure d'exclusion prise par un agent d'immigration principal dans le dossier IMM-3333-96. En juillet 1995, un arbitre en matière d'immigration a conclu que le requérant était une personne non admissible visée à l'alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l'immigration* vu qu'il avait été déclaré coupable de deux infractions relatives au trafic de stupéfiants qui sont punissables d'un emprisonnement à perpétuité. Il a également été établi que le requérant était entré au Canada sans visa, de sorte qu'il était une personne non admissible en vertu de l'alinéa 19(2)d) de la Loi. Il a donc fait l'objet d'une mesure d'expulsion en vertu de l'alinéa 32(5)a) de cette Loi. En octobre 1995, soit avant l'exécution de la mesure d'expulsion, le requérant a quitté le Canada pendant trois semaines. À son retour, il a été interrogé à l'aéroport et détenu. Le 15 novembre 1995, un agent d'immigration principal a pris une mesure d'exclusion au motif que le requérant était une personne qui, à cause de la mesure d'expulsion prise contre lui, devait obtenir l'autorisation du ministre avant de revenir au Canada, autorisation qu'il n'avait pas obtenue. Une semaine avant la prise de cette dernière décision, le requérant s'était vu accorder une réhabilitation en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*. Trois questions ont été soulevées: 1) l'effet de la réhabilitation sur la mesure d'expulsion et la mesure d'exclusion; 2) la question de savoir si la mesure d'expulsion et la mesure d'exclusion constituent une incapacité au sens de l'alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*; et 3) si le requérant a droit à une réparation, quelle forme devrait prendre cette réparation.

Jugement: les demandes doivent être accueillies en partie.

1) Une réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* ne produit pas le même effet, sur le plan juridique, que l'annulation par une cour d'appel d'une déclaration de culpabilité ou qu'une libération sous condition qu'une cour d'appel substitue à la sentence imposée en première instance. Les arguments invoqués par l'intimé relativement aux différences entre le libellé des versions française et anglaise de l'article 5 étaient convaincants. Celui-ci a fait remarquer à bon droit que la modification de la version française de l'article 5 des Lois révisées de 1985, par laquelle les mots «annule la condamnation» ont été remplacés par les mots «efface les conséquences de la condamnation», exprimait l'intention du législateur de préserver l'existence de la condamnation tout en réduisant

considered in a number of cases. In one of them, it was said that the pardon has the effect of cleansing the individual "of any stain that the conviction caused". It is clear from these authorities that the Act cannot be said to erase the conviction so that the latter is deemed not to have existed. While the purpose of the *Criminal Records Act* is to bar any further disadvantage imposed by Parliament that arises from a pardoned conviction by cleansing the individual of the stain caused by the conviction, the latter cannot be said not to have existed by virtue of the pardon. The deportation order herein having been issued whilst the conviction stood, the adjudicator did not err in issuing it. However, the pardon issued on November 8, 1995 must be given effect not retroactively, but prospectively.

(2) To determine whether a deportation order or an exclusion order constitute a "disqualification" ("*incapacité*") within the terms of paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*, it is helpful to consider the dictionary definitions of these words. On the basis of these definitions, a classification based on a conviction as described in paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act* is a "disqualification" ("*incapacité*"), one without which no deportation order would have issued herein. The applicant's convictions must be regarded as the cause in fact of the disqualification and resulting deportation order. That order was properly made because it predated the pardon; however, after the grant of the pardon in November 1995, the disqualification of the applicant under paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act* was removed by the operation of paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*. Enforcement of the deportation order thereafter would enforce a disqualification removed by the latter Act and would be in violation of that Act. The exclusion order gave effect to a disqualification also, and in the case at bar, one that stems entirely from the applicant's convictions. Whether there is a sufficient link between the convictions and the exclusion order depends on the degree to which the order can be viewed as resulting from the original conviction. The pardon, when granted, removed the disqualification arising from the applicant's conviction. At the date of his return to Canada on November 14, 1995, there was no enforceable deportation order and the exclusion order was issued in error for it was based on assumptions no longer valid.

(3) As to the form of appropriate relief, the deportation order, valid when issued, could not be set aside by an order

les effets néfastes qu'elle pouvait produire. L'effet de l'octroi d'une réhabilitation en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* a été examiné dans plusieurs affaires. Dans l'une d'elles, il a été dit que la réhabilitation a pour effet de laver la personne visée de «toute souillure causée par la déclaration de culpabilité». Il ressort de ces décisions qu'on ne saurait affirmer que la Loi efface la condamnation de sorte que la condamnation est censée ne pas avoir existé. Bien que l'objet de la *Loi sur le casier judiciaire* soit d'empêcher tout autre désavantage d'origine législative qu'entraîne une condamnation visée par une réhabilitation en lavant la personne visée de la souillure causée par la condamnation, on ne saurait affirmer que la condamnation n'a pas existé en raison de la réhabilitation. Comme la mesure d'expulsion en l'espèce a été prise avant l'octroi de la réhabilitation qui a effacé les conséquences de la condamnation, l'arbitre n'a pas commis une erreur en prenant la mesure en question. Cependant, il faut donner effet à la réhabilitation accordée le 8 novembre 1995 non pas rétroactivement, mais pour l'avenir.

2) Pour déterminer si une mesure d'expulsion ou une mesure d'exclusion constitue une «incapacité» («*disqualification*») au sens de l'alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*, il convient d'examiner la définition que donnent les dictionnaires de ces mots. Compte tenu de ces définitions, une classification fondée sur une déclaration de culpabilité visée à l'alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l'immigration* est une «incapacité» («*disqualification*») en l'absence de laquelle aucune mesure d'expulsion n'aurait été prise en l'espèce. Les condamnations du requérant doivent être considérées comme la cause véritable de l'incapacité et de la mesure d'expulsion qui en est résulté. Cette mesure a été valablement prise parce qu'elle était antérieure à la réhabilitation; toutefois, après l'octroi de la réhabilitation en novembre 1995, l'incapacité du requérant fondée sur l'alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l'immigration* a été supprimée par l'application de l'alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*. L'exécution subséquente de la mesure d'expulsion donnerait effet à une incapacité que cette dernière Loi a supprimée et contreviendrait à cette Loi. La mesure d'exclusion a aussi donné effet à une incapacité et, en l'espèce, cette incapacité est entièrement attribuable aux condamnations prononcées contre le requérant. La question de savoir s'il existe un lien suffisant entre les condamnations et la mesure d'exclusion dépend de la mesure dans laquelle on peut considérer que la mesure d'exclusion découle de la condamnation initiale. La réhabilitation, une fois accordée, a fait cesser l'incapacité entraînée par la condamnation prononcée contre le requérant. Le jour où le requérant est revenu au Canada, soit le 14 novembre 1995, il n'y avait aucune mesure d'expulsion exécutoire, de sorte que la mesure d'exclusion a été prise par erreur car elle reposait sur des prémisses qui n'étaient plus valables.

3) En ce qui concerne la forme de la réparation, la mesure d'expulsion, reconnue comme valide lorsqu'elle a été prise,

of *certiorari*. None of the grounds for such relief set out in subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act* had been established. But the exclusion order had been issued after the granting of the pardon which removed the statutory disability arising under paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act*. That order was issued in error, on assumptions of fact that no longer pertained, and should be set aside by an order in the nature of *certiorari*. A declaration was the most appropriate remedy in relation to the deportation order. All requirements set out for issuing a declaration were met both in regard to the deportation order and the exclusion order. In each case, an order should be issued declaring that enforcement of the order would constitute enforcement of a disqualification, contrary to paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*. As to the issue of prohibition, counsel for the applicant asked for prohibition in written argument and in his memoranda of fact and law, but failed to do so in his originating motions. The Court was free to grant the remedy under section 18.1 of the *Federal Court Act* that it deems just and equitable, particularly where the relief concerned action that was found to be contrary to law. The respondent has not been prejudiced by the failure of the applicant to specify prohibition as a remedy in the applications for leave and for judicial review. However, as in the case of *certiorari*, there was no basis to support an order of prohibition within the terms of subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act*.

ne pouvait pas être annulée par voie d'ordonnance de *certiorari*. Aucun des motifs prévus au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale* pour obtenir pareille réparation n'avait été prouvé. Par contre, la mesure d'exclusion avait été prise après l'octroi de la réhabilitation, qui a fait cesser l'incapacité d'origine législative découlant de l'alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l'immigration*. Cette mesure a été prise par erreur, sur la base de suppositions factuelles qui n'étaient plus valables, et elle devrait être annulée au moyen d'une ordonnance de *certiorari*. Un jugement déclaratoire était la réparation la plus indiquée en ce qui concerne la mesure d'expulsion. Toutes les conditions étaient réunies en vue du prononcé d'un jugement déclaratoire en ce qui concerne la mesure d'expulsion et la mesure d'exclusion. Dans chaque cas, il convenait de rendre une ordonnance déclarant que l'exécution de la mesure contestée reviendrait à donner effet à une incapacité, en violation de l'alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*. Quant aux ordonnances d'interdiction, l'avocat du requérant les a demandées dans son argumentation écrite et dans ses exposés des faits et du droit, mais non dans ses requêtes introductives d'instances. La Cour pouvait, en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, accorder la réparation qu'elle estime juste et équitable, en particulier si la réparation se rapporte à des mesures jugées contraires à la loi. Le défaut du requérant de préciser qu'il désirait obtenir des ordonnances d'interdiction dans les demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire n'a pas causé de préjudice à l'intimé. Toutefois, comme dans le cas du *certiorari*, la preuve n'appuyait pas le prononcé d'une ordonnance d'interdiction sous le régime du paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Criminal Records Act*, R.S.C., 1985, c. C-47, ss. 5(a) (as am. by S.C. 1992, c. 22, s. 5), (b) (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 78), 6, 7 (as am. by S.C. 1992, c. 22, s. 7), 8 (as am. *idem*, s. 8).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1602(2)(c) (as enacted by SOR/92-43, s. 19), (4) (as enacted *idem*), 1723, 1733.
Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, R. 5(1)(e).
Immigration Act, R.S.C. 1927, c. 93.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 19(1)(b) (as am. *idem*, s. 11), (c) (as am. *idem*), (i), (2)(d), 20 (as am. *idem*, s. 12), 23(4) (as am. *idem*, s. 13), 32(5)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11; S.C. 1992, c. 49, s. 21), 55 (as am. *idem*, s. 45), 83(1) (as am. *idem*, s. 73).

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).
Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. (1985), ch. C-47, art. 5a) (mod. par L.C. 1992, ch. 22, art. 5), b) (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 78), 6, 7 (mod., par L.C. 1992, ch. 22, art. 7), 8 (mod., *idem*, art. 8).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 19(1)b) (mod., *idem*, art. 11), c) (mod., *idem*), i), (2)d), 20 (mod., *idem*, art. 12), 23(4) (mod., *idem*, art. 13), 32(5)a) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 11; L.C. 1992, ch. 49, art. 21), 55 (mod., *idem*, art. 45), 83(1) (mod., *idem*, art. 73).
Loi sur l'immigration, S.R.C. 1927, ch. 93.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1602(2)c) (édicte par DORS/92-43, art. 19), (4) (édicte, *idem*), 1723, 1733.
Règles de 1993 sur la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, Règle 5(1)e).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Flota Cubana de Pesca (Cuban Fishing Fleet) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 2 F.C. 303 (C.A.); *Silver v. Silver* (1980), 22 A.R. 235; [1980] 4 W.W.R. 500 (C.A.); *J.C. v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)*, [1997] B.C.J. No. 2223 (B.C.S.C.) (QL); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Burgon*, [1991] 3 F.C. 44; (1991), 78 D.L.R. (4th) 103; 13 Imm. L.R. (2d) 102; 122 N.R. 228 (C.A.); *Lui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 1029 (T.D.) (QL); *Laurentian Pilotage Authority v. Pilotes du Saint-Laurent Central Inc.* (1993), 74 F.T.R. 185 (F.C.T.D.); *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; (1994), 119 D.L.R. (4th) 224; [1995] 1 C.N.L.R. 47; 24 C.R.R. (2d) 233; 173 N.R. 241.

DISTINGUISHED:

Nagra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1996] 1 F.C. 497; (1995), 103 F.T.R. 261; 81 Imm. L.R. (2d) 165 (T.D.); *Kalicharan v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 2 F.C. 123; (1976), 67 D.L.R. (3d) 555 (T.D.); *Reference as to the effect of the Exercise by His Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269; [1933] 2 D.L.R. 348; (1933), 59 C.C.C. 301.

CONSIDERED:

LeBar v. Canada, [1989] 1 F.C. 603; (1988), 33 Admin. L.R. 107; 46 C.C.C. (3d) 103; 90 N.R. 5 (C.A.); *Adjei et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 74 F.T.R. 57 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Montana Band of Indians v. Canada, [1991] 2 F.C. 30; [1991] 2 C.N.L.R. 88; (1991), 120 N.R. 200 (C.A.); *Bauer v. Regina (Canadian Immigration Commission)*, [1984] 2 F.C. 455; (1984), 12 C.R.R. 235 (T.D.); *Minister of Manpower and Immigration v. Tsakiris*, [1977] 2 F.C. 236; (1977), 73 D.L.R. (3d) 157; 15 N.R. 224 (C.A.); *Reece v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 F.C. 743; (1981), 130 D.L.R. (3d) 724 (T.D.); *Gittens (In re)*, [1983] 1 F.C. 152; (1982), 137 D.L.R. (3d) 687; 68 C.C.C. (2d) 438; 1 C.R.R. 346 (T.D.); *Arduengo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 3 F.C. 468; (1997), 132 F.T.R. 281 (T.D.).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Flota Cubana de Pesca (Flotte de pêche cubaine) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 2 C.F. 303 (C.A.); *Silver v. Silver* (1980), 22 A.R. 235; [1980] 4 W.W.R. 500 (C.A.); *J.C. v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)*, [1997] B.C.J. n° 2223 (C.S.C.-B.) (QL); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Burgon*, [1991] 3 C.F. 44; (1991), 78 D.L.R. (4th) 103; 13 Imm. L.R. (2d) 102; 122 N.R. 228 (C.A.); *Lui c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1029 (1^{re} inst.) (QL); *Administration de pilotage des Laurentides c. Pilotes du Saint-Laurent Central Inc.* (1993), 74 F.T.R. 185 (C.F. 1^{re} inst.); *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; (1994), 119 D.L.R. (4th) 224; [1995] 1 C.N.L.R. 47; 24 C.R.R. (2d) 233; 173 N.R. 241.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Nagra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1996] 1 C.F. 497; (1995), 103 F.T.R. 261; 81 Imm. L.R. (2d) 165 (1^{re} inst.); *Kalicharan c. Le ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1976] 2 C.F. 123; (1976), 67 D.L.R. (3d) 555 (1^{re} inst.); *Reference as to the effect of the Exercise by His Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269; [1933] 2 D.L.R. 348; (1933), 59 C.C.C. 301.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

LeBar c. Canada, [1989] 1 C.F. 603; (1988), 33 Admin. L.R. 107; 46 C.C.C. (3d) 103; 90 N.R. 5 (C.A.); *Adjei et al. c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 74 F.T.R. 57 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Bande indienne de Montana c. Canada, [1991] 2 C.F. 30; [1991] 2 C.N.L.R. 88; (1991), 120 N.R. 200 (C.A.); *Bauer c. La Reine (Commission de l'immigration du Canada)*, [1984] 2 C.F. 455; (1984), 12 C.R.R. 235 (1^{re} inst.); *Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Tsakiris*, [1977] 2 C.F. 236; (1977), 73 D.L.R. (3d) 157; 15 N.R. 224 (C.A.); *Reece c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 C.F. 743; (1981), 130 D.L.R. (3d) 724 (1^{re} inst.); *Gittens (In re)*, [1983] 1 C.F. 152; (1982), 137 D.L.R. (3d) 687; 68 C.C.C. (2d) 438; 1 C.R.R. 346 (1^{re} inst.); *Arduengo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 3 C.F. 468; (1997), 132 F.T.R. 281 (1^{re} inst.).

AUTHORS CITED

Le Petit Robert I, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Montréal: Les Dictionnaires Robert-Canada S.C.C., 1987. "incapacité".

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles. Oxford: Clarendon Press, 1993. "disqualification"; "disqualify".

APPLICATIONS for leave and for judicial review in respect of a deportation order made by an adjudicator and in regard to an exclusion order issued by a senior immigration officer. Applications allowed in part.

COUNSEL:

Micheal T. Crane for applicant.
Diane B. N. Dagenais for respondent.

SOLICITORS:

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

The following are the reasons for orders rendered in English by

[1] MACKAY J.: These reasons concern two applications for leave and for judicial review made pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as amended [by S.C. 1990, c. 8, s. 5], which were heard together. In both originating motions, as filed, the applicant refers to the relief sought in terms only of an order of *certiorari* and declaratory relief, and only the former is specified as relief desired upon judicial review, in respect of a deportation order made by an adjudicator on July 13, 1995 in file IMM-3331-96, and, in file IMM-3333-96, in regard to an exclusion order issued by a senior immigration officer on November 15, 1995. When these matters were heard, counsel for the applicant also argued, as was set out at the commencement of the applicant's written memorandum of fact and law in each case, for the award of orders in the nature of prohibition, relief not specifically referred to in the originating motions filed. This matter became an issue warranting further

DOCTRINE

Le Petit Robert I, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Montréal: Les Dictionnaires Robert-Canada S.C.C., 1987. «incapacité».

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles. Oxford: Clarendon Press, 1993. «disqualification»; «disqualify».

DEMANDES d'autorisation et de contrôle judiciaire concernant une mesure d'expulsion prise par un arbitre et une mesure d'exclusion prise par un agent d'immigration principal. Demandes accueillies en partie.

AVOCATS:

Micheal T. Crane pour le requérant.
Diane B. N. Dagenais pour l'intimé.

PROCUREURS:

Micheal T. Crane, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs des ordonnances rendus par

[1] LE JUGE MACKAY: Les présents motifs se rapportent à deux demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire qui ont été présentées en application de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, modifié [par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], et entendues ensemble. Dans les deux requêtes introductives d'instances qui ont été déposées, la réparation demandée par le requérant se borne à une ordonnance de *certiorari* et à un jugement déclaratoire, et seule l'ordonnance de *certiorari* est précisée en tant que réparation souhaitée dans le cadre du contrôle judiciaire de la mesure d'expulsion prise par un arbitre le 13 juillet 1995 dans le dossier IMM-3331-96, et de la mesure d'exclusion prise par un agent d'immigration principal le 15 novembre 1995 dans le dossier IMM-3333-96. À l'audience, l'avocat du requérant a également demandé, ainsi qu'il est indiqué au début de l'exposé des faits et du droit du requérant dans chaque affaire, le prononcé d'ordonnances d'interdiction,

written submissions on behalf of the parties following the hearing.

Background

[2] The facts in these applications are relatively straight forward. On July 13, 1995, the applicant was found by an immigration adjudicator to be an inadmissible person as one described in paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended [by S.C. 1992, c. 49, s. 11] (the Act), on the basis that in 1987 he had been convicted of two drug traffic offences which carried maximum terms of imprisonment for life, though his sentence was apparently limited to one year on probation. At the same inquiry, it was found that the applicant had not applied for and received a visa before entering Canada, as required pursuant to subsection 9(1) [as am. *idem*, s. 4] of the Act, and thus he was a person who was inadmissible to Canada under paragraph 19(2)(d) of the Act. The adjudicator issued a deportation order, as required by paragraph 32(5)(a) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11; S.C. 1992, c. 49, s. 21] where a person is found to be as described in paragraph 19(1)(c), and that is the decision questioned in file IMM-3331-96. No separate order was issued in relation to the finding that the applicant is a person described in paragraph 19(2)(d).¹

[3] In October 1995, before the deportation was executed, the applicant left Canada for three weeks for personal reasons, believing he would be able to return. Upon his return on November 14, 1995, the applicant was examined at the airport, then detained and reported the following day under paragraphs 19(1)(b) and (i) of the Act. An exclusion order was issued by a senior immigration officer on November 15, 1995 on the basis that the applicant was a person who, pursuant to paragraph 19(1)(i), by reason of his deportation order, required Ministerial consent before coming into Canada, which consent he did not have.

réparation qui n'est pas expressément mentionnée dans les requêtes introductives d'instances qui ont été déposées. Cette question étant devenue litigieuse, les parties ont dû présenter d'autres observations écrites après l'audience.

Genèse des instances

[2] Les faits sont assez simples. Le 13 juillet 1995, un arbitre en matière d'immigration a constaté que le requérant était une personne non admissible visée à l'alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, modifié [par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] (la Loi), au motif qu'il avait été déclaré coupable, en 1987, de deux infractions relatives au trafic de stupéfiants qui peuvent être punissables d'un emprisonnement à perpétuité. Il semble toutefois qu'on lui ait simplement imposé une peine d'un an avec sursis. Au cours de la même enquête, il a été établi que le requérant n'avait pas demandé et obtenu un visa avant d'entrer au Canada, ainsi que le prévoit le paragraphe 9(1) [mod., *idem*, art. 4] de la Loi, de sorte qu'il était une personne non admissible au Canada en vertu de l'alinéa 19(2)d) de la Loi. L'arbitre a pris une mesure d'expulsion, comme l'exige l'alinéa 32(5)a) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 11; L.C. 1992, ch. 49, art. 21] s'il constate qu'une personne tombe sous le coup de l'alinéa 19(1)c). C'est la décision qui est contestée dans le dossier IMM-3331-96. Aucune mesure distincte n'a été prise relativement à la constatation que le requérant était une personne visée à l'alinéa 19(2)d).¹

[3] En octobre 1995, soit avant l'exécution de la mesure d'expulsion, le requérant a quitté le Canada pendant trois semaines pour des raisons personnelles en pensant qu'il pourrait y revenir. À son retour le 14 novembre 1995, il a été interrogé à l'aéroport, puis détenu. Le lendemain, il a fait l'objet d'un rapport en tant que personne appartenant aux catégories visées aux alinéas 19(1)b) et i) de la Loi. Un agent d'immigration principal a pris une mesure d'exclusion le 15 novembre 1995 au motif que le requérant était une personne qui, en application de l'alinéa 19(1)i), devait, à cause de la mesure d'expulsion prise contre lui, obtenir l'autorisation du ministre avant de venir au Canada, autorisation qu'il n'avait pas obtenue.

[4] A few days before the latter decision but apparently unknown to the applicant at that time, in a letter from the National Parole Board dated November 8, 1995, the applicant was advised he was granted a pardon under the *Criminal Records Act*, R.S.C., 1985, c. C-47, as amended. The Board wrote in part as follows:

. . . this pardon is evidence of the fact that the Board, after making proper inquiries, was satisfied that the said

LARKLAND OSBOURNE SMITH

has remained free of any conviction since completing the sentence and was of good conduct and that the conviction should no longer reflect adversely on his character and, unless it ceases to exist or is subsequently revoked, this pardon vacates the conviction in respect of which it is granted and, without restricting the generality of the foregoing, removes any disqualification to which

LARKLAND OSBOURNE SMITH

is, by reason of the conviction, subject by virtue of any Act of Parliament or a regulation made thereunder.

The Issues

[5] In IMM-3331-96, the applicant challenges the validity of the deportation order or its execution on the grounds that the basis for this order has ceased to exist by reason of the pardon granted under the *Criminal Records Act*. It is urged that as the basis of the applicant's inclusion in the class of persons described in paragraph 19(1)(c), that is, his conviction, has now been pardoned, the conviction does not support a deportation order under paragraph 32(5)(a). The deportation order cannot stand, or its execution should now be prohibited, so it is urged. In addition, it is submitted in IMM-3333-96 that, since the basis for the deportation order has ceased to exist, the exclusion order issued on November 15, 1995 pursuant to subsection 23(4) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 13] is not valid. Since the applicant could not properly be found included within paragraph 19(1)(i), the exclusion order should be quashed or, in the alternative, its execution prohibited.

[4] Quelques jours avant la prise de cette dernière décision mais apparemment sans que le requérant n'en sache rien, la Commission nationale des libérations conditionnelles a écrit au requérant le 8 novembre 1995 pour l'informer qu'une réhabilitation lui était accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. (1985), ch. C-47, modifiée. La lettre de la Commission était notamment libellée ainsi qu'il suit:

[TRADUCTION] . . . la présente réhabilitation sert de preuve du fait que la Commission, après avoir mené les enquêtes voulues, a été convaincue que

LARKLAND OSBOURNE SMITH

n'a pas été reconnu coupable de nouvelles infractions depuis qu'il a fini de purger sa peine et s'est bien conduit, que la condamnation ne devrait plus ternir sa réputation et que, sauf cas de révocation ultérieure ou de nullité, la présente réhabilitation efface les conséquences de la condamnation et, notamment, fait cesser toute incapacité que celle-ci pouvait entraîner aux termes d'une loi fédérale ou de ses règlements.

Les questions en litige

[5] Dans le dossier IMM-3331-96, le requérant conteste la validité de la mesure d'expulsion ou son exécution au motif que le fondement de cette mesure a disparu en raison de la réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*. Il affirme que, puisque la condamnation prononcée contre lui, qui constitue le fondement de son inclusion dans la catégorie visée à l'alinéa 19(1)c), a fait l'objet d'une réhabilitation, la prise d'une mesure d'expulsion en vertu de l'alinéa 32(5)a) n'est pas justifiée. Selon le requérant, la mesure d'expulsion est sans effet ou son exécution devrait être interdite. Il fait en outre valoir dans le dossier IMM-3333-96 que, puisque le fondement de la mesure d'expulsion a disparu, la mesure d'exclusion prise le 15 novembre 1995 en application du paragraphe 23(4) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 13] n'est pas valide. Comme le requérant ne pouvait pas valablement être considéré comme une personne visée à l'alinéa 19(1)i), la mesure d'exclusion devrait être annulée ou, subsidiairement, son exécution devrait être interdite.

[6] The respondent argues that the pardon granted the applicant under the *Criminal Records Act* does not have the effect of “setting aside” or nullifying the convictions in the sense that they are deemed in law never to have existed. As a result, the pardon does not remove the sustaining basis for the deportation order and both the deportation order and the subsequent exclusion order remain valid. It is further urged by the respondent that both the deportation and exclusion orders do not constitute disqualifications arising under a statute of Canada by reason of the conviction, which disqualifications are expressly barred by the *Criminal Records Act* and, as a consequence, there are no reasons for this Court to intervene in regard to either one.

[7] The respondent also submits, in supplementary submissions requested by the Court, that there is no basis for the Court to grant the remedy of prohibition in these matters. It is urged that the failure of the applicant to request this remedy in his originating motion violates paragraph 5(1)(e) of the *Federal Court Immigration Rules, 1993*, SOR/93-22, and paragraph 1602(2)(c) of the *Federal Court Rules, C.R.C.*, c. 663 [as enacted by SOR/92-43, s. 19], both of which require an application for judicial review to set out the precise relief sought. Further, orders for prohibition would issue against the execution of the deportation and/or exclusion orders and not against the decisions of the adjudicator or the senior immigration officer, and this would in effect violate the requirement, set out in subsection 1602(4) [as enacted *idem*] of the *Federal Court Rules*, that each review concern only one decision. Finally, the respondent urges that prohibition is not a proper alternative to quashing the deportation or exclusion orders, given that because prohibition will issue only in respect to an excess of jurisdiction, the court would have to find the deportation and/or exclusion orders invalid to justify intervention, and if that were found then an order of prohibition would be unnecessary.

[8] In my view, the essential issues raised may be stated thus:

[6] L’intimé soutient que la réhabilitation accordée au requérant en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* n’a pas pour effet «d’annuler» les condamnations, en ce sens qu’elles sont réputées en droit ne jamais avoir existé. En conséquence, la réhabilitation ne fait pas disparaître le fondement de la mesure d’expulsion, et la mesure d’expulsion comme la mesure d’exclusion prise par la suite demeurent valides. L’intimé allègue en outre que la mesure d’expulsion et la mesure d’exclusion ne constituent pas des incapacités entraînées par la condamnation aux termes d’une loi fédérale, ces incapacités étant expressément interdites par la *Loi sur le casier judiciaire*. Par conséquent, la Cour n’est pas fondée à intervenir à l’égard de ces mesures.

[7] Dans des observations supplémentaires présentées à la demande de la Cour, l’intimé soutient en outre que la Cour n’est pas fondée à rendre les ordonnances d’interdiction demandées en l’espèce. Selon l’intimé, le défaut du requérant de demander cette réparation dans sa requête introductive d’instance contrevient à l’alinéa 5(1)e des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d’immigration*, DORS/93-22, et à l’alinéa 1602(2)c des *Règles de la Cour fédérale, C.R.C.*, ch. 663 [édicte par DORS/92-43, art. 19], qui prévoient toutes deux qu’une demande de contrôle judiciaire indique le redressement expressément recherché. Qui plus est, ces ordonnances d’interdiction seraient rendues contre l’exécution de la mesure d’expulsion ou de la mesure d’exclusion, et non contre les décisions prises par l’arbitre ou l’agent d’immigration principal, ce qui violerait dans les faits la disposition prévue au paragraphe 1602(4) [édicte, *idem*] des *Règles de la Cour fédérale*, à savoir que chaque contrôle ne vise qu’une seule décision. Enfin, l’intimé soutient qu’une ordonnance d’interdiction n’est pas une solution de rechange valable pour annuler la mesure d’expulsion ou la mesure d’exclusion; en effet, comme pareille ordonnance n’est rendue que s’il y a eu excès de compétence, il faudrait que la Cour conclue que la mesure d’expulsion ou la mesure d’exclusion est nulle pour être fondée à intervenir et, si tel était le cas, une ordonnance d’interdiction serait alors inutile.

[8] À mon avis, les questions fondamentales qui sont litigieuses en l’espèce peuvent être énoncées ainsi qu’il suit:

1) What is the effect of the pardon granted to the applicant in relation to each of the deportation order, issued before the pardon, and the exclusion order, issued after the pardon was granted?

2) Are the deportation and exclusion orders within the meaning of the words “any disqualification to which the person so convicted is, by reason of the conviction, subject by virtue of the provisions of any Act of Parliament . . . or of a regulation made under an Act of Parliament,” as those words are used in paragraph 5(b) [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 78] of the *Criminal Records Act*?

3) If the applicant is entitled to relief, what form should that relief take?

The Effect of the Pardon

[9] The first issue concerns the effect of a pardon granted under the *Criminal Records Act*. If the Act has the effect of expunging the conviction, so that the conviction can be said to have never existed, it follows that the applicant cannot be a person described in paragraph 19(1)(c), which provides:

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

...

(c) persons who have been convicted in Canada of an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more;

The relevant portions of the *Criminal Records Act* read as follows [s. 5(a) (as am. by S.C. 1992, c. 22, s. 5), (b) (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 78)]:

5. The pardon

(a) is evidence of the fact

(i) that, in the case of a pardon for an offence referred to in paragraph 4(a), the Board, after making inquiries, was satisfied that the applicant for the pardon was of good conduct, and

1) Quel est l'effet de la réhabilitation accordée au requérant sur la mesure d'expulsion, qui a été prise avant l'octroi de la réhabilitation, et sur la mesure d'exclusion, qui a été prise après l'octroi de la réhabilitation?

2) La mesure d'expulsion et la mesure d'exclusion sont-elles visées par les mots «toute incapacité . . . que celle-ci pouvait entraîner aux termes d'une loi fédérale ou de ses règlements» employés à l'alinéa 5b) [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 78] de la *Loi sur le casier judiciaire*?

3) Si le requérant a droit à une réparation, quelle forme cette réparation devrait-elle prendre?

L'effet de la réhabilitation

[9] La première question litigieuse concerne l'effet de la réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*. Si la Loi a pour effet de supprimer la condamnation, de sorte que la condamnation n'aurait jamais existé, il s'ensuit que le requérant ne peut pas être une personne appartenant à la catégorie visée à l'alinéa 19(1)c), qui dispose:

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

...

c) celles qui ont été déclarées coupables, au Canada, d'une infraction qui peut être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans;

La disposition pertinente de la *Loi sur le casier judiciaire* est ainsi libellée [art. 5a) (mod. par L.C. 1992, ch. 22, art. 5), b) (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 78)]:

5. La réhabilitation a les effets suivants:

a) d'une part, elle sert de preuve des faits suivants:

(i) dans le cas d'une réhabilitation octroyée pour une infraction visée à l'alinéa 4a), la Commission, après avoir mené les enquêtes, a été convaincue que le demandeur s'est bien conduit,

(ii) that, in the case of any pardon, the conviction in respect of which the pardon is granted or issued should no longer reflect adversely on the applicant's character; and

(b) unless the pardon is subsequently revoked or ceases to have effect, vacates the conviction in respect of which it is granted and, without restricting the generality of the foregoing, removes any disqualification to which the person so convicted is, by reason of the conviction, subject by virtue of the provisions of any Act of Parliament, other than section 100, 161 or 259 of the *Criminal Code*, or of a regulation made under an Act of Parliament.

[10] Two authorities were cited by the applicant in support of his argument that the conviction should be set aside. In *Nagra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,² Mr. Justice Muldoon held, in an instance where a criminal conviction was set aside on an appeal to the Supreme Court, that "the ground for the deportation order has been cut out from under it by the setting aside of the criminal convictions imposed on the applicant." In the result, Muldoon J. held that the deportation order had no sustaining basis and had to be quashed.

[11] In *Kalicharan v. Minister of Manpower and Immigration*,³ Mahoney J., as he then was, was asked to intervene in regard to a deportation order where the underlying basis for the order, a conviction, had been affected by a conditional discharge issued by the Ontario Court of Appeal. In allowing the application, His Lordship wrote:

As I appreciate the provisions of the *Criminal Code*, as they bear upon a conditional discharge substituted by a court of appeal for a sentence imposed by a trial court, the conviction is not reversed; it is deemed never to have been passed. The decision of the Ontario Court of Appeal is not merely new evidence that would permit the Special Inquiry Officer to reopen his hearing; nor is it simply a fact to be taken into account by the Immigration Appeal Board if, as and when, that tribunal entertains an appeal from the Special Inquiry Officer's decision. Rather, its import is that the basis for making the deportation order not only no longer exists in fact; it is deemed, in law, not to have existed at all. This, therefore, is a proper case for prohibition and the order sought will issue accordingly.

[12] I accept the respondent's submissions that each of these cases can be distinguished from that at bar in

(ii) dans le cas de toute réhabilitation, la condamnation en cause ne devrait plus ternir la réputation du demandeur;

b) d'autre part, sauf cas de révocation ultérieure ou de nullité, elle efface les conséquences de la condamnation et, notamment, fait cesser toute incapacité—autre que celles imposées au titre des articles 100, 161 et 259 du *Code criminel*—que celle-ci pouvait entraîner aux termes d'une loi fédérale ou de ses règlements.

[10] Le requérant a invoqué deux décisions au soutien du moyen selon lequel la condamnation devrait être annulée. Dans l'affaire *Nagra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*², le juge Muldoon a déclaré, relativement à l'annulation d'une condamnation au criminel dans le cadre d'un pourvoi devant la Cour suprême, que «le motif fondant la mesure d'expulsion en a été supprimé par suite de l'annulation des condamnations criminelles dont le requérant a fait l'objet». En fin de compte, le juge Muldoon a statué que la mesure d'expulsion n'avait aucun fondement valable et devait être annulée.

[11] Dans l'affaire *Kalicharan c. Le ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*³, le juge Mahoney a examiné une mesure d'expulsion dont le fondement, une condamnation, avait été modifié par une libération sous condition accordée par la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge Mahoney a fait droit à la demande en ces termes:

Selon mon interprétation des dispositions du *Code criminel* relatives à la substitution d'une libération sous condition à la sentence imposée par la Cour de première instance, la déclaration de culpabilité n'est pas infirmée; elle est réputée ne jamais avoir été prononcée. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario ne constitue pas seulement une nouvelle preuve permettant à l'enquêteur spécial de rouvrir son enquête, ni un simple fait dont la Commission d'appel de l'immigration devra tenir compte si elle entend éventuellement un appel de la décision de l'enquêteur spécial. Au contraire, non seulement entraîne-t-elle la disparition de fait de la raison justifiant l'ordonnance d'expulsion, mais cette dernière est réputée ne jamais avoir existé en droit. Il convient donc en l'espèce d'émettre un bref de prohibition et l'ordonnance demandée sera rendue en conséquence.

[12] Je souscris aux prétentions de l'intimé selon lesquelles il est possible d'établir une distinction entre

that each concerns an expungement of a conviction by means other than a pardon under the *Criminal Records Act*. A pardon under that Act is not the same, in legal effect, as the setting aside by an appeal court of a conviction found at trial, or a conditional discharge substituted by a court of appeal for a trial sentence. The effect of a pardon granted under the Act in question is not the same as if the conviction were quashed on appeal; its effect depends on the Act.

[13] It is urged by the respondent that the English and French versions of section 5 of the *Criminal Records Act* are not identical. It is submitted that the Court should apply the narrower of the two versions, that is, the French version. In paragraph 5(b), the English text provides that a pardon “vacates the conviction in respect of which it is granted”, while the French text provides for erasing the consequences of the conviction, not of erasing or vacating the conviction itself. The respondent submits that amendments to the French version of section 5 of the 1985 Revised Statutes, changing the words from “*annule la condamnation*” to “*efface les conséquences de la condamnation*”, reflects an intention on the part of Parliament to preserve the existence of the conviction while curbing detrimental consequences arising from it.

[14] Further, it is urged the purpose and context of the Act support the French version of section 5. Specifically, it is urged that if the conviction were expunged or “vacated”, in the sense that it was presumed never to have existed, there would be no need for other provisions of the Act, for example subsection 6(1) which bars disclosure of pardoned convictions, subsection 6(2) which provides for maintenance of records of pardoned convictions separate from records of convictions not pardoned, section 7 [as am. by S.C. 1992, c. 22, s. 7] which provides for revocation of a pardon, section 8 [as am. *idem*, s. 8] which precludes solicitation of information about pardoned convictions in prospective employment or service with federal agencies. Moreover, because a

ces deux affaires et l’espèce, étant donné que chacune d’elles se rapporte à la suppression d’une condamnation par d’autres moyens qu’une réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*. Une telle réhabilitation ne produit pas le même effet, sur le plan juridique, que l’annulation par une cour d’appel d’une déclaration de culpabilité prononcée à l’issue d’un procès ou qu’une libération sous condition qu’une cour d’appel substitue à la sentence qui a été imposée. L’effet d’une réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* n’est pas le même que si la déclaration de culpabilité était annulée en appel; son effet dépend de la Loi.

[13] L’intimé allègue que les versions française et anglaise de l’article 5 de la *Loi sur le casier judiciaire* ne sont pas identiques. Selon lui, la Cour devrait appliquer la version plus restrictive, soit la version française. Selon le texte anglais de l’alinéa 5b), la réhabilitation efface la condamnation («*vacates the conviction in respect of which it is granted*»); selon le texte français, elle efface les conséquences de la condamnation, et non la condamnation même. L’intimé soutient que la modification de la version française de l’article 5 des Lois révisées de 1985, par laquelle les mots «annule la condamnation» ont été remplacés par les mots «efface les conséquences de la condamnation», exprime l’intention du législateur de préserver l’existence de la condamnation tout en réduisant les effets néfastes qu’elle peut produire.

[14] L’intimé prétend en outre que l’objet et le contexte de la Loi appuient la version française de l’article 5. En particulier, il affirme que si la condamnation était supprimée ou «effacée», en ce sens qu’elle serait alors censée ne jamais avoir existé, d’autres dispositions de la Loi seraient inutiles, par exemple le paragraphe 6(1), qui interdit la communication d’un dossier relatif à une condamnation visée par une réhabilitation, le paragraphe 6(2), qui prévoit que le dossier d’une condamnation visée par une réhabilitation est gardé à part des autres dossiers relatifs à des condamnations n’ayant pas fait l’objet d’une réhabilitation, l’article 7 [mod. par L.C. 1992, ch. 22, art. 7], qui prévoit la révocation d’une réhabilitation, et l’article 8 [mod., *idem*, art. 8], qui interdit aux orga-

pardon is revokable, it is urged that the underlying conviction must be viewed as continuing to exist, at least in terms of an historic event.

[15] I find persuasive the respondent's arguments concerning the differences between the wording of the French and English versions of section 5. In coming to this conclusion, I take note of the Federal Court of Appeal's discussion of statutory interpretation in *Flota Cubana de Pesca (Cuban Fishing Fleet) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*.⁴ In that case, after reviewing the case law and textual authorities, Mr. Justice Stone, writing for the Court, concluded that discrepancies between the French and English versions of a provision must be reconciled by examining the legislative context in which the discrepancy is used and the purpose and object of the Act in question. In this case if the Act were intended to vacate the conviction in the sense that the conviction is deemed never to have existed, there would be no need for reference to specific effects of pardoned convictions, for all potential effects would be precluded if the conviction were erased from the historic record by a pardon. There would then be no logical basis for revocation of a pardon and restoration of the record of conviction.

[16] The effect of the grant of a pardon under the *Criminal Records Act* has been considered in a number of cases. In *Silver v. Silver*,⁵ the defendant husband applied to strike out portions of divorce pleadings which referred to his having been jailed for assaulting women, a crime for which his conviction had been pardoned. In holding that the pleadings were admissible, the Alberta Court of Appeal wrote that the granting of a pardon under the *Criminal Records Act* [R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 12] does not extinguish those significant factual events which the trial judge may find to be relevant in the course of his consideration of the history of the marriage.

nismes fédéraux de demander des renseignements sur une condamnation visée par une réhabilitation à un éventuel employé ou prestataire de services. Qui plus est, comme la réhabilitation est révoquée, il faut, selon l'intimé, considérer que la condamnation sous-jacente continue d'exister, du moins en tant qu'événement historique.

[15] Les arguments invoqués par l'intimé relativement aux différences entre le libellé des versions française et anglaise de l'article 5 me paraissent convaincants. Pour parvenir à cette conclusion, je prends note de l'analyse fondée sur l'interprétation des lois faite par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Flota Cubana de Pesca (Flotte de pêche cubaine) c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et l'Immigration)*.⁴ Dans cette affaire, après avoir examiné la jurisprudence et la doctrine, le juge Stone, qui a prononcé les motifs de la Cour, a conclu qu'il faut rapprocher les incompatibilités entre les versions française et anglaise d'une disposition en examinant le contexte législatif dans lequel l'incompatibilité s'inscrit et l'objet de la loi en question. En l'espèce, si le législateur avait voulu que la Loi efface la condamnation, en ce sens que la condamnation est censée ne jamais avoir existé, il n'aurait pas eu besoin de faire état des effets particuliers d'une condamnation visée par une réhabilitation, car tous les effets potentiels disparaîtraient si la réhabilitation effaçait la condamnation du dossier. En ce cas, la révocation d'une réhabilitation et le rétablissement du dossier de la condamnation n'auraient aucun fondement logique.

[16] L'effet de l'octroi d'une réhabilitation en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* a été examiné dans plusieurs affaires. Dans l'affaire *Silver v. Silver*,⁵ le mari défendeur dans une instance en divorce a demandé la radiation des parties des actes de procédure précisant qu'il avait été incarcéré après avoir commis des voies de fait contre des femmes parce que la condamnation prononcée contre lui avait fait l'objet d'une réhabilitation. Statuant que les actes de procédure étaient admissibles, la Cour d'appel d'Alberta a déclaré que l'octroi d'une réhabilitation en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* [S.R.C. 1970 (1^{er} Supp.), ch. 12] ne fait pas disparaître les événements importants que le juge de première instance peut estimer

[17] In *J.C. v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)*,⁶ the British Columbia Supreme Court was asked to determine whether a provincial court judge erred by allowing evidence to be led as to the past criminal convictions of an accused who had been pardoned under the *Criminal Records Act*. The trial judge had ruled that where a pardon is granted and the “conviction vacated”, the circumstances leading to the conviction may, if relevant and otherwise admissible, be presented to the court. The Court, in upholding the trial judge, noted that [at paragraph 31]:

. . . the Canadian legislation does not go so far as to deem convictions not to be convictions. In fact, the possibility of drafting the Canadian legislation in this manner was explicitly rejected by the Report of the Canadian Committee on Corrections which preceded the enactment of the Criminal Records Act: (see A.M. Kirkpatrick, Significance of Criminal Records and Recognition of Rehabilitation (1970) 12 Can. J. Corr. 306.)

[18] In *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Burgon*,⁷ Mr. Justice Linden, writing for the majority of the Federal Court of Appeal, described the effect of a pardon under the *Criminal Records Act*, in these words: “someone convicted of an offence, upon showing that he was of ‘good behaviour’, could be cleansed of any stain that the conviction caused.” At issue in that case was the scope of a similar law in Britain. On this point, His Lordship wrote “The British went farther than Canada; in addition to allowing absolute and conditional discharges, it enacted . . . that, when an offender was placed on probation, his conviction would be ‘deemed not to be a conviction’, except for certain technical purposes.” I infer from this reasoning that Linden J.A. was of the view that the *Criminal Records Act* does not deem that when a pardon is granted the pardoned conviction is deemed not to have existed. Nevertheless, he comments further:

pertinents dans le cadre de l’examen des circonstances du mariage.

[17] Dans l’affaire *J.C. v. British Columbia (Director of Child, Family and Community Service)*⁶, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a été saisie de la question de savoir si un juge de la cour provinciale avait commis une erreur en autorisant le dépôt d’éléments de preuve sur les condamnations criminelles antérieures d’un prévenu qui avait fait l’objet d’une réhabilitation en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*. Le juge de première instance avait statué que, dans le cas de l’octroi d’une réhabilitation qui «efface les conséquences de la condamnation», les circonstances ayant entraîné la condamnation peuvent, si elles sont pertinentes et par ailleurs admissibles, être soumises à la cour. Confirmant la décision du juge de première instance, la Cour d’appel a fait remarquer [au paragraphe. 31]:

[TRADUCTION] . . . la loi canadienne ne va pas jusqu’à présumer qu’une condamnation n’est pas une condamnation. En fait, le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle a, dans son rapport, expressément écarté la possibilité de rédiger la loi canadienne de cette manière: (voir A. M. Kirkpatrick, Significance of Criminal Records and Recognition of Rehabilitation (1970) 12 Can. J. Corr. 306).

[18] Dans l’arrêt *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Burgon*⁷, le juge Linden, qui a prononcé les motifs majoritaires de la Cour d’appel fédérale, a parlé de l’effet d’une réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* en ces termes: «en faisant la preuve de sa “bonne conduite”, la personne déclarée coupable d’une infraction pouvait être lavée de toute souillure causée par la déclaration de culpabilité.» La question en litige dans cette affaire était la portée d’une loi britannique similaire. Sur ce point, le juge Linden a déclaré que «[l]es Britanniques sont allés plus loin que le Canada: en plus de permettre l’absolution inconditionnelle et sous condition, on y a adopté [la disposition] qui prévoit que le contrevenant qui a été déclaré coupable d’une infraction pour laquelle il fait l’objet d’une ordonnance de probation [TRADUCTION] “est réputé [ne pas] avoir été déclaré coupable”, sauf à certaines fins techniques». J’infère de ce raisonnement que le juge Linden, J.C.A., était d’avis que la *Loi sur le casier judiciaire* ne présume pas que lorsqu’une réhabilitation est accordée, la

In my view, when Parliament re-enacted the *Immigration Act* in 1976 [S.C. 1976-77, c. 52], it must be taken to have known about its own earlier penal legislation which allowed for the elimination of criminal convictions from the records of deserving individuals. In using the word “convicted” in paragraph 19(1)(c), therefore, Parliament meant a conviction that had not been expunged, pursuant to any other legislation it had enacted. If a “conviction” had been erased by the provisions of another law of Parliament, it was not meant to be treated in the same way as a conviction that had not been removed from a person’s record. If it had intended that the word “convicted” in the *Immigration Act* be interpreted otherwise, it could and should have demonstrated that. Interpreting paragraph 19(1)(c) in this way, the *Immigration Act* and the criminal legislation in Canada is rendered consistent, not in conflict. The policy of the criminal law is incorporated within the *Immigration Act*.

[19] In *Lui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,⁸ Mr. Justice Rothstein of this Court had occasion to interpret the scope of the *Criminal Records Act* in assessing whether a similar Hong Kong law, there at issue, could be said to have the same effect. His Lordship described the effect of the Canadian statute as follows:

The effect of the *Criminal Records Act* is, subject to very few exceptions pertaining to certain provisions of the *Criminal Code*, to vacate a conviction if the National Parole Board grants a pardon and to remove any disqualification to which the person so convicted is, by reason of the conviction, subject by virtue of the provision of any Act of Parliament.

...

While a pardon may be revoked if a person is subsequently convicted or for other reasons, it would appear that except for those few *Criminal Code* exceptions to which I have referred, the pardon, in the words of Linden J.A. in *Burton*, has the effect of cleansing the individual “of any stain that the conviction caused”.

[20] I conclude from these authorities that the Act cannot be said to erase the conviction in the sense that

condamnation est censée ne pas avoir existé. Malgré tout, il a ensuite observé:

J’estime qu’il faut supposer que lorsqu’il a adopté de nouveau la *Loi sur l’immigration* en 1976 [S.C. 1976-77, ch. 52], le législateur fédéral connaissait ses propres textes de loi pénale antérieurs, qui permettaient d’effacer les déclarations de culpabilités criminelles du casier des personnes méritantes. En employant les termes «déclarées coupables» à l’alinéa 19(1)c), le législateur visait donc une déclaration de culpabilité qui n’avait pas été effacée en vertu de toute autre loi édictée par lui. Si une «déclaration de culpabilité» était effacée par application des dispositions d’une autre loi du législateur fédéral, ce dernier ne voulait pas qu’elle soit traitée de la même manière qu’une déclaration de culpabilité qui n’avait pas été supprimée du casier judiciaire d’une personne. S’il avait voulu que les termes «déclarés coupables» que l’on trouve dans la *Loi sur l’immigration* soient interprétés autrement, il aurait pu et aurait dû l’exprimer. Lorsqu’on interprète de cette manière l’alinéa 19(1)c), on réussit à concilier—et non à mettre en conflit—la *Loi sur l’immigration* et la législation criminelle canadienne. Les principes généraux du droit criminel sont intégrés dans la *Loi sur l’immigration*.

[19] Dans l’affaire *Lui c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*⁸, le juge Rothstein de cette Cour a eu l’occasion d’interpréter la portée de la *Loi sur le casier judiciaire* afin de décider s’il était possible d’affirmer qu’une loi similaire de Hong Kong, qui était litigieuse dans cette affaire, avait le même effet. Il a fait les remarques suivantes sur l’effet de la loi canadienne:

Les effets de la *Loi sur le casier judiciaire* sont, hormis de rares exceptions relatives à certaines dispositions du *Code criminel*, d’effacer les conséquences d’une condamnation suite à l’octroi d’une réhabilitation par la Commission nationale des libérations conditionnelles et de faire cesser toute incapacité que la condamnation pouvait entraîner aux termes d’une loi fédérale.

...

Bien que la réhabilitation soit susceptible d’être révoquée si la personne visée est condamnée pour une nouvelle infraction ou pour d’autres raisons, il semble que, hormis les quelques exceptions prévues au *Code criminel* que j’ai mentionnées, la réhabilitation, pour reprendre les paroles du juge Linden dans l’arrêt *Burton*, a pour effet de laver la personne visée de «toute souillure causée par la déclaration de culpabilité».

[20] Ces décisions m’amènent à conclure qu’on ne saurait affirmer que la Loi efface la condamnation, en

the conviction is deemed not to have existed. While the purpose of the *Criminal Records Act* is to bar any further disadvantage imposed by Parliament that arises from a pardoned conviction, by cleansing the individual of the stain caused by the conviction and limiting the uses to which the fact of the conviction can be put, the conviction cannot be said not to have existed by virtue of the pardon.

[21] In my opinion, since the deportation order was issued while the conviction for which the applicant was classed within paragraph 19(1)(c) was outstanding, before the pardon was granted, there can be no finding that the adjudicator erred in issuing the order. Nevertheless, the pardon issued on November 8, 1995 must be given effect, not retroactively, but prospectively, within the terms of paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*.

The deportation and exclusion orders and paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*

[22] The applicant's principal submissions are that the basis sustaining the deportation order ceased to exist with the grant of the pardon and the exclusion order, predicated on the existence of the deportation order, is not valid. Whether either order constituted a "disqualification" within the terms of paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act* is the matter to which I now turn, first, by considering the deportation order.

[23] It may be useful to repeat the relevant portion of section 5 which describes the "disqualification" removed by a pardon under that section. It is:

5. The pardon

...

(b) . . . vacates the conviction in respect of which it is granted and, without restricting the generality of the foregoing, removes any disqualification to which the person so convicted is, by reason of the conviction, subject by virtue of the provisions of any Act of Parliament, other than section 100, 161 or 259 of the *Criminal Code*, or of a regulation made under an Act of Parliament.

[24] I am not persuaded by the respondent's argument, based upon the decision in *Reference as to the*

ce sens que la condamnation est censée ne pas avoir existé. Bien que l'objet de la *Loi sur le casier judiciaire* soit d'empêcher tout autre désavantage d'origine législative qu'entraîne une condamnation visée par une réhabilitation en lavant la personne visée de la souillure causée par la condamnation et en limitant les utilisations qui peuvent être faites de la condamnation, on ne saurait affirmer que la condamnation n'a pas existé en raison de la réhabilitation.

[21] À mon avis, comme la mesure d'expulsion a été prise avant l'octroi de la réhabilitation qui a effacé les conséquences de la condamnation ayant assujéti le requérant à l'alinéa 19(1)c), je ne saurais conclure que l'arbitre a commis une erreur en prenant la mesure en question. Cependant, il faut donner effet à la réhabilitation accordée le 8 novembre 1995 non pas rétroactivement, mais pour l'avenir, ainsi qu'il est prévu à l'alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*.

Les mesures d'expulsion et d'exclusion et l'alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*

[22] Les principaux moyens invoqués par le requérant sont que l'octroi de la réhabilitation a supprimé le fondement de la mesure d'expulsion et que la mesure d'exclusion, fondée sur l'existence de la mesure d'expulsion, est sans effet. J'en viens maintenant à la question de savoir si l'une de ces mesures constituait une «incapacité» au sens de l'alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*. Je commence mon analyse par la mesure d'expulsion.

[23] Il peut être utile de citer de nouveau le passage pertinent de l'article 5 dans lequel il est question de l'«incapacité» que fait cesser la réhabilitation accordée en vertu de cette disposition. En voici le libellé:

5. La réhabilitation a les effets suivants:

...

b) . . . elle efface les conséquences de la condamnation et, notamment, fait cesser toute incapacité—autre que celles imposées au titre des articles 100, 161 et 259 du *Code criminel*—que celle-ci pouvait entraîner aux termes d'une loi fédérale ou de ses règlements.

[24] Le moyen que tire l'intimé de la décision *Reference as to the effect of the Exercice by His*

effect of the Exercise by this Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings,⁹ that the deportation order was not a consequence constituting a disqualification within paragraph 5(b) because the order was made by a separate administrative process apart from the conviction. The *Reference* case, in responding to questions asked of the Supreme Court, found that, under provisions of the then existing *Immigration Act* [R.S.C. 1927, c. 93] providing for deportation of a person other than a Canadian citizen or one with a Canadian domicile who had been convicted of a criminal offence in Canada, a convict released by exercise of the prerogative of mercy was still subject to deportation. Moreover, the Court there found that the results which follow from deportation proceedings “are not attached to the criminal offence as a legal consequence following *de jure* upon conviction”, rather they “follow . . . as the result of an administrative proceeding initiated at the discretion of the Minister at the head of the Department of Immigration”.¹⁰

[25] That case, of course, was not concerned with a pardon under the *Criminal Records Act*, or with interpretation of the provisions of that Act and the current *Immigration Act*, and it is not helpful, in my opinion, in interpreting a “disqualification” or “incapacité” within the meaning of paragraph 5(b).

[26] Under section 19 of the *Immigration Act* various described classes of persons are said to be inadmissible to Canada, including in paragraph 19(1)(c), those convicted in Canada of described offences. When such persons are reported, an adjudicator is required to conduct an inquiry and has no discretion, but must issue a deportation order when the person concerned is found to be within that inadmissible class. I emphasize that there is no discretion where the fact of the conviction is established, nor is there discretion to waive the required hearing where a person is reported as within one of the inadmissible classes. A person otherwise free to remain in Canada becomes inadmissible as a result of his or her conviction of an offence within paragraph 19(1)(c), and

*Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*⁹, c’est-à-dire que la mesure d’expulsion n’est pas une conséquence constituant une incapacité au sens de l’alinéa 5b) parce que cette mesure a été prise dans le cadre d’un processus administratif distinct de la condamnation, ne me convainc pas. Dans ce renvoi, la Cour suprême a, pour répondre à la question qui lui avait été soumise, conclu que, conformément aux dispositions de la *Loi sur l’immigration* [S.R.C. 1927, ch. 93] alors en vigueur qui prévoyaient l’expulsion d’une personne autre qu’un citoyen canadien ou qu’une personne ayant un domicile au Canada qui avait été reconnue coupable d’une infraction criminelle au Canada, un détenu libéré par suite de l’exercice du droit de grâce pouvait quand même être expulsé. De plus, la Cour suprême a conclu dans cette affaire que les conséquences d’une procédure d’expulsion [TRADUCTION] «ne sont pas rattachées à l’infraction criminelle en tant que conséquence juridique de droit d’une déclaration de culpabilité», mais [TRADUCTION] «découlent [plutôt] d’une procédure administrative entreprise à la discrétion du ministre à la tête du ministère de l’Immigration»¹⁰.

[25] Ce renvoi ne concernait évidemment pas une réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, ni l’interprétation des dispositions de cette Loi et de la *Loi sur l’immigration* en vigueur, et il n’est pas utile, selon moi, pour interpréter l’«incapacité» ou la «disqualification» prévue à l’alinéa 5b).

[26] Selon l’article 19 de la *Loi sur l’immigration*, plusieurs catégories de personnes ne sont pas admissibles au Canada, notamment les personnes déclarées coupables au Canada des infractions visées à l’alinéa 19(1)(c). Lorsque le cas de telles personnes est signalé, un arbitre doit mener une enquête. Celui-ci n’a aucun pouvoir discrétionnaire: il doit prendre une mesure d’expulsion s’il constate que la personne visée appartient à cette catégorie de personnes non admissibles. J’insiste sur le fait qu’il n’a aucun pouvoir discrétionnaire lorsque le fait de la condamnation est établi, et qu’il n’a pas le pouvoir discrétionnaire de dispenser la personne visée de l’audition prévue lorsque celle-ci appartient à l’une des catégories non admissibles. Une personne par ailleurs libre de demeurer au Canada

subject to deportation once that fact is confirmed by an adjudicator. That inadmissibility and resulting deportation order, in my opinion, is a “disqualification”, or an “*incapacité*”, against remaining in Canada, by reason of the conviction, imposed under provisions of the *Immigration Act*, an Act of Parliament.

[27] The *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (Oxford: Clarendon Press, 1993) defines “disqualification” as:

1. Something which disqualifies; a ground or cause of incapacity. 2. The action of disqualifying; the fact or condition of being disqualified.

“Disqualify” is there defined as:

1. Deprive of the qualities required (for a situation, purpose, etc.); make unfit or unsuited; prevent by lack of qualification from doing. 2. Incapacitate legally; pronounce unqualified . . .

“*Incapacité*” is defined in *Le Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, (Montréal: Les Dictionnaires Robert-Canada S.C.C., 1987) in part as follows:

[TRANSLATION] 1° Condition of being incapable . . . 3° Condition of being deprived, by law, of the use or exercise of certain rights . . .

On the basis of these definitions, a classification based on a conviction as described in paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act*, in my opinion is a “disqualification”, an “*incapacité*”, one without which no deportation order would have issued in this case.

[28] By analogy, I find support for this conclusion from Mr. Justice Linden’s decision in *Burton*¹¹, where His Lordship wrote:

I am fortified in this view by an examination of the legislative history of paragraph 19(1)(c), which was significantly different in its earlier form. The *Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2, paragraph 5(d), prohibited certain classes of “persons who have been convicted of or admit having committed any crime involving moral turpitude . . .”

devient non admissible lorsqu’elle est déclarée coupable d’une infraction prévue à l’alinéa 19(1)c), et peut faire l’objet d’une mesure d’expulsion une fois que ce fait est confirmé par un arbitre. À mon avis, cette non-admissibilité et la mesure d’expulsion qui en résulte constituent une «incapacité» ou une «*disqualification*», soit la perte du droit de demeurer au Canada, entraînée par la condamnation aux termes des dispositions d’une loi fédérale, soit la *Loi sur l’immigration*.

[27] Le *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (Oxford: Clarendon Press, 1993) définit le mot «*disqualification*» en ces termes:

[TRADUCTION] 1. Chose qui rend incapable; motif ou cause d’incapacité. 2. Action de rendre incapable; fait d’être privé de capacité ou état de la personne privée de capacité.

Le verbe «*disqualify*» y est ainsi défini:

[TRADUCTION] 1. Priver des qualités requises (pour une situation, un but, etc.); rendre inapte ou inhabile; empêcher par manque de capacité de faire. 2. Rendre légalement incapable; déclarer inhabile . . .

Le mot «incapacité» est notamment défini ainsi qu’il suit dans *Le Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Montréal: Les Dictionnaires Robert-Canada S.C.C., 1987):

1° État de celui, de celle qui est incapable . . . 3° État d’une personne privée, par la loi, de la jouissance ou de l’exercice de certains droits . . .

Compte tenu de ces définitions, une classification fondée sur une déclaration de culpabilité visée à l’alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l’immigration* me paraît être une «incapacité» ou une «*disqualification*» en l’absence de laquelle aucune mesure d’expulsion n’aurait été prise en l’espèce.

[28] Je suis conforté dans ma conclusion par l’analogie que je fais avec la décision *Burton*¹¹ dans laquelle le juge Linden s’est exprimé en ces termes:

Je suis conforté dans cette opinion par l’examen de l’historique législatif de l’alinéa 19(1)c), qui était très différent dans sa rédaction antérieure. L’alinéa 5d) de la *Loi sur l’immigration*, S.R.C. 1970, chap. I-2, interdisait à certaines catégories de «personnes qui ont été déclarées coupables de quelque crime impliquant turpitude morale, ou

[underlining added] from entering Canada. If this wording had continued in the legislation of 1976, Ms. Burgon would probably have fallen within it and been properly excluded, because she had "admit[ted] having committed a crime" [underlining added]. However, the new immigration legislation of 1976 dropped the underlined words, leaving only the key word "convicted". This provision now had a different meaning; a mere plea of guilty would not now be sufficient to come within the section. This legislative reform came after the *Criminal Code* amendments which received royal assent on June 15, 1972, permitting absolute and conditional discharges as a method of disposition in Canada. Thus when the underlined words were omitted from the *Immigration Act* in 1976, leaving only the word "convicted", Parliament must be taken to have been aware of the device of deeming an offender not to have been convicted and, therefore, must be taken to have meant to exclude such persons from the ambit of paragraph 19(1)(c) and to render the *Immigration Act* consistent with the *Criminal Code* of Canada.

[29] I also note that both counsel were agreed that had the pardon been granted before the inquiry leading to the deportation order, it would have been effective in removing the applicant from the class of persons described by paragraph 19(1)(c) and a deportation order could not then issue on that ground. That clearly supports the conclusion that, in the circumstances of this case, the applicant's convictions must be regarded as the cause in fact of the disqualification and resulting deportation order. In other words, but for the unpardoned conviction, there could be no deportation order in this case.

[30] As a result, and with respect, I cannot agree with counsel for the respondent that the intervening administrative act of issuing the deportation order renders that order so remote from its cause in fact that it cannot be considered a disqualification stemming from a conviction within the meaning of paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*. That administrative act arose only by reason of the conviction.

[31] It is my view that while the deportation order was properly made because it predates the pardon,

qui admettent avoir commis un tel crime . . . » [soulignement ajouté] d'entrer au Canada. S'il avait été repris dans la loi de 1976, ce libellé aurait probablement visé M^{me} Burgon, qui aurait été légitimement frappée d'exclusion, parce qu'elle avait «admis avoir commis un crime» [soulignement ajouté]. Cependant, dans la nouvelle loi de 1976 sur l'immigration, on a laissé tomber les mots soulignés et on a laissé seulement les mots clés «déclarés coupables». Cette disposition a maintenant un sens différent: il ne suffirait plus de plaider coupable pour tomber sous le coup de cet article. La réforme législative est intervenue après l'adoption des modifications qui ont été apportées au *Code criminel* et qui ont reçu la sanction royale le 15 juin 1972, prévoyant notamment l'absolution inconditionnelle ou sous condition à titre de mesure permise au Canada. Ainsi donc, on doit supposer que lorsqu'il a omis en 1976 les mots soulignés dans la *Loi sur l'immigration* et qu'il a laissé seulement les mots «déclarés coupables», le législateur fédéral connaissait la fiction juridique par laquelle on présume qu'un contrevenant n'a pas été déclaré coupable et, par conséquent, on doit supposer que le législateur fédéral voulait soustraire ces personnes à l'application de l'alinéa 19(1)c) et rendre la *Loi sur l'immigration* compatible avec le *Code criminel* du Canada.

[29] Je remarque également que les deux avocats ont reconnu que si la réhabilitation avait été accordée avant la tenue de l'enquête qui a donné lieu à la mesure d'expulsion, elle aurait permis d'enlever le requérant de la catégorie de personnes visée à l'alinéa 19(1)c) et il aurait alors été impossible de prendre une mesure d'expulsion fondée sur ce motif. Ce fait appuie clairement la conclusion que, dans les circonstances de l'espèce, les condamnations du requérant doivent être considérées comme la cause véritable de l'incapacité et de la mesure d'expulsion qui en est résulté. Autrement dit, n'eût été la condamnation sans réhabilitation, le requérant n'aurait pu faire l'objet d'une mesure d'expulsion.

[30] En conséquence, il ne me paraît pas possible de convenir avec l'avocate de l'intimé que l'acte administratif nouveau qui a consisté à prendre la mesure d'expulsion rend cette mesure si éloignée de sa cause véritable qu'il ne saurait s'agir d'une incapacité résultant d'une condamnation au sens de l'alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*. L'accomplissement de cet acte administratif est uniquement dû à la condamnation.

[31] À mon avis, bien que la mesure d'expulsion ait été valablement prise parce qu'elle est antérieure à la

after the grant of the pardon in November 1995 the disqualification of the applicant under paragraph 19(1)(c) of the Act is removed by the operation of paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*. Enforcement of the deportation order thereafter would enforce a disqualification removed by the latter Act and, in my opinion, would be in violation of that Act.

[32] The respondent notes that the applicant was found inadmissible by the adjudicator on the basis of two grounds, the second being paragraph 19(2)(d), and submits that if this Court were to quash the deportation order on the basis of the pardon, the applicant would be in a better position than he should be, given that no exclusion order was issued with regard to paragraph 19(2)(d). It is also urged that it would be absurd for this Court to quash the deportation order as, were the pardon subsequently to be revoked, the deportation process would have to begin all over again. I am not so persuaded.

[33] With respect, I am not prepared to endorse an act by the Minister, that is, deportation of the applicant, that in my view would violate section 5 of the *Criminal Records Act*. If there are other grounds for removal of the applicant from Canada, the Minister is free to pursue those. Further, I am of the view that section 5 of the *Criminal Records Act* would be robbed of all effect were the Court to agree that because that pardon is capable of being revoked, a disqualification prohibited by section 5 is permissible, again for the sake of speculative administrative convenience.

[34] The question remains whether the exclusion order issued upon the applicant's return to Canada in November 1995 can be given effect. Taking into account, once again, the definition of "disqualification" ("*incapacité*"), in my opinion, the exclusion order gives effect to a disqualification, and in the case at bar, one that stems entirely from the applicant's convictions. It is by reason of the *Immigration Act* that conviction of the applicant makes him inadmissible and subject to a deportation order, and that he thereafter required permission of the Minister to enter Canada after leaving the country.

réhabilitation, après l'octroi de la réhabilitation en novembre 1995, l'incapacité du requérant fondée sur l'alinéa 19(1)c) de la Loi a été supprimée par l'application de l'alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*. L'exécution subséquente de la mesure d'expulsion donnerait effet à une incapacité que cette dernière Loi a supprimée et, selon moi, contreviendrait à cette Loi.

[32] L'intimé souligne que le requérant a été reconnu par l'arbitre comme une personne non admissible en vertu de deux dispositions, la deuxième étant l'alinéa 19(2)d), et soutient que si la Cour devait annuler la mesure d'expulsion en raison de la réhabilitation, le requérant serait dans une meilleure position qu'il ne devrait l'être, étant donné qu'aucune mesure d'exclusion n'a été prise relativement à l'alinéa 19(2)d). Il fait également valoir qu'il serait absurde d'annuler la mesure d'expulsion étant donné que, en cas de révocation ultérieure de la réhabilitation, il faudrait reprendre la procédure d'expulsion depuis le début. Je n'en suis pas convaincu.

[33] Je ne suis pas disposé à sanctionner un acte administratif accompli par le ministre, en l'occurrence l'expulsion du requérant, qui, selon moi, contreviendrait à l'article 5 de la *Loi sur le casier judiciaire*. S'il existe d'autres motifs justifiant le renvoi du requérant du Canada, rien n'empêche le ministre de les invoquer. Par ailleurs, je suis d'avis que l'article 5 de la *Loi sur le casier judiciaire* n'aurait plus le moindre effet si la Cour devait convenir que, comme cette réhabilitation peut être révoquée, une incapacité interdite par l'article 5 est acceptable, une fois de plus par souci de commodité administrative supposée.

[34] Il reste encore à savoir s'il est possible d'exécuter la mesure d'exclusion qui a été prise lorsque le requérant est revenu au Canada en novembre 1995. Eu égard, une fois de plus, à la définition du terme «incapacité» («*disqualification*»), la mesure d'exclusion donne effet, selon moi, à une incapacité et, en l'espèce, cette incapacité est entièrement attribuable aux condamnations prononcées contre le requérant. C'est à cause de la *Loi sur l'immigration* que la condamnation prononcée contre le requérant fait en sorte qu'il n'est pas admissible et qu'il est visé par une mesure d'expulsion, et qu'il devait obtenir l'auto-

[35] Counsel for the respondent urges that because the exclusion order was made pursuant to a deportation order, the validity of which immigration officials had no reason to doubt at the time the order issued, the exclusion order is an independent act, unrelated to the applicant's pardoned conviction. It is without doubt, however, that, in this case, but for the convictions, there would be no deportation order, and but for that order, there would be no exclusion order.

[36] In my view, whether there is a sufficient link between the convictions and the exclusion order depends, as it did with the deportation order, on the degree to which the exclusion order can be viewed as resulting from the original conviction. Under section 55 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 45] of the Act, a person against whom a deportation order is issued who is removed or otherwise leaves Canada, shall not come into Canada again without the written consent of the Minister, subject only to a successful appeal of the deportation order. Under paragraph 19(1)(i) of the Act, no person shall be granted admission to Canada who is a person required under section 55 to have the permission from the Minister to do so, and who lacks this permission. Under section 20 [as am. *idem*, s. 12], an immigration officer who believes that to grant a person entry to Canada would violate the Act must report the matter to a senior immigration officer, unless that person leaves voluntarily. Under subsection 23(4), the latter must allow the person reported to either leave Canada or issue an exclusion order if the person is as described in paragraph 19(1)(i), with different options available only if the person claims to be a convention refugee or is a member of other excluded classes other than those described in the subsection.

[37] On this basis, it is my view that from the moment the applicant was issued a deportation order,

risation du ministre pour entrer au Canada après avoir quitté le pays.

[35] Selon l'avocate de l'intimé, comme la mesure d'exclusion est fondée sur une mesure d'expulsion et comme les fonctionnaires de l'Immigration qui l'ont prise n'avaient aucune raison de mettre en doute la validité de la mesure d'expulsion, la mesure d'exclusion est un acte indépendant, qui n'a rien à voir avec la condamnation du requérant visée par la réhabilitation. Il est toutefois indubitable, en l'espèce, que n'eût été les condamnations, il n'y aurait pas de mesure d'expulsion, et que n'eût été la mesure d'expulsion, il n'y aurait pas de mesure d'exclusion.

[36] À mon avis, la question de savoir s'il existe un lien suffisant entre les condamnations et la mesure d'exclusion dépend, comme dans le cas de la mesure d'expulsion, de la mesure dans laquelle on peut considérer que la mesure d'exclusion découle de la condamnation initiale. Aux termes de l'article 55 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 45] de la Loi, la personne qui fait l'objet d'une mesure d'expulsion et qui quitte le Canada ou en est renvoyée ne peut revenir au Canada sans le consentement écrit du ministre, à moins que l'appel de la mesure d'expulsion ne soit accueilli. Aux termes de l'alinéa 19(1)i) de la Loi, n'est pas admise à entrer au Canada la personne qui doit obtenir l'autorisation ministérielle requise par l'article 55 et qui ne l'obtient pas. En vertu de l'article 20 [mod., *idem*, art. 12], l'agent d'immigration qui estime que le fait d'admettre ou de laisser entrer une personne au Canada contreviendrait à la Loi doit signaler le cas à l'agent d'immigration principal, à moins que cette personne ne quitte volontairement le pays. En vertu du paragraphe 23(4), l'agent principal doit autoriser la personne dont le cas a été signalé à quitter le Canada ou doit prendre une mesure d'exclusion si la personne tombe sous le coup de l'alinéa 19(1)i), les différentes options possibles ne s'appliquant que si la personne prétend être un réfugié au sens de la Convention ou appartient à d'autres catégories non admissibles que celles qui sont mentionnées au paragraphe 19(1).

[37] Pour cette raison, j'estime que dès que la mesure d'expulsion a été prise contre le requérant,

he was automatically subject to an exclusion order, should he leave Canada and later seek to return without ministerial consent. Thus, I do not view the exclusion order as being so remote from the conviction that the disqualification it introduces is to be considered as not flowing directly from that conviction. For this reason, the exclusion order cannot be enforced without violating paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*.

[38] There is a final consideration in regard to the exclusion order. It was issued after the pardon was granted to the applicant for his earlier convictions, though the fact that it had been granted was not then known to the officer concerned, or apparently to the applicant. Their lack of knowledge of the pardon is immaterial, if my reading of the *Criminal Records Act* is correct, that the pardon, when granted, removed the disqualification arising from the applicant's conviction. From November 8, 1995 the applicant was no longer classifiable within the inadmissible class defined by paragraph 19(1)(c), his disqualification from remaining in Canada was removed, and the outstanding deportation order was unenforceable. There was, at the date of his return to Canada on November 14, no enforceable deportation order and the exclusion order, when issued, was issued in error for it was based on assumptions no longer valid.

The form of relief

[39] As earlier noted, there was discussion in oral argument about the remedy that would be available to the applicant in accord with the *Federal Court Act*. Counsel for the applicant argued that this Court should prohibit the removal of the applicant. Counsel for the respondent pointed out, rightly, that in his application for leave and for judicial review in both files, the applicant only refers to relief in the form of a declaration and an order of *certiorari*, and specifically asks only for the latter in the event of judicial review.

celui-ci s'exposait automatiquement à une mesure d'exclusion s'il quittait le Canada et cherchait par la suite à y revenir sans autorisation ministérielle. Par conséquent, la mesure d'exclusion ne me paraît pas si éloignée de la condamnation qu'il faille considérer que l'incapacité qu'elle entraîne ne découle pas directement de cette condamnation. Pour ce motif, il est impossible d'exécuter la mesure d'exclusion sans contrevenir à l'alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*.

[38] Il convient de faire une dernière remarque au sujet de la mesure d'exclusion. Cette mesure a été prise après que les condamnations prononcées contre le requérant eurent fait l'objet d'une réhabilitation, encore que le fonctionnaire visé et, selon toute vraisemblance, le requérant ignoraient à ce moment-là l'octroi de la réhabilitation. Il importe peu qu'ils n'en aient rien su, si mon interprétation de la *Loi sur le casier judiciaire* est exacte, à savoir que la réhabilitation, une fois accordée, faisait cesser l'incapacité entraînée par la condamnation prononcée contre le requérant. Le 8 novembre 1995, le requérant a cessé d'être une personne appartenant à la catégorie non admissible prévue à l'alinéa 19(1)c), son incapacité de rester au Canada a été supprimée et la mesure d'expulsion non exécutée est devenue inexécutable. Le jour où le requérant est revenu au Canada, soit le 14 novembre, il n'y avait aucune mesure d'expulsion exécutoire, de sorte que la mesure d'exclusion a été prise par erreur car elle reposait sur des prémisses qui n'étaient plus valables.

La forme de la réparation

[39] Ainsi qu'il est mentionné plus haut, il a été question au cours des plaidoiries de la réparation que pourrait obtenir le requérant en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'avocat du requérant a soutenu que la Cour devrait interdire le renvoi de son client. L'avocate de l'intimé a fait remarquer, à juste titre, que dans la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire qu'il a déposée dans les deux dossiers, le requérant se bornait à demander comme réparation un jugement déclaratoire et une ordonnance de *certiorari*, et seule l'ordonnance de *certiorari* est expressément demandée dans le cadre du contrôle judiciaire.

[40] In my opinion, the deportation order, acknowledged to be valid when issued, is not subject to being quashed or set aside by an order in the nature of *certiorari*. None of the grounds for such relief set out in subsection 18.1(4) are here established. In contrast, the exclusion order was issued after the granting of the pardon, which removed the statutory disability arising under paragraph 19(1)(c) and thus removed the basis for enforcement of the deportation order. In my view that order was issued in error, on assumptions of fact that no longer pertained, and that order is appropriately set aside by an order in the nature of *certiorari*. I note that if that should be found inappropriate I also consider the exclusion order in the brief discussion which follows concerning declaratory relief.

[41] In my view, the most appropriate remedy in relation to the deportation order is a declaration. I note that while this remedy was not argued significantly in oral argument, it is requested, albeit in a somewhat passing way, in the applicant's originating motions in both files, which motions describe each application as one in which "the Applicant seeks leave of the Court to commence an application for judicial review in the nature of a declaration and *certiorari*". In *LeBar v. Canada*,¹² Mr. Justice MacGuigan, writing for the Federal Court of Appeal, described declaratory relief as follows:

A declaration differs from other judicial orders in that it declares what the law is without pronouncing any sanction against the defendant, but the issue which is determined by a declaration clearly becomes *res judicata* between the parties and the judgment a binding precedent.

...

... a declaration is a peculiarly apt instrument in dealing with bodies "invested with public responsibilities" because it can be assumed that they will, without coercion, comply with the law as stated by the courts. Hence the inability of a declaration to sustain, without more, an execution process should not be seen as an inadequacy of declaratory proceedings *vis-a-vis* the Government.

[40] Selon moi, la mesure d'expulsion, reconnue comme valide lorsqu'elle a été prise, ne peut pas être annulée par voie d'ordonnance de *certiorari*. Aucun des motifs prévus au paragraphe 18.1(4) pour obtenir pareille réparation n'a été prouvé en l'espèce. Par contre, la mesure d'exclusion a été prise après l'octroi de la réhabilitation, qui a fait cesser l'incapacité d'origine législative découlant de l'alinéa 19(1)c) et, partant, a supprimé le fondement de l'exécution de la mesure d'expulsion. À mon sens, cette mesure a été prise par erreur, sur la base de suppositions factuelles qui n'étaient plus valables, et elle est annulée à bon droit au moyen d'une ordonnance de *certiorari*. Je fais remarquer que si cette conclusion se révélait incorrecte, il est également question de la mesure d'exclusion dans la brève analyse qui suit concernant le jugement déclaratoire.

[41] À mon avis, le jugement déclaratoire est la réparation la plus indiquée en ce qui concerne la mesure d'expulsion. Je remarque que, bien que cette réparation n'ait pas été débattue à fond au cours des plaidoiries, elle est demandée, encore qu'en passant, dans les deux requêtes introductives d'instances déposées par le requérant. Il est mentionné dans ces requêtes que chaque demande est une demande dans laquelle [TRADUCTION] «le requérant demande à la Cour l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir un jugement déclaratoire et une ordonnance de *certiorari*». Dans l'arrêt *LeBar c. Canada*¹², le juge MacGuigan, qui a prononcé les motifs de la Cour d'appel fédérale, a fait les remarques suivantes sur le jugement déclaratoire:

Le jugement déclaratoire se distingue des autres ordonnances judiciaires car il indique quel est le droit sans prononcer aucune sanction contre le défendeur, mais la question qui est tranchée par le jugement déclaratoire acquiert manifestement l'autorité de la chose jugée entre les parties et ledit jugement devient un précédent ayant force obligatoire.

...

... le jugement déclaratoire constitue un instrument permettant tout particulièrement de statuer à l'égard des organismes «ayant des responsabilités publiques» parce qu'on peut supposer que, sans coercion, ils respecteront le droit tel qu'il a été déclaré par les tribunaux. On ne doit donc pas considérer que l'incapacité du jugement déclaratoire de prévoir, sans plus, un processus d'exécution rend insuffisantes les actions en jugement déclaratoire formées contre le gouvernement.

...
 Elusive as it is as a concept, the rule of law must in all events mean "the law is supreme" and that officials of the Government have no option to disobey it. It would be unthinkable, under the rule of law, to assume that a process of enforcement is required to ensure that the Government and its officials will faithfully discharge their obligations under the law. That the Government must and will obey the law is a first principle of our Constitution.

[42] In *Laurentian Pilotage Authority v. Pilotes du Saint-Laurent Central Inc.*,¹³ Mr. Justice Joyal held that Rule 1723 allows the Court to grant a declaration simpliciter so long as the requirements set out by the Federal Court of Appeal in *Montana Band of Indians v. Canada*¹⁴ are met; namely, the question at issue is real, and not theoretical, the person raising it has a real interest to raise it and there is a proper contradictor, specifically, someone who has a true interest to oppose the declaration sought. In my view, all these requirements are met in the case at bar. They are met both in regard to the deportation order in IMM-3331-96 and in regard to the exclusion order in IMM-3333-96, each of which may be affected, in practice, by an appropriate declaration.

[43] The orders now issued allow in part the applications here made, and include in each case a declaration that enforcement of the order questioned would constitute enforcement of a disqualification contrary to paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*. That, it seems to me is the appropriate remedy in the case of the deportation order in file IMM-3331-96. In the event *certiorari* is considered by the Court of Appeal as inappropriate in the case of the exclusion order in file IMM-3333-96, then in the alternative the exclusion order is treated in the same manner as the deportation order, that is, its enforcement is declared to constitute enforcement of a disqualification contrary to paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*.

...
 Tout insaisissable qu'elle puisse être, la notion de primauté du droit doit de toutes façons vouloir dire que «la loi est suprême» et que les autorités gouvernementales n'ont pas la faculté de ne pas lui obéir. Il serait impensable, sous le régime de la primauté du droit, de supposer qu'il faille un processus d'exécution pour s'assurer que le gouvernement et ses fonctionnaires vont s'acquitter fidèlement des obligations que leur impose la loi. Que le gouvernement doit obéir et obéira à la loi est un principe fondamental de notre Constitution.

[42] Dans l'affaire *Administration de pilotage des Laurentides c. Pilotes du Saint-Laurent Central Inc.*¹³, le juge Joyal a statué que la Règle 1723 autorise la Cour à rendre un jugement déclaratoire purement et simplement pour autant que les conditions énoncées par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Bande indienne de Montana c. Canada*¹⁴ sont respectées: la question en litige soulevée est réelle et non théorique, la personne qui la soulève a un intérêt réel à le faire et il y a un adversaire, c'est-à-dire quelqu'un qui a un intérêt véritable à s'opposer au jugement déclaratoire demandé. À mon avis, toutes ces conditions sont réunies en l'espèce. Elles sont réunies en ce qui concerne tant la mesure d'expulsion contestée dans le dossier IMM-3331-96 que la mesure d'exclusion contestée dans le dossier IMM-3333-96. En effet, chacune de ces mesures peut, en pratique, faire l'objet d'un jugement déclaratoire approprié.

[43] Les ordonnances qui sont rendues en l'espèce font droit en partie aux demandes qui ont été présentées et contiennent chacune un jugement déclaratoire portant que l'exécution de la mesure contestée reviendrait à donner effet à une incapacité contrairement à l'alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*. Il me semble que c'est la réparation indiquée dans le cas de la mesure d'expulsion dont il est question dans le dossier IMM-3331-96. Si la Cour d'appel considère que l'ordonnance de *certiorari* n'est pas la réparation indiquée dans le cas de la mesure d'exclusion dont il est question dans le dossier IMM-3333-96, alors, subsidiairement la mesure d'exclusion est traitée de la même façon que la mesure d'expulsion, c'est-à-dire que son exécution revient à donner effet à une incapacité contrairement à l'alinéa 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*.

[44] Turning to the issue of prohibition, I have noted that in written argument, in his memoranda of fact and law, counsel for the applicant asks for prohibition, but he failed to do so in his originating motions. As the respondent noted, paragraph 1602(2)(c) of the *Federal Court Rules* requires the originating notice of motion in a judicial review to “identify the precise relief being sought”. Similarly, paragraph 5(1)(e) of the *Federal Court Immigration Rules, 1993* requires that the precise relief to be sought, should leave be granted, is to be identified in the application for leave. A “basket clause”, requesting any other relief the Court may deem appropriate, is permissible, and in *Native Women’s Association of Canada v. Canada*¹⁵, a majority of the Supreme Court of Canada held that such a clause may allow the Federal Court to provide relief not specifically requested by the applicant in its notice of motion, so long as the respondent is not prejudiced. Specifically, the Court held that the Federal Court of Appeal had jurisdiction to make a declaration even though, in proceedings before the Trial Division, the respondent had only sought an order of prohibition. Mr. Justice Sopinka, writing for the majority and after noting the existence of a basket clause in that case, commented:

... I note that s. 18.1 of the *Federal Court Act*, which came into effect on February 1, 1992, now provides for a uniform procedure of an application for judicial review in order to obtain the remedies available in s. 18. In *Federal Court Practice 1994*, David Sgayias et al. state (at p. 88) the following with respect to the effect of s. 18.1:

The section expressly sets out the standing requirements, the grounds of review, and the powers of the court on an application for judicial review. As a result, it is not necessary to refer expressly to the prerogative or extraordinary remedies when applying for judicial review. [Emphasis added in original text.]

[45] In the case at bar, the originating notices of motion contain no basket clause. However, the appli-

[44] J’en viens maintenant à la question des ordonnances d’interdiction. J’ai fait remarquer que, dans les observations qu’il a faites dans ses exposés des faits et du droit, l’avocat du requérant demande des ordonnances d’interdiction, mais ne les a pas demandées dans ses requêtes introductives d’instances. Ainsi que l’intimé l’a fait observer, l’alinéa 1602(2)c) des *Règles de la Cour fédérale* prévoit que l’avis de requête introductive d’instance en contrôle judiciaire doit indiquer «avec précision, le redressement recherché». De même, l’alinéa 5(1)e) des *Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d’immigration* prévoit que la demande d’autorisation doit indiquer le redressement expressément recherché si l’autorisation est accordée. Il est possible d’inclure une «clause omnibus» demandant toute autre réparation que la Cour peut estimer juste, et, dans l’arrêt *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*¹⁵, les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont statué qu’une telle clause peut permettre à la Cour fédérale d’accorder une réparation que le requérant n’a pas expressément demandée dans son avis de requête, pour autant que l’intimé ne subisse pas un préjudice. En particulier, la Cour suprême a statué que la Cour d’appel fédérale avait compétence pour prononcer un jugement déclaratoire, même si l’intimé avait uniquement demandé une ordonnance d’interdiction dans l’instance introduite devant la Section de première instance. Le juge Sopinka, qui a prononcé les motifs de la majorité, s’est exprimé en ces termes après avoir mentionné l’existence d’une clause omnibus dans cette affaire:

... je remarque que l’art. 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui est entré en vigueur le 1^{er} février 1992, prescrit désormais une procédure uniforme de demande de contrôle judiciaire en vue d’obtenir les redressements prévus à l’art. 18. Dans l’ouvrage intitulé *Federal Court Practice 1994*, David Sgayias et ses coauteurs déclarent ceci, à la p. 88, au sujet de l’effet de l’art. 18.1:

[TRADUCTION] L’article énonce expressément les conditions requises, les motifs de contrôle et les pouvoirs de la cour relativement aux demandes de contrôle judiciaire. Par conséquent, il n’est pas nécessaire de mentionner expressément les recours extraordinaires ou par voie de bref de prérogative au moment de présenter une demande de contrôle judiciaire. [Souligné dans l’original.]

[45] En l’espèce, les avis de requêtes introductives d’instances ne contiennent aucune clause omnibus.

cant urges that the remedy of prohibition was repeatedly requested in his argument within the application records in both cases, thereby giving the respondent fair notice that such relief would be requested of the Court. The applicant relies on *Adjei et al. v. Minister of Employment and Immigration*,¹⁶ a decision of my colleague, Madam Justice Reed. In that case, the applicants sought reconsideration of an order issued by Reed J. denying them leave to commence an application for judicial review. One of the grounds of argument relied upon by the applicants in oral argument for reconsideration, namely, Rule 1733, was not set out in the notice of motion. At issue was whether the argument could be heard. In finding that it could, Reed J. wrote:

Even though this argument was not set out in the notice of motion, dated November 29, 1993, counsel for the respondent knew that the applicant intended to apply for an amendment to that motion to include argument thereon before me. No prejudice arises from allowing such a procedure and thus I decided to hear the motion on both grounds even though the second part was technically brought without the appropriate written documentation having been filed.

[46] By analogy, the applicant in the present cases argues that the failure to plead a particular remedy or to include a basket clause in the originating notices of motion does not deprive the Court of the capacity to grant a remedy where, as was the case here, the respondent had notice that this remedy would be sought.

[47] In my view, it would be inconsistent with the amendments made to sections 18 and 18.1 of the *Federal Court Act* in 1992 [S.C. 1990, c. 8, ss. 4, 5], and the thrust of the above-cited passage from the Supreme Court's decision in *Native Women's Association*, for the Court to deny relief to the applicant that would otherwise be available if his or her lawyer had included a boilerplate basket clause in the prayer for relief in the application for leave. In my view, in the circumstances of this case, this Court is free to grant the remedy under section 18.1 that it deems just and

Toutefois, le requérant soutient qu'il a demandé à plusieurs reprises le prononcé d'ordonnances d'interdiction dans les observations qu'il a faites dans les deux dossiers, de sorte que l'intimé a reçu un avis suffisant du fait que pareille réparation serait demandée à la Cour. Le requérant invoque la décision rendue par ma collègue M^{me} le juge Reed dans l'affaire *Adjei et al. c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*¹⁶. Dans cette affaire, les requérants demandaient le nouvel examen d'une ordonnance par laquelle le juge Reed leur avait refusé l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire. L'un des moyens invoqués par les requérants au cours des débats sur le nouvel examen, soit la Règle 1733, n'avait pas été indiqué dans l'avis de requête. La question en litige consistait à savoir si ce moyen pouvait être invoqué. M^{me} le juge Reed a conclu qu'il pouvait l'être. Voici ce qu'elle a écrit:

Même si cet argument n'est pas énoncé dans l'avis de requête, en date du 29 novembre 1993, le procureur de l'intimé savait que les requérants avaient l'intention de demander que la requête soit modifiée afin de pouvoir me présenter une argumentation sur ce point. Autoriser une telle procédure n'entraîne aucun préjudice et j'ai donc décidé d'examiner les deux motifs de la requête, même si techniquement le deuxième a été introduit sans que la documentation écrite appropriée n'ait été déposée.

[46] Par analogie, le requérant en l'espèce soutient que le défaut de demander une réparation précise ou d'inclure une clause omnibus dans les avis de requêtes introductives d'instances n'empêche pas la Cour d'accorder une réparation puisque, comme c'est le cas en l'espèce, l'intimé avait été avisé que cette réparation serait demandée.

[47] À mon sens, il serait incompatible avec les modifications apportées aux articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* en 1992 [S.C. 1990, ch. 8, art. 4 et 5], et avec l'essentiel du passage précité de l'arrêt *Assoc. des femmes autochtones* de la Cour suprême, de ne pas accorder la réparation que le requérant pourrait autrement obtenir si son avocat avait inclus une clause omnibus type dans la demande de réparation contenue dans la demande d'autorisation. À mon avis, dans les circonstances de l'espèce, la Cour peut, en vertu de l'article 18.1, accorder la

equitable, particularly where the relief concerns action that is found to be contrary to law. In this case in my view, the respondent has not been prejudiced by the failure of the applicant to specify prohibition as a remedy in the applications for leave and for judicial review, if that be an appropriate remedy.

[48] Yet, even if prohibition is not barred by the applicant's failure to plead it as relief sought in his originating motions, it is my opinion that, as in the case of *certiorari*, there is no basis here established to support an order of prohibition within the terms of subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act*. There are authorities standing for the principle that a prohibition order may issue only to restrain an excess or improper exercise of jurisdiction by an administrative body,¹⁷ and it is not to be mistaken for a stay or an injunction.¹⁸ I am cognizant that there is one case, *Kalicharan*,¹⁹ where the Court issued an order prohibiting the execution of a deportation order. However, on the facts in that case, the basis for the deportation order was deemed never to have existed, and, in my view, the Minister was thereby without jurisdiction to act on the order, a circumstance that made prohibition an appropriate remedy in that case. Possibly, injunctive relief might be appropriate in this case in regard to the deportation order,²⁰ but relief in that form was not requested and was not argued.

[49] Finally, even if prohibition could otherwise be supported, as I understand the circumstances here the respondent has decided that the outstanding deportation and exclusion orders against the applicant will not be executed pending this Court's determination of the issues raised by these two applications. Since no immediate action to enforce the orders is contemplated, an order of prohibition, or an injunction or a stay is unnecessary at this stage.

réparation qu'elle estime juste et équitable, en particulier si la réparation se rapporte à des mesures jugées contraires à la loi. En l'espèce, selon moi, le défaut du requérant de préciser qu'il désirait obtenir des ordonnances d'interdiction dans les demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire n'a pas causé de préjudice à l'intimé, si tant est que cette réparation soit indiquée.

[48] Néanmoins, même si le défaut du requérant d'indiquer dans ses requêtes introductives d'instances qu'il sollicite des ordonnances d'interdiction n'empêche pas le prononcé de telles ordonnances, je suis d'avis que, comme dans le cas du *certiorari*, la preuve n'a pas été faite qu'il convient en l'espèce de prononcer des ordonnances d'interdiction en vertu du paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il existe des décisions à l'appui du principe voulant qu'une ordonnance d'interdiction ne puisse être rendue que pour empêcher un excès de pouvoir ou l'exercice déraisonnable d'un pouvoir par un organisme administratif¹⁷, et cette réparation ne doit pas être confondue avec une suspension ou une injonction¹⁸. Je n'ignore pas qu'il existe une décision, soit l'affaire *Kalicharan*¹⁹, dans laquelle la Cour a rendu une ordonnance interdisant l'exécution d'une mesure d'expulsion. Toutefois, il ressort des faits de cette affaire que le fondement de la mesure d'expulsion était réputé ne jamais avoir existé, de sorte que le ministre n'avait pas, selon moi, compétence pour donner suite à la mesure. Vu cette circonstance, l'ordonnance d'interdiction était une réparation indiquée dans cette affaire. Peut-être qu'une injonction conviendrait mieux en l'espèce pour ce qui est de la mesure d'expulsion²⁰, mais cette réparation n'a été ni demandée ni débattue.

[49] Enfin, même si le prononcé d'ordonnances d'interdiction pouvait par ailleurs être justifié, si je comprends bien les circonstances de l'espèce, l'intimé a décidé que la mesure d'expulsion et la mesure d'exclusion non exécutées qui ont été prises contre le requérant ne seront pas exécutées tant que la Cour n'aura pas statué sur les questions soulevées dans les deux demandes. Comme l'exécution de ces mesures n'est pas envisagée dans l'immédiat, il est inutile à ce stade-ci d'accorder une ordonnance d'interdiction, une injonction ou une suspension.

Conclusion

[50] I sum up my conclusions. I find that the deportation order in file IMM-3331-96 was validly made and this Court declines to quash the order. However, the exclusion order in file IMM-3333-96 resulted from a disqualification flowing from a conviction that had been pardoned under the *Criminal Records Act*. That disqualification had been removed by reason of the pardon before the exclusion order issued. An order now issues setting aside that exclusion order.

[51] Further, an order issues in each file declaring that the execution of the deportation order and of the exclusion order, respectively, would enforce a disqualification to which the applicant was subject by reason of his conviction, a disqualification removed by the pardon granted on November 8, 1995, and enforcement of those orders would be contrary to section 5 of the *Criminal Records Act*.

[52] The applicant and respondent propose several questions for certification under subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] as serious questions of general importance for consideration of the Court of Appeal. Those questions proposed are, in relation to Court file IMM-3331-96:

1. Does a pardon granted pursuant to s. 5 of the *Criminal Records Act* have a retroactive effect of voiding the conviction for which it is granted and deeming it never to have occurred, thereby removing the sustaining basis of a validly issued removal order?
2. Is a removal order a disqualification by reason of the conviction, such as is contemplated by s. 5 of the *Criminal Records Act*?
3. If a person, at a "port of entry" inquiry under the *Immigration Act* to determine his admissibility to Canada (i.e. the person is seeking admission to Canada), is found to be described as inadmissible in paragraph 19(2)(d) of the *Immigration Act* and in paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act*, is the Adjudicator required to issue an exclusion order (in respect of the s. 19(2)(d) inadmissibility finding) and a deportation order (in respect of the s. 19(1)(c) inadmissibility finding) or is the Adjudicator required, by virtue of s. 32(5) of the *Immigration Act*, to issue only a depor-

Conclusion

[50] Voici le résumé de mes conclusions. Je conclus que la mesure d'expulsion dans le dossier IMM-3331-96 a été valablement prise, et la Cour refuse de l'annuler. Toutefois, la mesure d'exclusion dans le dossier IMM-3333-96 découle d'une incapacité entraînée par une condamnation visée par une réhabilitation accordée en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*. La réhabilitation avait fait cesser cette incapacité avant que la mesure d'exclusion ne soit prise. La Cour rend une ordonnance portant annulation de cette mesure d'exclusion.

[51] Par ailleurs, la Cour rend, dans chaque dossier, un jugement déclaratoire portant que l'exécution de la mesure d'expulsion et de la mesure d'exclusion donnerait effet à une incapacité qui frappait le requérant du fait de sa condamnation mais que la réhabilitation accordée le 8 novembre 1995 avait fait cesser, et que l'exécution de ces ordonnances contreviendrait à l'article 5 de la *Loi sur le casier judiciaire*.

[52] Le requérant et l'intimé ont demandé à la Cour de certifier, en vertu du paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73], plusieurs questions graves de portée générale en vue d'un examen par la Cour d'appel. Les questions proposées sont les suivantes dans le dossier IMM-3331-96:

[TRADUCTION]

1. Une réhabilitation accordée en vertu de l'article 5 de la *Loi sur le casier judiciaire* produit-elle un effet rétroactif en annulant la condamnation et en présumant qu'elle n'a jamais été prononcée, supprimant de ce fait le fondement d'une mesure de renvoi valablement prise?
2. Une mesure de renvoi est-elle une incapacité entraînée par la condamnation, ainsi qu'on l'entend à l'article 5 de la *Loi sur le casier judiciaire*?
3. Si la personne visée par une enquête menée à un «point d'entrée» en vertu de la *Loi sur l'immigration* afin de déterminer son admissibilité au Canada (c.-à-d. que la personne sollicite l'admission au Canada) est considérée comme une personne non admissible visée à l'alinéa 19(2)d) et à l'alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l'immigration*, l'arbitre est-il tenu de prendre une mesure d'exclusion (relativement à la conclusion de non-admissibilité fondée sur l'alinéa 19(2)d)) et une mesure d'expulsion (relativement à la conclusion de non-admissibilité fondée sur l'alinéa 19(1)c)),

tation order?

in relation to Court file IMM-3333-96:

If a person is required to obtain the Minister's consent to come into Canada by virtue of being subject to a deportation order, and having otherwise left Canada (as contemplated by s. 55 of the *Immigration Act*) and if such a person has been granted a pardon pursuant to s. 5 of the *Criminal Records Act* for convictions on which the deportation order is based, and if a decision maker issues an exclusion order pursuant to s. 19(1)(i) of the *Immigration Act* against the person without being aware of the pardon, does the granting of the pardon provide grounds for either quashing the exclusion order, declaring it invalid or prohibiting its execution in the future?

A further question proposed by the applicant, but opposed by the respondent, is:

Can the court grant relief in the nature of prohibition, if this relief is not referred to in an application for leave and for judicial review?

I do not certify these questions as proposed.

[53] Rather, the essence of the questions posed, so far as that is raised by my determinations, can appropriately be expressed in somewhat more general terms, and, thus pursuant to subsection 83(1) of the Act, I certify questions, in the orders now issued, as follows:

- (i) What effect follows by virtue of section 5 of the *Criminal Records Act* in relation to an outstanding deportation order, issued before the grant of a pardon under that Act in relation to a person found to be within paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act* because of a conviction, which conviction is pardoned after the deportation order was issued?
- (ii) What effect follows by virtue of section 5 of the *Criminal Records Act* in relation to an exclusion order issued after the grant of a pardon under that Act in relation to a person earlier found to be within paragraph 19(1)(c) of the *Immigration Act* because of a conviction, which conviction is par-

ou est-il tenu, en vertu du paragraphe 32(5) de la *Loi sur l'immigration*, de ne prendre qu'une mesure d'expulsion?

et les suivantes dans le dossier IMM-3333-96:

[TRADUCTION] Si une personne est tenue d'obtenir l'autorisation du ministre pour venir au Canada parce qu'elle est visée par une mesure d'expulsion et qu'elle a par ailleurs quitté le Canada (ainsi qu'il est prévu à l'article 55 de la *Loi sur l'immigration*), et si cette personne s'est vu accorder une réhabilitation en vertu de l'article 5 de la *Loi sur le casier judiciaire* relativement à des condamnations sur lesquelles la mesure d'expulsion repose, et si un décideur prend une mesure d'exclusion en vertu de l'alinéa 19(1)i) de la *Loi sur l'immigration* contre la personne sans être au courant de la réhabilitation, l'octroi de la réhabilitation constitue-t-il un motif permettant d'annuler la mesure d'exclusion, de la déclarer invalide ou d'en interdire l'exécution à l'avenir?

Le requérant a proposé une autre question, à laquelle s'est opposé l'intimé:

[TRADUCTION] La Cour peut-elle rendre une ordonnance d'interdiction si cette réparation n'est pas indiquée dans une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire?

Je ne certifie pas les questions qui ont été proposées.

[53] Il est possible d'exprimer correctement l'essentiel des questions posées, dans la mesure des conclusions auxquelles je suis parvenu, en termes un peu plus généraux. Par conséquent, en vertu du paragraphe 83(1) de la Loi, je certifie les questions suivantes dans les ordonnances rendues en l'espèce:

- (i) Quel est l'effet de l'article 5 de la *Loi sur le casier judiciaire* sur une mesure d'expulsion non exécutée qui a été prise avant l'octroi d'une réhabilitation en vertu de cette Loi à l'encontre d'une personne visée à l'alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l'immigration* en raison d'une condamnation, lorsque cette condamnation a fait l'objet d'une réhabilitation après la prise de la mesure d'expulsion?
- (ii) Quel est l'effet de l'article 5 de la *Loi sur le casier judiciaire* sur une mesure d'exclusion qui a été prise après l'octroi d'une réhabilitation en vertu de cette Loi à l'encontre d'une personne visée à l'alinéa 19(1)c) de la *Loi sur l'immigration* en raison d'une condamnation, lorsque cette

doned after a deportation order issues, because a person is found within paragraph 19(1)(c), and before the exclusion order issues?

- (iii) Does the enforcement of the deportation order or of the exclusion order, in the circumstances of this case, enforce a disqualification within the meaning of that term in paragraph 5(b) of the *Criminal Records Act*?
- (iv) In the circumstances of these applications, if the applicant is entitled to relief, is a declaration an appropriate form of relief?

[54] The original of these reasons is directed to be filed on Court file IMM-3331-96 and a copy on Court file IMM-3333-96.

¹ The classes of inadmissible persons found relevant in the applicant's case may be summarized, as found and reported by the adjudicator, under:

paragraph 19(1)(c)—persons convicted in Canada of an offence punishable by a maximum term of imprisonment of 10 years or more, and

paragraph 19(2)(d)—persons seeking to enter Canada without a visa, as may be required,

and as later found and reported by the senior immigration officer, under:

paragraph 19(1)(b) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11]—persons who there are reasonable grounds to believe will be unable to support themselves or their dependents,

paragraph 19(1)(i)—persons required to obtain consent of the Minister to enter into Canada who seek to do so without that permission (including all persons to whom a deportation order has been issued).

² [1996] 1 F.C. 497 (T.D.), at p. 514.

³ [1976] 2 F.C. 123 (T.D.), at pp. 125-126.

⁴ [1998] 2 F.C. 303 (C.A.).

⁵ (1980), 22 A.R. 235 (C.A.).

⁶ [1997] B.C.J. No. 2223 (B.C.S.C.) (QL).

⁷ [1991] 3 F.C. 44 (C.A.), at pp. 59-61.

⁸ [1997] F.C.J. No. 1029 (T.D.) (QL), at paras 6-7.

⁹ [1933] S.C.R. 269.

¹⁰ *Id.*, at p. 278.

¹¹ *Supra*, note 7, at p. 61.

¹² [1989] 1 F.C. 603 (C.A.), at pp. 610-611.

¹³ (1993), 74 F.T.R. 185 (F.C.T.D.).

condamnation a fait l'objet d'une réhabilitation après qu'une mesure d'expulsion a été prise parce que cette personne était visée à l'alinéa 19(1)(c) et avant la prise de la mesure d'exclusion?

- (iii) L'exécution de la mesure d'expulsion ou de la mesure d'exclusion dans les circonstances de l'espèce donne-t-elle effet à une incapacité au sens où ce mot est employé à l'alinéa 5(b) de la *Loi sur le casier judiciaire*?
- (iv) Dans le contexte des présentes demandes, si le requérant a droit à une réparation, un jugement déclaratoire est-il une forme de réparation appropriée?

[54] L'original des présents motifs doit être déposé dans le dossier IMM-3331-96 et une copie de l'original doit être déposée dans le dossier IMM-3333-96.

¹ En résumé, les catégories de personnes non admissibles jugées pertinentes dans le cas du requérant, telles qu'elles ont été constatées et signalées par l'arbitre, sont visées par les dispositions suivantes:

alinéa 19(1)(c)—personnes qui ont été déclarées coupables au Canada d'une infraction qui peut être punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans

alinéa 19(2)(d)—personnes qui cherchent à entrer au Canada sans visa, au besoin

et telles qu'elles ont par la suite été constatées et signalées par l'agent principal, sont visées par les dispositions suivantes:

alinéa 19(1)(b) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11]—personnes dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles n'ont pas la capacité de subvenir à leurs besoins ainsi qu'à ceux des personnes à leur charge

alinéa 19(1)(i)—personnes cherchant à entrer au Canada sans avoir obtenu l'autorisation du ministre (dont toutes les personnes contre lesquelles une mesure d'expulsion a été prise).

² [1996] 1 C.F. 497 (1^{re} inst.), à la p. 514.

³ [1976] 2 C.F. 123 (1^{re} inst.), aux p. 125 et 126.

⁴ [1998] 2 C.F. 303 (C.A.).

⁵ (1980), 22 A.R. 235 (C.A.).

⁶ [1997] B.C.J. n° 2223 (C.S.C.-B.) (QL).

⁷ [1991] 3 C.F. 44 (C.A.), aux p. 59 à 61.

⁸ [1997] A.C.F. n° 1029 (1^{re} inst.) (QL), aux par. 6 et 7.

⁹ [1933] R.C.S. 269.

¹⁰ *Id.*, à la p. 278.

¹¹ *Supra*, note 7, à la p. 61.

¹² [1989] 1 C.F. 603 (C.A.), aux p. 610 et 611.

¹³ (1993), 74 F.T.R. 185 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁴ [1991] 2 F.C. 30 (C.A.).

¹⁵ [1994] 3 S.C.R. 627, at p. 648.

¹⁶ (1994), 74 F.T.R. 57 (F.C.T.D.), at p. 58.

¹⁷ See *Bauer v. Regina (Canadian Immigration Commission)*, [1984] 2 F.C. 455 (T.D.) and cases cited therein.

¹⁸ See *Minister of Manpower and Immigration v. Tsakiris*, [1977] 2 F.C. 236 (C.A.); *Reece v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 F.C. 743 (T.D.).

¹⁹ *Supra*, note 3.

²⁰ See *In Re Gittens*, [1983] 1 F.C. 152 (T.D.); *Arduengo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 3 F.C. 468 (T.D.).

¹⁴ [1991] 2 C.F. 30 (C.A.).

¹⁵ [1994] 3 R.C.S. 627, à la p. 648.

¹⁶ (1994), 74 F.T.R. 57 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 58.

¹⁷ Voir *Bauer c. La Reine (Commission de l'immigration du Canada)*, [1984] 2 C.F. 455 (1^{re} inst.) et les affaires qui y sont mentionnées.

¹⁸ Voir *Le ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration c. Tsakiris*, [1977] 2 C.F. 236 (C.A.); *Reece c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 C.F. 743 (1^{re} inst.).

¹⁹ *Supra*, note 3.

²⁰ Voir *In Re Gittens*, [1983] 1 C.F. 152 (1^{re} inst.); *Arduengo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 3 C.F. 468 (1^{re} inst.).

A-373-97

A-373-97

Allan Granovsky (Applicant)**Allan Granovsky (requérant)**

v.

c.

Minister of Employment and Immigration (Respondent)**Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)****INDEXED AS: GRANOVSKY v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: GRANOVSKY c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac C.J., Stone and McDonald JJ.A.—Winnipeg, December 16, 1997; Ottawa, March 10, 1998.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Stone et McDonald, J.C.A.—Winnipeg, 16 décembre 1997; Ottawa, 10 mars 1998.

Pensions — Recency of contributions requirements for disability benefits in Canada Pension Plan, s. 44 creating distinction, in its effect, between disabled and able-bodied persons — Although in violation of Charter, s. 15, justified under Charter, s. 1.

Pensions — Les conditions relatives à la récence des cotisations en vue du versement des prestations d'invalidité prévues à l'art. 44 du Régime de pensions du Canada créent une distinction, dans les faits, entre les invalides et les personnes valides — Bien qu'elles contreviennent à l'art. 15 de la Charte, elles sont justifiées en vertu de l'article premier de la Charte.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Adverse effect discrimination — Eligibility requirements for disability benefits in Canada Pension Plan, s. 44 violating Charter, s. 15 — However, requirements justified under Charter, s. 1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Les conditions d'admissibilité aux prestations d'invalidité prévues à l'art. 44 du Régime de pensions du Canada contreviennent à l'art. 15 de la Charte — Cependant, ces conditions sont justifiées en vertu de l'article premier de la Charte.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Eligibility requirements for disability benefits in Canada Pension Plan, s. 44 in violation of Charter, s. 15 — However, requirements reasonable and demonstrably justified in free and democratic society — Given social, economic and fiscal considerations involved, government has made reasonable attempt to calculate and allocate disability benefit in most reasonable manner.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Les conditions d'admissibilité aux prestations d'invalidité prévues à l'art. 44 du Régime de pensions du Canada contreviennent à l'art. 15 de la Charte — Cependant, ces conditions sont raisonnables et leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique — Compte tenu des considérations sociales, économiques et fiscales en cause, le gouvernement a fait une tentative raisonnable pour calculer et allouer des prestations d'invalidité de la manière la plus raisonnable possible.

The Review Tribunal dismissed the applicant's appeal from the Minister's denial of a permanent disability pension under the *Canada Pension Plan*, on the ground that he did not meet the Plan's section 44 minimum contributory requirements (an applicant must have made contributions for either five of the last ten years or two of the last three years included either wholly or partly within his contributory period). The Review Tribunal also found that the objective medical evidence on file did not support a finding that the applicant's disability was severe and prolonged. The applicant appealed the Review Tribunal's decision to the Pension Appeals Board on the ground that the "recency of contributions" requirement of the Act discriminated against persons suffering from a disability contrary to subsection

Le tribunal de révision a rejeté l'appel interjeté par le requérant contre le refus du ministre de lui accorder une pension d'invalidité permanente en vertu du *Régime de pensions du Canada* au motif qu'il ne respectait pas les conditions minimales de cotisation prévues à l'article 44 du Régime (un requérant doit avoir versé des cotisations pendant cinq des dix dernières années ou deux des trois dernières années entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable). Le tribunal de révision a jugé également que la preuve médicale objective versée au dossier n'appuyait pas la conclusion voulant que l'invalidité du requérant était grave et prolongée. Le requérant en a appelé de la décision du tribunal de révision devant la Commission d'appel des pensions au motif que les condi-

15(1) of the Charter by failing to exclude periods during which such persons were incapable of making contributions by reason of disability that is likely to be for a definite period. The applicant argued that the recency of contributions requirement violated subsection 15(1) of the Charter because it denied disabled persons the benefit of participating in and taking advantage of their contributions to the Plan. The applicant submitted that this requirement had a differential impact on persons with disabilities, because it imposed a burden on them to which able-bodied persons were not subject. The appeal was dismissed, the Board holding that the legislation in question was not contrary to the Charter.

Held (McDonald J.A. dissenting, concurring in the result): the appeal should be dismissed.

Per Stone J.A.: The application of subsection 15(1) of the Charter must be reviewed in light of the Supreme Court of Canada decision in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624 and the Federal Court of Appeal decision in *Xinos v. Canada (Attorney General)*, [1997] F.C.J. No. 319 (C.A.) (QL).

The eligibility requirements were discriminatory in their effect. While neutral on its face, the recency of contributions criterion in subsection 44(1) created a distinction, in its effect, between disabled and able-bodied persons. The recency of contributions requirement failed to take into account the fact that disabled persons may not be able to make contributions for the minimum qualifying period in subsection 44(1), because they were physically unable to work. Disabled persons were thereby inhibited from participating fully in the Plan by reason of their disability.

Thus, the law imposed an unequal burden on disabled persons which was directly related to their disability (an enumerated ground in subsection 15(1)) and for which the Act made no specific accommodation. Furthermore, disability was not a relevant characteristic to the functional value underlying the Act, which was to provide income replacement to those who suffer from a severe and prolonged disability.

However, the eligibility requirements in the *Canada Pension Plan* were justified pursuant to section 1 of the Charter. They were pressing and substantial and, the means chosen to attain this objective was reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. The generosity of the *Canada Pension Plan* in covering persons who last belonged to the labour force for up to five years prior to the disability, necessitated controls for insuring that the disability did occur within that time period and that the

tions relatives à la «récence des cotisations» établissaient une distinction à l'encontre des personnes atteintes d'une invalidité, ce qui est contraire au paragraphe 15(1) de la Charte, parce qu'elles n'excluent pas les périodes au cours desquelles ces personnes sont incapables de verser des cotisations du fait de l'invalidité susceptible de se prolonger sur une période précise. Le requérant a fait valoir que la condition relative à la récence des cotisations enfreint le paragraphe 15(1) de la Charte parce qu'elle prive les personnes invalides de la possibilité de participer au régime et de profiter de leurs cotisations à celui-ci. Le requérant a prétendu que cette condition a des répercussions différentes sur les personnes atteintes d'une invalidité, parce qu'elle leur impose un fardeau auquel ne sont pas assujetties les personnes valides. L'appel a été rejeté, la Commission jugeant que la loi en question ne contrevenait pas à la Charte.

Arrêt (le juge McDonald, J.C.A., dissident, mais d'accord quant au résultat): l'appel doit être rejeté.

Le juge Stone, J.C.A.: l'application du paragraphe 15(1) de la Charte doit être examinée en tenant compte de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, et de la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Xinos c. Canada (Procureur général)*, [1997] F.C.J. n° 319 (C.A.) (QL).

Les conditions d'admissibilité ont un effet discriminatoire. Bien qu'il soit neutre à première vue, le critère de la récence des cotisations énoncé au paragraphe 44(1) crée une distinction, dans les faits, entre les invalides et les personnes valides. La condition relative à la récence des cotisations ne tient pas compte du fait que les personnes invalides ne sont peut-être pas en mesure de verser des cotisations pendant la période minimale d'admissibilité prévue au paragraphe 44(1), parce qu'en fait elles sont physiquement incapables de travailler. Les personnes invalides sont donc empêchées de participer pleinement au régime du fait de leur invalidité.

Ainsi, la loi impose un fardeau inégal aux personnes invalides qui est directement lié à leur invalidité (motif qui est énuméré au paragraphe 15(1)) et pour lequel la loi ne prévoit aucune mesure d'accommodement précise. En outre, l'invalidité n'est pas une caractéristique pertinente à la valeur fonctionnelle qui sous-tend la loi, à savoir assurer un revenu aux personnes qui souffrent d'une invalidité grave et prolongée.

Cependant, les conditions d'admissibilité prévues dans le *Régime de pensions du Canada* sont justifiées au regard de l'article premier de la Charte. Elles se rapportent à des préoccupations urgentes et réelles, et le moyen choisi pour atteindre cet objectif est raisonnable et sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. La générosité du *Régime de pensions du Canada* qui étend sa protection à des personnes qui ont quitté la population active jusqu'à cinq ans avant leur invalidité nécessite

benefits to be paid were subject to certain limits. The disability benefit program under the *Canada Pension Plan* was part of a complex overall federal-provincial system of income support which cut across a variety of programs and initiatives. The structure and financial integrity of the Plan was such that before it could be altered, any changes must be negotiated with the provinces. The legislation stipulated that major changes, including changes in the benefit formulas such as that proposed by the applicant, could only be enacted with the consent of two-thirds of the provinces having two-thirds of the population of Canada. Thus the government has made a reasonable attempt, given the social, economic and fiscal considerations involved, to calculate and allocate a disability benefit in the most reasonable manner. Although the *Canada Pension Plan* did infringe the rights protected by subsection 15(1) of the Charter, the recency of contributions requirement was a reasonable limit that was demonstrably justified in a free and democratic society.

Per McDonald J.A. (*dissenting, concurring in the result*): The contributory requirements for disability benefits contained in the *Canada Pension Plan* did not discriminate against partially disabled individuals and therefore did not violate subsection 15(1) of the Charter.

In analysing the effect of a law on the disabled, careful attention must be paid to the adverse effects a law of general application might have on the disabled. However, the Pension Appeal Board was not incorrect in holding that no discrimination had been made out by the applicant. The applicant has not satisfactorily established his argument that the contributory requirements draw a distinction between disabled individuals and, in this case, able-bodied individuals by imposing an extra burden on disabled individuals because they may be unable to work as a result of their disability. The eligibility criteria were imposed on all individuals equally. All have to meet the criteria established by the Plan in order to receive the disability benefit. Unemployed individuals as well as young people also cannot work, through no fault of their own. The applicant has not established that the contributory requirements draw a distinction between disabled individuals generally and able-bodied employees. The criteria affect everyone in the same way.

Had the applicant argued that the Plan discriminated by distinguishing between the temporarily disabled and the permanently disabled by not providing temporarily disabled individuals with a similar drop out provision, the analysis on the subsection 15(1) issue might have been different. But the

des contrôles pour s'assurer que l'invalidité s'est réellement produite au cours de cette période et que les prestations à payer sont assujetties à certaines limites. Le programme de prestations d'invalidité prévu dans le *Régime de pensions du Canada* fait partie d'un système fédéral-provincial complexe de soutien du revenu qui chevauche plusieurs programmes et mesures. La structure et l'intégrité financière du Régime sont telles que tout changement proposé doit être négocié avec les provinces. La loi stipule que les changements importants, notamment les changements aux formules de versement des prestations, comme celle que propose le requérant, ne peuvent être adoptés que si les deux tiers des provinces, représentant deux tiers de la population canadienne, y consentent. Ainsi, le gouvernement a fait une tentative raisonnable, compte tenu des considérations sociales, économiques et fiscales en cause, pour calculer et allouer des prestations d'invalidité de la manière la plus raisonnable possible. Bien que le *Régime de pensions du Canada* enfreigne effectivement les droits protégés par le paragraphe 15(1) de la Charte, la condition relative à la récence des cotisations constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le juge McDonald, J.C.A. (*dissident, mais d'accord quant au résultat*): les conditions de cotisation en vue du versement des prestations d'invalidité prévues dans le *Régime de pensions du Canada* ne constituent pas une discrimination contre des personnes souffrant d'invalidité partielle et ne contreviennent pas au paragraphe 15(1) de la Charte.

En analysant l'effet d'une loi sur les personnes invalides, il faut porter attention aux effets défavorables qu'une loi d'application générale pourrait avoir sur les personnes invalides. Cependant, la Commission d'appel des pensions n'a pas commis d'erreur en statuant que le requérant n'avait pas réussi à prouver qu'il y avait discrimination. Il n'a pas réussi à prouver dans son argument que les conditions de cotisation établissent une distinction entre les personnes invalides et, en l'espèce, les personnes en santé en imposant un fardeau supplémentaire aux personnes invalides parce qu'elles sont dans l'impossibilité de travailler à cause de leur invalidité. Les critères d'admissibilité sont appliqués également à tous. Tous doivent respecter les critères établis par le Régime avant de pouvoir recevoir des prestations d'invalidité. Il y a aussi des chômeurs, de même que d'autres jeunes gens qui ne peuvent pas non plus travailler, sans que ce soit de leur faute. Le requérant n'a pas établi que les conditions de cotisation établissent une distinction entre les invalides en général et les employés en mesure de travailler. Les critères touchent toutes les personnes de la même façon.

Si le requérant avait fait valoir que le Régime établissait une distinction entre les personnes temporairement invalides et les personnes atteintes d'une invalidité permanente en n'offrant pas aux personnes temporairement invalides une disposition d'exclusion semblable, l'analyse du para-

applicant did not make that argument.

The Plan could essentially be said to negatively affect almost everyone seeking to obtain permanent disability benefits by imposing eligibility criteria. A drop out provision was established for certain groups that the authors of the Plan felt would be most negatively impacted by the eligibility criteria. The argument that should have been made in an attempt to establish discrimination, therefore, was that the real discrimination stemmed from the fact that the legislature exercised its discretion by choosing to extend the drop out provisions to permanently disabled individuals and not to temporarily disabled persons. It was only at this point that a distinction was made between the disabled and others.

Although it was not necessary to address the section 1 issue, it did not appear that the government had satisfactorily discharged its onus of proving that it had impaired the applicant's right as little as possible. While the government has established that changes to the Plan would be difficult given the need for provincial consent, it has not established that the validity of the Plan would be hurt by adding a drop out provision. It has only established that it would be difficult to change the Plan.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 42(2)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 12), (b) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 23), 44(1)(b)(i) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 13), (ii) (as am. *idem*), (iv) (as enacted by S.C. 1992, c. 2, s. 1), (2)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 13).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15(1).

Medical and Health Care Services Act, S.B.C. 1992, c. 6.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Eldridge v. British Columbia (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *Xinos v. Minister of Employment and Immigration*, judgment dated 22/1/96, P.A.B., not reported; *affd Xinos v. Canada (Attorney*

ple 15(1) aurait pu être différente. Mais le requérant n'a pas présenté cet argument.

On pourrait conclure que le Régime a un effet négatif sur presque toutes les personnes qui cherchent à obtenir des prestations d'invalidité permanente du fait qu'il impose des critères d'admissibilité. Une disposition d'exclusion a été établie pour certains groupes à l'égard desquels les critères d'admissibilité auraient, selon les auteurs du Régime, les effets les plus défavorables. L'argument qui aurait dû être présenté pour essayer d'établir la discrimination, par conséquent, aurait donc été de faire valoir que ce qui est véritablement discriminatoire, c'est le fait que le législateur a exercé son pouvoir discrétionnaire en choisissant d'appliquer les dispositions d'exclusion aux personnes atteintes d'invalidité permanente et non aux personnes temporairement invalides. Ce n'est qu'à partir de ce moment qu'une distinction est établie entre les personnes invalides et les autres.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire de passer à l'étape de l'article premier, il ne semble pas que le gouvernement se soit acquitté de façon satisfaisante du fardeau qui lui incombait de prouver qu'il a porté le moins possible atteinte aux droits du requérant. Quoique le gouvernement ait établi qu'il serait difficile de faire des changements au Régime à cause de la nécessité d'obtenir le consentement des provinces, il n'a pas établi que la viabilité du Régime serait compromise en ajoutant une disposition d'exclusion. Il a seulement établi qu'il serait difficile de modifier le Régime.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15(1).

Medical and Health Care Services Act, S.B.C. 1992, ch. 6.

Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 42(2)a) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 12), b) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 23), 44(1)b)(i) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 13), (ii) (mod., *idem*), (iv) (édicte par L.C. 1992, ch. 2, art. 1), (2)b) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 13).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 624; (1997), 151 D.L.R. (4th) 577; 96 B.C.A.C. 81; 218 N.R. 161; *Xinos c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, jugement en date du 22-1-96, C.A.P., non publié; *conf. par Xinos c. Canada*

General), [1997] F.C.J. No. 319 (C.A.) (QL); leave to appeal to S.C.C. refused, [1997] S.C.C.A. No. 282; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; (1997), 31 O.R. (3d) 574; 142 D.L.R. (4th) 385; 207 N.R. 171; *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; *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; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; [1993] 7 W.W.R. 641; 56 W.A.C. 1; 82 B.C.L.R. (2d) 273; 34 B.C.A.C. 1; 85 C.C.C. (3d) 15; 24 C.R. (4th) 281; 158 N.R. 1; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167.

REFERRED TO:

Miron v. Trudel, [1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; (1995), 124 D.L.R. (4th) 449; 29 C.R.R. (2d) 1; [1995] 1 C.T.C. 382; 95 DTC 5273; 182 N.R. 1; 12 R.F.L. (4th) 1; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; (1996), 140 D.L.R. (4th) 1; [1997] 1 W.W.R. 1; 24 C.C.E.L. (2d) 167; 40 C.C.L.I. (2d) 1; [1997] I.L.R. 1-3432; 203 N.R. 131.

APPEAL from a Pension Appeals Board decision that the recency of contributions requirement for disability benefits in section 44 of the *Canada Pension Plan* did not violate subsection 15(1) of the Charter. Although there was an infringement of the rights protected by subsection 15(1), it was a reasonable limit that was demonstrably justified in a free and democratic society. Appeal dismissed.

(Procureur général), [1997] A.C.F. n° 319 (C.A.) (QL); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1997] S.C.C.A. n° 282; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; (1997), 31 O.R. (3d) 574; 142 D.L.R. (4th) 385; 207 N.R. 171; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 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; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; [1993] 7 W.W.R. 641; 56 W.A.C. 1; 82 B.C.L.R. (2d) 273; 34 B.C.A.C. 1; 85 C.C.C. (3d) 15; 24 C.R. (4th) 281; 158 N.R. 1; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167.

DÉCISIONS CITÉES:

Miron c. Trudel, [1995] 2 R.C.S. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; (1995), 124 D.L.R. (4th) 449; 29 C.R.R. (2d) 1; [1995] 1 C.T.C. 382; 95 DTC 5273; 182 N.R. 1; 12 R.F.L. (4th) 1; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; (1996), 140 D.L.R. (4th) 1; [1997] 1 W.W.R. 1; 24 C.C.E.L. (2d) 167; 40 C.C.L.I. (2d) 1; [1997] I.L.R. 1-3432; 203 N.R. 131.

APPEL d'une décision de la Commission d'appel des pensions selon laquelle la condition relative à la récence des cotisations en vue du versement des prestations d'invalidité prévues à l'article 44 du *Régime de pensions du Canada* ne contrevenait pas au paragraphe 15(1) de la Charte. Bien qu'il y ait eu atteinte aux droits protégés par le paragraphe 15(1), c'était une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Appel rejeté.

COUNSEL:

Bryan P. Schwartz and Ronald Schmalcel for applicant.
Cathy Doolan for respondent.

SOLICITORS:

Chen & Schmalcel, Winnipeg, for applicant.
Legal Services, Human Resources Development Canada, Ottawa, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STONE J.A.: I agree with the conclusion arrived at by McDonald J.A. but differ in my reasons for doing so.

[2] The decision of the Pension Appeals Board in this matter, and this Court's decision in *Xinos v. Canada (Attorney General)*, [1997] F.C.J. No. 319 (C.A.) (QL)¹ were handed down before the Supreme Court of Canada rendered judgment in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624. It was determined in *Eldridge, supra*, that failure to provide an effective sign language interpretation service for deaf persons when they receive medical services in the British Columbia health care system constituted adverse effect discrimination contrary to subsection 15(1) of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. The Supreme Court in that case also commented upon the reach of its decision in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241. This Court in *Xinos, supra*, determined the provisions of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (the Act) that are in issue in this appeal did not offend subsection 15(1) of the Charter, and that the Pension Appeals Board had correctly determined that if an infringement did exist it had been justified under section 1 of the Charter. It seems to me that the application of subsection 15(1) of the Charter requires to be reviewed in light of this most recent jurisprudence. In my view, while the decision in *Eldridge, supra*, impacts the question of discrimination contrary to subsection

AVOCATS:

Bryan P. Schwartz et Ronald Schmalcel pour le requérant.
Cathy Doolan pour l'intimé.

PROCUREURS:

Chen & Schmalcel, Winnipeg, pour le requérant.
Services juridiques, Développement des ressources humaines Canada, Ottawa, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE STONE, J.C.A.: J'accepte la conclusion à laquelle en arrive le juge McDonald, J.C.A., mais pour des motifs différents des siens.

[2] La décision de la Commission d'appel des pensions dans cette affaire, et la décision de la présente Cour dans *Xinos c. Canada (Procureur général)*, [1997] A.C.F. n° 319 (C.A.) (QL)¹ ont été rendues avant que la Cour suprême du Canada se prononce dans l'affaire *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624. Dans *Eldridge*, il a été statué que l'omission de fournir des services d'interprétation gestuelle à l'intention des personnes atteintes de surdité lorsqu'elles reçoivent des services médicaux dans le cadre du régime de soins de santé de la Colombie-Britannique constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, ce qui est contraire au paragraphe 15(1) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, néo 44]]. Dans cet arrêt, la Cour suprême a également fait des observations sur la portée de sa décision dans l'affaire *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241. Dans l'arrêt *Xinos*, pr ecit e, la présente Cour a stat ue que les dispositions du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (la Loi) qui sont en litige dans le présent appel ne contrevenaient pas au paragraphe 15(1) de la Charte, et que la Commission d'appel des pensions avait à bon droit d etermin e que, même s'il y avait contravention, celle-ci était justifiée au regard de l'article premier de la Charte. Il me

15(1), it does not detract from what was stated by this Court in *Xinos, supra*, concerning section 1 with respect to the legislation here in question.

[3] The parties agree that the standard of review applicable to a decision of the Pension Appeals Board, on the issue of the constitutionality of the Act, is correctness. Thus, in order for this Court to interfere with the Board's decision, it must find that the Board was wrong in concluding that the eligibility requirements for disability benefits do not violate subsection 15(1) of the Charter.

[4] Before undertaking the subsection 15(1) analysis, a brief summary of the provisions of the Act which the applicant is challenging may be helpful. The eligibility requirements in relation to disability benefits are twofold: a claimant must be disabled and must have made contributions for not less than the minimum qualifying period, or two out of the last three years.² I will refer to this second criterion throughout my analysis as the "recency of contributions" requirement. A person is disabled within the meaning of the Act if she or he has a severe and prolonged mental or physical disability.³ A disability is severe if the person is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation, and it is prolonged if it is likely to be long continued and of indefinite duration or is likely to result in death.⁴ A claimant will meet the minimum qualifying period if she or he has made contributions to the Plan in five of the last ten years.

[5] As I understand it, the crux of the applicant's argument is that the recency of contributions requirement violates subsection 15(1) of the Charter because it denies disabled persons the benefit of participating in and taking advantage of their contributions to the Plan. The applicant submits that this requirement has

semble que l'application du paragraphe 15(1) de la Charte doit être examinée en tenant compte de cette jurisprudence récente. À mon avis, bien que la décision *Eldridge*, précitée, ait des répercussions sur la question de la discrimination prohibée par le paragraphe 15(1), elle ne s'éloigne pas de ce que la présente Cour a déclaré dans *Xinos*, précité, au sujet de l'article premier à l'égard de la loi dont il est question en l'espèce.

[3] Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable à une décision de la Commission d'appel des pensions, concernant la constitutionnalité de la Loi, est le critère de la décision juste. Donc, pour que la présente Cour soit justifiée de modifier la décision de la Commission, elle doit conclure que celle-ci a décidé à tort que les conditions d'admissibilité à des prestations d'invalidité ne contreviennent pas au paragraphe 15(1) de la Charte.

[4] Avant d'entreprendre l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1), il peut être utile de faire un bref résumé des dispositions de la Loi contestée par le requérant. Les conditions d'admissibilité ayant trait aux prestations d'invalidité sont doubles: le demandeur doit être invalide et il doit avoir versé des cotisations soit pendant au moins la période minimale d'admissibilité, soit pendant deux des trois dernières années². Dans le cadre de mon analyse, ce deuxième critère sera appelé la «récence des cotisations». Au sens de la Loi, une personne est invalide si elle est atteinte d'une invalidité physique ou mentale grave et prolongée³. L'invalidité est grave si elle rend la personne concernée incapable d'occuper un emploi véritablement rémunérateur et elle est prolongée si elle doit vraisemblablement durer pendant une période longue, continue et indéfinie ou si elle doit vraisemblablement entraîner le décès⁴. Pour respecter la période minimale d'admissibilité, le demandeur doit avoir versé des cotisations au Régime pendant cinq des dix dernières années.

[5] Selon mon interprétation, l'argument du requérant fait essentiellement valoir que la condition relative à la récence des cotisations enfreint le paragraphe 15(1) de la Charte parce qu'elle prive les personnes invalides de la possibilité de participer au Régime et de profiter de leurs cotisations à celui-ci. Le requérant

a differential impact on persons with disabilities, because it imposes a burden on them to which able-bodied persons are not subject.

[6] The approach to examining subsection 15(1) of the Charter is well entrenched in the case law. La Forest J. stated in the very recent case of *Eldridge*, *supra*, at page 669, that while the members of the Supreme Court of Canada have differed in their approaches to subsection 15(1), there is a broad consensus on the general analytical framework. The applicant has the burden of making a *prima facie* case that discrimination exists. First, he must establish that, because the Act draws a distinction between him and others, he has been denied "equal protection" or "equal benefit" of the law. See *Eldridge*, *supra*, at page 670. Second, he must demonstrate that the denial amounts to discrimination on the basis of an enumerated or analogous ground.

[7] With respect to the first part of the subsection 15(1) analysis, the applicant in the present case is not arguing that the Act draws a direct distinction between disabled and able-bodied persons. Rather, he submits that the eligibility requirements are discriminatory in their effect. The case law confirms that subsection 15(1) is aimed at protecting against this type of discrimination. As the Supreme Court stated in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at page 164, while every difference in treatment between persons will not necessarily result in discrimination, identical treatment under the law may very well create serious inequality. Adverse effect discrimination occurs where a law which is neutral on its face and applies equally to all persons is nonetheless discriminatory in its effect on an individual or group, based on a prohibited ground. In *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at page 551, McIntyre J. stated that adverse effect discrimination, here in the context of employment, arises:

prétend que cette condition a des répercussions différentes sur les personnes atteintes d'une invalidité, parce qu'elle leur impose un fardeau auquel ne sont pas assujetties les personnes valides.

[6] L'approche à suivre pour l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte est bien ancrée dans la jurisprudence. Dans le jugement *Eldridge*, précité, tout récent, le juge La Forest a déclaré, à la page 669, que même si les membres de la Cour suprême du Canada ont adopté des approches différentes à l'égard du paragraphe 15(1), il y a un large accord général sur le cadre d'analyse général. Le requérant a le fardeau d'établir qu'il existe, à première vue, un cas de discrimination. Tout d'abord, il doit établir que, parce que la Loi crée une distinction entre lui et d'autres personnes, il est privé de la «même protection» ou du «même bénéfice» de la loi. Voir *Eldridge*, précité, à la page 670. Deuxièmement, il doit démontrer que cette privation constitue une discrimination fondée sur l'un des motifs énumérés ou sur un motif analogue.

[7] Pour ce qui a trait à la première partie de l'analyse relative au paragraphe 15(1), le requérant en l'espèce ne prétend pas que la Loi établit une distinction directe entre les personnes invalides et les personnes valides. Il fait plutôt valoir que les conditions d'admissibilité ont un effet discriminatoire. La jurisprudence confirme que le paragraphe 15(1) a pour objet d'assurer une protection contre ce type de discrimination. Comme l'a déclaré la Cour suprême dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la page 164, toute différence de traitement entre des individus dans la loi n'est pas forcément discriminatoire, par contre un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités. Il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable lorsqu'une loi qui est en apparence neutre et qui s'applique également à toutes les personnes a néanmoins des effets discriminatoires sur une personne ou un groupe, pour un motif prohibé par la loi. 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 déclaré que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, dans le contexte de cet arrêt en matière d'emploi, se produit:

... 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 characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. [Emphasis added.]

Lamer C.J. endorsed these principles in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at page 549, and made the following comments which are significant to the present case:

Even in imposing generally applicable provisions, the government must take into account differences which in fact exist between individuals and so far as possible ensure that the provisions adopted will not have a greater impact on certain classes of persons due to irrelevant personal characteristics than on the public as a whole.

[8] Similarly, La Forest J. stated in *Eldridge, supra*, at page 672, that it is often the legislature's failure to take into account the adverse effects of a law of general application which results in discrimination. He emphasized that an adverse effects analysis is particularly pertinent to equality cases involving disabled persons. In this regard, the Supreme Court in *Eaton, supra*, maintained, at page 273, that a subsection 15(1) inquiry which uses "the attribution of stereotypical characteristics" reasoning is inappropriate. Rather, discrimination on the basis of disability should be conceptualized

... 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.

[9] In this sense, discrimination can result from the government's failure to take positive action to ensure that disadvantaged groups are able to benefit equally from services which are offered to the general public

... 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. [Non souligné dans l'original.]

Le juge en chef Lamer a endossé ces principes dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la page 549, et a fait les observations suivantes qui sont pertinentes en l'espèce:

Même en imposant de mesures universelles, le gouvernement doit tenir compte de différences qui existent en fait entre les individus et s'assurer, dans la mesure du possible, que les mesures adoptées n'auront pas, en raison de caractéristiques personnelles non pertinentes, des répercussions plus lourdes sur certaines catégories de personnes que sur l'ensemble de la population.

[8] De même, dans l'arrêt *Eldridge*, précité, le juge La Forest déclare à la page 672 que la discrimination découle souvent du fait que le législateur n'a pas pris en compte les effets préjudiciables d'une loi d'application générale. Il souligne que l'analyse relative aux effets préjudiciables est particulièrement pertinente dans les cas d'égalité mettant en cause des personnes handicapées. À cet égard, dans l'arrêt *Eaton*, précité, la Cour suprême a statué à la page 273 qu'une enquête fondée sur le paragraphe 15(1) qui recourt au raisonnement fondé sur «l'attribution de caractéristiques stéréotypées» est tout simplement inappropriée. Au contraire, la discrimination fondée sur la déficience devrait 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 constituent l'objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience.

[9] En ce sens, la discrimination peut découler de l'omission du gouvernement de prendre des mesures concrètes pour faire en sorte que les groupes défavorisés bénéficient d'une manière égale des services

(*Eldridge, supra*, at pages 681, 682). It is in this context that the concept of reasonable accommodation enters into the analysis. The Supreme Court stated in *Eldridge, supra*, at page 682, however, that the principle of reasonable accommodation “should not be employed to restrict the ambit of subsection 15(1)”. Rather, this principle is akin to the “reasonable limits” portion of the section 1 inquiry, and is best left to the section 1 justification stage.

[10] Applying these principles to the present case, in my respectful view the Pension Appeals Board erred in concluding that the recency of contributions requirement in the Act does not violate subsection 15(1) of the Charter. I note first that while the Board recognized, at page 5 of the majority reasons, that the applicant’s challenge to the Act was based on adverse effect discrimination, in the end the Board seemed to analyse the issue on the basis of direct discrimination. For example, the Board concluded, at page 18 of the majority reasons, that the eligibility criteria under the Act “are the same for all groups”, that they “are not based on stereotypical views of disabled individuals” and that they are not “designed to exclude disabled from participation.” According to the jurisprudence, the fact that the eligibility requirements on their face apply to all groups equally has no bearing on an adverse effects analysis. Furthermore, whether the Act is “designed” or intended to exclude disabled persons is irrelevant to subsection 15(1).

[11] In my opinion, there is a *prima facie* case that the recency of contributions requirement for disability benefits is contrary to subsection 15(1). While neutral on its face, the recency of contributions criterion in subsection 44(1) creates a distinction, in its effect, between disabled and able-bodied persons. This requirement imposes a restrictive condition on disabled persons which arises because of their disability, and

offerts à la population en général (*Eldridge*, précité, aux pages 681 et 682). C’est dans ce contexte que le concept des mesures d’accommodement raisonnables entre en ligne de compte. La Cour suprême a toutefois ajouté dans l’arrêt *Eldridge*, précité, à la page 682, que le principe des mesures d’accommodement raisonnables ne devrait pas «être utilisé pour restreindre la portée du par. 15(1)». Ce principe se rapproche plutôt du concept des «limites raisonnables» utilisé dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier, et il est préférable d’en reporter l’examen à l’étape de la justification exigée par l’article premier.

[10] Si on applique ces principes à l’espèce, à mon avis, la Commission d’appel des pensions a commis une erreur en concluant que la condition relative à la récence des cotisations ne contrevient pas au paragraphe 15(1) de la Charte. Je note tout d’abord que, même si la Commission reconnaît, à la page 5 des motifs prononcés par la majorité que la contestation de la Loi par le requérant était fondée sur la discrimination par suite d’un effet préjudiciable, au bout du compte, elle semble avoir analysé la question en se fondant sur la discrimination directe. Par exemple, à la page 18 des motifs de la majorité, la Commission a conclu que les critères d’admissibilité en vertu de la loi [TRADUCTION] «sont les mêmes pour tous les groupes», qu’ils «ne sont pas fondés sur des opinions stéréotypées à l’égard des personnes invalides», et qu’ils «ne sont pas conçus pour exclure la participation des invalides». Selon la jurisprudence, le fait que les conditions d’admissibilité s’appliquent à première vue également à tous les groupes n’a aucune pertinence dans une analyse sur les effets préjudiciables. En outre, que la Loi soit «conçue de façon à exclure» ou ait pour objet d’exclure les personnes invalides n’est pas pertinent dans le cadre d’une analyse fondée sur le paragraphe 15(1).

[11] À mon avis, il a été établi à première vue que la condition relative à la récence des cotisations pour les prestations d’invalidité va à l’encontre du paragraphe 15(1). Bien qu’il soit neutre à première vue, le critère de la récence des cotisations énoncé au paragraphe 44(1) crée une distinction, dans les faits, entre les invalides et les personnes valides. Cette condition impose une restriction aux personnes invalides du fait

which is not imposed on able-bodied persons who apply for disability benefits under the Act. Because of this distinction, disabled persons such as the applicant are denied the “equal benefit” of the law—in this case, equal access to a disability pension to which they have made valid contributions. What the recency of contributions requirement fails to take into account is that disabled persons may not be able to make contributions for the minimum qualifying period in subsection 44(1), because they are physically unable to work. Disabled persons are thereby inhibited from participating fully in the Plan by reason of their disability.

[12] Thus, the law imposes an unequal burden on disabled persons which is directly related to their disability (an enumerated ground in subsection 15(1)) and for which the Act makes no specific accommodation. To borrow Justice Sopinka’s words in *Eaton*, *supra*, at page 273, the requirement that contributions be recent ignores the applicant’s disability and forces him to “sink or swim within the mainstream environment”. Furthermore, in my view disability is not a relevant characteristic to the functional value underlying the Act, which is to provide income replacement to those who suffer from a severe and prolonged disability.

[13] The second issue is whether the eligibility requirements in the *Canada Pension Plan* can be justified pursuant to section 1 of the Charter. The respondent accepts that the onus of justifying the limitation rests on her. To establish that the limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, the respondent must first demonstrate that the Act’s eligibility requirements for disability benefits is pressing and substantial and, secondly, that the means chosen to attain this objective is reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society: *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

de leur invalidité, condition à laquelle ne sont pas assujetties les personnes valides qui présentent une demande de prestations d’invalidité en vertu de la Loi. En raison de cette distinction, les personnes invalides, comme le requérant, sont privées du «même bénéfice» de la loi—en l’espèce, l’égalité d’accès à une pension d’invalidité en prévision de laquelle ils ont dûment versé leurs cotisations. La condition relative à la récence des cotisations ne tient pas compte du fait que les personnes invalides ne sont peut-être pas en mesure de verser des cotisations pendant la période minimale d’admissibilité prévue au paragraphe 44(1), parce qu’en fait elles sont physiquement incapables de travailler. Les personnes invalides sont donc empêchées de participer pleinement au Régime du fait de leur invalidité.

[12] Ainsi, la loi impose un fardeau inégal aux personnes invalides qui est directement lié à leur invalidité (motif qui est énuméré au paragraphe 15(1)) et pour lequel la Loi ne prévoit aucune mesure d’accommodement précise. Pour reprendre les propos du juge Sopinka dans l’arrêt *Eaton*, précité, à la page 273, la condition voulant que les cotisations aient été versées récemment fait abstraction de l’invalidité du requérant et le force à «se tirer d’affaire tout . . . seul . . . dans l’environnement de l’ensemble de la société». En outre, à mon avis, l’invalidité n’est pas une caractéristique pertinente à la valeur fonctionnelle qui sous-tend la Loi, à savoir assurer un revenu aux personnes qui souffrent d’une invalidité grave et prolongée.

[13] La deuxième question à résoudre consiste à déterminer si les conditions d’admissibilité prévues dans le *Régime de pensions du Canada* peuvent se justifier au regard de l’article premier de la Charte. L’intimé reconnaît que ce fardeau lui incombe. Pour établir que la restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, l’intimé doit d’abord démontrer que les conditions d’admissibilité aux prestations d’invalidité prévues dans la Loi se rapportent à des préoccupations urgentes et réelles et deuxièmement, que le moyen choisi pour atteindre cet objectif est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démo-

[14] Also to be kept in mind is what was stated by Wilson J. in *Edwards Books, supra*, at page 806:

In the absence of unreasonableness or discrimination, courts are simply not in a position to substitute their judgment for that of the Legislature.

This same general view is reflected in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, per Dickson C.J., at page 990:

If the legislature has made a reasonable assessment as to where the line is most properly drawn, especially if that assessment involves weighing conflicting scientific evidence and allocating scarce resources on this basis, it is not for the court to second guess. That would only be to substitute one estimate for another.

[15] I agree with the respondent's contention that there is a rational basis for the imposition of the "recency requirements" in the eligibility criteria for the payment of disability benefits. In order to replace earnings that are foregone to a household due to the disability of the wage earner, those earnings must have actually existed. Contributions must be relatively recent and continuous for protection from a loss of earnings due to disability. In this way the right is impaired as little as possible. A contributor may qualify for a disability benefit up to five years prior to his or her departure from the labour force. As noted by the Board, this five-year period could cover periods of temporary disability. The generosity of the *Canada Pension Plan* in covering persons who last belonged to the labour force for up to five years prior to the disability, necessitates controls for insuring that the disability did occur within that time period and that the benefits to be paid are subject to certain limits. Moreover, the Plan contains a special provision in subparagraph 44(1)(b)(iv) [as enacted by S.C. 1992, c. 2, s. 1] to assist individuals, like the applicant, who do not meet the recency requirements for a disability benefit because they applied late, for whatever reason.

cratique: *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

[14] Il faut également garder à l'esprit les propos du juge Wilson dans *Edwards Books*, précité, à la page 806:

En l'absence de dispositions déraisonnables ou discriminatoires, les tribunaux ne sont tout simplement pas en mesure de substituer leur jugement à celui du législateur.

Cette opinion générale est reprise dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, où le juge en chef Dickson dit ceci à la page 990:

Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation, surtout quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires et la répartition de ressources limitées, il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer après coup. Ce serait seulement substituer une évaluation à une autre.

[15] Je suis d'accord avec la prétention de l'intimé selon laquelle il y a un fondement rationnel à l'imposition des «conditions relatives à la récence» des cotisations dans les critères d'admissibilité aux prestations d'invalidité. Pour que l'on soit en mesure de remplacer le salaire dont est privé le ménage en raison de l'invalidité du salarié, il faut que ce salaire ait réellement existé. Les cotisations doivent être relativement récentes et continues pour protéger l'employé contre la perte de son salaire due à l'invalidité. C'est de cette façon qu'on porte le moins possible atteinte au droit de l'individu. Un cotisant peut être admissible à une prestation d'invalidité jusqu'à concurrence de cinq ans avant son départ de la population active. Comme l'a noté la Commission, cette période de cinq ans peut couvrir des périodes d'invalidité temporaire. La générosité du *Régime de pensions du Canada* qui étend sa protection à des personnes qui ont quitté la population active jusqu'à cinq ans avant leur invalidité nécessite des contrôles pour s'assurer que l'invalidité s'est réellement produite au cours de cette période et que les prestations à payer sont assujetties à certaines limites. En outre, le Régime renferme une disposition spéciale au sous-alinéa 44(1)(b)(iv) [édicte par L.C. 1992, ch. 2, art. 1] pour aider certaines personnes, comme le requérant, qui ne répondent pas aux condi-

[16] I here adopt what was stated by this Court in *Xinos*, *supra*, at paragraph 4:

If the correct interpretation of recent Supreme Court jurisprudence is that, in such circumstances, discrimination must nevertheless be found and then justified, if at all, under section 1 of the Charter, we are unable to say that the Board erred in finding such a justification under section 1. The objective of maintaining a viable income replacement program is legitimate and there was a basis upon which the Board could conclude that the eligibility requirements in question are reasonably related to that objective. We assume that the Board, like this Court, was conscious of the frequent observation in the Supreme Court of Canada that courts and tribunals should not be quick to second-guess the judgments of Parliament (and in this case, the majority of provincial governments) as to the proper criteria for various benefits under social programs.

[17] The disability benefit program under the *Canada Pension Plan*, it must be noted, is part of a complex overall federal-provincial system of income support which cuts across a variety of programs and initiatives. The structure and financial integrity of the *Canada Pension Plan* is such that before it can be altered, any changes must be negotiated with the provinces. The legislation stipulates that major changes, including changes in the benefit formulas such as that proposed by the applicant, can only be enacted if they are consented to by two-thirds of the provinces having two-thirds of the population of Canada.

[18] In my view, the government has made a reasonable attempt, given the social, economic and fiscal considerations involved, to calculate and allocate a disability benefit in the most reasonable manner. The government is uniquely situated to examine this issue and this Court should not second-guess the action it has taken. I therefore conclude that although the *Canada Pension Plan* does infringe the rights protected by subsection 15(1) of the Charter, it is a

tions relatives à la récence des cotisations concernant les prestations d'invalidité parce qu'ils ont déposé tardivement leur demande, pour une raison ou pour une autre.

[16] J'adopte en l'espèce le raisonnement énoncé par la présente Cour dans l'arrêt *Xinos*, précité, au paragraphe 4:

Si l'interprétation correcte de la jurisprudence récente de la Cour suprême est que, dans ces circonstances, la discrimination doit néanmoins être trouvée et puis justifiée, si tant est, sous le régime de l'article premier de la Charte, nous ne saurions dire que la Commission a eu tort de conclure à l'existence d'une telle justification en application de l'article premier. Le but de maintenir un programme viable de remplacement du revenu est légitime, et il existait des motifs permettant à la Commission de conclure que les conditions d'admissibilité en question sont raisonnablement reliées à cet objectif. Nous présumons que la Commission, comme la Cour, était consciente de la fréquente observation de la Cour suprême selon laquelle les cours et tribunaux ne devraient pas être prompts à remettre en question les opinions du Parlement (et en l'espèce, de la majorité des gouvernements provinciaux) quant aux critères appropriés d'allocation de diverses prestations dans le cadre des programmes sociaux.

[17] Le programme de prestations d'invalidité prévu dans le *Régime de pensions du Canada* fait partie d'un système fédéral-provincial complexe de soutien du revenu qui chevauche plusieurs programmes et mesures. La structure et l'intégrité financière du *Régime de pensions du Canada* sont telles que tout changement proposé doit être négocié avec les provinces. La loi stipule que les changements importants, notamment les changements aux formules de versement des prestations, comme celle que propose le requérant, ne peuvent être adoptés que si les deux tiers des provinces, représentant deux tiers de la population canadienne, y consentent.

[18] À mon avis, le gouvernement a fait une tentative raisonnable, compte tenu des considérations sociales, économiques et fiscales en cause, pour calculer et allouer des prestations d'invalidité de la manière la plus raisonnable possible. Le gouvernement est mieux placé que quiconque pour examiner cette question et la Cour ne doit pas se prononcer après coup sur les mesures qu'il a prises. Je conclus donc que, bien que le *Régime de pensions du Canada*

reasonable limit that is demonstrably justified in a free and democratic society.

[19] I would therefore dismiss this application.

ISAAC C.J.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[20] MCDONALD J.A. (*dissenting, concurring in the result*): This is an application for judicial review of a decision of the Pension Appeals Board dated February 27, 1997, dismissing an appeal by the applicant. The central issue in this application is whether the contributory requirements for disability benefits contained in the *Canada Pension Plan* (the Plan) discriminate against partially disabled individuals contrary to subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter).

FACTS

[21] By application received by the respondent on September 15, 1993, Mr. Granovsky (the applicant) applied for a disability pension under the Plan. He was denied disability benefits on the ground that he did not meet the Plan's minimum contributory requirements. Pursuant to paragraph 44(2)(b) [as am. by R.S.C., (1985) (2nd Supp.), c. 30, s. 13]⁵ of the Plan, the contributory period of a contributor commences on the first day of January 1966, or when the contributor reaches eighteen years of age, whichever is later, and ends with the month in which the contributor is determined to have become disabled. Paragraph 42(2)(b) [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 23]⁶ of the Plan requires that a person be deemed to be disabled no earlier than 15 months before an application for a disability pension is received. The applicant's contributory period, therefore, started in June 1966 and could end no earlier than June 1992. Section 44⁷ of

enfreigne les droits protégés par le paragraphe 15(1) de la Charte, il s'agit d'une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[19] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter la demande.

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je souscris à ces motifs.

* * *

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

[20] LE JUGE MCDONALD, J.C.A. (*dissident, mais d'accord quant au résultat*): Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions en date du 27 février 1997, rejetant un appel interjeté par le requérant. La question principale dans cette demande consiste à déterminer si les conditions de cotisation en vue du versement des prestations d'invalidité prévues dans le *Régime de pensions du Canada* (le Régime) constituent une discrimination contre des personnes souffrant d'invalidité partielle, contrairement au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

LES FAITS

[21] Dans une demande que l'intimé a reçu le 15 septembre 1993, M. Granovsky (le requérant) demande une pension d'invalidité en vertu du Régime. On lui a refusé des prestations d'invalidité au motif qu'il ne respectait pas les conditions minimales de cotisation prévues au Régime. Aux termes de l'alinéa 44(2)b) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 13]⁵ du Régime, la période de cotisation d'un cotisant commence le premier jour de janvier 1966, ou lorsqu'il atteint l'âge de dix-huit ans, si cette date est postérieure, et se termine avec le mois au cours duquel le cotisant est déclaré invalide. L'alinéa 42(2)b) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 23]⁶ du Régime stipule qu'une personne ne peut être réputée invalide à une date antérieure de plus de 15 mois à la date de présentation d'une demande de pension d'invalidité. La période de cotisation du requérant, par conséquent, a commencé en juin 1966 et ne pouvait se terminer plus

the Plan provides that in order to satisfy the minimum contributory requirements, the applicant would have to have made contributions for either five of the last ten years or two of the last three years included either wholly or partly within his contributory period.

[22] The relevant background facts before this Court are as follows: On May 27, 1980, the applicant was injured in a workplace accident. He was 32 years old at the time of the accident. He applied for and received Total Temporary Disability Benefits and Rehabilitation Allowance under the Manitoba's Worker's Compensation Plan. In 1982 he returned to work for a period of time. On January 24, 1983, he was awarded a 15% permanent partial disability. On January 24, 1985, the Board found that the applicant was capable of resuming work. On June 27, 1985, the applicant accepted a lump sum payment of \$40,449.12 for the 15% permanent disability he had been awarded.

[23] The applicant appealed the Minister's decision to deny him a permanent disability pension. The Review Tribunal considered the appeal under the provisions of subparagraph 44(1)(b)(iv) of the Plan. Paragraph 44(1)(b) provides:

44. (1) . . .

(b) a disability pension shall be paid to a contributor who has not reached sixty-five years of age, to whom no retirement pension is payable, who is disabled and who

(i) has made contributions for not less than the minimum qualifying period,

(ii) has made contributions for at least two of the last three calendar years included either wholly or partly within his contributory period,

(iii) where there are only two calendar years included either wholly or partly within his contributory period

(iv) is a contributor to whom a disability pension would have been payable at the time the contributor is deemed to have become disabled had an application for a disability pension been received prior to the time the contributor's application for a disability pension was actually received;

tôt qu'en juin 1992. L'article 44⁷ du Régime dispose que, pour respecter les conditions minimales d'admissibilité, le requérant aurait dû verser des cotisations pendant cinq des dix dernières années ou deux des trois dernières années entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable.

[22] Les faits pertinents dont est saisie la Cour sont les suivants: le 27 mai 1980, le requérant a été blessé dans un accident du travail. Il était alors âgé de 32 ans. Il a demandé et reçu des prestations d'invalidité totale temporaire et une indemnité de réadaptation en vertu du régime d'indemnisation des accidents du travail du Manitoba. En 1982, il a repris le travail pendant un certain temps. Le 24 janvier 1983, il a été informé qu'une invalidité partielle permanente de 15 % avait été prononcée en sa faveur. Le 24 janvier 1985, la Commission a conclu que le requérant était en mesure de reprendre le travail. Le 27 juin 1985, le requérant a accepté une somme globale de 40 449,12 \$ en contrepartie de son invalidité permanente de 15 %.

[23] Le requérant en appelle du refus du ministre de lui accorder une pension d'invalidité permanente. Le tribunal de révision a examiné l'appel en vertu des dispositions du sous-alinéa 44(1)(b)(iv) du Régime. L'alinéa 44(1)(b) dispose comme suit:

44. (1) . . .

(b) une pension d'invalidité doit être payée à un cotisant qui n'a pas atteint l'âge de soixante-cinq ans, à qui aucune pension de retraite n'est payable, qui est invalide et qui:

(i) soit a versé des cotisations pendant au moins la période minimale d'admissibilité,

(ii) soit a versé des cotisations pendant au moins deux des trois dernières années civiles entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable,

(iii) soit a versé des cotisations pour les deux années civiles qui sont comprises dans sa période cotisable, dans les cas où il n'y a que deux années civiles entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable,

(iv) soit est un cotisant à qui une pension d'invalidité aurait été payable au moment où il est réputé être devenu invalide, si une demande de pension d'invalidité avait été reçue avant le moment où elle a effectivement été reçue;

[24] The Review Tribunal found that the applicant's work record did not contain the requisite five years of valid contributions necessary for the last ten years of his contributory period. It held that based on valid contributions made in 1975, 1976, 1977, 1979 and 1982, the applicant last met the contributory requirements pursuant to subparagraph 44(1)(b)(iv) of the Plan, in September 1984 (this being five of the last ten years in the applicant's contributory period). The Review Tribunal also found that he did not have valid contributions during the last three years of his contributory period. Under subparagraph 44(1)(b)(iv) of the Plan, a person can qualify for disability benefits under the Act if he or she was disabled when they last met the minimum contributory requirements and continues to be disabled until the date of his or her application. Subsection 42(2) of the Act sets out that in order to be deemed disabled the disability must be both severe and prolonged. A disability is severe if, as a result of the disability, a person is incapable of regularly pursuing any substantially gainful occupation. A disability is prolonged only if it is determined that the disability is likely to be long continued and of indefinite duration or is likely to result in death. The Review Tribunal found that the objective medical evidence on file did not support a finding that the applicant's disability was severe and prolonged in September 1984.

[25] The applicant appealed the Review Tribunal's decision to the Pension Appeals Board on the ground that the contributory requirements of the Act discriminated against persons suffering from a disability contrary to subsection 15(1) of the Charter by failing to exclude periods during which such persons were incapable of making contributions by reason of a disability that is likely to be for a definite period. The Board found that the contributory requirements of the Plan did not violate subsection 15(1) of the Charter. The central issue here, therefore, is whether the Board erred in holding that the legislation in question is not contrary to subsection 15(1) of the Charter.

[24] Le tribunal de révision a conclu que le relevé d'emploi du requérant ne faisait pas état des cinq années requises de cotisations valables et nécessaires au cours des dix dernières années de sa période cotisable. Il a donc conclu, en se fondant sur les cotisations valables versées en 1975, 1976, 1977, 1979 et 1982, que le requérant avait respecté pour la dernière fois les conditions de cotisation prévues au sous-alinéa 44(1)b(iv) du Régime en septembre 1984 (période équivalant à cinq des dix dernières années de sa période cotisable). Le tribunal de révision a également statué que celui-ci n'avait pas versé de cotisations valables au cours des trois dernières années de sa période cotisable. En vertu du sous-alinéa 44(1)b(iv) du Régime, une personne peut être admissible à des prestations d'invalidité en vertu de la Loi si elle est ou était invalide à la dernière des dates à laquelle elle respectait les conditions minimales d'admissibilité et qu'elle est toujours invalide à la date de sa demande. Le paragraphe 42(2) de la Loi précise que, pour qu'une personne soit réputée invalide, son invalidité doit être à la fois grave et prolongée. L'invalidité est grave si elle rend la personne qui en est atteinte régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice. Une invalidité n'est prolongée que si elle est déclarée devoir vraisemblablement durer pendant une période longue, continue et indéfinie ou devoir entraîner vraisemblablement le décès. Le tribunal de révision a jugé que la preuve médicale objective versée au dossier n'appuyait pas la conclusion voulant que l'invalidité du requérant était grave et prolongée en septembre 1984.

[25] Le requérant en a appelé de la décision du tribunal de révision devant la Commission d'appel des pensions au motif que les conditions d'admissibilité de la Loi établissaient une distinction à l'encontre des personnes atteintes d'une invalidité, ce qui est contraire au paragraphe 15(1) de la Charte, parce qu'elles n'excluent pas les périodes au cours desquelles ces personnes sont incapables de verser des cotisations du fait de l'invalidité susceptible de se prolonger sur une période précise. La Commission a conclu que les conditions d'admissibilité du Régime ne contrevenaient pas au paragraphe 15(1) de la Charte. En l'espèce, la question principale est donc de savoir si la Commission a commis une erreur en statuant que la

Applicant's Submissions on Subsection 15(1) of the Charter

[26] The thrust of the applicant's submissions on the subsection 15(1) Charter analysis is that the Plan violates subsection 15(1) of the Charter because "the practical effect of the Plan denies persons who are disabled from equal benefit of the law." The applicant claims that, in effect, persons who are unable to make contributions because of their disability have lost the benefit of having established eligibility for permanent disability benefits. Indeed, quoting directly from the applicant's supplementary application record, the applicant argues that:

. . . the CPP scheme discriminates against persons who are temporarily disabled. They are unfairly treated as though they were on a level playing field with healthy persons whose only risk is that of being involuntarily employed. Temporarily disabled persons are subjected to that same risk but, in addition, go through a period in which they are incapable of working, even if it is available. Discrimination exists because the Plan treats a person who had no chance to earn income, because of disability, in exactly the same way as someone who was able to work.

[27] The applicant, therefore, seeks to exclude (or have dropped out) the years in which he was totally temporarily disabled from his contributory period for determining his required contribution. The applicant states that by granting the drop out this Court will in no way be giving temporarily disabled individuals a permanent disability pension. Indeed, the applicant asserts that the drop out only assists a person who is temporarily disabled if that person later becomes permanently disabled. As a drop out period already exists for those who have been deemed to have a permanent disability (one that is long continued and of indefinite duration, or likely to result in death) it should be included for temporarily disabled individuals as well.

Loi en question n'est pas contraire au paragraphe 15(1) de la Charte.

Les arguments du requérant fondés sur le paragraphe 15(1) de la Charte

[26] Le requérant fonde ses arguments relatifs à une analyse du paragraphe 15(1) de la Charte sur le fait que le Régime contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte parce que [TRADUCTION] «le Régime a en pratique pour effet de priver des personnes invalides de l'égalité de bénéfice de la loi». Le requérant prétend en effet que les personnes qui ne peuvent verser de cotisations à cause de leur invalidité sont privées d'un avantage, à savoir leur admissibilité à des prestations d'invalidité permanente. En fait, pour citer directement le dossier de demande supplémentaire du requérant, celui-ci y fait valoir ce qui suit:

[TRADUCTION] . . . le système du RPC est discriminatoire à l'encontre des personnes atteintes d'une invalidité temporaire. Ces dernières sont injustement traitées parce qu'on les place sur le même pied que les personnes en santé dont le seul risque est d'être employées involontairement. Les personnes souffrant d'une invalidité temporaire sont assujetties à ce même risque mais, en outre, elles traversent une période au cours de laquelle elles sont incapables de travailler, même s'il y a du travail disponible. Il y a discrimination parce que le Régime traite une personne qui n'a aucune possibilité de gagner un revenu, en raison de son invalidité, exactement de la même façon qu'une personne qui est en mesure de travailler.

[27] Le requérant demande donc que soient exclues de sa période cotisable, aux fins du calcul de sa cotisation obligatoire, les années au cours desquelles il était atteint d'une invalidité totale temporaire. Le requérant déclare qu'en lui accordant cette exclusion, la Cour ne décidera pas d'accorder aux personnes atteintes d'une invalidité temporaire une pension d'invalidité permanente. En fait, le requérant affirme que l'exclusion de ces années ne fait qu'aider une personne qui est temporairement invalide advenant qu'elle devienne par la suite invalide de façon permanente. Étant donné qu'une telle période existe déjà pour les personnes qui sont réputées avoir une invalidité permanente (une invalidité longue, continue et indéfinie ou qui doit vraisemblablement entraîner le décès), elle devrait également être prévue pour les personnes temporairement invalides.

[28] The applicant further claims that Parliament cannot satisfy its obligation to accommodate disabled persons by preserving the eligibility of a small number of disabled persons during their disability.

Respondent's Submissions on Subsection 15(1) of the Charter

[29] The respondent claims that the purpose of the disability benefit is to replace lost employment income which had been coming into the household prior to the contributor leaving the workplace due to severe and prolonged disability. The benefit provides long-term assistance to individuals who, because their disability is so severe, have lost the functional capacity to work at any substantially gainful employment. The respondent's main contention is that Parliament does not infringe the meaning of equality when it acts to treat different persons differently on the basis of the needs and circumstances of each group. The respondent stresses that as a result of the Supreme Court of Canada's section 15 trilogy,⁸ whether or not a characteristic is based on stereotypical assumptions aids a Court in concluding that there is an absence of discrimination. As the contributory requirements are designed to ensure that those who are suffering from a severe and prolonged disability receive benefits, the contributory requirements are not based on stereotypes or stereotypical assumptions that hurt disabled individuals' self-worth.

[30] On the issue of a drop out provision for those who are temporarily disabled, the respondent contends that the absence of a drop out provision for individuals in the applicant's situation does not discriminate against the temporarily disabled because they are not disadvantaged compared to other disability applicants nor does the absence of a drop out provision reinforce any stereotypes or prejudices which damage self-worth or promote the view that the applicant or the group he belongs to is less worthy than others.

[28] Le requérant prétend de plus que le législateur ne peut s'acquitter de son obligation d'offrir un accommodement raisonnable aux personnes invalides en préservant l'admissibilité d'un petit nombre de personnes invalides pendant leur invalidité.

Les arguments de l'intimé fondés sur le paragraphe 15(1) de la Charte

[29] L'intimé prétend que les prestations d'invalidité ont pour objet de remplacer le revenu d'emploi que le cotisant rapportait à la maison avant d'être obligé de quitter son travail en raison d'une invalidité grave et prolongée. Ces prestations assurent une aide à long terme aux personnes qui, parce que leur invalidité est grave, ont perdu la capacité fonctionnelle de travailler ou de détenir un emploi véritablement rémunérateur. L'intimé fait principalement valoir que le législateur ne contrevient pas au sens du mot égalité quand il traite différemment des personnes en fonction des besoins et des circonstances de chaque groupe. L'intimé souligne que, par suite de la trilogie de la Cour suprême du Canada se rapportant à l'article 15⁸, la question de savoir si une caractéristique se fonde sur des hypothèses stéréotypées aide un tribunal à conclure à l'absence de discrimination. Comme les conditions de cotisation sont conçues pour aider les personnes qui souffrent d'une invalidité grave et prolongée à toucher des prestations, ces conditions ne sont pas fondées sur des stéréotypes ou des hypothèses stéréotypées qui portent atteinte à la valeur intrinsèque des personnes invalides.

[30] Quant à la question d'une disposition excluant une certaine période pour les personnes qui sont temporairement invalides, l'intimé fait valoir que l'absence d'une telle disposition pour des personnes qui se trouvent dans la situation du requérant ne constitue pas de la discrimination contre les personnes temporairement invalides parce que celles-ci ne sont pas désavantagées par rapport à d'autres personnes qui souffrent d'invalidité, et que l'absence d'une telle disposition ne renforce pas non plus les stéréotypes ou les préjudices qui portent atteinte à la dignité ou qui font valoir que le requérant ou le groupe auquel il appartient a moins de valeur que d'autres personnes.

ANALYSIS

[31] *Andrews v. Law Society of British Columbia*⁹ established that in order to prove a violation of subsection 15(1) of the Charter one must demonstrate that a law distinguishes or classifies on the basis of a prohibited ground and that the law is discriminatory. The Supreme Court of Canada's trilogy,¹⁰ however, has shown that there are at least three different approaches to the subsection 15(1) Charter analysis. Fortunately, *Eaton v. Brant County Board of Education*,¹¹ one of the more recent Supreme Court of Canada cases on the issue of disability discrimination, has attempted to clarify the approach to be taken to subsection 15(1) when dealing with disability claims. In that case, Sopinka J. wrote:

While there has not been unanimity in the judgments of the Court with respect to all the principles relating to the application of s. 15 of the *Charter*, I believe that the issue in this case can be resolved on the basis of principles in respect of which there is no general disagreement. There is general agreement that before a violation of s. 15 can be found, the claimant must establish that the impugned provision creates a distinction on a prohibited or analogous ground which withholds an advantage or benefit from, or imposes a disadvantage or burden on, the claimant.¹²

[32] *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*¹³ affirms the approach taken by Sopinka J. in *Eaton* for disability discrimination claims. At pages 669-670 La Forest J. (speaking for the Court) states:

With this context in mind, I turn to the specific elements of the appellant's s. 15(1) claim. While this Court has not adopted a uniform approach to s. 15(1), there is broad agreement on the general analytic framework; see *Eaton v. Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; . . . A person claiming a violation of s. 15(1) must first establish that, because of a distinction drawn between the claimant and others, the claimant has been denied 'equal protection' or 'equal benefit' of the law. Secondly, the claimant must show that the denial constitutes discrimination on the basis of one of the enumerated grounds listed in s. 15(1) or one analogous thereto. Before concluding that a distinction is discriminatory, some members of this Court have held that it must be shown to be based on an irrelevant personal characteristic; see *Miron, supra* (per Gonthier J.), and *Egan*,

ANALYSE

[31] L'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁹ a établi que, pour prouver qu'il y a eu violation du paragraphe 15(1) de la Charte, il faut démontrer qu'une loi établit une distinction ou fait une classification en s'appuyant sur un motif illicite et que la loi est discriminatoire. La trilogie de la Cour suprême du Canada¹⁰, toutefois, a démontré qu'au moins trois approches différentes ont été adoptées pour faire l'analyse du paragraphe 15(1) de la Charte. Heureusement, l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*¹¹, l'un des jugements les plus récents de la Cour suprême du Canada sur la question de la discrimination en matière d'invalidité, a essayé de préciser l'approche à suivre à l'égard du paragraphe 15(1) dans les cas de déficience. Dans cet arrêt, le juge Sopinka écrit ceci:

Bien qu'il n'y ait pas eu unanimité dans les arrêts rendus par la Cour en ce qui concerne tous les principes relatifs à l'application de l'art. 15 de la *Charte*, je crois qu'il est possible de trancher la question en litige en se fondant sur les principes au sujet desquels il n'y a pas de désaccord. Il est généralement admis que, avant de pouvoir déterminer qu'il y a eu violation de l'art. 15, le demandeur doit démontrer que la disposition contestée établit une distinction pour un motif illicite ou un motif analogue qui lui refuse un avantage ou un bénéfice ou lui impose un désavantage ou un fardeau¹².

[32] L'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*¹³ confirme l'approche suivie par le juge Sopinka dans l'arrêt *Eaton* dans des affaires de discrimination fondée sur une déficience. Aux pages 669 et 670, le juge La Forest (s'exprimant au nom de la Cour) déclare ce qui suit:

C'est avec ce contexte à l'esprit que je vais examiner les éléments précis de l'argument des appelants fondés sur le par. 15(1). Bien que notre Cour n'ait pas adopté une approche uniforme à l'égard de cette disposition, il y a un large accord général sur le cadre d'analyse général: voir *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241 . . . La personne qui allègue une violation du par. 15(1) doit établir que, en raison d'une distinction faite entre elle et d'autres personnes, elle est privée de la «même protection» ou du «même bénéfice» de la loi. En deuxième lieu, elle doit démontrer que cette privation constitue une discrimination fondée sur l'un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue. Certains membres de notre Cour ont jugé que, avant de conclure qu'une distinction est discriminatoire, il doit être prouvé que cette distinc-

supra (per La Forest J.) Under this view, s. 15(1) will not be infringed unless the distinguished personal characteristic is irrelevant to the functional values underlying the law, provided that those values are not themselves discriminatory. Others have suggested that relevance is only one factor to be considered in determining whether a distinction based on an enumerated or analogous ground is discriminatory; see *Miron, supra* (per McLachlin J.) and *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627 (per Cory and Iacobucci JJ.).

In my view, in the present case the same result is reached regardless of which of these approaches is applied; for similar reasoning, see *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; (per Iacobucci J., for the Court). There is no question that the distinction here is based on a personal characteristic that is irrelevant to the functional values underlying the health care system. Those values consist of the promotion of health and the prevention and treatment of illness and disease, and the realization of those values through the vehicle of a publicly funded health care system. There could be no personal characteristic less relevant to those values than an individual's physical disability.

On the issue of whether the discrimination needs to be based on presumed or stereotypical assumptions, Sopinka J. in *Eaton* held that this was not usually of relevance in the context of a disability claim:

The principle object of certain of the prohibited grounds is the elimination of discrimination by the attribution of untrue characteristics based on stereotypical attitudes relating to immutable conditions such as race or sex. In the case of disability, this is one of the objectives. The other equally important objective seeks to take into account the true characteristics of this group which act as headwinds to the enjoyment of society's benefits and to accommodate them . . . 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

tion est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente; voir *Miron*, (le juge Gonthier) et *Egan*, (le juge La Forest). Selon ce point de vue, il n'y a atteinte au par. 15(1) que si la caractéristique personnelle sur laquelle la distinction est basée est sans rapport avec les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi, pourvu que ces valeurs ne soient pas elles-mêmes discriminatoires. D'autres ont affirmé que la pertinence n'était que l'un des facteurs à prendre en compte pour décider si une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue était discriminatoire; voir *Miron*, (le juge McLachlin), et *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627 (les juges Cory et Iacobucci).

À mon avis, que l'on applique l'une ou l'autre de ces approches, le résultat est le même en l'espèce; pour un raisonnement analogue, voir *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358 (le juge Iacobucci). Il ne fait aucun doute que la distinction en cause est fondée sur une caractéristique personnelle sans rapport avec les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent le régime de soins de santé. Ces valeurs sont la promotion de la santé et la prévention et le traitement des maladies et affections, ainsi que la matérialisation de ces valeurs par le truchement d'un régime de soins de santé financé sur les deniers publics. Aucune caractéristique personnelle ne saurait être moins pertinente par rapport à ces valeurs que la déficience physique d'un individu.

Quant à la question de savoir si la discrimination doit nécessairement se fonder sur des hypothèses présumées ou stéréotypées, le juge Sopinka dans l'arrêt *Eaton* a statué que cela n'était habituellement pas pertinent dans le contexte d'une réclamation relative à une déficience:

Certains des motifs illicites visent principalement à éliminer la discrimination par l'attribution de caractéristiques fausses fondées sur des attitudes stéréotypées se rapportant à des conditions immuables comme la race ou le sexe. Dans le cas d'une déficience, c'est l'un des objectifs. L'autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l'empêchent de jouir des avantages de la société, et à les accommoder en conséquence . . . 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 engendrent 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'ensem-

the central purpose of s. 15(1) in relation to disability.¹⁴

This was reiterated by La Forest J. in *Eldridge* when he stated at page 671 of his decision that, "A legal distinction need not be motivated by a desire to disadvantage an individual or group in order to violate s. 15(1). It is sufficient if the effect of the legislation is to deny someone the equal protection or benefit of the law."

[33] Thus, the respondent's contention that because the contribution requirements are not based on stereotypical assumptions or stereotypes which are damaging to individual self-worth or promote the view that the affected individual or group is less worthy than others, they are not discriminatory, is not relevant to finding discrimination.

[34] Indeed, I read the *Eaton* and *Eldridge* cases as stating that in order to establish disadvantage in a disability claim, the applicant must first prove that the contributory requirements under the *Canada Pension Plan* draw a distinction on the basis of disability and, second, that this distinction has the effect of imposing burdens, obligations or disadvantages on disabled individuals not imposed on others, or withholds from disabled individuals or limits their access to opportunities and advantages available to other members of society. In analysing the effect of a law on the disabled, careful attention must be paid to the adverse effects a law of general application might have on the disabled.

[35] Having examined the decision of the Pension Appeals Board, I am unable to find that it was incorrect in holding that no discrimination has been made out by the applicant. In my opinion, the applicant has not satisfactorily made out its argument that the contributory requirements draw a distinction between disabled individuals and others. While it is true that in

ble 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 déficience¹⁴.

Ce raisonnement a été repris par le juge La Forest dans l'arrêt *Eldridge*, où il déclare ce qui suit à la page 671 de sa décision: «Il n'est pas nécessaire qu'une distinction établie par la loi soit motivée par le désir de défavoriser un individu ou un groupe pour constituer une atteinte au par. 15(1). Il suffit que l'effet de la loi prive une personne de l'égalité de protection ou de bénéfice de la loi.»

[33] Ainsi, la prétention de l'intimé voulant que, parce que les conditions de cotisation ne sont pas fondées sur des hypothèses stéréotypées ou sur des stéréotypes qui portent atteinte à la dignité de la personne ou qui font valoir que la personne ou le groupe visé a moins de valeur que d'autres personnes, elles ne sont pas discriminatoires, n'est pas pertinente pour décider s'il y a eu discrimination.

[34] En fait, l'interprétation que je donne aux arrêts *Eaton* et *Eldridge* est la suivante: pour être en mesure d'établir un désavantage dans une réclamation relative à une déficience le requérant doit d'abord prouver que les conditions de cotisation prévues au *Régime de pensions du Canada* établissent une distinction sur la base de l'invalidité et, deuxièmement, que cette distinction a pour effet d'imposer aux personnes invalides un fardeau, des obligations et des désavantages non imposés à d'autres personnes, ou de priver les personnes invalides des possibilités et avantages qui sont offerts à d'autres membres de la société ou de limiter leur accès à de tels possibilités et avantages. En analysant l'effet d'une loi sur les personnes invalides, il faut porter attention aux effets défavorables qu'une loi d'application générale pourrait avoir sur les personnes invalides.

[35] Après avoir examiné la décision de la Commission d'appel des pensions, je ne peux conclure que celle-ci a commis une erreur en statuant que le requérant n'avait pas réussi à prouver qu'il y avait discrimination. À mon avis, le requérant n'a pas réussi à prouver dans son argument que les conditions de cotisation établissent une distinction entre les person-

order to establish discrimination one need not show that all disabled individuals are mistreated equally, nonetheless, it must still be shown that a distinction has been drawn between a disabled individual or group of disabled individuals and others. The applicant argues that the legislation draws a distinction between able-bodied individuals and disabled individuals generally in that the criteria impose an extra burden on disabled individuals because they may be unable to work as a result of their disability.

[36] As the Board found, this argument is subject to criticism. The eligibility criteria are imposed on all individuals equally. All have to meet the criteria established by the Plan in order to receive the disability benefit. There is, therefore, no extra burden imposed upon some that is not imposed upon others. Nor is there any distinction being drawn between disabled individuals and others. The applicant attempted to argue that there is an extra burden imposed upon the temporarily disabled not imposed upon others because, through no fault of their own, temporarily disabled individuals are unable to work and therefore meet the eligibility criteria. Yet, unemployed individuals as well as young people also can not work—through no fault of their own. While it is true that unemployed individuals are not specifically protected under subsection 15(1) of the Charter, and disabled individuals are, nonetheless, the applicant has not established that the contributory requirements draw a distinction between disabled individuals generally and able-bodied employees. The criteria affect everyone in the same way. One might argue that in having to meet the criteria all individuals are adversely affected (and this includes the permanently disabled), yet, this does not satisfy the requirement in the subsection 15(1) jurisprudence to the effect that a distinction must be shown to have been drawn by the legislation in question between a disabled individual and others.

nes invalides et d'autres personnes. Il est vrai que, pour établir qu'il y a discrimination, il n'est pas nécessaire de démontrer que toutes les personnes invalides font également l'objet d'un traitement injuste, mais il faut quand même démontrer qu'une distinction a été établie entre une personne invalide ou un groupe de personnes invalides et d'autres personnes. Le requérant prétend que la Loi établit une distinction entre les personnes en santé et les invalides de manière générale en ce sens que les critères imposent un fardeau supplémentaire aux personnes invalides parce qu'elles sont dans l'impossibilité de travailler à cause de leur invalidité.

[36] Comme l'a conclu la Commission, cet argument prête le flanc à la critique. Les critères d'admissibilité sont appliqués également à tous. Tous doivent respecter les critères établis par le Régime avant de pouvoir recevoir des prestations d'invalidité. Il n'y a donc pas de fardeau supplémentaire imposé à certaines personnes et non à d'autres. En outre, aucune distinction n'a été établie entre les personnes invalides et d'autres personnes. Le requérant a essayé de faire valoir qu'un fardeau supplémentaire était imposé aux personnes temporairement invalides auquel n'étaient pas assujetties d'autres personnes parce que, sans qu'il y ait faute de leur part, les personnes temporairement invalides sont incapables de travailler et donc de respecter les critères d'admissibilité. Pourtant, il y a aussi des chômeurs, de même que d'autres jeunes gens qui ne peuvent pas non plus travailler—sans que ce soit de leur faute. Bien qu'il soit vrai que les chômeurs ne sont pas précisément protégés en vertu du paragraphe 15(1) de la Charte, alors que les invalides le sont, néanmoins, le requérant n'a pas établi que les conditions de cotisation établissent une distinction entre les invalides en général et les employés en mesure de travailler. Les critères touchent toutes les personnes de la même façon. On pourrait faire valoir que le fait d'avoir à respecter les critères porte également préjudice à toutes les personnes (ce qui inclut les personnes qui souffrent d'une invalidité permanente), mais cela ne satisfait pas au critère énoncé dans la jurisprudence relativement au paragraphe 15(1) selon lequel il faut démontrer que la loi en question établit une distinction entre une personne invalide et d'autres personnes.

[37] I note that in *Eldridge*, a legal distinction was established by showing that the service in question failed to provide for sign language interpretation for deaf persons. The discrimination in that case resulted from the Medical Commission's discretion to determine whether a service is a benefit under the *Medical and Health Services Act* [S.B.C. 1992, c. 6] and therefore covered. It concluded that sign language interpretation was not covered. While the medical care system applied to all individuals, deaf persons were not able to benefit equally because sign language interpretation was not provided. The applicant in the case at bar attempts to make a similar argument stating that there is a distinction between disabled individuals and non-disabled individuals because the plan treats the disabled the same as able-bodied individuals.

[38] However, what the applicant really seeks in bringing this application is to have the drop out provisions that apply to those who are in receipt of disability benefits under the Plan and to parents caring for children under the age of seven apply to him. In essence, therefore, the applicant's argument is that a distinction has been drawn between temporarily and permanently disabled individuals under the Act because the benefit of the drop out provisions (or the discretionary decision to extend the benefit provisions) does not extend to temporarily disabled applicants. As the Board points out at page 15 of its reasons:

At some level the argument of the Appellant is that the Plan discriminates against the temporarily disabled because it does not give them the 'drop-out' advantages given to those who are in receipt of disability benefits under the Plan and to parents caring for children under age 7.

The Board rejected this argument stating:

[37] Je fais remarquer que dans l'arrêt *Eldridge* une distinction légale a été établie lorsqu'il a été démontré que le service en question n'offrait pas de service d'interprétation gestuelle pour les personnes atteintes de surdité. Dans cette affaire, la discrimination était le résultat d'une décision discrétionnaire de la Commission de soins médicaux quant à savoir si un service était un avantage en vertu de la *Medical and Health Services Act* [S.B.C. 1992, ch. 6] et donc s'il était couvert par le régime. Elle a conclu que les services d'interprétation gestuelle n'étaient pas couverts. Même si le régime de soins médicaux s'appliquait à toutes les personnes, les personnes atteintes de surdité ne pouvaient en bénéficier de la même façon que les autres parce qu'aucun service d'interprétation gestuelle n'était fourni. En l'espèce, le requérant essaie de faire valoir un argument semblable en affirmant qu'une distinction a été établie entre les personnes invalides et les autres parce que le régime traite les personnes invalides de la même manière que les personnes en santé.

[38] Toutefois, ce que le requérant recherche réellement dans cette demande, c'est de faire en sorte que les dispositions d'exclusion d'une certaine période qui s'appliquent aux personnes qui reçoivent des prestations d'invalidité en vertu du Régime et aux parents qui prennent soin d'enfants de moins de sept ans s'appliquent également à lui. Essentiellement, donc, le requérant fait valoir qu'une distinction a été établie entre les personnes temporairement invalides et les personnes atteintes d'une invalidité permanente en vertu de la Loi parce que les dispositions d'exclusion (ou le pouvoir discrétionnaire d'étendre la port e des dispositions relatives aux prestations) ne s'appliquent pas aux requérants temporairement invalides. Comme la Commission le souligne à la page 15 de ses motifs:

[TRADUCTION] Dans une certaine mesure, l'argument de l'appelant fait valoir que le Régime établit une distinction à l'encontre des personnes temporairement invalides parce qu'il ne leur permet pas d'exclure une certaine période, avantage qu'il confère aux personnes qui reçoivent des prestations d'invalidité en vertu du Régime et aux parents qui prennent soin d'enfants de moins de 7 ans.

La Commission a rejeté cet argument dans les mots suivants:

. . . in my view, such an argument cannot succeed as it relates to disability recipients, the 'drop-out' provision does not relieve the applicant of having to meet the contributory requirements for a disability pension. It does benefit those who have met the requirements and have received a Canada Pension Plan disability pension. If that individual subsequently returns to work and then applies again for Canada Pension Plan disability benefits, the 'drop-out' provision affects his or her contributory period at that time There is then no difference between the prerequisites for CPP disability benefits demanded of those who become disabled within the meaning of the Plan and those who are temporarily disabled.

[39] When asked if the applicant was making the argument before this Court that the legislation draws a distinction between the permanently disabled and the temporarily disabled in that those who are temporary disabled and then go back to work and become permanently disabled are not allowed to have the period in which they were temporarily disabled dropped out or excluded from their contribution requirements, the applicant informed this Court that he was not and would not be making this argument. There is, therefore, no point in addressing the merits of this argument and whether the analysis contained in the Supreme Court of Canada's decision in *Battleford and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*¹⁵ would apply to the facts of this case.

[40] Because the applicant did not wish to argue that the legislation makes a distinction between temporarily disabled and permanently disabled individuals, I am unable to find, as the Pension Appeals Board in *Xinos v. Minister of Employment and Immigration*,¹⁶ was unable to find when dealing with the same legislation, that there is a burden, obligation or disadvantage imposed on disabled individuals not imposed on others. Nor am I able to conclude that disabled individuals are being denied equal benefit of the law. I would therefore follow the reasoning of Strayer J.A. of this Court in the *Xinos* case and hold that no discrimination has been made out. While I am sensitive to the fact that the argument before this Court is based on adverse effects discrimination, nonetheless,

[TRADUCTION] . . . à mon avis, un tel argument ne peut être retenu pour ce qui concerne les personnes touchant des prestations d'invalidité, puisque la disposition d'«exclusion» ne libère pas le requérant d'avoir à satisfaire aux conditions de cotisation pour être en mesure d'obtenir une pension d'invalidité. Cette disposition profite aux personnes qui ont respecté les conditions et touché une pension d'invalidité du Régime de pensions du Canada. Si ces personnes reviennent subséquemment au travail et font ensuite une demande pour avoir des prestations d'invalidité dans le cadre du Régime de pensions du Canada, la disposition d'«exclusion» s'applique à leur période cotisable à ce moment-là . . . Il n'y a donc pas de différence entre les conditions préalables à respecter pour obtenir des prestations d'invalidité dans le cadre du RPC qui s'appliquent aux personnes qui sont devenues invalides au sens du Régime et aux personnes qui sont temporairement invalides.

[39] À la question de savoir si, devant cette Cour, le requérant faisait valoir que la Loi établit une distinction entre les personnes atteintes d'une invalidité permanente et les personnes temporairement invalides en ce sens que les personnes temporairement invalides qui retournent au travail et qui deviennent ensuite des personnes atteintes d'une invalidité permanente ne sont pas autorisées à demander que la période au cours de laquelle ils ont été temporairement invalides soit exclue des conditions de cotisation, le requérant a informé la Cour que tel n'était pas son argument. Par conséquent, il est inutile de se pencher sur le bien-fondé de cet argument et de se demander si l'analyse énoncée dans la décision de la Cour suprême du Canada dans *Battleford and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*¹⁵ s'appliquerait aux faits de l'espèce.

[40] Étant donné que le requérant ne souhaite pas faire valoir que la loi établit une distinction entre les personnes temporairement invalides et celles qui sont atteintes d'une invalidité permanente, je ne peux conclure, tout comme la Commission d'appel des pensions dans *Xinos c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*¹⁶ a été incapable de le faire en traitant de la même loi, qu'on imposait aux personnes invalides un fardeau, une obligation ou un désavantage non imposé à d'autres personnes. Je ne peux non plus conclure que les personnes invalides sont privées de l'égalité de bénéfice de la loi. Je suis donc d'avis d'adopter le raisonnement du juge Strayer, J.C.A. de la présente Cour dans l'affaire *Xinos* et de conclure qu'il n'y a pas eu discrimination. Bien que je sois

the Supreme Court of Canada jurisprudence establishes that a distinction must still be shown to have been drawn between disabled individuals and others. Had the applicant argued that the plan discriminates by distinguishing between the temporarily disabled and permanently disabled by not providing temporarily disabled individuals with a similar drop out provision, my analysis on the subsection 15(1) issue might have been different.

[41] To reiterate, in my opinion, the Plan can essentially be said to negatively affect almost everyone seeking to obtain permanent disability benefits by imposing eligibility criteria. The authors of the Plan recognized this fact and, at their discretion, established a drop out provision for certain groups that it felt would be most negatively impacted by the eligibility criteria. The argument that should be made to attempt to establish discrimination, therefore, is that what is really discriminatory is the fact that the legislator exercised its discretion by choosing to extend the drop out provisions to permanently disabled individuals and not to temporarily disabled individuals. This is because it is only at this point that a distinction between the disabled and others is made. The applicant, however, expressly refused to argue this point.

[42] Based on the foregoing it is not necessary to address the section 1 issue. However, I would point out that I am not satisfied that the government has discharged its onus of proving that it has impaired the applicant's right as little as possible. While the government has established that changes to the Plan would be difficult given the need for provincial consent, it has not established that the viability of the Plan would be hurt by adding a drop out provision. It has only established it would be difficult to change the Plan.

sensible au fait que l'argument présenté devant la Cour se fonde sur la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, néanmoins, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada établit qu'il faut encore démontrer qu'une distinction a été établie entre les personnes invalides et d'autres personnes. Si le requérant avait fait valoir que le Régime établissait une distinction entre les personnes temporairement invalides et les personnes atteintes d'une invalidité permanente en n'offrant pas aux personnes temporairement invalides une disposition d'exclusion semblable, mon analyse du paragraphe 15(1) aurait pu être différente.

[41] Donc pour récapituler, à mon avis, on peut essentiellement conclure que le Régime a un effet négatif sur presque toutes les personnes qui cherchent à obtenir des prestations d'invalidité permanente du fait qu'il impose des critères d'admissibilité. Les auteurs du Régime reconnaissent ce fait et, en vertu du pouvoir discrétionnaire dont ils disposent, ils ont établi une disposition d'exclusion pour certains groupes à l'égard desquels les critères d'admissibilité auraient, à leur avis, les effets les plus défavorables. L'argument qui aurait dû être présenté pour essayer d'établir la discrimination, par conséquent, aurait donc été de faire valoir que ce qui est véritablement discriminatoire, c'est le fait que le législateur a exercé son pouvoir discrétionnaire en choisissant d'appliquer les dispositions d'exclusion aux personnes atteintes d'invalidité permanente et non aux personnes temporairement invalides. La raison en est que ce n'est qu'à partir de ce moment qu'une distinction est établie entre les personnes invalides et les autres. Toutefois, le requérant a expressément refusé de débattre de ce point.

[42] Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire de passer à l'étape de l'article premier. Toutefois, je tiens à souligner que je ne suis pas convaincu que le gouvernement s'est acquitté du fardeau qui lui incombait de prouver qu'il a porté le moins possible atteinte aux droits du requérant. Bien que le gouvernement ait établi qu'il serait difficile de faire des changements au Régime à cause de la nécessité d'obtenir le consentement des provinces, il n'a pas établi que la viabilité du Régime serait compromise en ajoutant une disposition d'exclusion. Il a

[43] Based on the arguments presented before this Court and the written submissions of both counsel, I would dismiss the application for judicial review of the decision of the Pension Appeals Board dismissing an appeal by the applicant. I am unable to conclude that the Board was incorrect in finding that discrimination has not been made out.

¹ Leave to appeal refused September 25, 1997, [1997] S.C.C.A. No. 282.

² S. 44(1)(b)(i) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 13] and (ii) [as am. *idem*].

³ S. 42(2)(a) [as am. *idem*, s. 12].

⁴ S. 42(2)(a)(i) [as am. *idem*] and (ii) [as am. *idem*].

⁵ S. 44(2)(b) sets out that:

44. (2) . . .

(b) the contributory period of a contributor shall be the period

(i) commencing January 1, 1966 or when he reached eighteen of age, whichever is the later, and

(ii) ending with the month in which he is determined to have become disabled for the purpose of paragraph (1)(b)

⁶ S. 42(2) sets out:

42. . . .

(2) For the purposes of this Act,

(a) a person shall be considered to be disabled only if he is determined in prescribed manner to have a severe and prolonged mental or physical disability, and for the purposes of this paragraph,

(i) a disability is severe only if by reason thereof the person in respect of whom the determination is made is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation, and

(ii) a disability is prolonged only if it is determined in prescribed manner that the disability is likely to be long continued and of indefinite duration or is likely to result in death; and

(b) a person shall be deemed to have become or to have ceased to be disabled at such time as is determined in the prescribed manner to be the time when the person became or ceased to be, as the case may be, disabled, but in no case shall a person be deemed to have become disabled earlier than fifteen months before the time of the making of any application in respect of which the determination is made.

⁷ Specifically, s. 44(1)(b) states:

44. (1) . . .

seulement établi qu'il serait difficile de modifier le Régime.

[43] D'après les arguments présentés devant la Cour et les mémoires des avocats, je suis d'avis de rejeter la demande de contrôle judiciaire concernant la décision de la Commission d'appel des pensions qui rejetait un appel présenté par le requérant. Je ne peux conclure que la Commission a commis une erreur en concluant qu'on n'avait pas établi qu'il y avait eu discrimination.

¹ Autorisation de pourvoi refusée le 25 septembre 1997, [1997] S.C.C.A. n° 282.

² Art. 44(1)(b)(i) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 13] et (ii) [mod., *idem*].

³ Art. 42(2)(a) [mod., *idem*, art. 12].

⁴ Art. 42(2)(a)(i) [mod., *idem*] et (ii) [mod., *idem*].

⁵ Art. 44(2)(b) dispose comme suit:

44. (2) . . .

b) la période cotisable d'un cotisant est la période qui:

(i) commence le 1^{er} janvier 1966 ou au moment où il atteint l'âge de dix-huit ans, en choisissant celle de ces deux dates qui est postérieure à l'autre,

(ii) se termine avec le mois au cours duquel il est déclaré invalide dans le cadre de l'alinéa (1)(b).

⁶ L'art. 42(2) est rédigé comme suit:

42. . . .

(2) Pour l'application de la présente loi:

a) une personne n'est considérée comme invalide que si elle est déclarée, de la manière prescrite, atteinte d'une invalidité physique ou mentale grave et prolongée, et pour l'application du présent alinéa:

(i) une invalidité n'est grave que si elle rend la personne à laquelle se rapporte la déclaration régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice,

(ii) une invalidité n'est prolongée que si elle est déclarée, de la manière prescrite, devoir vraisemblablement durer pendant une période longue, continue et indéfinie ou devoir entraîner vraisemblablement le décès;

b) une personne est réputée être devenue ou avoir cessé d'être invalide à la date qui est déterminée, de la manière prescrite, être celle ou elle est devenue ou a cessé d'être, selon le cas, invalide, mais en aucun cas une personne n'est réputée être devenue invalide à une date antérieure de plus de quinze mois à la date de la présentation d'une demande à l'égard de laquelle la détermination a été établie.

⁷ Plus précisément, l'art. 44(1)(b) stipule ce qui suit:

44. (1) . . .

(b) a disability pension shall be paid to a contributor who has not reached sixty-five years of age, to whom no retirement pension is payable, who is disabled and who

- (i) has made contributions for not less than the minimum qualifying period,
- (ii) has made contributions for at least two of the last three calendar years included wholly or partly within his contributory period,
- (iii) where there are only two calendar years included either wholly or partly within his contributory period,

...

(iv) is a contributor to whom a disability pension would have been payable at the time the contributor is deemed to have become disabled had an application for a disability pension been received prior to the time the contributor's application for a disability pension was actually received;

⁸ *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627.

⁹ [1989] 1 S.C.R. 143.

¹⁰ *Supra*, note 8.

¹¹ [1997] 1 S.C.R. 241 (hereinafter *Eaton*).

¹² *Ibid.*, at p. 270 (emphasis added).

¹³ [1997] 3 S.C.R. 624.

¹⁴ *Supra*, note 11, at pp. 272-273.

¹⁵ [1996] 3 S.C.R. 566.

¹⁶ *Xinos v. Minister of Employment and Immigration*, decision of the Pension Appeals Board, January 22, 1996, aff'd by the Federal Court of Appeal, A-212-96, March 19, 1997 [[1997] F.C.J. No. 319 (QL)].

b) une pension d'invalidité doit être payée à un cotisant qui n'a pas atteint l'âge de soixante-cinq ans, à qui aucune pension de retraite n'est payable, qui est invalide et qui:

- (i) soit a versé des cotisations pendant au moins la période minimale d'admissibilité,
- (ii) soit a versé des cotisations pendant au moins deux des trois dernières années civiles entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable,
- (iii) soit a versé des cotisations pour les deux années civiles qui sont comprises dans sa période cotisable, dans les cas où il n'y a que deux années civiles entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable,

(iv) soit est un cotisant à qui une pension d'invalidité aurait été payable au moment où il est réputé être devenu invalide, si une demande de pension d'invalidité avait été reçue avant le moment où elle a effectivement été reçue;

⁸ *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627.

⁹ [1989] 1 R.C.S. 143.

¹⁰ Précité, note 8.

¹¹ [1997] 1 R.C.S. 241 (ci-après *Eaton*).

¹² *Ibid.*, à la p. 270 (non souligné dans l'original).

¹³ [1997] 3 R.C.S. 624.

¹⁴ Précité, note 11, aux p. 272 et 273.

¹⁵ [1996] 3 R.C.S. 566.

¹⁶ *Xinos c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, décision de la Commission d'appel des pensions, 22 janvier 1996, conf. par la Cour d'appel fédérale, A-212-96, le 19 mars 1997 [[1997] A.C.F. n° 319 (QL)].

A-288-94

Human Life International in Canada Inc.
(Appellant)

v.

The Minister of National Revenue (*Respondent*)

INDEXED AS: HUMAN LIFE INTERNATIONAL IN CANADA INC. v. M.N.R. (C.A.)

Court of Appeal, Isaac C.J., Strayer and Robertson J.J.A.—Ottawa, February 4, 5 and March 18, 1998.

Charities — Appeal from revocation of registration as charitable organization on ground appellant not devoting substantially all resources to charitable activity — Aims, objects: to protect unborn, elderly, handicapped, to promote true Christian family values, encourage chastity, teach natural family planning — Activities including lectures, seminars, conferences, publication of literature advocating point of view — After 1989 audit, Minister not recommending appellant change conduct — In 1993, after second audit, Revenue Canada advised appellant of concerns and that revocation under consideration — Charitable organization registration revoked in 1994 — (1) Appellant's activities not educational — Directed neither toward formal training of mind nor improvement of useful branch of human knowledge — Producing material concerned with dissemination of opinions on social issues — Activities not serving other purposes beneficial to community — Activities primarily designed to sway public opinion on social issues not charitable activities — (2) Appellant not demonstrating by systematic analysis resources devoted to political activities insubstantial — As apparently substantial part of activities devoted to political purposes, and Income Tax Act requiring all resources of charitable organization be devoted to charitable activities, appellant not demonstrating Minister erred in concluding appellant not charitable organization — (3) Minister not abusing discretion in revoking registration by changing position after second audit — No basis on which Minister precluded from changing position after four years, second audit.

A-288-94

Human Life International in Canada Inc.
(*appelante*)

c.

Le ministre du Revenu national (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: HUMAN LIFE INTERNATIONAL IN CANADA INC. c. M.R.N. (C.A.)

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Strayer et Robertson, J.C.A.—Ottawa, 4, 5 février et 18 mars 1998.

Organismes de charité — Appel formé contre la révocation de l'enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance pour le motif que l'appelante ne consacrait pas la quasi-totalité de ses ressources à des activités de bienfaisance — Ses objectifs étaient de protéger les personnes à naître, les personnes âgées et les handicapés, de promouvoir les vraies valeurs chrétiennes concernant la famille, d'encourager la pratique de la chasteté, d'enseigner la planification naturelle des naissances — Ses activités comprenaient des conférences, des colloques et la publication de brochures défendant ses points de vue — Après la vérification de 1989, le ministre n'a pas recommandé que l'appelante modifie son comportement — En 1993, après une deuxième vérification, Revenu Canada a avisé l'appelante qu'il envisageait la révocation de son enregistrement — L'enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance a été révoqué en 1994 — (1) Les activités de l'appelante n'étaient pas des activités d'éducation — Elles n'étaient orientées ni vers la formation de l'esprit ni vers l'amélioration d'une branche utile du savoir humain — L'appelante produisait des documents s'intéressant à la diffusion d'opinions sur des questions sociales — Ses activités ne servaient pas d'autres fins utiles à la collectivité — Les activités destinées essentiellement à influencer l'opinion publique sur des questions sociales ne sont pas des activités de bienfaisance — (2) L'appelante n'avait pas prouvé, au moyen d'une analyse systématique, que les ressources consacrées aux activités politiques n'étaient pas considérables — Comme il est apparu qu'une partie considérable des activités était consacrée à des fins politiques et étant donné que la Loi de l'impôt sur le revenu exige que toutes les ressources d'un organisme de bienfaisance soient consacrées à des activités de bienfaisance, l'appelante n'a pas prouvé que le ministre a commis une erreur en concluant qu'elle n'était pas un organisme de bienfaisance — (3) Le ministre n'a pas abusé de son pouvoir discrétionnaire lors de la révocation de l'enregistrement en changeant d'opinion après la deuxième vérification — Rien ne vient étayer que le ministre ne pouvait pas changer d'opinion après quatre ans et une deuxième vérification.

Income tax — Charitable organization registration — Appellant's registration revoked under Income Tax Act, s. 168(1) as not devoting substantially all resources to charitable activity — Statutory appeal directly to F.C.A. under s. 180 — Appellant's aims to protect unborn, promote true Christian family values, encourage chastity — M.N.R. audited appellant in 1989 but appellant not warned to change conduct — After second audit in 1993, M.N.R. expressed concerns whether appellant's activities qualified as charitable, warned revocation under consideration — Registration revoked in 1994 — Appellant arguing political activities incidental to charitable objects — Income Tax Act nowhere defines "charity" — Principles based on old English cases, statute enacted in 1601 — Federal Court having developed principles appropriate for Canada — Area crying out for clarification by legislation — Onus on appellant to show M.N.R. erred in conclusions upon which registration revoked — Onus not discharged — Appellant's activities directed to dissemination of opinions on social issues, not research or systematic development of body of knowledge — Case law to effect activities designed to sway public opinion not charitable — Not for courts to grant, deny legitimacy to political views, decide which worthy of support by tax exemption — M.N.R. not estopped from changing position regarding appellant's activities after 4-year lapse, further audit — Provisions of Act relating to charities not so vague as to exceed that constitutionally permissible.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Appellant's registration as charitable organization revoked on ground not devoting substantially all resources to charitable activity — Appellant arguing denial of tax exemption to those wishing to advocate certain opinions denial of freedom of expression — Income Tax Act not restricting appellant from disseminating any views — Charter, s. 2(b) guarantee of freedom of expression not guarantee of public funding through tax exemptions for propagation of opinions.

Construction of statutes — Vagueness doctrine — Income Tax Act provisions referring to charitable organizations

Impôt sur le revenu — Enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance — L'enregistrement de l'appelante a été révoqué en vertu de l'art. 168(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu parce qu'elle ne consacrait pas la quasi-totalité de ses ressources à des activités de bienfaisance — La loi prévoit la possibilité d'interjeter appel directement à la C.A.F. en vertu de l'art. 180 — Les objectifs de l'appelante étaient de protéger les personnes à naître, de promouvoir les vraies valeurs chrétiennes concernant la famille, d'encourager la pratique de la chasteté — Le M.R.N. a vérifié les activités de l'appelante en 1989, mais celle-ci n'a pas été avisée de changer de comportement — Après une deuxième vérification en 1993, le M.R.N. s'est demandé si les activités de l'appelante pouvaient être considérées comme des activités de bienfaisance et l'a avisée qu'il envisageait la révocation de son enregistrement — L'enregistrement a été révoqué en 1994 — L'appelante a soutenu que ses activités politiques étaient accessoires à ses objectifs de bienfaisance — La Loi de l'impôt sur le revenu ne définit nullement l'expression «organisme de bienfaisance» — Les principes sont fondés sur une vieille jurisprudence anglaise et sur une loi adoptée en 1601 — La Cour fédérale a élaboré des principes appropriés au Canada — Il s'agit d'un domaine qui devrait être clarifié par la loi — Il incombait à l'appelante de prouver que le M.R.N. a commis une erreur dans les conclusions en vertu desquelles l'enregistrement a été révoqué — Elle ne s'est pas acquittée de cette obligation — Les activités de l'appelante s'intéressaient à la diffusion d'opinions sur des questions sociales, non à des recherches ou au développement systématique d'une branche du savoir — Selon la jurisprudence, les activités destinées à influencer l'opinion publique ne sont pas des activités de bienfaisance — Il n'appartient pas aux tribunaux de reconnaître ou de refuser une légitimité à des opinions politiques et de décider lesquelles méritent de faire l'objet d'une exemption fiscale — Le M.R.N. n'était pas empêché de changer d'opinion en ce qui concerne les activités de l'appelante après quatre ans et une autre vérification — Les dispositions de la Loi relatives aux organismes de bienfaisance n'étaient pas imprécises au point de dépasser ce qui est permis sur le plan constitutionnel.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — L'enregistrement de l'appelante à titre d'organisme de bienfaisance a été révoqué pour le motif qu'elle ne consacrait pas la quasi-totalité de ses ressources à des activités de bienfaisance — L'appelante a soutenu que le refus d'accorder une exemption fiscale à ceux qui désirent promouvoir certaines opinions constitue un déni de la liberté d'expression — La Loi de l'impôt sur le revenu n'empêche nullement l'appelante de diffuser ses opinions, quelles qu'elles soient — En garantissant la liberté d'expression, l'art. 2b) de la Charte ne garantit pas aux citoyens qu'ils obtiendront au moyen d'exemptions fiscales le financement public requis pour diffuser leurs opinions.

Interprétation des lois — Doctrine de l'imprécision — Les dispositions de la Loi de l'impôt sur le revenu qui renvoient

requiring better definition by Parliament, but vagueness not exceeding constitutionally permissible — Courts should not use vagueness doctrine excessively.

Estoppel — Minister auditing appellant, registered charitable organization, in 1989 — Not recommending any change of conduct — Auditing appellant again in 1993, result of which revocation of registration as charitable organization on ground appellant not devoting substantially all resources to charitable activity — Appellant submitting Minister's silence after 1989 audit representation appellant's activities within requirements for charitable organization — Key requirement of estoppel that representation by word or conduct lead representee to act to his detriment — Assuming silence "representation", appellant not suffering detriment up to July 1993 when "representation" ended with Revenue Canada's letter warning appellant revocation might ensue — Continued to enjoy benefits of registration for further 10 months until revocation decision taken.

This was an appeal from the Minister's revocation of the appellant's registration as a charitable organization on the ground that the appellant was not devoting substantially all of its resources to charitable activity. The appellant was registered as a charitable organization in 1984. Its purposes were to receive, administer and expend funds for charitable and educational purposes (i) to promote the social welfare and defend the human rights of persons born and unborn; (ii) to promote, and to assist the promotion of, natural methods of child creation; and (iii) to educate and assist the education of persons in their obligation to respect and protect human life. The appellant's activities included the conduct of lectures, seminars and conferences and the publication of a variety of literature advocating its points of view. The respondent conducted an audit of the appellant's activities in 1989, but did not recommend that the appellant change its conduct. After a second audit in 1993, the Department advised the appellant that its activities could not be justified under either the advancement of education, or "other purposes beneficial to the community". The letter stated that activities which are designed essentially to sway public opinion on a controversial social issue are not charitable, but political. While recognizing that a charitable organization may carry on ancillary political activities using a limited amount of its resources, the letter stated that the appellant was devoting substantial resources to political activities which were not incidental and ancillary to charitable objects. After considerable correspondence and discussion, the Minister revoked the appellant's charitable

aux organismes de bienfaisance devraient être mieux définies par le Parlement, mais leur niveau d'imprécision ne dépassait pas ce qui est permis sur le plan constitutionnel — Les tribunaux ne devaient pas recourir à la doctrine de l'imprécision de façon excessive.

Fin de non-recevoir — Le ministre a effectué une vérification des activités de l'appelante, un organisme de bienfaisance enregistré, en 1989 — Il n'a pas recommandé de changement à son comportement — Il a effectué une autre vérification des activités de l'appelante en 1993, à la suite de laquelle il y a eu révocation de l'enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance pour le motif qu'elle ne consacrait pas la quasi-totalité de ses ressources à des activités de bienfaisance — L'appelante a soutenu que le silence du ministre après la vérification de 1989 indiquait que ses activités satisfaisaient aux exigences requises d'un organisme de bienfaisance — L'une des exigences-clés de la préclusion est que l'indication donnée au moyen de la parole, d'un texte ou d'un comportement doit amener son destinataire à agir à son détriment — À supposer que le silence du ministre ait constitué une «indication», l'appelante n'a subi aucun préjudice jusqu'en 1993, moment où l'«indication» a pris fin par suite de la lettre dans laquelle Revenu Canada l'avisait de la possibilité d'une révocation — Elle a continué de profiter des avantages de l'enregistrement pendant dix autres mois jusqu'à ce que soit prise la décision relative à la révocation.

Il s'agissait d'un appel formé contre la révocation, par le ministre, de l'enregistrement de l'appelante à titre d'organisme de bienfaisance pour le motif qu'elle ne consacrait pas la quasi-totalité de ses ressources à des activités de bienfaisance. L'appelante a été enregistrée à titre d'organisme de bienfaisance en 1984. Ses objectifs étaient de recevoir, de gérer et de dépenser des fonds à des fins de bienfaisance et d'éducation afin (i) de promouvoir le bien-être collectif et de défendre les droits humains des personnes nées ou à naître; (ii) de promouvoir et d'aider à promouvoir des méthodes naturelles de procréation; et (iii) d'informer et d'aider à informer les gens de l'obligation qu'ils ont de respecter et de protéger la vie humaine. Les activités de l'appelante ont consisté dans la tenue de conférences et de colloques ainsi que dans la publication d'un grand nombre de brochures défendant ses points de vue. L'intimé a effectué une vérification des activités de l'appelante en 1989, mais il n'a pas recommandé que l'appelante modifie son comportement. Après une deuxième vérification en 1993, le Ministère a avisé l'appelant que ses activités ne pouvaient pas être justifiées en vertu de la promotion de l'éducation ou «d'autres fins utiles à la collectivité». La lettre mentionnait que les activités destinées essentiellement à influencer l'opinion publique sur une question sociale controversée ne sont pas des activités de bienfaisance mais des activités politiques. Tout en admettant qu'un organisme de bienfaisance peut exercer des activités politiques accessoires en utilisant une partie restreinte de ses ressources, la lettre mentionnait que l'appelante consacrait

organization registration.

The issues were: (1) whether the appellant's activities were educational or beneficial to the community; (2) whether the Minister applied the wrong test to determine whether the appellant's activities were political and erred in concluding that the appellant was devoting substantial resources to political activities; (3) whether the Minister abused his discretion in revoking the registration; (4) whether the Minister was estopped from revoking the registration because he had previously represented that the appellant's activities were charitable; (5) whether the charitable organization provisions of the *Income Tax Act*, which deny registration as a charitable organization to any organization which engages in the dissemination of information and opinions, were invalid as denying freedom of speech or expression, contrary to Charter, paragraph 2(b); and, (6) whether the charitable organization provisions were void for unfairness.

Held, the appeal should be dismissed.

The onus is on an appellant bringing an appeal against revocation of registration to demonstrate that the Minister erred in the conclusions upon which the registration was revoked. The appellant has failed to discharge that onus.

(1) The appellant did not demonstrate that its activities met either of the requirements for the advancement of education i.e. they must be directed toward the formal training of the mind or the improvement of a useful branch of human knowledge. The distribution of literature and the holding of conferences was not carried out in any structured way so as to amount to formal training. Its literature appeared to be predominantly of a tendentious or polemical character that one would not normally associate with the formal training of the mind. Nor did the appellant demonstrate how its activities would amount to the improvement of a useful branch of human knowledge. It did not demonstrate significant research or the systematic development of a body of human knowledge. The material it produced was primarily concerned with the dissemination of a set of opinions on various social issues.

The appellant had also failed to demonstrate a significant error by the Minister with respect to whether the appellant's activities served other purposes beneficial to the community. Activities primarily designed to sway public opinion on social issues are not charitable activities. Most of the appellant's adherents are Roman Catholics who sincerely believe they are advancing principles set out by Pope Paul

des ressources considérables à des activités politiques qui n'étaient pas rattachées et accessoires à des objectifs de bienfaisance. Après une correspondance suivie et de nombreuses discussions, le ministre a révoqué l'enregistrement de l'appelante à titre d'organisme de bienfaisance.

Les questions en litige étaient les suivantes: (1) les activités de l'appelante étaient-elles des activités d'éducation ou étaient-elles utiles à la collectivité; (2) le ministre a-t-il appliqué le mauvais critère afin de déterminer si les activités de l'appelante étaient politiques et a-t-il commis une erreur en jugeant qu'elle consacrait des ressources considérables à des activités politiques; (3) le ministre a-t-il abusé de son pouvoir discrétionnaire en révoquant l'enregistrement; (4) le ministre était-il empêché de révoquer l'enregistrement puisqu'il avait déjà fait remarquer que les activités de l'appelante étaient des activités de bienfaisance; (5) les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relatives aux organismes de bienfaisance, qui refusent l'enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance à tout organisme qui s'adonne à la diffusion de renseignements et d'opinions, étaient-elles invalides parce que cela nie la liberté de parole ou d'expression, en contravention de l'alinéa 2b) de la Charte; et (6) les dispositions relatives aux organismes de bienfaisance étaient-elles nulles pour cause d'imprécision?

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Il incombe à l'appelant qui interjette appel de la révocation d'un enregistrement de prouver que le ministre a commis une erreur dans les conclusions à partir desquelles l'enregistrement a été révoqué. L'appelante en l'espèce ne s'est pas acquittée de cette obligation.

(1) L'appelante n'a pas prouvé que ses activités satisfont à l'une ou l'autre des exigences pour promouvoir l'éducation, c'est-à-dire qu'elles doivent être orientées vers la formation classique de l'esprit ou l'amélioration d'une branche utile du savoir humain. La distribution de brochures et la tenue de conférences ne se faisaient pas d'une façon structurée au point d'équivaloir à une formation classique. Ses brochures semblaient avoir de façon prédominante un caractère tendancieux ou polémique que l'on n'associerait pas habituellement à la formation classique de l'esprit. L'appelante n'a pas prouvé non plus comment ses activités équivaldraient à l'amélioration d'une branche utile du savoir humain. Elle n'a pas prouvé qu'il y a eu des recherches importantes ou le développement systématique d'une branche du savoir humain. Les documents produits par l'appelante s'intéressaient principalement à la diffusion d'un certain nombre d'opinions sur diverses questions sociales.

L'appelante n'avait pas prouvé non plus que le ministre a commis une erreur importante quant à savoir si les activités de l'appelante servaient d'autres fins utiles à la collectivité. Les activités destinées essentiellement à influencer l'opinion publique sur des questions sociales ne sont pas des activités de bienfaisance. La plupart des adeptes de l'appelante sont des catholiques romains qui croient sincèrement promouvoir

VI in his *Humanae Vitae* encyclical. Even so, appellant's position on certain issues — such as sex education in Catholic schools — goes against that of the Catholic Bishops. Any determination by the Court as to whether the propagation of such views is beneficial to the community and thus worthy of temporal support through tax exemption would be a political determination and inappropriate for a court to make.

(2) The appellant had not demonstrated that the Minister's assessment that the appellant was devoting a substantial part of its resources to political activity, was incorrect. There is much subjectivity involved in characterizing particular activities as political or non-political, and in quantifying the resources devoted to such activities. The appellant had failed to demonstrate by any systematic analysis that the portion of its resources devoted to political activities were insubstantial. As it appeared that a substantial part of the activities of the charity were indeed devoted to political purposes and, given that the *Income Tax Act*, subject to limited exceptions, requires that all resources of a charitable organization be devoted to charitable activities, it was not demonstrated that the Minister erred in concluding that the appellant was not a charitable organization.

(3) The appellant argued that the fact that the Minister took a different position in 1993 from that in 1989, was *per se* proof of unfairness and an abuse of discretion. There was no basis upon which the Minister was precluded from a change of position after a lapse of four years and the conduct of a further audit. There is no principle of *stare decisis* in the exercise of the powers of registration and revocation of registration, any more than there is in the matter of assessment where the Minister may accept certain expenses as deductible one year and disallow them in another year. All he is required to do is justify the latter decision if it is appealed.

(4) The doctrine of estoppel did not apply. A key requirement of estoppel is that a representation by word or conduct must lead the representee to act to his detriment. Assuming that there was a "representation" in 1989 by the Minister's silence, the appellant was not led to change its conduct, but continued to do the very same thing it had always been doing. Before any detriment occurred, there was a notice in July 1993 advising it of the concerns of Revenue Canada with the warning that revocation might ensue. The appellant then had ten months before the revocation decision was taken. The appellant therefore did not suffer any detriment up to July 1993 when the "representation" ended with the letter of concern from Revenue Canada. It continued to enjoy the benefits of registration after that warning and even

les principes énoncés par le pape Paul VI dans son encyclique *Humanae Vitae*. Mais cependant la position de l'appelante sur certaines questions — comme l'éducation sexuelle dans les écoles catholiques — contredit celle des évêques catholiques. Toute décision de la Cour quant à savoir si la diffusion de telles opinions est utile à la collectivité et mérite ainsi de faire l'objet d'une exemption fiscale serait une décision politique et il ne convient pas qu'un tribunal rende une telle décision.

(2) L'appelante n'avait pas prouvé que la cotisation du ministre selon laquelle elle consacrait une partie considérable de ses ressources à ce genre d'activité politique était erronée. Il y a beaucoup de subjectivité dans le processus qui vise à caractériser des activités particulières comme étant politiques ou non politiques et dans celui qui vise à quantifier des ressources consacrées à de telles activités. L'appelante n'avait pas prouvé, au moyen d'une analyse tout aussi systématique, que la partie de ses ressources consacrées aux activités politiques n'était pas considérable. Comme il est apparu qu'une partie considérable des activités de l'organisme de bienfaisance était consacrée à des fins politiques et étant donné que, sauf exceptions limitées, la *Loi de l'impôt sur le revenu* exige que toutes les ressources d'un organisme de bienfaisance soient consacrées à des activités de bienfaisance, il n'a pas été prouvé que le ministre a commis une erreur en concluant que l'appelante n'était pas un organisme de bienfaisance.

(3) L'appelante a soutenu que le fait que le ministre ait adopté en 1993 une position différente de celle adoptée en 1989 constituait en soi une preuve du caractère abusif et un abus du pouvoir discrétionnaire. Rien ne venait étayer que le ministre ne pouvait pas changer d'opinion après une période de quatre ans et la tenue d'une vérification supplémentaire. Le principe du *stare decisis* ne joue pas dans l'exercice du pouvoir d'enregistrer et de celui de révoquer l'enregistrement, pas plus qu'il ne joue en matière de cotisation lorsqu'un ministre peut accepter que certaines dépenses soient déductibles une année et le refuser une autre année. Tout ce qu'il est tenu de faire, c'est de justifier cette dernière décision si elle est portée en appel.

(4) La doctrine de la préclusion ne s'appliquait pas. L'une des exigences-clés de la préclusion est que l'indication donnée au moyen de la parole, d'un texte ou d'un comportement doit amener son destinataire à agir à son détriment. À supposer que le silence du ministre en 1989 ait constitué une «indication», l'appelante n'a pas été amenée à modifier son comportement, mais elle a continué de faire exactement la même chose qu'elle avait toujours faite. Avant que quelque préjudice ne lui soit infligé, elle a reçu un avis en juillet 1993 l'informant que Revenu Canada envisageait la révocation de l'enregistrement. L'appelante disposait alors d'environ dix mois avant que la décision de révoquer l'enregistrement ne soit prise. L'appelante n'a donc pas subi de préjudice durant la période allant jusqu'en juillet 1993,

after the termination of the "representation" up to May 1994.

(5) The appellant was in no way restricted from disseminating any views or opinions whatever. The guarantee of freedom of expression in Charter, paragraph 2(b) is not a guarantee of public funding through tax exemptions for the propagation of opinions, no matter how good or how sincerely held.

(6) While this area of the law requires better definition by Parliament, the vagueness did not exceed the constitutionally permissible. The Supreme Court of Canada has recently taken a cautious view of the vagueness doctrine and has warned against its excessive use by the courts.

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. 2(b), 15.

Charitable Uses Act 1601 (U.K.), 43 Eliz. I, c. 4.

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 149.1(1) "charitable organization", (6.2), 168(1), 180.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Commissioners of Income Tax v. Pemsel, [1891] A.C. 531 (H.L.); *Bowman v. Secular Society*, [1917] A.C. 406 (H.L.).

CONSIDERED:

Positive Action Against Pornography v. M.N.R., [1988] 2 F.C. 340; (1988), 49 D.L.R. (4th) 74; [1988] 1 C.T.C. 232; 88 DTC 6186; 29 E.T.R. 92; 83 N.R. 214 (C.A.); *McGovern v. Attorney-General*, [1982] Ch. 321.

REFERRED TO:

Briarpatch Inc. v. R., [1996] 2 C.T.C. 94; (1996), 96 DTC 6294; 197 N.R. 229 (F.C.A.); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; (1995), 125 D.L.R.

moment où l'«indication» a vraiment pris fin par suite de la lettre dans laquelle Revenu Canada faisait part de ses préoccupations. Elle a continué de profiter des avantages de l'enregistrement après la mise en garde et même après que l'«indication» eut pris fin, soit jusqu'en mai 1994.

(5) L'appelante n'était nullement empêchée de diffuser ses opinions, quelles qu'elles soient. En garantissant la liberté d'expression, l'alinéa 2b) de la Charte ne garantit pas aux citoyens qu'ils obtiendront au moyen d'exemptions fiscales le financement public requis pour diffuser leurs opinions, peu importe leur degré de justesse ou de sincérité.

(6) Même si ce domaine du droit devrait être mieux défini par le Parlement, le niveau d'imprécision ne dépassait pas ce qui est permis sur le plan constitutionnel. La Cour suprême du Canada a adopté récemment un point de vue prudent au sujet de la doctrine de l'imprécision et a mis en garde contre son recours excessif par les tribunaux.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charitable Uses Act 1601 (U.K.), 43 Eliz. I, ch. 4.

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b), 15.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 149.1(1) «œuvre de bienfaisance», (6.2), 168(1), 180.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Commissioners of Income Tax v. Pemsel, [1891] A.C. 531 (H.L.); *Bowman v. Secular Society*, [1917] A.C. 406 (H.L.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Positive Action Against Pornography c. M.N.R., [1988] 2 C.F. 340; (1988), 49 D.L.R. (4th) 74; [1988] 1 C.T.C. 232; 88 DTC 6186; 29 E.T.R. 92; 83 N.R. 214 (C.A.); *McGovern v. Attorney-General*, [1982] Ch. 321.

DÉCISIONS CITÉES:

Briarpatch Inc. c. R., [1996] 2 C.T.C. 94; (1996), 96 DTC 6294; 197 N.R. 229 (C.A.F.); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; (1995), 125

(4th) 385; 99 C.C.C. (3d) 97; 17 C.E.L.R. (N.S.) 129; 183 N.R. 325; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; [1993] 8 W.W.R. 513; (1993), 108 D.L.R. (4th) 193; 34 B.C.A.C. 161; 84 B.C.L.R. (2d) 1; 18 C.R.R. (2d) 41; 160 N.R. 1; 49 R.F.L. (3d) 117; 56 W.A.C. 161; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; (1993), 108 D.L.R. (4th) 287; 18 C.R.R. (2d) 1; 159 N.R. 241; 58 Q.A.C. 1; 49 R.F.L. (3d) 317.

APPEAL from the revocation of the appellant's registration as a charitable organization on the ground that the appellant was not devoting substantially all of its resources to charitable activity. Appeal dismissed.

COUNSEL:

Arthur B. C. Drache, Q.C. and *David Sherriff-Scott* for appellant.
Roger Leclaire for respondent.

SOLICITORS:

Drache, Burke-Robertson & Buchmayer, Ottawa and *Scott & Ayles*, Ottawa for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.A.:

Introduction

[1] This is an appeal from a decision of the Minister of National Revenue of May 26, 1994 whereby the registration of the appellant as a charitable organization was revoked pursuant to subsection 168(1) of the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] on the grounds that the appellant was not devoting substantially all of its resources to charitable activity. The appeal comes directly to this Court pursuant to a rather peculiar provision of the *Income Tax Act*, section 180, which allows such an appeal and denies both the Tax Court of Canada and the Trial Division of this Court jurisdiction in the matter. By subsection 180(3) the Federal Court of Appeal is to hear and determine such appeals "in a summary way".

D.L.R. (4th) 385; 99 C.C.C. (3d) 97; 17 C.E.L.R. (N.S.) 129; 183 N.R. 325; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; [1993] 8 W.W.R. 513; (1993), 108 D.L.R. (4th) 193; 34 B.C.A.C. 161; 84 B.C.L.R. (2d) 1; 18 C.R.R. (2d) 41; 160 N.R. 1; 49 R.F.L. (3d) 117; 56 W.A.C. 161; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; (1993), 108 D.L.R. (4th) 287; 18 C.R.R. (2d) 1; 159 N.R. 241; 58 Q.A.C. 1; 49 R.F.L. (3d) 317.

APPEL formé contre la révocation de l'enregistrement de l'appelante à titre d'organisme de bienfaisance pour le motif qu'elle ne consacrait pas la quasi-totalité de ses ressources à des activités de bienfaisance. Appel rejeté.

AVOCATS:

Arthur B. C. Drache, c.r., et *David Sherriff-Scott* pour l'appelante.
Roger Leclaire pour l'intimé.

PROCUREURS:

Drache, Burke-Robertson & Buchmayer, Ottawa, et *Scott & Ayles*, Ottawa, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

Introduction

[1] Il s'agit d'un appel formé contre une décision du ministre du Revenu national en date du 26 mai 1994 aux termes de laquelle l'enregistrement de l'appelante à titre d'organisme de bienfaisance a été révoqué conformément au paragraphe 168(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1], pour le motif que l'appelante ne consacrait pas la quasi-totalité de ses ressources à des activités de bienfaisance. La Cour est saisie directement de l'appel conformément à une disposition assez particulière de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'article 180, qui permet un tel appel et dénie toute compétence en la matière tant à la Cour canadienne de l'impôt qu'à la Section de première instance de notre Cour. D'après

The record on such an appeal consists of a multitude of documents put in by agreement of the parties. The Court must therefore review the relevant questions of law and fact without the benefit of any findings of fact by a trial court and indeed without the benefit of any sworn evidence.

Facts

[2] The appellant (HLIC) applied for and obtained registration as a charitable organization in 1984. In its application for incorporation it stated its “specific and primary purposes” to be:

... to receive, administer and expend funds for charitable and educational purposes in connection with the following:

1. to promote the social welfare and defend the human rights of persons born and unborn.
2. to promote, and to assist the promotion of, natural methods of child creation.
3. to educate, and assist the education of, persons in their obligation to respect and protect innocent human life.

(The remaining objects are essentially descriptive of means to carry out the above.¹)

In subsequent communications the appellant indicated that among its aims and objects would be to protect the unborn, elderly and handicapped, to promote true Christian family values, to encourage chastity, and to teach natural family planning.² The appellant confirms that its activities have not changed from the time of its registration as a charitable organization. These activities have largely included the conduct of lectures, seminars and conferences and the publication of a variety of literature advocating its points of view.

[3] In 1989, apparently as a result of the appellant sending a postcard to all members of Parliament depicting a 20 to 22-week old aborted fetus, the

le paragraphe 180(3), la Cour d’appel fédérale doit entendre et juger de tels appels «selon une procédure sommaire». Dans ce genre d’appel, le dossier consiste en une multitude de documents qui y sont versés d’un commun accord entre les parties. La Cour doit donc examiner les questions pertinentes de droit et de fait sans l’aide d’aucune conclusion de fait tirée par un tribunal de première instance et même sans l’aide d’aucun témoignage sous serment.

Les faits

[2] L’appelante (HLIC) a demandé avec succès d’être enregistrée à titre d’organisme de bienfaisance en 1984. Dans sa demande de constitution en société, elle a déclaré que ses [TRADUCTION] «objectifs principaux et particuliers» étaient les suivants:

[TRADUCTION] ... recevoir, gérer et dépenser des fonds à des fins de bienfaisance et d’éducation en rapport avec les activités suivantes:

1. promouvoir le bien-être collectif et défendre les droits humains des personnes nées ou à naître.
2. promouvoir et aider à promouvoir des méthodes naturelles de procréation.
3. informer et aider à informer les gens de l’obligation qu’ils ont de respecter et de protéger la vie de ceux qui n’ont rien fait de répréhensible.

(Les autres objectifs mentionnent essentiellement des moyens de réaliser les objectifs susmentionnés.¹)

Par la suite, l’appelante a indiqué que, parmi ses buts et objectifs, elle viserait à protéger les enfants à naître, les personnes âgées et les handicapés, à promouvoir les vraies valeurs chrétiennes concernant la famille, à encourager la pratique de la chasteté et à enseigner la planification naturelle des naissances². L’appelante confirme que ses activités n’ont pas changé depuis le jour de son enregistrement à titre d’organisme de bienfaisance. Ces activités ont consisté en grande partie dans la tenue de conférences et de colloques ainsi que dans la publication d’un grand nombre de brochures défendant ses points de vue.

[3] En 1989, par suite, semble-t-il, de l’envoi par l’appelante à tous les parlementaires fédéraux d’une carte postale illustrant un fœtus avorté de 20 à 22

respondent conducted an audit of the appellant's activities. It appears that this audit was somewhat restricted in its scope, having been triggered by the postcard incident which apparently occurred in 1988. The audit was extended to cover 1989 and to include a "march for life" on Parliament Hill in Ottawa, organized by the appellant, in January of that year. That audit was completed in December 1989 without any recommendations for action by the Minister or for the appellant to change its conduct.

[4] A second audit was carried out covering the years 1990, 1991, and 1992, this audit being completed by January 11, 1993. On July 16, 1993 an officer of Revenue Canada sent a letter to the appellant "setting out the reasons why the Department is concerned with certain activities of HLIC."³ The letter advised that the Department had reviewed the activities of the appellant to see if they could be justified under either of the two possible recognized categories of charity possibly relevant: namely the advancement of education, or "other purposes beneficial to the community". In analysing the educational issue, the letter stated in part as follows:

In certain publications and material disseminated by HLIC, it is clear its purpose is to promote an anti-abortion attitude of mind. In addition, we see HLIC promoting its own interpretation of other controversial issues such as sex education in schools, homosexuality, pornography, universal day care, contraception, sterilization, sexual permissiveness and "planned" parenthood, euthanasia, reproductive technology, over-population, and the "new age" movement. This is evidenced when we review the following items:

1. Publications distributed by HLIC such as "Human Life International Reports" and "Special Canadian Reports".
2. Brochures and advertisements seeking support for its "pro-life" position.
3. Cassette tapes of speeches of Dr. Nathanson and speeches at annual conferences.

semaines, l'intimé a effectué une vérification des activités de l'appelante. Il appert que cette vérification était d'une portée quelque peu restreinte, ayant été déclenchée par l'incident de la carte postale qui serait survenu en 1988. La vérification a été étendue à toute l'année 1989 et englobait une [TRADUCTION] «manifestation pour la vie» sur la Colline du Parlement à Ottawa, organisée par l'appelante en janvier de cette année-là. Cette vérification s'est terminée en décembre 1989 sans qu'aucune recommandation ne soit présentée pour que le ministre prenne des mesures pertinentes ou que l'appelante modifie son comportement.

[4] Une deuxième vérification a été effectuée pour l'ensemble des années 1990, 1991 et 1992, vérification qui a pris fin le 11 janvier 1993. Le 16 juillet 1993, un fonctionnaire de Revenu Canada a envoyé à l'appelante une lettre [TRADUCTION] «exposant les raisons pour lesquelles le Ministère s'intéresse à certaines activités de HLIC»³. Il était dit dans la lettre que le Ministère avait examiné les activités de l'appelante pour voir si elles pouvaient être justifiées en vertu de l'une ou l'autre des deux catégories possibles d'activités de bienfaisance qui pouvaient être pertinentes: à savoir la promotion de l'éducation ou [TRADUCTION] «d'autres fins utiles à la collectivité». Quant à la question de l'éducation, la lettre contenait notamment le passage suivant:

[TRADUCTION] Dans certaines publications et certains documents distribués par HLIC, il est clair qu'elle vise à promouvoir un point de vue anti-avortement. De plus, nous voyons HLIC promouvoir sa propre interprétation relativement à d'autres questions controversées comme l'éducation sexuelle dans les écoles, l'homosexualité, la pornographie, les garderies accessibles à tous, la contraception, la stérilisation, la tolérance sexuelle et la «limitation volontaire» des naissances, l'euthanasie, les techniques de reproduction, la surpopulation et le mouvement du «nouvel âge». L'examen des éléments suivants nous le prouve bien:

1. Les publications distribuées par HLIC comme les «Human Life International Reports» et les «Special Canadian Reports».
2. Les brochures et les communiqués sollicitant un appui en faveur de sa position «pour la vie».
3. Les cassettes reproduisant les discours du D^r Nathanson ainsi que ceux prononcés lors des conférences annuelles.

4. Literature disseminated by HLIC listed in the "Pro-life/Family Catalog" and other literature such as "The American Holocaust" and posters and postcards designed to shock the reader.

All of the [*sic*] these materials are strongly worded to promote HLIC's views on the abortion issue and other controversial social issues.

Thus an organization such as HLIC which espouses a specific cause and seeks to sway the public to its way of thinking, would not qualify as charitable under the category of advancing education.

On the issue of "other purposes beneficial to the community" the letter stated in part:

There is no case law, to our knowledge, that would support a finding that promoting an organization's position on such issues as abortion, sex education in schools, and the other issues mentioned above, is charitable. In fact, the courts have found that purposes that are related to promoting one side of a controversial issue or cause are not charitable at law.

In addition, many of HLIC's positions go well beyond what is considered as being beneficial to the community. A publicity campaign that persuades the public to reject the values and products of an industry or organization is not considered a charitable activity. HLIC's positions include those which discourage support of the following organizations:

- a) UNICEF
- b) Planned Parenthood
- c) The United Way
- d) Petro Canada
- e) Proctor and Gamble products
- f) Picketing abortion clinics for the purpose of putting them out of business

Based on our review of the relevant jurisprudence, it would appear that HLIC does not qualify under the fourth head.

[5] The letter of July 16, 1993 went on to consider whether the appellant was engaged in political activities. It stated the following proposition:

The courts have established that activities which are designed essentially to sway public opinion on a controversial social issue are not charitable, but are political in the

4. Les brochures diffusées par HLIC et figurant dans le «Pro-life/Family Catalog» et d'autres brochures comme «The American Holocaust» et des affiches et cartes postales conçues dans le but de frapper le lecteur.

Tous ces documents sont rédigés expressément afin de promouvoir le point de vue de HLIC sur la question de l'avortement et sur d'autres questions sociales controversées.

Ainsi, un organisme qui, comme HLIC, épouse une cause déterminée et cherche à convaincre le public de penser comme lui ne pourrait pas être considéré comme un organisme de bienfaisance appartenant à la catégorie de la promotion de l'éducation.

Quant à la question des «autres fins utiles à la collectivité», la lettre signalait notamment:

[TRADUCTION] Il n'y a pas, à notre connaissance, de jurisprudence qui vienne étayer une conclusion selon laquelle le fait de promouvoir la position adoptée par un organisme sur des questions comme l'avortement, l'éducation sexuelle dans les écoles et les autres questions mentionnées ci-dessus constitue de la bienfaisance. De fait, les tribunaux ont jugé que les fins se rapportant à la promotion d'un aspect seulement d'une question ou d'une cause controversée ne constituent pas en droit de la bienfaisance.

En outre, bon nombre de positions prises par HLIC vont bien au-delà de ce qui est considéré comme étant utile à la collectivité. Une campagne publicitaire pour convaincre le public de rejeter les valeurs et les produits d'une industrie ou d'un organisme n'est pas considérée comme une activité de bienfaisance. Parmi les positions prises par HLIC, mentionnons celles qui incitent à ne pas supporter les organismes suivants:

- a) l'UNICEF
- b) Planned Parenthood
- c) Centraide
- d) Petro Canada
- e) les produits de la compagnie Proctor and Gamble
- f) le piquetage devant les cliniques d'avortement dans le but de les faire fermer

Compte tenu de l'examen de la jurisprudence pertinente, il semble que HLIC ne se qualifie pas selon la quatrième rubrique.

[5] Dans la lettre du 16 juillet 1993, le fonctionnaire se demandait également si l'appelante s'adonnait à des activités politiques. Il déclarait ce qui suit:

[TRADUCTION] Les tribunaux ont établi que les activités destinées essentiellement à influencer l'opinion publique sur une question sociale controversée ne sont pas des activités

sense understood at law.

While recognizing that a charitable organization may carry on ancillary political activities using a limited amount of its resources, the letter went on to say:

It appears on the contrary that HLIC is devoting substantial resources, which includes financial, material and human, on political activities which are not incidental and ancillary to charitable objects. That is, purposes and activities that are directed at legislative change or change in public policy or attitudes are considered political in nature, and not charitable at law. For example, sending "shock value" postcards to federal Members of Parliament, helping to organize the "March for Life" on Parliament Hill, and various publications, brochures and advertisements promoting HLIC's views are considered as political activities.

The letter then concluded by indicating that the Minister was considering revoking the appellant's registration but invited it to submit representations by September 20, 1993 if it disagreed with the Department's view as to the nature of its activities. Apparently there was considerable correspondence and discussions between the appellant and Revenue Canada but ultimately on May 26, 1994 a decision was rendered on behalf of the Minister revoking the appellant's registration.⁴ This letter stated that on registration the appellant had indicated it would be advancing education and good health. According to the letter, the review by Revenue Canada led it to conclude that the appellant's activities do not fall under these or any other recognized categories of charity for the purposes of the *Income Tax Act*. The letter goes on to characterize the activities of the appellant as being essentially political activities which are not charitable, adopting the following language.

The courts have established that activities which are designed essentially to sway public opinion on a controversial social issue are not charitable, but are political in the sense understood by law. An organization may devote a limited amount of its resources including volunteer help, to

de bienfaisance mais des activités politiques au sens de la loi

Tout en admettant qu'un organisme de bienfaisance peut exercer des activités politiques accessoires en utilisant une partie restreinte de ses ressources, le fonctionnaire ajoutait:

[TRADUCTION] Il appert au contraire que HLIC consacre des ressources considérables, notamment financières, matérielles et humaines, à des activités politiques qui ne sont pas rattachées et accessoires à des objectifs de bienfaisance. C'est-à-dire des fins et des activités qui visent des modifications législatives ou des changements dans la politique ou les attitudes du gouvernement sont considérées comme étant de nature politique et non pas comme relevant de la bienfaisance au sens de la loi. Par exemple, l'envoi de cartes postales «ayant un effet traumatique» aux parlementaires canadiens, le fait d'aider à organiser la «Marche pour la vie» sur la Colline du Parlement ainsi que diverses publications, brochures et annonces publicitaires faisant la promotion des points de vue de HLIC sont considérés comme des activités politiques.

Le fonctionnaire concluait ensuite que le ministre envisageait de révoquer l'enregistrement de l'appelante mais invitait celle-ci à présenter des observations avant le 20 septembre 1993 si elle n'était pas d'accord avec le point de vue du Ministère quant à la nature de ses activités. Il semble y avoir eu une correspondance suivie et de nombreuses discussions entre l'appelante et Revenu Canada, mais en fin de compte une décision a été rendue le 26 mai 1994 au nom du ministre portant révocation de l'enregistrement de l'appelante⁴. Il était mentionné dans la lettre que, lors de l'enregistrement, l'appelante avait indiqué qu'elle ferait la promotion de l'éducation et de la santé. Toujours selon la lettre, l'examen effectué par Revenu Canada l'amenait à conclure que les activités de l'appelante n'entrent pas dans ces catégories ou toute autre catégorie reconnue de bienfaisance aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La lettre caractérise ensuite les activités de l'appelante comme étant essentiellement des activités politiques qui ne constituent pas de la bienfaisance.

[TRADUCTION] Les tribunaux ont établi que les activités destinées essentiellement à influencer l'opinion publique sur une question sociale controversée ne sont pas des activités de bienfaisance mais des activités politiques au sens de la loi. Un organisme peut consacrer une partie restreinte de ses

political activity of a non-partisan nature provided that such activity is both incidental and ancillary to an organization's objects. Our review has concluded that HLIC is devoting substantial resources on political activities which are not incidental and ancillary to charitable objects.

The letter also referred to an earlier letter from Revenue Canada of April 18, 1994.⁵ That letter referred to discussions held with representatives of the appellant in which the respondent had explained in detail its views of the appellant's political activities, described as follows:

These activities include articles in your newsletters, literature, conference activities, and various publications, brochures and advertisements, which we perceive are intended to change public attitudes and beliefs.

[6] In its appeal, the appellant raises several issues. In its memorandum of fact and law it contends that its activities are educational and thus charitable. In written and oral argument it contends that its activities are beneficial to the community in a charitable sense, and that the Minister erred in fact and law in determining that it was devoting substantial resources to political activity. As part of this argument the appellant rejects the Minister's view that, according to the jurisprudence, activities "designed essentially to sway public opinion on a controversial social issue" are political and not charitable. The appellant does not deny that some of its activities are political, but says these are only incidental to its charitable objects and activities. Further the appellant argues that the Minister abused his discretion in revoking the registration, and that he was estopped from revoking the registration because he had previously represented that the appellant's activities were charitable. It contends that, if the *Income Tax Act* and the jurisprudence interpreting it denies registration as a charitable organization to any organization which engages in the dissemination of information and opinions, then it is invalid as denying freedom of speech or expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. In oral submissions, the appellant also contends that the

ressources, y compris l'aide volontaire, à des activités soient rattachées et accessoires aux objectifs d'un organisme. Notre examen a conclu que HLIC consacre des ressources considérables à des activités politiques qui ne sont pas rattachées ni accessoires à des objectifs de bienfaisance.

La lettre faisait également allusion à une autre lettre de Revenu Canada en date du 18 avril 1994⁵. Cette lettre se reportait à des discussions tenues avec des représentants de l'appelante, dans lesquelles l'intimé avait expliqué en détail son point de vue sur les activités politiques de l'appelante:

[TRADUCTION] Ces activités comprennent des articles dans vos bulletins d'information, des documents, des activités de conférence et diverses publications, brochures et annonces publicitaires, que nous percevons comme visant à changer les attitudes et les croyances du public.

[6] Dans son appel, l'appelante soulève plusieurs questions. Dans son exposé des faits et du droit, elle soutient que ses activités sont des activités d'éducation et donc de bienfaisance. Dans ses observations écrites et ses observations orales, elle allègue que ses activités sont utiles à la collectivité sur le plan de la bienfaisance et que le ministre a commis une erreur de fait et de droit en jugeant qu'elle consacrait des ressources considérables à des activités politiques. Dans le cadre de ces observations, l'appelante rejette le point de vue du ministre selon lequel, d'après la jurisprudence, les activités [TRADUCTION] «destinées essentiellement à influencer l'opinion publique sur une question sociale controversée» sont des activités politiques et non pas des activités de bienfaisance. L'appelante ne nie pas que certaines de ses activités sont politiques, mais elle dit qu'elles sont seulement accessoires à ses objectifs et à ses activités de bienfaisance. En outre, l'appelante fait valoir que le ministre a abusé de son pouvoir discrétionnaire en révoquant l'enregistrement et qu'il ne pouvait pas agir ainsi puisqu'il avait déjà fait remarquer que les activités de l'appelante étaient des activités de bienfaisance. Elle prétend que, si la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la jurisprudence qui l'interprète refusent l'enregistrement à titre d'organisme de bienfaisance à tout organisme qui s'adonne à la diffusion de renseignements et d'opinions, cela n'est pas valable parce que cela nie la liberté de parole ou d'expression qui est garantie par l'alinéa 2b) de la

charitable organizations provisions of the *Income Tax Act* are void for vagueness.

[7] After hearing the appellant's argument the Court advised counsel for the respondent that we did not need to hear him on the issues of abuse of discretion, estoppel, and the alleged infringement of the Charter. Our reasons for rejecting these arguments will be explained below.

Analysis

[8] While the *Income Tax Act* provides for the registration of charitable organizations and confers on them the direct advantage of tax exemption and the indirect advantage of tax credits for those who contribute to them, it nowhere defines the meaning of "charity".⁶ Such principles for identifying charities as do exist are of English origin, are well known and frequently cited in the jurisprudence. In *Commissioners of Income Tax v. Pemsel*⁷ the House of Lords defined charitable activities to include the relief of poverty, the advancement of education, the advancement of religion, and other purposes beneficial to the community not falling under the preceding heads. It is commonly said that the fourth category, "purposes beneficial to the community", being vague, can be given more precision by reference to a 1601 English statute passed during the reign of Elizabeth I.⁸ One may observe in passing that that statute does not purport to give an exhaustive definition of charity nor was that its purpose, and one may well question its relevance to Canadian society some four centuries later. This Court has however been obliged to develop principles appropriate for Canada particularly with respect to the open-ended fourth category of "purposes beneficial to the community" and it is this jurisprudence to which we must give primary consideration. It remains, nevertheless, an area crying out for clarification through Canadian legislation for the guidance of taxpayers, administrators, and the courts.

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]]. Dans ses observations orales, l'appelante affirme également que les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* relatives aux organismes de bienfaisance sont nulles pour cause d'imprécision.

[7] Après avoir entendu les observations de l'appelante, la Cour a informé l'avocat de l'intimé que nous n'avions pas besoin de l'entendre sur les questions d'abus de pouvoir discrétionnaire, de préclusion et de violation alléguée de la Charte. Nous expliquerons plus loin les raisons du rejet de ces observations.

Analyse

[8] Bien que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit l'enregistrement d'organismes de bienfaisance et leur accorde l'avantage direct de l'exemption fiscale et l'avantage indirect des crédits d'impôt pour ceux qui y contribuent, elle ne définit nulle part le sens d'«organisme de bienfaisance»⁶. Ces principes en vue de l'identification des organismes de bienfaisance tels qu'ils existent effectivement sont d'origine anglaise, sont bien connus et souvent cités dans la jurisprudence. Dans l'arrêt *Commissioners of Income Tax v. Pemsel*⁷, la Chambre des lords a défini les activités de bienfaisance de façon à inclure la lutte contre la pauvreté, la promotion de l'éducation, la promotion de la religion et d'autres fins utiles à la collectivité qui n'entrent pas dans les catégories précédentes. On dit communément que la quatrième catégorie «les fins utiles à la collectivité», qui est vague, peut être précisée davantage par renvoi à une loi anglaise de 1601 adoptée sous le règne d'Elizabeth I^{re}.⁸ On peut faire remarquer au passage que cette loi ne prétend pas donner une définition exhaustive d'organisme de bienfaisance et que cela n'était pas son objectif, et on peut bien mettre en doute sa pertinence relativement à la société canadienne quelque quatre siècles plus tard. La Cour a toutefois été obligée d'élaborer des principes appropriés pour le Canada particulièrement en ce qui concerne la quatrième catégorie non déterminée des «fins utiles à la collectivité» et c'est cette jurisprudence que nous devons

[9] I am satisfied that the onus is on an appellant bringing an appeal against revocation of registration to this Court under section 180 to demonstrate that the Minister erred in the conclusions upon which the registration was revoked. This position is the most consistent with the general principle of income tax law that, once the Minister has made an assessment, it is for the taxpayer to demonstrate that the assessment is incorrect, it being assumed that the taxpayer is in the best position to provide information about his own affairs. In my view the appellant has failed to discharge this onus in the present case.

[10] With respect to whether its activities are for the advancement of education, the appellant did not press this issue in argument and I think it is without merit. It is well established in the jurisprudence of this Court that, to be an activity for the advancement of education, it must be directed toward the formal training of the mind or the improvement of a useful branch of human knowledge.⁹ The appellant has not demonstrated that its activities meet either of these requirements. The distribution of literature and the holding of conferences is not carried out in any structured way so as to amount to formal training. Moreover, its literature appears to be predominantly of a tendentious or polemical character that one would not normally associate with the formal training of the mind. Nor has the appellant demonstrated how its activities would amount to the improvement of a useful branch of human knowledge. It has not demonstrated significant research or the systematic development of a body of human knowledge. The impression one gets from the material is that it is primarily concerned with the dissemination of a set of opinions on various social issues and the appellant has not convincingly demonstrated anything to the contrary.

[11] With respect to the central question of whether the appellant's activities essentially serve other pur-

d'abord examiner. Cela demeure néanmoins un domaine qui a bien besoin d'être précisé dans la législation canadienne pour la gouverne des contribuables, des administrateurs et des tribunaux.

[9] Je suis convaincu qu'il incombe à l'appellant qui interjette appel de la révocation d'un enregistrement auprès de la Cour en vertu de l'article 180 de prouver que le ministre a commis une erreur dans les conclusions à partir desquelles l'enregistrement a été révoqué. C'est la position la plus cohérente avec le principe général du droit fiscal selon lequel, une fois que le ministre a établi une cotisation, il appartient au contribuable de prouver que celle-ci est erronée, le contribuable étant présumé être le mieux placé pour fournir des renseignements au sujet de ses propres affaires. À mon avis, l'appelante ne s'est pas acquittée de cette obligation en l'espèce.

[10] Quant à savoir si ses activités visent la promotion de l'éducation, l'appelante n'a pas insisté sur ce point dans sa plaidoirie, celui-ci étant à mon avis sans fondement. Il est admis dans la jurisprudence de la Cour que, pour promouvoir l'éducation, une activité doit être orientée vers la formation classique de l'esprit ou l'amélioration d'une branche utile du savoir humain⁹. L'appelante n'a pas prouvé que ses activités satisfont à l'une ou l'autre de ces exigences. La distribution de brochures et la tenue de conférences ne se font pas d'une façon structurée au point d'équivaloir à une formation classique. De plus, ses brochures semblent avoir de façon prédominante un caractère tendencieux ou polémique que l'on n'associerait pas habituellement à la formation classique de l'esprit. L'appelante n'a pas prouvé non plus comment ses activités équivaldraient à l'amélioration d'une branche utile du savoir humain. Elle n'a pas prouvé qu'il y a eu des recherches importantes ou le développement systématique d'une branche du savoir humain. Les documents donnent l'impression que l'appelante s'intéresse principalement à la diffusion d'un certain nombre d'opinions sur diverses questions sociales, et l'appelante n'a pas prouvé le contraire de façon convaincante.

[11] Quant à la question fondamentale de savoir si les activités de l'appelante servent essentiellement

poses beneficial to the community within the fourth category of charity, again the appellant has failed to demonstrate a significant error on the part of the Minister. I think it is fair to say that the appellant's arguments on this issue are twofold. First it is argued that the Minister applied the wrong legal test as to what is a political activity and, secondly, he erred in fact and law in concluding that the appellant is devoting substantial resources to political activities and not simply engaged incidentally in political activities ancillary to its charitable objects.

[12] With respect to the legal test employed by the Minister, it is stated in his decision which is under attack, as quoted above, that according to the jurisprudence activities designed essentially to sway public opinion on a controversial social issue are not charitable but are political. Counsel for the respondent agreed that there was no jurisprudence precisely saying that but he felt it to be a fair interpolation of the existing jurisprudence. I believe that the jurisprudence generally supports the proposition that activities primarily designed to sway public opinion on social issues are not charitable activities. One need go no farther than the decision of this Court in *Positive Action Against Pornography v. M.N.R.* of 1988.¹⁰ The organization there proposed to carry out activities similar to those of the appellant. It intended to distribute "educational material" including an information kit which this Court subsequently found to contain "a rather strong anti-pornography bias". The Minister refused registration of the organization on the basis that its objects were not charitable. The organization appealed to this Court arguing that its purposes were either educational or otherwise beneficial to the community in a charitable sense. Stone J.A. writing for the Court rejected the argument based on educational purpose for the same reasons as I have given above in respect of the present case. With respect to the claim that these activities were beneficial to the community Stone J.A. instead characterized them as political. It is true that the material proposed for distribution in that case more clearly included the advocacy of new legislation and a new role for the

d'autres fins utiles à la collectivité au sens de la quatrième catégorie d'organismes de bienfaisance, encore une fois, l'appelante n'a pas prouvé que le ministre a commis une erreur importante. Je crois qu'il est juste de dire que les arguments de l'appelante relativement à cette question sont doubles. Premièrement, l'appelante soutient que le ministre a appliqué le mauvais critère juridique en ce qui a trait à ce qu'est une activité politique et, deuxièmement, qu'il a commis une erreur de fait et de droit en concluant qu'elle consacre des ressources considérables à des activités politiques et ne s'adonne pas tout simplement en passant à des activités politiques accessoires à ses objectifs de bienfaisance.

[12] En ce qui concerne le critère juridique utilisé par le ministre, il est mentionné dans sa décision qui est contestée en l'espèce, comme il a déjà été indiqué, que, selon la jurisprudence, les activités destinées essentiellement à influencer l'opinion publique sur une question sociale controversée ne sont pas des activités de bienfaisance mais des activités politiques. L'avocat de l'intimé était d'accord pour dire qu'aucune décision judiciaire n'affirmait cela précisément, mais il estimait qu'il s'agissait d'une interpolation justifiée de la jurisprudence existante. Je crois que la jurisprudence vient étayer en général la proposition selon laquelle les activités destinées principalement à influencer l'opinion publique sur des questions sociales ne sont pas des activités de bienfaisance. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin que la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Positive Action Against Pornography c. M.N.R.* en 1988¹⁰. Cet organisme se proposait d'exercer des activités analogues à celles de l'appelante. Il avait l'intention de distribuer de la «documentation et des objets éducatifs», dont une trousse d'information que la Cour a jugée par la suite témoigner d'«un parti-pris assez fort contre la pornographie». Le ministre a refusé l'enregistrement de l'organisme pour le motif que ses objectifs ne visaient pas la bienfaisance. L'organisme a interjeté appel auprès de la Cour en soutenant qu'il agissait à des fins éducatives ou par ailleurs utiles à la collectivité sur le plan de la bienfaisance. Le juge Stone, J.C.A., a, au nom de la Cour d'appel, rejeté l'argument fondé sur une fin éducative pour les mêmes raisons que j'ai données ci-dessus relativement à la présente affaire. Quant à l'affirma-

state in the control of pornography. For this reason Stone J.A. was able to bring it within the description of political purposes set out by the English Chancery Division in *McGovern v. Attorney-General*¹¹ where it was said that trusts for political purposes:

... include, inter alia, trusts of which a direct and principal purpose is either (i) to further the interests of a particular political party; or (ii) to procure changes in the laws of this country; or (iii) to procure changes in the laws of a foreign country; or (iv) to procure a reversal of government policy or of particular decisions of governmental authorities in this country; or (v) to procure a reversal of government policy or of particular decisions of governmental authorities in a foreign country.

The appellant argues that it does not come within any of the categories described in *McGovern*. However it must be noted that the *McGovern* judgment specifically did not purport to give an exhaustive definition of political purposes saying that they would “include, *inter alia*” the items as set out. While in the *Positive Action Against Pornography* case the appellant argued that, since there was a general consensus against pornography, its efforts to have tighter controls adopted would accord with general support and therefore was in the public interest, Stone J.A. rejected the idea that this could constitute a test applicable by the courts to determine whether an activity is for the general benefit. In doing so he quoted [at page 354] Lord Parker of Waddington in *Bowman v. Secular Society*¹² where he said:

... the Court has no means of judging whether a proposed change in the law will or will not be for the public benefit, and therefore cannot say that a gift to secure the change is a charitable gift.

The same rationale leads me to conclude that this kind of advocacy of opinions on various important social issues can never be determined by a court to be for a

tion selon laquelle ces activités étaient utiles à la collectivité, le juge Stone les a plutôt qualifiées de politiques. Il est vrai que la documentation et les objets que l'organisme se proposait de distribuer dans cette affaire-là préconisaient notamment de façon plus claire une nouvelle loi et un nouveau rôle pour l'État dans la lutte contre la pornographie. Pour cette raison, le juge Stone a pu les faire entrer dans la description des fins politiques énoncées par la Chambre de la chancellerie anglaise dans l'arrêt *McGovern v. Attorney-General*¹¹, où il a été dit que les fiducies ayant des fins politiques:

[TRADUCTION] ... comprennent, notamment, les fiducies dont l'une des fins directes et principales consiste soit à—(i) promouvoir les intérêts d'un certain parti politique; (ii) obtenir la modification des lois de notre pays; (iii) obtenir la modification des lois d'un pays étranger; (iv) obtenir le revirement d'une politique du gouvernement ou le changement de certaines décisions des autorités gouvernementales dans notre pays; ou encore (v) obtenir le revirement d'une politique du gouvernement ou le changement de certaines décisions des autorités gouvernementales dans un pays étranger.

L'appelante soutient qu'elle n'entre dans aucune des catégories décrites dans l'arrêt *McGovern*. Cependant, il faut noter que l'arrêt *McGovern* ne prétendait pas précisément donner une définition exhaustive des fins politiques en disant qu'elles «compre[n]draient, notamment» les éléments énumérés. Alors que, dans l'affaire *Positive Action Against Pornography*, l'appelante alléguait que, puisqu'il existait un consensus général contre la pornographie, ses efforts en vue de faire adopter des mesures de contrôle plus sévères iraient dans le sens de l'appui général et étaient donc dans l'intérêt du public, le juge Stone, J.C.A., a rejeté l'idée que cela pouvait constituer un critère applicable par les tribunaux pour déterminer si une activité est d'utilité générale. Ce faisant, il a cité [à la page 354] lord Parker of Waddington dans l'arrêt *Bowman v. Secular Society*¹², où celui-ci a dit:

[TRADUCTION] ... les tribunaux n'ont aucun moyen de juger si une modification proposée de la loi sera ou non utile au public, et par conséquent ils ne peuvent dire si un don visant à obtenir cette modification est un don charitable ou non.

Le même raisonnement m'amène à conclure que le fait de soutenir ainsi des opinions sur diverses questions sociales importantes ne peut jamais être consi-

purpose beneficial to the community. Courts should not be called upon to make such decisions as it involves granting or denying legitimacy to what are essentially political views: namely what are the proper forms of conduct, though not mandated by present law, to be urged on other members of the community?

[13] It must always be kept in mind that the fourth category of charitable activities, as stated in *Pemsel*,¹³ is those “for other purposes beneficial for the community, not falling under any of the preceding heads” (emphasis added). Thus the mere dissemination of opinions that are not found to be for the advancement of education or religion (the latter was not even invoked in support by the appellant here) must be justified under the fourth category if at all as having some beneficial value that can be ascertained by the Minister and by this Court on appeal. But how can we judge which are the views beneficial to society whose distribution merits the name of charity? I have no doubt that the views espoused by adherents of the appellant are sincerely held and for the most part are regarded by them as matters of faith. It is not in dispute that the majority are Roman Catholics and that they believe they are advancing the principles enunciated by Pope Paul VI in his 1968 encyclical *Humanae Vitae*. Yet the Minister’s audit states, and this has not been disputed, that the positions of the appellant on sex education in Catholic schools is at variance with the program endorsed by Catholic Bishops and that its interpretation of *Humanae Vitae* is not entirely in accord with that of many Bishops.¹⁴ Any determination by this Court as to whether the propagation of such views is beneficial to the community and thus worthy of temporal support through tax exemption would be essentially a political determination and is not appropriate for a court to make.

[14] With respect to the predominantly factual question of whether the appellant is devoting a substantial part of its resources to this kind of political

déré par un tribunal comme étant une fin utile à la collectivité. Il ne faudrait pas demander aux tribunaux de rendre de telles décisions parce que cela les oblige à reconnaître ou à refuser une légitimité à ce qui constitue essentiellement des points de vue politiques: c’est-à-dire quels sont les comportements convenables, bien qu’ils ne soient pas imposés par le droit actuel, à exiger des autres membres de la collectivité?

[13] Il ne faut jamais oublier que la quatrième catégorie d’activités de bienfaisance, comme il est mentionné dans l’arrêt *Pemsel*¹³, est celle [TRADUCTION] «des fins utiles à l’ensemble de la société et ne se situant pas à l’intérieur des catégories susmentionnées» (c’est moi qui souligne). Ainsi, la simple diffusion d’opinions qui ne sont pas considérées comme visant la promotion de l’éducation ou de la religion (cette dernière n’était pas même invoquée à l’appui par l’appelante en l’espèce) doit être justifiée en vertu de la quatrième catégorie comme ayant une valeur utile qui peut être vérifiée par le ministre et par la Cour en appel. Mais comment pouvons-nous juger quelles sont les opinions utiles à la société dont la diffusion mérite le vocable de bienfaisance? Je ne doute pas que les opinions adoptées par les adeptes de l’appelante sont partagées sincèrement et que la plupart sont considérées par eux comme des questions de foi religieuse. On ne conteste pas que la majorité de ces adeptes sont des catholiques romains et qu’ils croient promouvoir les principes énoncés par le pape Paul VI dans son encyclique *Humanae Vitae* de 1968. Toutefois, dans la vérification du ministre, il est indiqué, et cela n’a pas été contesté, que les positions de l’appelante sur l’éducation sexuelle dans les écoles catholiques contredisent le programme adopté par les évêques catholiques et que son interprétation d’*Humanae Vitae* ne concorde pas tout à fait avec celle de plusieurs évêques¹⁴. Toute décision de la Cour quant à savoir si la diffusion de telles opinions est utile à la collectivité et mérite ainsi de faire l’objet d’une exemption fiscale serait essentiellement une décision politique et il ne convient pas qu’un tribunal rende une telle décision.

[14] Quant à la question de fait surtout qui consiste à savoir si l’appelante consacre une partie considérable de ses ressources à ce genre d’activité politique, elle

activity, the appellant has not been able to demonstrate that the Minister's assessment was incorrect. Obviously there is much subjectivity involved in characterizing particular activities as political or non-political and in quantifying the resources devoted to such activities. While counsel for the appellant has shared with us his own disagreements with the conclusions of the Minister's officials, he has not by any equally systematic analysis demonstrated to us that in fact the resources devoted to political activities are insubstantial.

[15] Accordingly as it appears that a substantial part of the activities of the charity are being devoted to political purposes and, subject to limited exceptions, the *Income Tax Act* requires that all resources of a charitable organization be devoted to charitable activities,¹⁵ it is not demonstrated that the Minister erred in concluding that the appellant is not a charitable organization.

[16] On the issue of an unfair exercise of discretion, the unfairness is said to lie in the fact that in 1989 after an audit Revenue Canada raised no problems with the appellant, but after a further audit it concluded in 1993 that the appellant's activities did not comply with the requirements for a charitable organization. As I understand the argument, it is that the mere fact that the Minister took a different position in 1993 from that in 1989, notwithstanding a further audit, is *per se* proof of unfairness and an abuse of discretion. I can find no basis upon which the Minister is precluded from a change of position after a lapse of four years and the conduct of a further audit. There is no principle of *stare decisis* in the exercise of the powers of registration and revocation of registration, any more than there is in the matter of assessment where a Minister may for example accept certain expenses as deductible as business expenses one year and on reflection disallow them in another year. All he is required to do is justify the latter decision if it is appealed.

n'a pas pu prouver que la cotisation du ministre était erronée. Manifestement, il entre beaucoup de subjectivité dans le processus qui vise à caractériser des activités particulières comme étant politiques ou non politiques et dans celui qui vise à quantifier des ressources consacrées à de telles activités. Bien que l'avocat de l'appelante nous ait communiqué son désaccord avec les conclusions des fonctionnaires du ministre, il ne nous a pas prouvé, au moyen d'une analyse tout aussi systématique, que, de fait, les ressources consacrées aux activités politiques ne sont pas considérables.

[15] Par conséquent, comme il appert qu'une partie considérable des activités de l'organisme de bienfaisance est consacrée à des fins politiques et que, sauf exceptions limitées, la *Loi de l'impôt sur le revenu* exige que toutes les ressources d'un organisme de bienfaisance soient consacrées à des activités de bienfaisance¹⁵, il n'est pas prouvé que le ministre a commis une erreur en concluant que l'appelante n'est pas un organisme de bienfaisance.

[16] Quant à la question de l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire, ce caractère abusif découlerait du fait que, en 1989 après vérification, Revenu Canada n'ait soulevé aucun problème relativement à l'appelante, mais que, après une vérification supplémentaire, il ait conclu en 1993 que les activités de l'appelante ne satisfaisaient pas aux exigences concernant un organisme de bienfaisance. Si je comprends bien cet argument, c'est le simple fait que le ministre ait adopté en 1993 une position différente de celle adoptée en 1989, malgré une vérification supplémentaire, qui constitue en soi une preuve du caractère abusif et un abus de pouvoir discrétionnaire. Je ne trouve rien qui vienne étayer que le ministre ne peut pas changer d'opinion après une période de quatre ans et la tenue d'une vérification supplémentaire. Le principe du *stare decisis* ne joue pas dans l'exercice du pouvoir d'enregistrer et de celui de révoquer l'enregistrement, pas plus qu'il ne joue en matière de cotisation lorsqu'un ministre peut, par exemple, accepter que certaines dépenses soient déductibles en tant que dépenses d'entreprise une année et, réflexion faite, le refuser une autre année. Tout ce qu'il est tenu de faire, c'est de justifier cette dernière décision si elle est portée en appel.

[17] Similarly the appellant makes a rather surprising argument based on estoppel. As I understand it, it is the position of the appellant that the Minister by his silence after the 1989 audit, i.e., by not calling upon the appellant to make changes in its activities or risk revocation, represented that what the appellant was doing was within the requirements for a charitable organization. Therefore the appellant was led, to its detriment, to continue doing what it had always been doing and this led, in turn, to the Minister using that continued activity as a basis for revocation of registration. Putting aside any issues as to estoppel of the Crown or as to whether any such "representations" might have been of law and not of fact, it is obvious that the doctrine of estoppel can be of no help to the appellant. A key requirement of estoppel is that a representation by word or conduct must lead the representee to act to his detriment. What detriment did the appellant suffer, assuming that there was a "representation" in 1989 by silence? The appellant was not led to change its conduct but continued to do the very same thing it had always been doing. Before any detriment was visited upon it there was a notice in July 1993 advising it of the concerns of Revenue Canada with the warning that revocation might ensue. The appellant then had some ten months available for communications and discussions with Revenue Canada before the revocation decision was taken. That revocation decision was not retroactive but would take effect from the time of the decision. The appellant therefore did not suffer any detriment with respect to the period up to July 1993 when the "representation" must really be taken to have ended with the letter of concern from Revenue Canada. Indeed it continued to enjoy the benefits of registration even after that warning and even after the termination of the "representation" right up to May 1994.

[18] With respect to the Charter argument based on alleged infringement of freedom of expression, the basic premise of the appellant is untenable. Essentially its argument is that a denial of tax exemption to those

[17] De la même façon, l'appelante présente un argument assez surprenant fondé sur la préclusion. Si je comprends bien, l'appelante soutient que, par son silence après la vérification de 1989, c.-à-d. en ne lui demandant pas d'apporter de changements à ses activités pour écarter le risque d'une révocation, le ministre indiquait que ce que l'appelante faisait satisfaisait aux exigences imposées à un organisme de bienfaisance. Donc, l'appelante a été amenée, à son détriment, à continuer de faire ce qu'elle avait toujours fait et cela a amené, à son tour, le ministre à se fonder sur la poursuite de cette activité pour révoquer l'enregistrement. Mises à part les questions relatives à la préclusion de la Couronne ou celle de savoir si de telles «indications» auraient pu constituer des questions de droit et non de fait, il est évident que la doctrine de la préclusion ne peut être d'aucun secours pour l'appelante. L'une des exigences-clés de la préclusion est que l'indication donnée au moyen de la parole, d'un texte ou d'un comportement doit amener son destinataire à agir à son détriment. Quel préjudice l'appelante a-t-elle subi, à supposer que le silence du ministre en 1989 ait constitué une «indication»? L'appelante n'a pas été amenée à modifier son comportement, mais elle a continué de faire exactement la même chose qu'elle avait toujours faite. Avant que quelque préjudice ne lui soit infligé, elle a reçu un avis en juillet 1993 l'informant que Revenu Canada envisageait la révocation de l'enregistrement. L'appelante a alors disposé d'environ dix mois pour communiquer et discuter avec Revenu Canada avant que la décision de révoquer l'enregistrement ne soit prise. Cette décision n'était pas rétroactive mais devait entrer en vigueur à compter de la date de la décision. L'appelante n'a donc pas subi de préjudice durant la période allant jusqu'en juillet 1993, moment où il faut considérer que l'«indication» a vraiment pris fin par suite de la lettre dans laquelle Revenu Canada faisait part de ses préoccupations. En effet, elle a continué de profiter des avantages de l'enregistrement même après la mise en garde et même après que l'«indication» eut pris fin, soit jusqu'en mai 1994.

[18] En ce qui a trait à l'argument fondé sur la Charte et plus précisément sur la violation alléguée de la liberté d'expression, la prémisse fondamentale de l'appelante ne tient pas. Celle-ci soutient essentielle-

wishing to advocate certain opinions is a denial of freedom of expression on this basis. On this premise it would be equally arguable that anyone who wishes the psychic satisfaction of having his personal views pressed on his fellow citizens is constitutionally entitled to a tax credit for any money he contributes for this purpose. The appellant is in no way restricted by the *Income Tax Act* from disseminating any views or opinions whatever. The guarantee of freedom of expression in paragraph 2(b) of the Charter is not a guarantee of public funding through tax exemptions for the propagation of opinions no matter how good or how sincerely held. It is possible, of course, that if it could be shown that there was discriminatory treatment in the registration and revocation of registration of organizations in a way which would offend section 15 of the Charter there might be some basis for a constitutional attack. But the appellant does not allege and certainly has not demonstrated any such discrimination in this case.

[19] Finally the appellant argued orally (although the matter was not identified in its factum) that the provisions of the Act referring to charitable organizations and to a limitation on political activities are void for vagueness. I would heartily agree that this area of the law requires better definition by Parliament which is the body in the best position to determine what kinds of activity should be encouraged in contemporary Canada as charitable and thus tax exempt. But I am not prepared to say that the vagueness here is of a degree in excess of the constitutionally permissible. Suffice it to say that recent Supreme Court jurisprudence has taken a cautious view of the vagueness doctrine and has warned against its excessive use by the courts.¹⁶ To the extent that the vagueness argument here pertains to the particular danger to freedom of expression which a vague statute might create, for the reasons given above I do not believe that the system of tax exemption for charities is relevant to freedom of expression in the circumstances of this case.

ment que le refus d'accorder une exemption fiscale à ceux qui désirent promouvoir certaines opinions constitue un déni de la liberté d'expression. Selon cette prémisse, on pourrait également soutenir que quiconque recherche la satisfaction psychologique de voir ses vues personnelles transmises à ses concitoyens a droit en vertu de la constitution à un crédit d'impôt pour toute somme d'argent qu'il verse à cette fin. La *Loi de l'impôt sur le revenu* n'empêche nullement l'appelante de diffuser ses opinions, quelles qu'elles soient. En garantissant la liberté d'expression, l'alinéa 2b) de la Charte ne garantit pas aux citoyens qu'ils obtiendront au moyen d'exemptions fiscales le financement public requis pour diffuser leurs opinions peu importe leur degré de justesse ou de sincérité. Naturellement, il se peut que, si l'on prouvait qu'il y a eu discrimination dans l'enregistrement et la révocation de l'enregistrement d'organismes d'une manière qui contrevienne à l'article 15 de la Charte, cela justifie jusqu'à un certain point une contestation fondée sur la constitution. Mais l'appelante n'allègue pas l'existence d'une telle discrimination en l'espèce et n'en a certainement pas apporté la preuve.

[19] En dernier lieu, l'appelante a plaidé oralement (bien que la question n'ait pas été soulevée dans son mémoire) que les dispositions de la Loi se rapportant aux organismes de bienfaisance et à une limitation des activités politiques sont nulles pour imprécision. Je serais on ne peut plus d'accord pour dire que ce domaine du droit devrait être mieux défini par le Parlement, qui est l'organisme le mieux placé pour déterminer quelles sortes d'activités devraient être encouragées dans le Canada d'aujourd'hui en tant qu'activités de bienfaisance et donc exemptes d'impôt. Mais je ne suis pas prêt à affirmer que, en l'espèce, le niveau d'imprécision dépasse ce qui est permis sur le plan constitutionnel. Qu'il suffise de dire que la jurisprudence récente de la Cour suprême a adopté un point de vue prudent au sujet de la doctrine de l'imprécision et a mis en garde contre son recours excessif par les tribunaux¹⁶. Dans la mesure où l'argument fondé en l'espèce sur l'imprécision se rapporte au danger particulier qu'une loi imprécise pourrait créer à l'égard de la liberté d'expression, pour les motifs exposés ci-dessus, je ne crois pas que le système d'exemption fiscale dans le cas des organismes de

Disposition

[20] The appeal should therefore be dismissed. This being a statutory appeal and no special reasons having been demonstrated for awarding costs, there should be no costs.

ISAAC C.J.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

¹ Vol. I, A.B., at p. 76.

² Vol. I, A.B., at pp. 56-62.

³ Vol. I, A.B., at pp. 28-35.

⁴ Vol. I, A.B., at pp. 1-4.

⁵ Vol. I, A.B., at pp. 5-8.

⁶ S. 149.1(6.2) indirectly indicates that political activities are not charitable. However it does not define "political activities".

⁷ [1891] A.C. 531 (H.L.).

⁸ [*Charitable Uses Act 1601*] 43 Eliz. I, c. 4.

⁹ See e.g. *Positive Action Against Pornography v. M.N.R.*, [1988] 2 F.C. 340 (C.A.), at p. 348; *Briarpatch Inc. v. R.*, [1996] 2 C.T.C. 94 (F.C.A.), at p. 97.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ [1982] Ch. 321, at p. 340.

¹² [1917] A.C. 406 (H.L.), at p. 442.

¹³ *Supra*, note 7.

¹⁴ Vol. I, A.B., at p. 91. See also e.g. *ibid.*, at p. 42; Vol. II, A.B., at pp. 240, 279, 283-287, 332-336; Vol. IV, A.B., at p. 788.

¹⁵ S. 149.1(1), definition of "charitable organization".

¹⁶ See e.g. *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 643. See also *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141.

bienfaisance soit pertinent en ce qui a trait à la liberté d'expression dans les circonstances de la présente affaire.

Dispositif

[20] L'appel devrait donc être rejeté. Comme il s'agit d'un appel prévu par la loi et qu'on n'a établi aucun motif particulier d'adjuger les dépens, il n'y aurait pas lieu de les adjuger.

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je souscris aux présents motifs.

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

¹ Dossier d'appel, vol. I, à la p. 76.

² Dossier d'appel, vol. I, aux p. 56 à 62.

³ Dossier d'appel, vol. I, aux p. 28 à 35.

⁴ Dossier d'appel, vol. I, aux p. 1 à 4.

⁵ Dossier d'appel, vol. I, aux p. 5 à 8.

⁶ L'art. 149.1(6.2) indique indirectement que les activités politiques ne sont pas des activités de bienfaisance. Toutefois, il ne définit pas l'expression «activités politiques».

⁷ [1891] A.C. 531 (H.L.).

⁸ [*Charitable Uses Act 1601*] 43 Eliz. I, ch. 4.

⁹ Voir par ex. *Positive Action Against Pornography c. M.R.N.*, [1988] 2 C.F. 340 (C.A.), à la p. 348; *Briarpatch Inc. c. R.*, [1996] 2 C.T.C. 94 (C.A.F.), à la p. 97.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ [1982] Ch. 321, à la p. 340.

¹² [1917] A.C. 406 (H.L.), à la p. 442.

¹³ *Supra*, note 7.

¹⁴ Dossier d'appel, vol. I, à la p. 91. Voir également par ex. *ibid.*, à la p. 42; dossier d'appel, vol. II, aux p. 240, 279, 283 à 287, 332 à 336; dossier d'appel, vol. IV, à la p. 788.

¹⁵ Définition d'«œuvre de bienfaisance» à l'art. 149.1(1).

¹⁶ Voir par ex. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 643. Voir également *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141.

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.

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review against employment insurance scheme as established by Employment Insurance Act—Two motions before Court in relation to application—In first motion, applicant relying on Federal Court Act, s. 18.4(2) to have its application treated and proceeded with as an action—In second motion, respondents seeking dismissal of applicant's application on ground application not relating to particular decision, order or matter—Applicant seeking declaratory judgment against number of general actions of respondents—Those actions, allegedly both illegal and unconstitutional, consist of fact respondents allegedly approved, used and allocated surpluses in employment insurance account for purposes other than paying benefits—For application for judicial review to Federal Court, certain basic requirements must be met which are more than mere questions of procedure—It must first relate to decision or order of federal board, commission or tribunal under Federal Court Act, ss. 18(1) and 18.1(2)—Application not identifying specific provisions of Employment Insurance Act—Appears to identify primary and sole source of its attack as lying directly in those legislative provisions and not in terms of decision of federal board, commission or tribunal—This part of application cannot be seen as resulting from decision of federal board, commission or tribunal—Entire application should be dismissed for that reason alone—Application relating to number of acts by executive without ever really identifying one by its date and details—Application fails to comply with requirements for judicial review application and should be dismissed—Respondent's motion to dismiss allowed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18(1) (am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1(2) (as enacted, *idem*, s. 5), 18.4(2) (as enacted, *idem*)—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23.

CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX V.
CANADA (EMPLOYMENT INSURANCE COMMISSION)
(T-2586-97, Morneau P., order dated 3/2/98, 10 pp.)

BARRISTERS AND SOLICITORS

Application for judicial review of Convention Refugee Determination Division supported by false affidavit—While counsel may not have been aware applicant swore false affidavit at moment of signing, became aware of falsity before appearance in Court—As officer of Court, counsel had obligation to inform Court of facts rather than continue fraud on Court—Filing false affidavits, or abetting such action, constituting contempt of Court—When proceedings instituted and continued on basis of false affidavits, individuals perpetrating such activity should expect to be required to reimburse respondent for its costs, and to pay fine into Court to recompense public purse for cost occasioned by Court proceeding—Application for judicial review dismissed.

MURUGAMOORTHY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1709-97, Reed J., order dated 30/1/98, 7 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Application for judicial review of Minister's danger opinion under Immigration Act, s. 70(5)—Applicant, born in Iran but presently stateless, became permanent resident in Canada in 1988 after deserting Iranian army and being recognized as refugee by UNHCR in 1986—In 1990, convicted in Canada of possession of narcotic for purpose of trafficking and trafficking and sentenced to nine years for each—Determined to constitute danger to public in Canada—Department determined applicant would not be at risk if returned to Iran—Application allowed—Requirements of fairness met in "danger to public" assessment—Risk assessment if returned to Iran based in large part on Joint Embassies Report, concerning conditions in Iran, its treatment of army deserters and of drug offenders—Report not specifically referred to in notification to applicant—While

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

non-disclosure of publicly available documentary evidence has been found not to amount to breach of natural justice, report herein bearing inscription "Restricted" on cover page—Restricted document not publicly or commonly available—Report specifically relied on by reviewing officer and Minister's delegate in forming opinion applicant would not be at risk if returned to Iran—Assessment material to exercise of Minister's discretion—Report should have been disclosed specifically to applicant at time of notification of review—Therefore, Minister's delegate did not give applicant proper opportunity to be heard before exercising Ministerial discretion under Act, s. 70(5)—Applicant entitled to have opportunity to make further representations and to submit further documentary material on issue of risk assessment—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

FARSHID-GHAZI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-377-97, Richard J., order dated 12/2/98, 22 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board Appeal Division (Appeal Division) decision dated February 24, 1997 dismissing applicant's appeal from removal order issued against him in February 1996—Applicant granted landing in 1992 as refugee from Malawi on basis of well-founded fear of persecution—In February 1996, applicant admitted having lied about place of birth and citizenship, said born in Ghana, had dual citizenship (Malawi and Ghana), hence removal order—Before Appeal Division, applicant submitted two passports from Malawi and one from Ghana, testified born in Malawi and had purchased one Ghanaian and one Malawian passport by illegal means—Appeal Division concluded only genuine document Ghanaian passport and made adverse finding on applicant's credibility—Considered humanitarian and compassionate circumstances but concluded deportation order valid—Issues whether Appeal Division erred by misconstruing evidence or making erroneous findings of fact and whether erred by fettering discretion on compassionate and humanitarian considerations issue—Application allowed—On evidence, Appeal Division erred in concluding applicant Ghanaian—Appeal Division also erred in considering, on examining compassionate issue, possibility of Minister's consent to return to Canada—Clearly irrelevant consideration—Therefore, applicant did not receive fair hearing.

SIKILAA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1025-97, Heald D.J., order dated 23/1/98, 6 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Application to quash decision of Senior Immigration Officer (SIO) made under Immigration Act, s. 46.04(8)—

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Applicant Somalian refugee who, without passport, travel document or other evidence of identity, filed with SIO affidavit evidence from wife, sister, grandmother—SIO not satisfied with evidence—Burden imposed on applicant by s. 46.04(8) not met—Errors in decision as alleged not sufficiently material to justify Court's intervention—Identity of many refugee claimants often difficult to establish—Strong, obvious policy reasons why problem should be overcome before permanent landing granted—Situation of many refugees who lack identification precarious, uncertain—Movements geographically restricted, at least for first five years after refugee status conferred—If proper identification must be established, issue should always be open, giving refugee more than one opportunity to establish *bona fides*—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46.04(8) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 1, ss. 143(E), 144(F); c. 49, s. 38.).

OSMAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-329-97, Joyal J., order dated 21/1/98, 4 pp.)

Application to set aside immigration officer's decision denying applicant's application for permanent residence in Canada and *mandamus* compelling visa officer to issue immigrant visas to applicant, wife and two sons—At interview with immigration officer at Canadian embassy in Seoul, South Korea, in August 1995, applicant met selection criteria as entrepreneur and stated had not been convicted or charged with any crime or offence in any country—In December 1995 letter sent to applicant indicating Embassy prepared to issue visa as appeared had complied with all statutory requirements for immigration, but must provide Resident Passport, required to facilitate access to foreign exchange for ultimate settlement in Canada—Embassy learned, in January 1996, applicant had, in fact, been charged and convicted of impaired driving four years before—After second interview in January 1996 to clarify admissibility issue, equivalency examination determined applicant criminally inadmissible—Issues: whether immigration officer *functus*; whether decision incorrect on its face as cites wrong provisions of Immigration Act; whether evidence to support finding of equivalence—Application dismissed—Visa officer fulfilling duty to consider all relevant evidence affecting admissibility at all times prior to landing and, in circumstances, entitled not to deliver immigrant visa to applicant as inadmissible—Applicant's inadmissibility to Canada existed all along—Even if can be said immigration officer reconsidered decision, officer entitled to do so in circumstances—Visa herein had not been physically given to applicant before criminal inadmissibility discovered—Visa officer had jurisdiction to make negative determination—Incorrect references to Act provisions not material to decision as proper sections of Act applied to applicant's case—Evidence before officer applicant driving

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

motor vehicle and stopped by police with .24% blood alcohol level, act which, if committed in Canada, offence punishable under Criminal Code, s. 253—Question certified: *Once decision to issue immigrant visa taken, is visa officer functus officio* or, does visa officer have jurisdiction to reconsider decision on ground of holder's inadmissibility prior to issuance of visa?—Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 253 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32, s. 59).

PARK V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1063-97, Richard J., order dated 4/2/98, 11 pp.)

STATUS IN CANADA

Citizens

Appeal from Citizenship Judge's decision dismissing appellant's application for citizenship on grounds residency requirements of Citizenship Act, s. 5(1)(c) have not been met—Appellant, mother and two sisters born in Palestine, acquiring Lebanese citizenship in 1960s—Appellant then resided with wife in United Arab Emirates (UAE) where set up construction business and where three children born—Appellant and family granted landing in October 1988; established itself in Montréal in 1990—Acquired *dépanneur* in 1993—Renting three apartment units—Still owns house in UAE and uses it when there on business—Children studying in Canadian universities—Since 1990, appellant has spent about two months per year in Canada—In four years prior to application for citizenship, appellant in Canada for 16% of time, well short of required 1095 days—Spent most of time outside of Canada conducting his business in UAE—Case exceptional—No doubt as to establishment of appellant and family in Canada and attachment to Canada within meaning of Act, s. 5(1)(c) and relevant case law—As noted in *Huang (Re)* (1997), 37 Imm. L.R. (2d) 113 (F.C.T.D.): most eloquent indicia of residency establishment of person and his family in country, coupled with manifest intention of making establishment permanent home—Absences explained by necessary commitment to business in UAE—Work sole nexus to any legal status in UAE where will not become citizen—No apparent physical connection to any other country—Appellant, with immediate family and other dependants, has established residence in Canada where he and family have centralized their mode of living—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

HAJJAR (RE) (T-115-96, Lutfy J., judgment dated 5/2/98, 8 pp.)

Appeal from decision of Citizenship Court Judge refusing application for citizenship as residency requirement under

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Citizenship Act, s. 5(1)(c) not met—Applicant born in China—Moved to Hong Kong at age six—From 1979, worked for Associated Merchandise Corporation (AMC)—Assigned by AMC responsibility to open Canadian office—Appellant “not comfortable” with future in Hong Kong—Arrived in Toronto area in November 1991, on work permit, with wife, son—Bought home, obtained social insurance number, medical insurance, driver's licence—Opened bank accounts, filed income tax returns in Canada since arrival—AMC's Canadian office proved not to be viable—Appellant unsuccessfully sought other employment opportunities in Canada—Accepted Singapore position as “temporary”—Left to assume Singapore position on June 30, 1993—Since leaving for Singapore, periods of time spent by appellant in Canada of short duration—Appellant's son has remained in Canada, has continued education, has applied for, obtained Canadian citizenship—Appellant, when employed in Canada for year and half, centralized mode of living in Canada—Made full, complete commitment to Canada—In face of move to Singapore, appellant struggled to maintain centralized mode of living in Canada, demonstrating intent, resolve to maintain connection here—Citizenship law of Canada should not be interpreted so as to foreclose option appellant chose by interpreting choice as demonstrating abandonment of intention to maintain centralized mode of living in Canada—Appellant has in fact maintained centralized mode of living in Canada—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

LEUNG (RE) (T-241-97, Gibson J., judgment dated 22/1/98, 8 pp.)

Convention Refugees

Judicial review of CRDD decision applicants not Convention refugees—Applicants citizens of Iran—Principal applicant claiming well-founded fear of persecution on basis of perceived political opinion—Spouse basing her claim on husband's claim—Primary applicant's father colonel in Iranian army during Shah's reign—Father arrested during revolution, sentenced to 20 years in prison—Father pardoned in 1985—Applicant denied admission to university because of father's involvement in Iranian army—Applicant and friend started business selling, installing satellite dishes—Hardliners in Iranian government considering satellite dishes anti-Islamic—Applicant arrested, beaten daily for one week—Released on payment of US\$2000—For months bribed authorities \$100 every two weeks not to arrest him—Arrested in July 1994, imprisoned for one month for bribing officials, distributing western culture—Released on condition agreed to provide names of suppliers, customers—Resumed activities at store—In October summoned to appear before Komiteh within 30 days, but left Iran prior thereto—Refugee Claims Officer (RCO) not present at

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

hearing, but outlining some issues to be determined in hearing, including whether events outlined amount to prosecution versus persecution—Despite fact RCO not present during hearing, CRDD stating “The claimant added few details while answering questions from the RCO”—CRDD not accepting as credible applicant’s statements will be sentenced to long prison term or be executed—Holding punishment faced by applicant, should he be returned to Iran, amounting to prosecution, not persecution—Application dismissed—(1) While reference to RCO error, applicant not demonstrating error so grave as to constitute clear misunderstanding of principles; or that decision would have been different had error not been committed—(2) Applicants argued CRDD erred by failing to apply proper definition of “political opinion” in determining applicant’s activities not falling under definition of “political opinion”—Relying on *Bhatti v. Canada (Secretary of State)* (1994), 84 F.T.R. 145 (F.C.T.D.) in which held concept of indirect persecution premised on assumption family members likely to suffer great harm when close relatives persecuted—*Bhatti* overruled by *Pour-Shariati v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1997), 215 N.R. 174 (F.C.A.)—Regardless, CRDD specifically referred to indirect persecution alleged by applicant as result of father’s activities when noted able to live normally in Iran until problems arising following commercial venture—(3) Applicants argued CRDD erred in determining case one of prosecution, not persecution—Relying on *Astudillo v. Minister of Employment and Immigration* (1970), 31 N.R. 121 (F.C.A.) affirming that when determining whether activity political in nature, viewpoint should be that of government of country from which claimant alleging persecution—Applicant alleging detention, beatings as result of business activities proof Iranian government perceiving applicant’s actions as political—Applicant not adducing evidence corroborating claim would face long prison term or execution for activities as alleged—Documentary evidence relied upon by CRDD indicating general fine \$1000, maximum fine \$2000—That CRDD not finding applicant’s testimony regarding punishment faces credible should not be overturned unless made without regard to material before CRDD—Applicants not so demonstrating.

MOLAEI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1611-97, Muldoon J., order dated 28/1/98, 13 pp.)

Judicial review of CRDD decision applicants not Convention refugees—Applicants Sikh family from India—Principal applicant farmer—Wealthy by Indian standards—Principal applicant’s wife well-educated, elected member of village council—Convention refugee claim based on religion, membership in particular social group, perceived political opinion—In January 1996 police detaining, beating principal

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

applicant, demanding payment of 500,000 rupees—After making partial payment, again detained, beaten, burned, threatened—Family fleeing to Delhi where stayed with wife’s mother—Police appearing at mother-in-law’s residence demanding to see principal applicant—Family leaving for Canada three months later—CRDD determining principal applicant persecuted, not because Sikh, but because wealthy farmer—CRDD’s decision that where extortion sole basis for persecution, and therefore insufficient link or nexus to definition of Convention refugee, finding precedent in several cases—In *Karpoumin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 92 F.T.R. 219 (F.C.T.D.) where applicant subject to extortion because financially successful businessman, not because of political opinion or membership in political social group, Court holding not qualifying as Convention refugee—In *Balendra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 191 (F.C.T.D.) (QL), Court accepting Refugee Board’s decision problems associated with having to pay bribe neither related to one of grounds of definition of Convention refugee, nor constituting persecution or giving rise to well-founded fear of persecution, but more akin to corruption—In *Soberanis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] F.C.J. No. 1282 (F.C.T.D.) (QL), Tremblay-Lamer J. holding small business proprietors in Guatemala victimized by extortionists acting in concert with police authorities not particular social group recognized under definition of Convention refugee—But in this case, considering extensive evidence of persecution of Sikhs in India, CRDD making erroneous finding of fact in compartmentalizing applicant as Sikh from fact prominent wealthy person—Board should have considered applicant as member of social group “prominent wealthy Sikhs”—That police tracing applicant, family to Delhi proving could not live safely in Delhi—That travelled in car with tinted glass to avoid detection, travelled at night and applicant’s wife’s testimony would not leave residence, proving family in hiding—CRDD decision set aside, matter referred back to differently constituted panel for rehearing on basis principal applicant member of social group “prominent wealthy Sikhs”.

RANDHAWA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2474-97, Campbell J., order dated 2/2/98, 10 pp.)

CIVIL CODE

Issue whether, in garnishment proceedings under R. 2300, judgment creditor can rely on Civil Code of Québec, art. 1452 to avail herself of apparent contract entered into between garnishee Transport H. Cordeau Inc. (Cordeau) and judgment debtor—Cordeau operating general transportation and snow removal business—In 1995, experiencing liquidity problems and in serious financial difficulty—Judgment

CIVIL CODE—Concluded

debtor, Gilbert Gadbois, granting Cordeau advances totalling \$63,000 between February and May 1996—Advances, apparently granted pursuant to open-end oral agreement, proving insufficient—Apparent contract, namely notarial act between Gadbois and Cordeau dated May 10, 1996, executed—Notarial act, in addition to providing for new loan of \$75,000, indicating past advances in amount of \$250,000 rather than \$63,000—Act accordingly bearing total amount of \$325,000—Despite notarial act, Gadbois in reality advancing Cordeau only \$160,300—Contrary to all expectations, Cordeau not going bankrupt and Gadbois eventually receiving \$225,000 in repayment—However, Crown undertaking to attach difference between total amounts of notarial act and oral agreement, or \$100,000, in Cordeau's hands—Crown referring to C.C.Q., art. 1451 to conclude situation one of simulation—According to Crown, oral agreement counter letter expressing true intent of parties and notarial act apparent contract—Notarial act partially concealing oral agreement between parties—Two acts similar in nature—By referring to past advances of \$250,000 in lieu of amounts actually advanced, namely \$63,000, notarial act re-creating and attesting to claim for purposes of Cordeau's anticipated bankruptcy—Purpose not to defraud Crown in short or medium term—Oral agreement should be considered counter letter to apparent act, namely notarial act, within meaning of C.C.Q., art. 1452—Whether Crown third person in good faith within meaning of art. 1452—Third persons in good faith those not knowing about counter letter when entering into contract—Crown not having to deal with Cordeau or Gadbois on basis of apparent contract, or notarial contract—Not relying on apparent contract either to assess Gadbois or to commit self in any other way—Not clearly established Crown knowing about oral agreement when affidavit in support of garnishee order to show cause drafted—Burden on Crown to clearly establish conditions under which art. 1452 applicable—Crown could not in circumstances of case at bar consider self third person in good faith within meaning of C.C.Q., art. 1452—Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1451, 1452—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 2300.

GADBOIS v. TRANSPORT H. CORDEAU INC.
(ITA-1384-97, Morneau P., order dated 19/12/97,
16 pp.)

CROWN

Subrogation—Motion by plaintiff under RR. 401(c), 419(1)(a), 1718(3) seeking to have Crown's counterclaim dismissed—According to plaintiff, Crown should proceed by separate action, given lack of connection between main claim and counterclaim—Plaintiff also contends certain paragraphs of counterclaim (in which Crown claims moral and exemplary damages and expenses incurred for replacing employees for whose temporary departure plaintiff was

CROWN—Concluded

allegedly responsible) do not fall within Court's *rationae materiae* jurisdiction—Plaintiff, inmate in Crown correctional institution, filed action for damages and exemplary damages against the Crown on ground that, from July 1995 to August 1997, employees of institution knowingly violated his constitutional rights by making him endure inhuman conditions of detention—Counterclaim essentially refers to same period of time, but instead submits that plaintiff, by creating climate of terror against employees of correctional institution, directly responsible for fact three employees had to leave their jobs because of either post-traumatic stress or situational anxiety—Those employees have been compensated by Crown under *Government Employees Compensation Act*, under which Crown is statutorily subrogated to rights of those employees—No reason to order counterclaim be tried separately—Examining conduct of parties toward each other during period from July 1995 to August 1997 may be useful in assigning blame—Single common body of evidence may then be introduced at trial—In addition, much of claim already in record when plaintiff previously filed pleadings responding to counterclaim—Therefore now barred from relying on R. 1718(3)—Next, with respect to moral and exemplary damages, Court has jurisdiction in respect thereof since Crown subrogated to rights of action of employees thus compensated as could have claimed them from plaintiff—However Court has no jurisdiction over expenses caused by absence of three employees as this head of claim does not correspond to any right of action government employees might have asserted, and paragraph in question will be struck out—Plaintiff's motion will otherwise be dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 401(c), 419(1)(a), 1718(3)—Government Employees Compensation Act, R.S.C. 1985, c. G-5.

GAUDET v. CANADA (T-1938-97, Morneau P., order dated 6/2/98, 8 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

Maritime law—Application for stay on ground Court without jurisdiction to deal with action involving lease of business premises (fishing tackle shop and charter booking centre) at Granville Island, in False Creek, part of Vancouver Harbour from landlord in turn leasing area from CMHC—Landlord refused to renew sublease—Granville Island part of reclaimed land belonging to Federal Government and administered by CMHC—Plaintiff submitting action governed by Canadian maritime law and falling within Court's jurisdiction by way of Federal Court Act, s. 22(1)—Defendant submitting plaintiff failed to meet three-pronged test for jurisdiction set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 (statutory grant of jurisdiction by federal Parliament; existing body of federal law; case must be based on law of Canada within meaning of Constitution

FEDERAL COURT JURISDICTION—Continued

Act, 1867, s. 101)—In simplest terms, issue whether plaintiff's action should be characterized as breach of marine agreement, governing maritime venture requiring application of Canadian maritime law, or breach of agreement for lease of waterfront property—Application granted—Cause of action herein not falling within any of specific paragraphs of Federal Court Act, s. 22(2)—Examination of McLachlin J.'s (dissenting) comments on "Canadian maritime law" in *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210—Question whether business of plaintiff and transaction between plaintiff and defendant so clearly dominated by marine considerations, or so integrally connected to maritime matters, that must fall to be resolved under Canadian maritime law and thus come within Court's jurisdiction—Court must avoid encroachment on any matter in pith and substance local matter involving property rights or civil rights of exclusively provincial jurisdiction—Lease and cancellation or non-renewal, and any breach thereof in pith and substance matters of property law falling clearly within provincial spheres of property and civil rights in province and matters of merely local or private nature within province, within Constitution Act, 1867, s. 92—Order in Council ostensibly giving CMHC authority as landlord over Granville Island or copy of headlease from CMHC to defendant irrelevant as could not grant jurisdiction to individual subjects to have property dispute between sublandlord and subtenant adjudicated upon by Federal Court—Lease clause requiring tenant to abide by Navigable Waters Protection Act of no assistance to plaintiff as not touching on contractual relations or remedies applicable to sublease of Crown land, or conferring any right of action on plaintiff—No factors importing maritime character so as to make transaction clearly dominated by marine considerations or which integrally connect it to maritime matters so should be resolved under Canadian maritime law—Civil dispute over building—Matter of purely local and provincial concern, matter of property rights as between subject and subject—Clearly provincial matter within ambit of British Columbia courts, at least to extent governed by arbitration provision contained in lease—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 22 (1), (2)—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule the Constitution Act, 1982, Item 1 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 92, 101.

CORCOVADO YACHT CHARTERS LTD. V. FORESHORE PROJECTS LTD. (T-153-98, Hargrave P., order dated 9/2/98, 12 pp.)

TRIAL DIVISION

Motion for order striking out originating notice of motion and dismissing proceeding for want of jurisdiction, lack of standing, prematurity and abuse of process—Rothmans,

FEDERAL COURT JURISDICTION—Concluded

Benson & Hedges Inc. originally seeking order quashing MNR's decision certain tobacco products meeting definition of "tobacco stick" in Excise Act—Applicant submitted four product samples for advance ruling as to whether products would be considered "cigarettes" or "tobacco sticks" in Excise Act—One product, product "A", for all intents and purposes, identical to new product kit applicant believed about to be introduced by competitor, Imperial Tobacco Ltd.—Applicant made representations as to why product should be considered "cigarette" rather than "tobacco stick" (excise duty and excise tax for tobacco sticks approximately one-third lower than for cigarettes)—Advance ruling two of four samples, including product "A", tobacco sticks—Senior management confirmed advance ruling—Motion granted—Advance ruling not decision within meaning of Federal Court Act, s. 18.1—Fact Assistant Deputy Minister used word "decision" in correspondence not transforming action taken by Revenue Canada into decision within meaning of Act, s. 18.1—In same letter, ADM warned ruling may be reversed—Department's advance rulings and technical interpretations have no binding legal effect, and Department would not be estopped by its ruling—Advance ruling does not grant right, nor does it have legal consequences—At most, non-binding opinion—Since jurisdiction of Court *rationae materiae* depending on presence of "decision" within meaning of Act, s. 18.1, motion to strike granted—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Excise Act, R.S.C., c. E-14, s. 6 "cigarette" (as am. by S.C. 1991, c. 42, s. 6), "tobacco stick" (as am. *idem*).

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. V. M.N.R. (T-2393-97, Richard J., order dated 23/1/98, 10 pp.)

HUMAN RIGHTS

Appeal from Trial Division decision ([1996] 2 F.C. D-54) allowing respondent's application for judicial review, finding appellant had no jurisdiction with respect to six complaints directed against Department of Transport—Complainants had been refused employment as brakemen/yardmen or trainmen by CNR or CP by reason of inability to meet visual acuity standards established by Railway Vision and Hearing Examination Regulations—Complaints based on CHR Act, ss. 7, 10—Appeal basically founded on contention Motions Judge wrong in interpreting Act, ss. 7 and 10 as limited to relations between actual and possible employer and actual or possible employee, thereby giving full effect to fact Department obviously not employer or possible employer of complainants—Appellant arguing Act, s. 7 speaks not only of direct but of indirect action—Appellant further contending notion should be further extended, based on: (a) role of Department in adoption and implementation of Regulations, source of discrimination; (b) quasi-constitutional status accorded to human rights legislation requiring

HUMAN RIGHTS—Continued

its provision be interpreted purposively; (c) frequency today of situations where contracts of employment do not involve strictly employers and employees; (d) importance of assuring remedy will go to root of discrimination and eradicate it—However compelling these considerations may appear, not open to Commission or courts to redraft CHR Act—Neither Act, s. 7 or 10 could withstand interpretation that would stretch their meaning to encompass Department not ultimately responsible for existence of Regulations—Government department cannot be held accountable to Commission for questionable provision of Regulation simply because given responsibility of administering Act on authority of which Regulation was validly enacted by Governor in Council—Might be quite proper to question validity of Regulations on basis of human rights principles and ideals, but apart from means of direct influence suggesting amendments under Act, s. 27(1)(g), only court of law could be asked to declare them unconstitutional—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10, 27(1)(g)—Railway Vision and Hearing Examination Regulations, C.R.C., c. 1173.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BOUVIER (A-461-96, Marceau J.A., judgment dated 10/2/98, 5 pp.)

Appeal from Trial Division decision allowing judicial review application against CHRC dismissing complaint against RCMP—Appeal dismissed (Isaac C.J. dissenting)—*Per* Linden J.A.: Trial Division disposition agreed with, Commission's reasons disagreed with—Counsel agreed no duty on Commission to inform complainant it had legal authority to dismiss complaint pursuant to Act, s. 44(3)(b)(i)—No disagreement with principle no obligation on Commission to follow investigator's recommendation to appoint conciliator pursuant to Act, s. 47(1)—Main issue whether, on particular facts of case, denial of procedural fairness by Commission—Complainant, who wore pacemaker, denied opportunity to apply for RCMP on basis of its outdated view of existing medical knowledge—After complaint to CHRC, RCMP eventually (5 years later) acknowledged error and offered settlement: complainant allowed to apply for membership and offered \$2000 in damages—Complainant, who had by then entered new career, felt amount offered insufficient and asked to appear before Commission personally (at no time during proceedings before Commission was complainant represented by counsel)—After investigator submitted report recommending appointment of conciliator, Commission decided no further proceedings warranted—In specific circumstances of complex and confusing case, fairness demanded that true situation be explained to complainant and opportunity to make representations be provided to him following that explanation—Standard of fairness not complied with—Reasons herein not meant to affect at all decision of Trial Division in *Fortin v. Canadian Pacific Ltd.* (1996),

HUMAN RIGHTS—Concluded

116 F.T.R. 225, facts of which differ considerably from present case, and under appeal to F.C.A.—Commission, even though procedure wanting, acted in good faith throughout—Parties urged to reach agreement; if cannot, Commission will undoubtedly, upon reconsideration in light of present reasons, accept recommendation contained in Report and appoint conciliator—*Per* Isaac C.J. (dissenting): appeal should be allowed—Why should Commission appoint conciliator pursuant to Act, s. 47(1) for purpose of attempting to bring about settlement when cause of complaint had been removed and only monetary compensation remained to be resolved—Furthermore, obvious that neither party prepared to yield on issue of compensation—Commission's decision only rational one open to it in circumstances, since RCMP had removed cause of respondent's initial complaint and since possibility of monetary settlement satisfactory to respondent seemed unlikely at best—Commission's decision neither unreasonable nor unfair either procedurally or in substance—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 44(3)(b)(i) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 31, s. 64), 47(1).

HERBERT V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (A-712-96, Linden J.A., Isaac C.J. (dissenting), judgment dated 20/1/98, 14 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION**

Appeal from Trial Division decision ((1995), 100 F.T.R. 73) upholding respondent's action against income tax assessment made by Minister of National Revenue for 1986 taxation year—Issue whether respondent should have included, in computing its income for 1986 taxation year, unreceived portion of annual premiums for insurance policies taken out payable by salary deduction and, in part, covering subsequent fiscal year—Respondent specializing in general insurance—Its policies issued on annual basis to its government employee clients, *inter alia*, by deductions from salary—Under Income Tax Act, s. 20(7)(c), respondent could claim reserve of up to 82% of unearned premiums at December 31, 1986—Respondent did not include in its income, and in reserve it claimed, unreceived portion of annual premiums for policies taken out where payment method was deduction from earnings—Appeal allowed—Létourneau J.A.: taxpayer's business income for taxation year defined in Act, s. 9(1) as its profit therefrom for the year and including both receipts and receivables—Act, s. 12 confirming obligation to include receivables—From case law, appears that amount due must be determined—Respondent had certain and unconditional right, in respect of policies taken out but for which payment of premium made by salary deduction, to premium in amount that has been predetermined and agreed by parties—Civil Code of Lower

INCOME TAX—Continued

Canada, arts. 2570 and 2571 set out unequivocally insurer entitled to premium when risk begins, and can then sue for payment of premium—Billing itself not generating debt, and contrary to respondent's argument, billing not determining factor in definition of receivable under Act, s. 9(1)—Respondent's argument amount owing cannot be receivable for taxation year unless services rendered in that taxation year should be rejected—Purpose of inclusion of receivables in taxpayer's business income in Act, s. 12(1) to expand and not to limit scope of inclusion set out in s. 9(1) of Act so that what is included under s. 9 cannot then be excluded—In fiscal law no distinction should be made between premiums received in year in respect of an insurance contract continuing in following year and premiums receivable in respect of contract continuing in following year—Fact contract for non-maritime insurance may be described as contract of successive performance in no way affects definition of business income set out in Act, s. 9—Insurance contracts in question not for services rendered within meaning of Income Tax Act, s. 12(1)(b), but rather for property sold—Insurance contract not, in Quebec civil law, contract for rental of property or services—Contract of sale *sui generis* pursuant to which insured purchases indemnity payable if event object of risk covered by damage insurance in issue occurs—Right to indemnity sold by respondent in 1986 property within the meaning of Income Tax Act—Combined effect of Act, s. 20(7)(c) and Regulations, ss. 1400 and 1404, to allow respondent, in determining its net profit for both tax and accounting purposes, to deduct from net premiums for policies taken out in 1986 provision for premiums in fact not earned as at December 31 of that year—These provisions confirm respondent must include in its 1986 income total amount of premiums paid in that year, even if risk coverage extends into subsequent year—Total amount of premium due upon signing of contract, and accordingly part of respondent's income—Denault J.A. (*ex officio*): Trial Judge erred in law in concluding amounts from deductions from earnings made in 1987, where they related to insurance protection conferred "outside the taxation year in question", could not amount to profit to insurance company, within meaning of Act, s. 9(1) for its 1986 taxation year—Manner in which Trial Judge interpreted Act, ss. 9 and 12(1)(b) not consistent with letter and spirit of Act or with way it has been interpreted by Court—Limiting application of s. 12(1)(b) and accordingly taxpayer's profit from its business, within meaning of Act, s. 9, error—Wording and structure of these statutory provisions did not justify excluding amounts received in 1987 for policy taken out in 1986—Desjardins J.A.: Civil Code of Lower Canada, arts. 2570 and 2571 make premium "amount receivable" or "receivable" within legal meaning of expression, from time policy put in place—Amount said to be "receivable" in tax law when it is amount to which someone "has a clear legal right", of which person may demand payment, and amount of which determined—In fiscal accounting method, total amount of annual premium for

INCOME TAX—Continued

contract that took effect in 1986 must be included in respondent's income during its 1986 fiscal year, under Income Tax Act, s. 9, whether or not payment of total amount demanded during that period—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 12(1)(b) (am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4), 20(7)(c) (am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 14(3))—Civil Code of Lower Canada, arts. 2570, 2571—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, ss. 1400, 1404.

LA CAPITALE, COMPAGNIE D'ASSURANCE GÉNÉRALE V. CANADA (A-612-95, Denault (*ex officio*), Desjardins and Létourneau J.J.A., judgment dated 6/2/98, 30 pp.)

Judicial review of Tax Court decision denying applicant disability tax credit found in Income Tax Act, ss. 118.3(1)(a.1), 118.4(1)(c)—Under s. 118.3(1)(a.1) taxpayer entitled to credit for mental or physical impairment where effects of impairment such that individual's ability to perform basic activity of daily living markedly restricted—S. 118.4 defining nature of impairment as ability to perform basic activity of daily living markedly restricted—Issue whether, through severe, prolonged physical impairment, applicant's ability to walk, feed, dress himself so markedly restricted as to require from him inordinate amount of time, to perform basic activity of daily living—Applicant born with spinal epiphyseal dysplasia, resulting in joints in various parts of body failing to form normally—Has had number of serious medical problems directly or indirectly linked to condition—Has had both hips replaced, cartilage removed from left knee, left knee broken, re-set—Equipped himself, house with aids, devices to assist him in performance of basic activities of daily living—Tax Court Judge concluding although disability prolonged, severe, ability to walk, feed and dress himself, not in 1992 and 1993 markedly restricted within s. 118.4(1)(b) and therefore applicant not entitled to disability credit for these years—Purpose of ss. 118.3, 118.4 not to indemnify person who suffers from severe, prolonged mental, physical impairment, but to financially assist him or her in bearing additional costs of living, working generated by impairment—"Markedly restricted" defined to refer to individual's inability at all or substantially all of time, even with therapy and use of appropriate device and medication to perform basic activity of daily living—Individual's ability also deemed to be markedly restricted if requiring inordinate amount of time to perform such activity—Inordinate amount of time referring to excessive amount of time i.e. much longer than what is usually required by normal people—S. 118.4 clearly stating no other activity, including working, housekeeping, or social or recreational activity considered basic activity of daily living—While claimant not entitled to tax credit if impairment preventing him from having social life or enjoying recreational activities, cannot be penalized and disallowed credit if also able to organize for himself social life or recreational activities—Social or recreational activities may be of such nature as to evidence ability to walk, dress or

INCOME TAX—Continued

feed which is not markedly restricted—Not lifestyle *per se* which is relevant to determination of inability, but nature, length, frequency of any other activity performs since performance of such other activity may contribute to establish that performance of basic activities of daily living not markedly restricted—Proper for Tax Court Judge to take into account applicant's other activities such as driving, visits to play bridge, attend therapy, but erred in concluding applicant not, on issue of walking, entitled to disability credit because did considerable amount of walking, disability not affecting him all or substantially all of time—Evidence establishing applicant having great difficulties walking, needs one or two canes or rails to cover short distances, uses wheelchair for longer distances, limits walking to essential, and bare minimum, on best days walks 50 feet, does not get out of bed on worst days—Evidence revealing applicant's ability to walk markedly restricted because of inordinate amount of time takes to walk anywhere—Tax Court taking much too limited view of "feeding", "dressing"—Notion of "feeding" including preparation of meal conforming to medically prescribed diet and medication which maintains one's state of health or prevents deterioration—Applicant unable to prepare food generally, let alone food medically required by state of health and medication—Requiring daily assistance with meals—10 to 12 days per month cannot even get out of bed—Applicant cannot feed himself within meaning of Act—Notion of dressing not limited to simple act of putting on, taking off clothes, but not extended to laundering, drying of clothes—Includes ability to perform basic, elementary personal hygiene associated with dressing, such as shaving, bathing—Evidence compelling applicant taking inordinate amount of time (two to two and one half hours) to dress self in morning to be ready for day—Time spent to overcome effects of disability (i.e. exercising) so as to acquire ability to perform such basic activity of daily living part of inordinate amount of time required by applicant to dress self—Marceau J.A. disagreeing with Létourneau J.A.'s interpretation of feeding, clothing oneself, but agreeing with analysis of marked restriction upon applicant's ability to walk—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 118.3(1)(a.1) (as enacted by S.C. 1988, c. 55, s. 92; 1991, c. 49, s. 90), 118.4 (as enacted by S.C. 1988, c. 55, s. 92; 1991, c. 49, s. 91).

JOHNSTON v. CANADA (A-347-97, A-348-97, Létourneau and Marceau JJ.A., judgment dated 6/2/98, 19 pp.)

Deductions

Appeal from Tax Court of Canada decision allowing in part defendant's appeal for 1987 taxation year, by allowing deduction of interest paid on part of loan he took out on March 24, 1986—On July 5, 1985, defendant obtained loan of \$65,625 from National Bank of Canada, secured by

INCOME TAX—Continued

hypothec on his principal residence in Rosemère, Quebec—Advanced \$65,625 to Argus Mazda as director's advance—On March 24, 1986, defendant had obtained loan from Royal Bank of Canada for \$151,700 to purchase property in Gatineau, Quebec—For his 1987 taxation year, defendant claimed deduction for \$15,360.32 paid to Royal Bank as interest on loan taken out on March 24, 1986—T.C.C. allowed deduction of interest paid on \$65,625, part of that loan—Issue whether interest paid by defendant on \$65,625, comprising part of \$151,700 he borrowed on March 24, 1986, may be deducted from his taxable income—In *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, Supreme Court of Canada pointed out fundamental statutory requirement that "for interest payments to be deductible, borrowed money must be used for circumscribed income-earning purposes"—Current use, not original use, of borrowed money determines eligibility for deduction—Reasoning of Supreme Court in *Bronfman Trust* supports taxpayer's position—Hypothecary loan of \$65,625 on defendant's principal residence enabled him to use that money to earn income from his new business in Hull—There are exceptional circumstances in which, on a real appreciation of taxpayer's transactions, appropriate, because of indirect effect on his capacity to earn income from his business in Hull, to allow him to deduct interest on funds borrowed for ineligible purpose, purchase of his new residence in Gatineau—Defendant's real purpose in using funds in question: to earn income—Appeal dismissed.

CANADA v. GRENIER (T-1193-92, Pinard J., judgment dated 3/2/98, 11 pp.)

Appeal from judgment of Tax Court of Canada as to correct amount of inventory allowance appellant entitled to claim under Income Tax Act, s. 20(1)(gg) for 1980, 1981 taxation years—Appellant conducting grain business at numerous elevator locations in western Canada, as grain dealer, elevator operator—Co-mingling purchased, storage grain for sale as soon as it is received from producer at individual elevator—Tax Court concluded from examination of Canada Grain Act producers, not appellant, owned storage grain—Also concluded appellant did not have property interest in storage grain sold by it in 1980, 1981—Whether Tax Court Judge erred in construing applicable provisions of Act, s. 20(1)(gg)—Ownership of grain important issue herein—Appellant's practice to sell storage grain even though it had no property interest in goods—Despite co-mingling of storage grain, purchased grain from time of delivery, storage grain held primarily for storage, owned by producers—Storage grain not inventory "held for sale" by appellant within meaning of s. 20(1)(gg)—Although appellant's method of accounting for inventory assumed storage grain was "sold", appellant never in position under Canada Grain Act to do so—Appellant could only lawfully sell purchased grain it owned—Only grain "held for sale" by appellant purchased grain—By failing to offset negative

INCOME TAX—Concluded

inventories against positive inventories of purchased grain in other elevators in system, appellant misstated true inventory position with respect to purchased grain for purpose of s. 20(1)(gg) calculation—Appeal dismissed—Canada Grain Act, R.S.C., 1985, c. G-10—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 20(1)(gg) (as am. by S.C. 1986, c. 55, s. 5).

CARGILL LTD. V. CANADA (A-140-96, Stone J.A., judgment dated 28/1/98, 17 pp.)

MARITIME LAW**LIENS, MORTGAGES**

Plaintiff, mortgagee, seeking recovery out of sale proceeds of bulk and container carrier *Nel* sum in excess of amount required to satisfy lien claimants, including interest for two years at 7 1/2%—Practice in court to pay out from sale proceeds, funds clearly in excess of amount needed to secure those with claims of lien—Procedure bound by strict guidelines: applicant for early payment must make full disclosure of other claimants; proceeds from sale ought not normally be distributed until all claims before Court—All claimants now before Court—Appropriate advertising for lien claimants herein—Time within which claims must be filed with Court has run—Federal Court Rules, R. 1008(2) completely barring out-of-time claim—*Vrac Mar Inc. v. Demetrios Karamanlis*, [1972] F.C. 430 (T.D.) wherein held priorities, amounts should be resolved at same time, distinguished—More than enough money in trust to satisfy all of lien claimants—Payment out to plaintiff, having taken initiative in making proceeds of *Nel* available to creditors, reasonable approach in all circumstances—Not establishing precedent—While allowing payment out merely on basis of default judgment, without testing affidavit evidence of judgment creditor could lead to abuse in certain circumstances, here owner of *Nel* completely abandoning vessel, taking no part in proceedings—Amount of security determined by assuming each lien claimant will be successful—Past rule of thumb that security for claim, interests, costs should be one and one half times amount of claim rejected—While that figure might, by chance be appropriate at any given time, amount of security should be determined by times, circumstances of each case—12% allowed for interest—As to reserve for costs, changes to Court's Tariff of Taxable Costs moving recoverable costs closer to actual litigation costs—As serious, complex issues as to entitlement, quantum, priority raised, \$100,000 set aside for costs—Plaintiff to file undertaking to repay any portion of advance if necessary to meet entitlements, priorities determined in due course by Court—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1008(2).

GOVERNOR AND CO. OF THE BANK OF SCOTLAND V. NEL (THE) (T-2416-97, Hargrave P., order dated 5/2/98, 11 pp.)

MARITIME LAW—Concluded**PRACTICE**

Plaintiffs, owners of shipment of heat shrunk tubing, seek summary judgment against Leman USA Inc. and Leman Limited, as freight forwarders of those goods, for damage by wetting while carried in ocean container from Bradford, England to Chicago, Illinois, with discharge in Montréal, Canada—Shipment of cargo arranged under clean Canada maritime bill of lading—Under Clause 2.1 of bill of lading, freight forwarder assumes liability as set out in conditions—Clause 6(A)(1) providing freight forwarder liable for loss of, damage to goods occurring between time when he takes goods in charge and time of delivery—Plaintiffs submitting Leman's defence does not present genuine issue for trial other than amount to which plaintiffs entitled—General principles pertaining to summary judgment summarized in *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853 (T.D.)—Counsel for Leman relying on one of principles to invite Court to decline summary judgment as necessary facts cannot be found and it would be unjust to do so—Facts already admitted by Leman in defence coupled with bill of lading sufficient to grant summary judgment against freight forwarders—Loss, damage can be established in absence of plaintiffs—Summary judgment awarded in favour of owners as against freight forwarders as no genuine issue to be tried between them.

CANUSA SYSTEMS LTD. V. CANMAR AMBASSADOR (THE) (T-459-95, Dubé J., judgment dated 16/2/98, 8 pp.)

Appeal and cross-appeal from Motions Judge's decision ((1997), 130 F.T.R. 284) granting in part motion for summary judgment seeking dismissal of claim for specific performance of agreement of purchase and sale of ship—Motions Judge correctly found appellant had not demonstrated specific performance appropriate remedy—Unavailable as remedy because title had passed to intervenor as *bona fide* purchaser for value without notice—Intervenor's motion allowed as Motion Judge's finding intervenor *bona fide* purchaser for value without notice should have led him to conclude arrest no longer necessary as ship could not be used to satisfy potential award of damages against respondent Baker—Appeal dismissed, cross-appeal allowed.

GLEASON V. DAWN LIGHT (THE) (A-438-97, McDonald J.A., judgment dated 23/1/98, 3 pp.)

PATENTS

Application by defendant for order to vary or stay operation of permanent injunction rendered in December 1994 as part of judgment following trial of action where Merck's patent 1,275,349 ('349) for Apo-enalapril found infringed ((1994), 88 F.T.R. 260 (F.C.T.D.), var. by [1995] 2 F.C. 723

PATENTS—Continued

(C.A.)—If motion allowed, Apotex would contest validity of patent claims and would use compounds, other than enalapril maleate, believed to be included in claim 1, without violating terms of injunction—Apotex arguing validity of claim 1 not determined after argument by Court in action leading to judgment—In action leading to judgment, Merck did not seek declaration of validity of patent or claims contained in it, but sought declaration of infringement, in regard to claims of '349 patent—Judgment made finding of infringement and granted injunction—Appeal decision reversed judgment in part, but maintained finding of infringement and relief awarded in relation to Apotex's use of enalapril maleate from sources identified at trial which were not protected by Act, s. 56 or by licence—Since then, Apotex has become aware of availability for purchase of compounds other than enalapril or enalapril maleate which fall within scope of claim 1 of '349 patent, hence present proceeding—Application requiring review of issues tried in action, consideration of Court's jurisdiction to grant relief sought and recognition doctrine of *res judicata* not applicable in circumstances of case—Application dismissed—By its terms, Merck's statement of claim sought relief broader in its application than concern exclusively with Apotex's enalapril maleate tablets; it sought protection of full scope of patent, as defined by claims specified in statement—No evidence of any agreement or understanding between parties validity of claim 1 or other claims not questioned at trial reserved, or even that it was believed then by Apotex to be reserved, for consideration at later time—Decision not to question validity of claim 1 or other compound claims at trial decision by Apotex—By express terms of amended defence, Apotex conceded, "for purpose of within action", claim 1 valid—Apotex has thus excluded possibility of this action of contesting validity of claim 1—Court cannot reopen trial of issues disposed of expressly or implicitly in reaching judgment now sought to be varied—There would be no end of litigation if party were free to reopen trial of issues once disposed of because circumstance not contemplated at time of trial has now come to its attention—General law precluding Court from varying terms of judgment except within particular exceptions—New circumstance simply new reason for raising defence that might have been, but was not, raised at trial, in relation to claim 1—Neither exceptional circumstance within meaning of R. 1733, nor new development beyond being advanced at trial on same basis here sought to be established by expert affidavits containing theoretical analysis concerning scope of claim 1—Neither exceptional circumstance that would warrant amendment of injunction, assuming Court may vary permanent injunction apart from R. 1733—Relief sought by Apotex may be within Court's jurisdiction pursuant to R. 1733, but Apotex did not rely thereon and has not established exceptional circumstances that would warrant variation of Court's order under that Rule—Irreparable harm not established—*Res judicata* not applicable herein—In sum, Court *functus officio* in relation to

PATENTS—Continued

those matters within issues raised by pleadings of both parties—No basis to award costs against Apotex on solicitor-and-client basis—Fact application unsuccessful does not mean it is frivolous or vexatious—However, since Apotex has presented less than full view of history of dealings between parties, costs awarded on party-and-party basis, including provision for senior and junior counsel for Merck under R. 344(4.1)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344(4.1) (as enacted by SOR/95-282, s. 1), 1733—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 56 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 194).

MERCK & CO., INC. v. APOTEX INC. (T-2408-91, MacKay J., order dated 23/1/98, 29 pp.)

INFRINGEMENT

Application for order pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations prohibiting Minister from issuing notice of compliance (NOC) to Novopharm in respect of beclomethasone dipropionate inhaler until after expiration of patents—Patents disclosing claims for mechanical devices known as "inhalers", used for administering medicaments to patients suffering from bronchial conditions—Respondent alleging infringement impossible since patents not containing any claims for medicine itself, but solely describe devices for administering medicament—Regulations, s. 2 defining "medicine" as substance capable of being used for diagnosis, treatment, mitigation or prevention of disease, disorder or abnormal physical state—In *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (F.C.T.D.); affd (1996), 67 C.P.R. (3d) 25 (F.C.A.), Court holding nasal spray composed of active ingredient mixed with inactive ingredients (solvents, gases, other spray components) needed for ideal delivery of active ingredient to affected area, "medicine" because having therapeutic effect; "medicine" not restricted to one substance but would encompass many substances; Regulations neither restricting these substances to active ingredients nor excluding claim for composition or formulation including active ingredient—Presence of inactive ingredients forming integral part of formulation, assisting in delivery of active ingredients to body not removing composition from definition of "medicine"—(1) Whether definition of "medicine" encompassing devices used to administer active substances to patients, but which are not ingested into body—*Hoffmann-La Roche* specifically dealing with compositions of active, inactive ingredients (such as coatings, inert carriers) physically mixed together, ingested into body as single composition—Not intended to include mechanical device as inactive ingredient—Regulations not extending meaning of "substance" to include mechanical devices made of metal, plastic which cannot be ingested into body—(2) Meaning of "finally dismissed" in Regulations, s. 7(4)—By virtue of s. 7(1), when application

PATENTS—Concluded

under s. 6(1) commenced, Minister automatically prohibited from issuing NOC to generic drug company until “latest of” various listed events, time periods, one of which period of 30 months after application commenced—Under s. 7(4), 30-month period lifted when application withdrawn or “finally dismissed”—Application “finally dismissed” when all appellate procedures completed or when time to appeal expired without any appeal having been launched; otherwise “finally” having no meaning: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (interpreting “if finally acquitted” and “if finally found guilty”)—Motion for order of prohibition dismissed—30-month period prescribed in s. 7(1)(e) continuing to apply until all appeals exhausted or all appeal periods expired—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 2 “medicine”, 7.

GLAXO GROUP LTD. v. NOVOPHARM LTD. (T-2673-96, Tremblay-Lamer J., order dated 9/2/98, 12 pp.)

PENSIONS

Application for judicial review of decision of Veterans Review and Appeal Board—Applicant 72-year old veteran of Canadian Navy in which he served during Second World War—While near Naples, Italy between July and August 1944, number of ship *Prince Henry*’s crew, including applicant contracting dysentery—Considered fit in 1946 medical discharge certificate—Treated by doctor in Dauphin, Manitoba for attacks in 1952, 1954—Diagnosed with ulcerative colitis—On June 6, 1959, applicant applied for pension under Pension Act—Canadian Pension Commission ruled condition post-discharge from navy, not attributable to applicant’s military service—Pension Commission’s decision appealed to, upheld by, Entitlement Board—Board concluding no medical evidence connecting intestinal difficulties of 1944 with condition applicant began suffering from in 1952—In April 1996, Veterans Review and Appeal Board decided again applicant’s ailment post-discharge in origin, not related to applicant’s active service—Board acting as sole review and appeal authority for war veterans’ pensions—Veterans Review and Appeal Board Act, ss. 3, 39 create liberal, purposive guidelines for claims for veterans’ pensions in light of nation’s great moral debt to those who have served country—Board empowered under s. 38 to seek independent medical opinions regarding any matter before it—May reject medical evidence when has before it contradictory medical evidence—Must draw every reasonable inference in favour of applicant—Evidence on record suggesting stomach ailment in 1944 first manifestation of applicant’s disease—Attributing evidence to recollections not enough to render evidence not credible, unreasonable without providing reasons for such finding—There must be finding evidence from recollections not credible—Facts on record regarding commencement of ailment, periodic manifestation, particularly since 1952, from sources other

PENSIONS—Concluded

than applicant’s own recollections—Evidence before Board attributing applicant’s ailment to wartime service—No medical evidence before Board contradicting applicant’s theory for possible commencement of ailment in Italy in 1944—Board obliged to make explicit finding medical evidence in support of applicant’s claim not credible, to solicit own medical evidence dealing with issue of stress etiology, to accept applicant’s uncontradicted evidence in rendering decision bearing in mind Act, ss. 3, 39—Board erred by failing to deal directly with evidence on merits—On judicial review, Court can consider only evidence before administrative decision-maker whose decision being reviewed, not new evidence—Proceeding not trial *de novo*—Task of Court on judicial review not to determine merits of whether applicant entitled to pension, but to assess whether any of grounds in Federal Court Act, s. 18.1 established—Application allowed in part—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, ss. 3, 38, 39.

BRYCHKA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-1695-96, MacKay J., order dated 2/2/98, 18 pp.)

PRACTICE**AFFIDAVITS**

Immigration—Motion to strike affidavit filed in support of applicant’s application for judicial review and, concomitantly, to strike originating notice of motion which initiated application—Applicant in Canada on visitor’s visa—Applied for permanent residence through Canadian Consulate General in Buffalo—Travelled from Russia to Buffalo on three occasions at his own expense for interviews with immigration officer—Application refused in October 1997—Whereas needed 70 points, applicant awarded 67 (0 out of 10 for knowledge of English and 2 out of 10 for personal suitability)—Applicant challenging those assessments—Affidavit filed by applicant’s solicitor—Motion dismissed—(1) Only minor and inconsequential aspects of affidavit based on hearsay; (2) Arguable that content of affidavit filed with respect to reviews of visa officer decisions not governed by Federal Court Rules, R. 332(1), but by R. 1603, and latter less restrictive than former; (3) No jurisdiction to strike out affidavits or originating notices of motion in judicial review proceeding; (4) Appropriate procedure, in general, to leave particular affidavit for evaluation by judge hearing application on merits—Although jurisdiction to dismiss originating notice of motion, in summary manner, where notice of motion so clearly improper as to be bereft of any possibility of success, not such case—Costs awarded on solicitor-client basis: so little of impugned affidavit of type that, in any event, could be

PRACTICE—Continued

classified as inadmissible hearsay, that motion must be characterized as frivolous—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 332(1), 1603 (as enacted by SOR/92-43, s. 19; 94-41, s. 15).

LOMINADZE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4616-97, Reed J., order dated 28/1/98, 10 pp.)

CONTEMPT OF COURT

Show cause order against defendant and James Williams for having failed to honour undertaking to Court on September 10, 1997—On reviewing file, Court unable to locate undertaking—Agreement reached by parties on September 10, 1997, signed on their behalf by respective counsel—No mention of undertaking given to Court—Court told only settlement had been reached—Agreement between parties that has never been communicated to Court cannot be defined as undertaking given to Court—Where undertaking given between parties but not to Court, appropriate procedure to first apply to Court for order compelling compliance with undertaking and, if latter not complied with, to bring proceeding for contempt—Defendant and Williams not in contempt of Court for not complying with agreement of September 10, 1997.

WILLIAMS INFORMATION SERVICES CORP. V. WILLIAMS TELECOMMUNICATIONS CORP. (T-1347-97, Reed J., order dated 5/2/98, 8 pp.)

DISCOVERY*Production of Documents*

Applicant requesting documents, statistics made under fairness legislation to show Penticton office in British Columbia applies legislation in manner not consistent with other districts across country—Minister objected to providing material relating to taxpayers other than applicant on grounds material irrelevant, confidential—RR. 1612, 1613 may not be used to obtain disclosure of confidential information provided to board, by third party, without notice to third party—No statistical information showing how fairness legislation is working across country—In absence of such statistics, providing case material on Canada-wide basis would be massive undertaking applicant cannot impose upon respondent under RR. 1612, 1613—Income Tax Act, s. 241 prohibiting any official from providing taxpayer information to any person—Under s. 241(2), no official shall be required in connection with legal proceeding to produce evidence relating to taxpayer information—To prepare, produce generalized sample case material would go beyond what F.C.A. required in *Quebec Ports Terminals Inc. v. Canada (Labour Relations Board)* (1993), 17 Admin. L.R. (2d) 16,

PRACTICE—Continued

when considering RR. 1612, 1613—Purpose of fairness legislation to allow for discretionary decisions to be made on individual circumstances of each case—Respondent need only provide applicant with existent relevant material in own taxpayer's file—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1612 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1613 (as enacted *idem*)—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 241(1),(2).

VEALE V. M.N.R. (T-159-97, Dubé J., order dated 13/1/98, 4 pp.)

DISMISSAL OF PROCEEDINGS

Appeal from judgment ([1997] 1 F.C. 405) quashing Minister's refusal to issue export permit for certain logs—Minister refusing to further consider applications for export permits without recommendation from B.C. Timber Export Advisory Committee (T.E.A.C.)—Respondent submitting export application to T.E.A.C.—Latter determining logs not surplus to domestic needs—Minister refusing applications for export permits—Judicial review of refusals leading to decision now appealed from—Motions Judge referring matter back to Minister for reconsideration in accordance with reasons—Although appeal launched, Minister not seeking stay of Motions Judge's order—After reconsideration, Minister granting export permits in respect of same quantity of logs as originally applied for, but not same logs—Appeal moot—Minister already reconsidering original decision, issuing permits—No decision of this Court on appeal would have any practical value in respect of particular dispute because logs included in original application long since sold domestically, and logs covered by permit issued pursuant to reconsideration could not be retrieved—Criteria for whether Court should exercise discretion to hear appeal despite mootness set out in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 considered—(1) If appeal heard, could expect it to be argued in zealous, adversarial manner—(2) Little would be gained from further use of judicial resources for hearing of appeal because implications of decision under appeal not significant—That person given discretionary power must exercise discretion, neither bind himself to fixed conditions for its exercise nor leave decision to someone not contemplated by legislation granting discretion, only legal principle involved, and not in dispute—Finding of fact that Minister committed himself to not exercising discretion in favour of issuing permit unless having approval of T.E.A.C. in dispute, but cannot be decided on this motion—Some evidence in support of both points of view—Legal principle against fettering one's discretion clear, and no Minister properly advised should have any difficulty understanding how to avoid appearance or reality of fettering—(3) Whether, or to what degree, exercise of federal powers should be tied to policy preferences of particular provinces, best left to political branches

PRACTICE—Continued

of government—Open to Parliament or Governor in Council to clarify conditions for exercise of Minister's discretion, if clarification needed—Motions Judge correctly pointing out Minister should only take into account facts, advice pertinent to purpose for which discretion given—Logs originally placed on Export Control List during Second World War by virtue of Governor in Council's power under Export and Import Permits Act, s. 3(e) to ensure adequate supply, distribution in Canada for defence, other needs—Court already upholding use of s. 3(b) to support export control on B.C. short red cedar boards to promote processing in province into shingles, shakes in *Teal Cedar Products (1977) Ltd. v. Canada*, [1989] 2 F.C. 158 (C.A.)—If Minister exercising discretion as to whether to refuse export permit for logs covered by list established under s. 3(b), could have resort to advice, but not require approval of body such as T.E.A.C.—No new principle of law involved in Motions Judge's finding—Nothing of lasting value would be gained by Court reviewing findings of fact or of mixed law and fact on point—Court refusing to exercise discretion in favour of hearing moot appeal—Appeal dismissed—Export and Import Permits Act, R.S.C., 1985, c. E-19, s. 3(b),(e).

K. F. EVANS LTD. V. CANADA (MINISTER OF FOREIGN AFFAIRS) (A-924-96, Strayer J.A., judgment dated 29/1/98, 8 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Reversal or Variation*

Application for leave to review decision of Immigration and Refugee Board dismissed by McGillis J.—Applicants seeking extension of time for reconsideration of McGillis J.'s decision under R. 337(5)—Whether applicants have reasonable chance of success were reconsideration to take place—R. 337(5) not mechanism whereby litigant may reargue case in order to obtain different result—Not allowing Court to re-examine conclusions drawn from material available at time—Reconsideration limited to grounds set out in Rule—Oversight, omission referred to in R. 337(5) oversight on part of Court, not oversight committed by party—Not for Courts to deal with allegations of incompetence of counsel—In extraordinary case, competency of counsel may give rise to natural justice issue—Heavy burden on applicant to come within such exception—Applicants' lawyer denying any default on his part, indicating difficulty arose because applicants failed to ensure record filed in timely manner in Montréal—Applicants have not demonstrated exceptional case in which competency of counsel specifically, clearly proven so as to give rise to review by way of denial of elements of natural justice—Whether absence of record might be considered merely procedural irregularity, therefore whether decision to dismiss

PRACTICE—Concluded

application, which otherwise would be final, might be revisited—Order, once signed by judge, final subject only to relief provided for in R. 337—Court has no jurisdiction, through new proceeding, to seek same relief by looking at matter again—Applicants have allowed matter to proceed in absence of record—Court, faced with absence of record, integral part of judicial review procedure, had no option but to dismiss matter—Dismissal in form of final judgment—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 337(5)(b).

FRENKEL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4428-97, Hargrave P., order dated 26/1/98, 7 pp.)

SERVICE

Ex parte application under R. 310(1) for order for substitutional service on individual defendant of both statement of claim and of warrant for arrest of defendant vessel (35-foot fishing vessel)—Vessel in question herein located well inland at premises of individual defendant in Nanaimo, B.C.—Attempt to serve individual defendant at premises thwarted when male resident there threatened to unleash large, aggressive Rottweiler—Application allowed—Substitutional service traditionally viewed as inappropriate in case of *in rem* proceedings—Traditional method of posting document on main mast giving notice to many interested parties—R. 1002(6) providing where access cannot be obtained to property upon which statement of claim or declaration to be served, may be served on person appearing to be in charge of property—Here, person in charge hiding behind Rottweiler, hence application for substitutional service—R. 310(1) not excluding substitutional service of *in rem* material—However, should be limited to special circumstances—Considering ship not outside of Court's jurisdiction, appropriate case in which to allow substitutional service of not only *in personam* defendant, but also of vessel with both statement of claim and warrant—Certified copies of statement of claim, affidavit to lead warrant and order arising out of present motion may be left in individual defendant's mailbox in Nanaimo—Thereupon, defendant vessel shall be deemed to be arrested (R. 1003(6))—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 310 (as am. by SOR/79-57, s. 5), 1002(6), 1003(6).

458093 B.C. LTD. V. ZOMBY WOOF (THE) (T-2587-97, Hargrave P., order dated 26/1/98, 6 pp.)

PUBLIC SERVICE**APPEALS**

Judicial review of Appeal Board's decision—First appeal allowed on basis Selection Board not assessing significant

PUBLIC SERVICE—Continued

knowledge requirements for job—Public Service Commission (PSC) of view some of requisite knowledge already indirectly assessed, directing Selection Board to conduct further assessment of candidates with respect to only some aspects of required knowledge—As result of that assessment, new eligibility list issued—Substantially same as first list—Second appeal allowed on ground not open to PSC to decide, contrary to findings of first Appeal Board, that part of requisite knowledge already assessed and that new assessment would be with respect to only some aspects of required knowledge—PSC ordered further assessment of those aspects of knowledge not directly assessed following first Appeal Board decision—Resulting in new eligibility list listing same four candidates in same order—Third appeal dismissed on ground Public Service Employment Act, s. 21(3), (4) precluding applicants from raising on third appeal any ground not clearly related to corrective measures taken following second appeal—S. 21(3) providing where appeal board determining defect in selection process, Commission may take such measures as considers necessary to remedy defect—S. 21(4) providing where person appointed as result of such measures, appeal against that appointment may be taken under s. 21(1) only on ground measures so taken not resulting in selection for appointment according to merit—On hearing of third appeal, applicants attempting to raise three entirely new arguments—Textually applicants alleging any breach of merit principle may be put in issue on second or subsequent appeal since, if shown best candidate not chosen, corrective measures not resulting in selection according to merit—Contextually applicants submitting pool of possible candidates significantly enlarged, thus requiring holding of new competition where Appeal Board finding original competition to be defective—Application dismissed—While English version of s. 21(4) ambiguous, French text leaving no doubt only appeal based on allegation corrective measures contrary to merit principle permitted in such circumstances—As consistent with one view of English text, common meaning rule requiring adoption—Focus of s. 21(3) defects, measures taken to correct them—Further appeal under s. 21(4) limited to impact of those measures on those defects—New grounds proposed by applicants before third Appeal Board not meeting test—As to contextual arguments, merit principle requiring appointment of most qualified candidate—Qualifications not static—“Pool” of eligible candidates fluid—Merit principle not requiring every appointment be kept constantly under review in light of changing circumstances—Imperatives of merit principle should only come into play periodically and from time to time as appointments, promotions, reductions in force required—Question not whether merit principle respected, but at what moment in time respective merits of persons concerned assessed—Ss. 21(3), (4) simply directing when Commission deciding to take corrective measures rather than to go back to beginning and start new competition, relevant time for assessment of merit of candidates remaining same—On second appeal, corrective measures assessed for

PUBLIC SERVICE—Concluded

conformity with merit principle, but all other matters, whether or not raised on first appeal, finished—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21(as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16).

JOHNSON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-601-97, Hugessen J., judgment dated 16/2/98, 13 pp.)

TRADE MARKS**INFRINGEMENT**

Appeal from trial judgment ([1996] 2 F.C. 694) allowing Enterprise U.S.’s action for passing-off relating to use of unregistered trade mark “Enterprise” in association with car and truck rental and leasing services, dismissing Enterprise Canada’s action—Enterprise U.S. using trade mark in U.S. for many years—Alleging group of related Canadian companies (Enterprise Canada) violating Trade-marks Act, s. 7(b) by using mark to plaintiff’s detriment—In second action Enterprise Canada alleging Enterprise U.S. violating s. 7(a) by making misleading statements tending to discredit its business—Trial Judge finding when Enterprise Canada commencing use of mark “Enterprise” in Canada, already known by many Canadians as mark used by Enterprise U.S. in association with services—Concluding Enterprise U.S. in spite of fact never doing business in Canada at time, having sufficient reputation in Canada, to succeed in action—Enterprise Canada, when Enterprise U.S. starting to use mark in Canada, had not yet used mark in manner that would generate significant amount of goodwill—Appellants submitting plaintiff in action in Federal Court under s. 7(b) complaining of use by defendant of trade-mark similar to his, must prove he himself adopting it in accordance with ss. 3, 4, 5 before defendant commencing use of mark—Appeals dismissed—Ss. 3, 4, 5 not prescribing substantive rules governing acquisition, use of trade-marks—Grouped with ss. 2, 6 under heading “Interpretation”—S. 2 containing definitions—Ss. 3, 4, 5 “deeming” clauses simply ascribing special meaning to certain phrases—These three sections must be applied in interpreting sections of Act where those phrases used—Otherwise no role to play—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2, 3, 4, 5, 6, 7(a), (d).

ENTERPRISE RENT-A-CAR CO. V. SINGER (A-240-96, Pratte J.A., judgment dated 11/2/98, 10 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Application to set aside umpire’s decision concerning respondent’s benefit period under Unemployment Insurance Act—Respondent applied for benefits on October 9, 1990, day of termination of employment—Commission established benefit period effective October 7, 1990—Period to terminate 50 weeks later—In July 1993, long-standing action for

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

damages for wrongful dismissal settled out of court by cash payment to claimant of \$10,500—Because of late payment, interruption of earnings considered as having occurred only on November 19, 1990—Date coinciding with coming into force of amendment to Act—Commission reducing entitlement period to 41 weeks from 50, resulting in overpayment of \$3,659—Umpire rejecting Commission's ruling previously confirmed by Board of Referees—Establishment of benefit period in favour of claimant not giving him vested right to benefits—Right to benefits becomes vested upon filing of each bi-weekly claim establishing necessary conditions met—Benefit period established before being replaced—Umpire right in spite of weaknesses in reasoning—Parliament, having used word "established", not "commenced" in transitional provision, focused on role of Commission, not on length or beginning of time of payment—Benefit period "established" in favour of respondent effective October 7, 1990 before provisions determining length repealed—Application dismissed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1 (as am. by S.C. 1996, c. 23, s. 155)—An Act to amend the Unemployment Insurance Act and the Employment and Immigration Department and Commission Act, S.C. 1990, c. 40, s. 56.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CHINOOK (A-117-97, Marceau J.A., judgment dated 15/1/98, 5 pp.)

Application to set aside Umpire's decision respondent qualified to receive benefits under Unemployment Insurance Act, Regulations during period January 20 to July 31, 1992—Respondent's wife operating restaurant business from 11 a.m. to 6 p.m. seven days week, while applicant worked 6 p.m. to 1 a.m. seven days week for most of period—Umpire ruling respondent worked "substantial number of hours" in each working week—Whether respondent's claim fell within exempting language of Unemployment Insurance Regulations, s. 43(2)—Umpire not giving full effect to Court's decision in *Attorney General of Canada v. Jouan*, (1995), 179 N.R. 127—Only basic factor to be taken into account, in all cases, time spent—Respondent's involvement in restaurant business not "so minor in extent that one would

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

not normally follow it as principal means of livelihood"—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 43(2).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. LAZAR (A-245-97, Stone J.A., judgment dated 4/2/98, 4 pp.)

VETERANS

Application for judicial review of decision of Veterans Appeal Board dated February 7, 1997, entitling applicant to full pension as of February 7, 1994—Applicant claiming should have been as of May 15, 1984, three years after date of first decision in case, dating from May 1987, while Pension Review Board awarded applicant one fifth of full pension on ground disabling condition from which applicant suffered existed prior to his enlistment in army—Subject decision in case was made in February 1997, after numerous proceedings and decisions—Application dismissed—Only issue concerns effect of Pension Act, s. 39(1) providing pension must be paid as of latest of following two dates: date of application (1970) and date three years prior to date on which pension awarded—Pension awarded in 1987 is not same as pension awarded in 1997—S. 39(1) establishing date of "paiement" of pension when awarded and any "payment" of pension, whether partial or full, is governed by s. 39(1)—To limit financial burden associated with pension scheme, Parliament deemed it advisable to limit retroactive effect of awarding pension to maximum of three years—S. 39(2) allowing Board to make additional maximum award equivalent to two years pension, which it did—Fact what led to full pension being awarded was correction of error of law and that applicant in no way responsible for fact ten years went by before entitlement recognized does not mean s. 39(1) may be disregarded, as it applies to any pension regardless of circumstances in which awarded—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 39 (as am. by S.C. 1995, c. 18, s. 57).

LECLERC V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-900-97, Noël J., order dated 9/2/98, 10 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.

ANCIENS COMBATTANTS

Demande de contrôle judiciaire de la décision du Tribunal d'appel des anciens combattants du 7 février 1997 accordant au requérant le droit à sa pleine pension à compter du 7 février 1994—Le requérant prétend que ce devrait être à compter du 15 mai 1984, soit trois ans avant la date de la première décision en l'espèce, qui remonte à mai 1987, alors que le Conseil de révision des pensions accordait au requérant un cinquième de la pleine pension au motif que la condition dont souffrait le requérant existait avant son enrôlement dans l'armée—Après plusieurs procédures, et plusieurs décisions, c'est donc en février 1997 qu'était prise la décision attaquée en l'espèce—Demande rejetée—La seule vraie question en litige porte sur l'effet de l'art. 39(1) de la Loi sur les pensions qui prévoit que la pension doit être accordée à compter de la plus tardive des deux dates suivantes: la date de la demande (1970) ou celle qui précède de trois ans la date à laquelle la pension est accordée—La pension qui fut accordée en 1987 est distincte de celle qui fut accordée en 1997—Ce que fixe l'art. 39(1) est la date du «paiement» d'une pension lorsqu'elle est octroyée et tout «paiement» issue de l'octroi d'une pension, soit-elle partielle ou entière, est régi par l'art. 39(1)—Pour limiter le fardeau financier relié au régime des pensions, le législateur a cru bon de limiter à une période maximale de trois ans l'effet rétroactif de l'octroi de toute pension—L'art. 39(2) permet au Tribunal d'accorder une compensation supplémentaire maximale équivalant à deux années de pension, ce qu'il fit—Le fait qu'en l'espèce, c'est la rectification d'une erreur de droit qui mena à l'octroi de la pleine pension et que le requérant n'est nullement responsable du fait que dix ans se soient écoulés avant que ce droit ne lui soit reconnu n'écarte pas l'application de l'art. 39(1), lequel s'applique à toute pension sans égard aux circonstances dans lesquelles elle est octroyée—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 39 (mod. par L.C. 1995, ch. 18, art. 57).

LECLERC C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-900-97, juge Noël, ordonnance en date du 9-2-98, 10 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Requête en annulation de la décision d'un juge-arbitre concernant la période de prestations de l'intimé en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage—L'intimé a demandé des prestations le 9 octobre 1990, le jour où son emploi a pris fin—La Commission a établi que sa période de prestations débutait le 7 octobre 1990—Cette période devait prendre fin 50 semaines plus tard—En juillet 1993, une action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié intentée depuis longtemps a été réglée à l'amiable par un paiement comptant de 10 500 \$ au prestataire—En raison de ce paiement tardif, l'arrêt de la rémunération a été réputé survenir seulement le 19 novembre 1990—Cette date coïncidait avec l'entrée en vigueur d'une modification à la Loi—La période d'admissibilité est passée de 50 à 41 semaines, cette réduction par la Commission entraînant un paiement excédentaire de 3 659 \$—Le juge-arbitre a rejeté la décision de la Commission confirmée auparavant par le Conseil arbitral—L'établissement d'une période de prestations en faveur d'un prestataire ne lui confère aucun droit acquis aux prestations—Le droit aux prestations ne devient acquis qu'au moment du dépôt de la déclaration de quinzaine établissant que le prestataire satisfait aux conditions nécessaires—Une période de prestations a été établie avant qu'une autre lui soit substituée—La décision du juge-arbitre était juste, malgré la faiblesse de son raisonnement—Comme le législateur a utilisé les mots «est établie» plutôt que «a débuté» dans la disposition transitoire, il a mis l'accent sur le rôle de la Commission et non sur la durée ou le début de la période de prestations—Une période de prestations prenant effet le 7 octobre 1990 a été «établie» en faveur de l'intimé, avant que les dispositions qui en déterminent la durée soient abrogées—Requête rejetée—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1 (mod. par L.C. 1996, ch. 23, art. 155)—Loi modifiant la Loi sur l'assurance-chômage et la Loi sur le ministère et sur la Commission de l'emploi et de l'immigration, L.C. 1990, ch. 40, art. 56.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. CHINOOK (A-117-97, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 15-1-98, 5 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

Demande visant à annuler la décision par laquelle un juge-arbitre a conclu que l'intimé était admissible à recevoir des prestations en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage et de son règlement d'application pendant la période débutant le 20 janvier et se terminant le 31 juillet 1992—Pendant la plus grande partie de la période en cause, l'épouse de l'intimé exploitait le restaurant de 11 h à 18 h, sept jours par semaine, alors que l'intimé travaillait de 18 h à 1 h, sept jours par semaine—Le juge-arbitre a conclu que l'intimé avait travaillé «pendant un nombre important d'heures» lors de chacune des semaines visées—La question était de savoir si la demande de l'intimé était visée par la disposition d'exemption prévue à l'art. 43(2) du Règlement sur l'assurance-chômage—Le juge-arbitre n'a pas donné pleinement effet à l'arrêt de cette Cour dans *Procureur général du Canada v. Jouan* (1995), 179 N.R. 127—Le seul facteur essentiel à entrer en ligne de compte doit, dans tous les cas, être le temps consacré à l'entreprise—La participation de l'intimé dans l'entreprise de restauration n'était pas de «si peu d'importance qu'il ne saurait normalement compter sur cet emploi comme principal moyen de subsistance»—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 43(2).

CANADA (PROCUREUR-GÉNÉRAL) C. LAZAR (A-245-97, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 4-2-98, 4 p.)

AVOCATS ET PROCUREURS

Demande de contrôle judiciaire, appuyée d'un faux affidavit, visant une décision de la section du statut de réfugié—Si l'avocat n'était peut-être pas conscient initialement de la fausseté des déclarations faites dans le cadre de l'affidavit de la requérante, il en est devenu conscient avant de comparaître devant la Cour—En tant qu'officier de justice, il avait l'obligation d'en informer la Cour et non de continuer à tromper la Cour—Le dépôt d'un affidavit qui est faux, ou le fait de se prêter à ce genre de manœuvre, constitue un outrage au tribunal—Lorsqu'une procédure est engagée sur le fondement d'un faux affidavit, les personnes qui s'y prêtent peuvent s'attendre à devoir régler les frais de l'intimé, et à acquitter une amende afin de rembourser le trésor public des frais occasionnés par la procédure de la Cour—La demande de contrôle judiciaire est rejetée.

MURUGAMOORTHY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1709-97, juge Reed, ordonnance en date du 30-1-98, 7 p.)

BREVETS

Demande présentée par la défenderesse en vue d'obtenir une ordonnance modifiant une injonction permanente ou suspendant l'exécution de cette injonction, qui a été pronon-

BREVETS—Suite

cée en décembre 1994 dans le cadre d'un jugement dans lequel la Cour a conclu, à l'issue du procès, que le brevet n° 1 275 349 (le brevet 349) de Merck portant sur l'Apénalapril avait été contrefait ((1994), 88 F.T.R. 260 (C.F. 1^{re} inst.), mod. par [1995] 2 C.F. 723 (C.A.))—Si sa requête est accueillie, Apotex contestera la validité des revendications du brevet et utilisera d'autres composés que le maléate d'énalapril qui, selon ce qu'elle croit, sont visés par la revendication 1, sans violer les modalités de l'injonction—La validité de la revendication 1 n'est pas, selon ce qu'affirme Apotex, une question qui a été tranchée par la Cour à la suite des débats qui ont eu lieu dans l'action au terme de laquelle le jugement a été rendu—Dans l'action au terme de laquelle le jugement a été rendu, Merck ne sollicitait pas de déclaration de validité de son brevet ou des revendications qu'il contient, mais elle réclamait une déclaration de contrefaçon relativement à certaines revendications du brevet 349—La Cour a conclu à la contrefaçon et a prononcé une injonction—La Cour d'appel a infirmé en partie ce jugement, mais a confirmé la conclusion de contrefaçon et la réparation qui avait été accordée relativement à l'emploi par Apotex de maléate d'énalapril provenant de sources identifiées au procès qui n'étaient pas protégées par l'art. 56 ou par la licence—Depuis, Apotex a appris qu'elle pouvait se procurer des composés autres que l'énalapril ou le maléate d'énalapril et elle affirme que ces composés tombent sous le coup de la revendication 1 du brevet 349, d'où la présente instance—La demande nécessite un examen des questions qui ont été instruites dans le cadre de l'action, un examen de la compétence de la Cour pour accorder la réparation demandée et la reconnaissance du fait que le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas en l'espèce—La demande est rejetée—Il ressort du texte de sa déclaration que Merck sollicitait une réparation dont la portée débordait ce qui concerne exclusivement les comprimés de maléate d'énalapril d'Apotex; elle réclamait la protection de la pleine portée de son brevet, telle qu'il est défini par les revendications spécifiées dans cette déclaration—Rien ne permet de conclure que les parties se sont entendues pour remettre à plus tard l'examen de la validité de la revendication 1 ou des autres revendications ou même qu'Apotex croyait alors que l'examen de cette question serait reporté à plus tard—La décision de ne pas contester la validité de la revendication 1 ou d'autres revendications portant sur des composés au procès était la décision d'Apotex—De par les termes exprès de sa défense modifiée, Apotex a reconnu «aux fins uniquement de la présente action» que la revendication 1 était valide—Apotex a exclu toute possibilité de contester la validité de la revendication 1 dans la présente action—La Cour ne peut rouvrir les débats sur des questions qui ont été tranchées expressément ou implicitement dans un jugement dont la modification est par la suite demandée—Il n'y aurait pas de fin aux procès s'il était loisible à une partie d'obtenir la réouverture des débats sur une question en litige après que celle-ci a été tranchée, en faisant valoir qu'un élément qui n'avait pas été

BREVETS—Suite

envisagé au moment du procès a depuis été porté à son attention—Les règles de droit générales empêchent la Cour de modifier le dispositif d'un jugement sauf dans des cas exceptionnels—La nouvelle circonstance est tout simplement une nouvelle raison qui est invoquée pour faire valoir un moyen de défense qui aurait pu être soulevé au procès au sujet de la revendication 1, mais qui ne l'a pas été—Il ne s'agit pas d'une circonstance exceptionnelle au sens de l'art. 1733 des Règles, ni d'un fait nouveau différent des points avancés au procès sur le même fondement que celui que l'on tente en l'espèce d'établir par les affidavits d'experts qui renferment une analyse théorique au sujet de la portée de la revendication 1—Il ne s'agit pas non plus du genre de circonstance exceptionnelle qui justifierait la modification de l'injonction, en supposant que la Cour ait le pouvoir de modifier une injonction permanente indépendamment de l'art. 1733 des Règles—La réparation sollicitée par Apotex peut relever de la compétence que l'art. 1733 confère à la Cour, mais Apotex n'invoque pas cet article et n'a pas fait la preuve de l'existence de circonstances exceptionnelles qui justifieraient la modification de l'ordonnance de la Cour en vertu de cet article—L'existence d'un préjudice irréparable n'a pas été démontrée—Le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas en l'espèce—En somme, la Cour est dessaisie de ces questions telles qu'elles ont été définies dans les actes de procédure des deux parties—Il n'y a rien qui justifie de condamner Apotex à payer les dépens extrajudiciaires—Le fait qu'une demande échoue ne signifie pas qu'elle est futile ou vexatoire—Toutefois, comme Apotex n'a pas relaté tous les événements concernant les parties, l'adjudication des dépens entre parties tient compte d'une somme pour les services rendus par l'avocat principal et par l'avocat adjoint de Merck, en vertu de l'art. 344(4.1) des Règles—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 344(4.1), (éditée par DORS/95-282, art. 1), 1733—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 56 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 194).

MERCK & CO., INC. C. APOTEX INC. (T-2408-91, juge MacKay, ordonnance en date du 23-1-98, 32 p.)

CONTREFAÇON

Demande d'ordonnance visant à obtenir, en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), une ordonnance interdisant au ministre de délivrer à Novopharm un avis de conformité relativement à un inhalateur de dipropionate de béclo méthasone tant que certains brevets ne seront pas expirés—Les brevets renferment des revendications portant sur des dispositifs mécaniques appelés «inhalateurs», qui sont utilisés pour administrer des médicaments à des patients souffrant de problèmes bronchiques—L'intimée allègue que la contrefaçon est impossible, étant donné que les brevets ne renferment aucune revendication pour le dipropionate de béclo méthasone

BREVETS—Suite

lui-même, mais décrivent uniquement des dispositifs servant à administrer le médicament—L'art. 2 du Règlement définit comme suit le terme «médicament»: «substance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal»—Dans le jugement *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (C.F. 1^{er} inst.); conf. à (1995), 67 C.P.R. (3d) 25 (C.A.F.), la Cour examinait un atomiseur nasal composé d'un ingrédient actif mélangé à des ingrédients inactifs (des solutions, des gaz et d'autres éléments de pulvérisation) qui étaient nécessaires pour un acheminement idéal de l'ingrédient actif aux régions atteintes—La Cour a statué que cette composition était un «médicament» parce qu'elle avait un effet thérapeutique, que le terme «médicament» ne se limitait pas à une seule substance mais pouvait englober de nombreuses substances et que le Règlement ne limitait pas ces substances aux ingrédients actifs et n'excluait pas les revendications portant sur des formulations comprenant un ingrédient actif—La présence d'ingrédients inactifs faisant partie intégrante de la formulation et aidant à l'acheminement de l'ingrédient actif au corps ne soustrait pas la composition à la définition du terme «médicament»—(1) La définition du terme «médicament» peut-elle être élargie de manière à englober des dispositifs utilisés pour administrer à des patients des substances actives qui ne sont pas ingérées par le corps—L'affaire *Hoffmann-La Roche* portait explicitement sur les compositions d'ingrédients actifs et d'ingrédients inactifs (comme l'enrobage et les transporteurs inertes), qui sont physiquement mélangés ensemble et qui sont ingérés par le corps comme une composition unique—On n'entendait pas inclure les dispositifs mécaniques parmi les ingrédients inactifs—Le Règlement n'élargit pas le sens du mot «substance» de manière à y assimiler les dispositifs mécaniques composés de métal et de plastique qui ne peuvent être ingérés par le corps—(2) Sens des mots «rejetée . . . de façon définitive» à l'art. 7(4) du Règlement—Suivant l'art. 7(1), lorsqu'une demande est introduite en vertu de l'art. 6(1), il est automatiquement interdit au ministre de délivrer un avis de conformité au fabricant de médicaments génériques «avant la plus tardive» des diverses dates qui y sont précisées, dont l'une est la période de trente mois qui suit la présentation de la demande—Ce délai de 30 mois cesse de s'appliquer lorsque, conformément à l'art. 7(4), la demande est retirée ou est rejetée «de façon définitive»—La demande est «rejetée de façon définitive» lorsque toutes les procédures d'appel sont terminées ou que le délai d'appel est expiré avant qu'un appel ne soit interjeté; s'il n'en était pas ainsi, le mot «définitive» serait dénué de tout sens (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (interprétation des mots «définitivement acquitté» et «définitivement déclaré coupable»)—La requête en bref de prohibition est rejetée—Le délai de 30 mois prescrit à l'art. 7(1)e) continuera à s'appliquer tant que tous les appels n'auront pas été épuisés ou que tous les délais d'appel ne seront pas expirés—Règlement sur les

BREVETS—Fin

médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 2, «médicaments», 7.

GLAXO GROUP LTD. C. NOVOPHARM LTD. (T-2673-96, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 9-2-98, 13 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI**

Demande de contrôle judiciaire de l'avis de danger exprimé par le ministre en vertu de l'art. 70(5) de la Loi sur l'immigration—Le requérant est né en Iran mais est actuellement apatride, et est devenu un résident permanent du Canada en 1988 après avoir déserté pendant qu'il était dans l'armée iranienne et avoir été reconnu comme un réfugié par le HCNUK en 1986—En 1990, il a été reconnu coupable au Canada de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic et de trafic de stupéfiants et a été condamné à des peines de neuf ans pour chaque infraction—Le ministre a exprimé l'avis qu'il constituait un danger pour le public au Canada—Le Ministère a conclu que le requérant ne serait pas en danger s'il était renvoyé en Iran—Demande accueillie—Les exigences en matière d'équité ont été respectées dans le cadre de l'évaluation du «danger pour le public»—L'évaluation du risque si le requérant était renvoyé en Iran reposait en grande partie sur un Rapport conjoint des ambassades portant sur les conditions en Iran et sur le traitement que ce pays réserve aux déserteurs et aux personnes condamnées pour une infraction reliée aux drogues—Ce rapport n'a pas été expressément mentionné dans la notification faite au requérant—La non-divulgaration d'éléments de preuve documentaire mis à la disposition du public n'équivaut pas à un déni de justice naturelle, mais la mention «*Restricted*» (diffusion restreinte) figurait sur la page couverture du rapport—Un document qui a une diffusion restreinte n'est pas un document mis à la disposition du public ni un document facilement disponible—L'agent de réexamen et le délégué du ministre se sont expressément appuyés sur ce rapport pour exprimer l'avis que le requérant ne serait pas en danger s'il était renvoyé en Iran—L'évaluation est pertinente quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre—Le rapport aurait dû être expressément divulgué au requérant au moment de la notification de l'examen—Par conséquent, le délégué du ministre n'a pas donné au requérant la possibilité d'être entendu avant d'exercer le pouvoir discrétionnaire que l'art. 70(5) de la Loi accorde au ministre—Le requérant est en droit d'avoir la possibilité de présenter d'autres observations et de soumettre d'autres documents sur la question de l'évaluation du risque—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

FARSHID-GHAZI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-377-97, juge Richard, ordonnance en date du 12-2-98, 24 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Section d'appel) a rejeté, le 24 février 1997, l'appel interjeté par le requérant de la mesure de renvoi prise contre lui en février 1996—Le requérant a obtenu le droit d'établissement en 1992 en qualité de réfugié du Malawi en raison de sa crainte bien fondée d'être persécuté—En février 1996, le requérant a reconnu qu'il avait menti concernant le lieu où il était né et sa citoyenneté, être né au Ghana et avoir la double citoyenneté (du Malawi et du Ghana), d'où la mesure de renvoi—Devant la Section d'appel, le requérant a présenté deux passeports du Malawi et un du Ghana, il a déclaré dans son témoignage être né au Malawi et avoir acheté un passeport du Ghana et un passeport du Malawi par des moyens illégaux—La Section d'appel a conclu que le seul document authentique dont elle disposait était le passeport du Ghana et elle a tiré des conclusions défavorables sur la crédibilité du requérant—Elle a examiné les motifs humanitaires invoqués, mais elle a conclu que la mesure d'expulsion était valide—Les questions à trancher étaient celles de savoir si la Section d'appel avait commis une erreur en interprétant mal la preuve ou en tirant une conclusion de fait erronée et celle de savoir si elle avait commis une erreur en entravant son pouvoir discrétionnaire relativement aux motifs d'ordre humanitaire—Demande accueillie—Selon la preuve, la Section d'appel a commis une erreur en concluant que le requérant était un citoyen du Ghana—La Section d'appel a également commis une erreur en tenant compte, pour l'examen des motifs d'ordre humanitaire, de la possibilité que le ministre donne son consentement à son retour au Canada—Il est clair qu'il ne s'agit pas là d'un facteur pertinent—En conséquence, le requérant n'a pas bénéficié d'une audition équitable.

SIKILAA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1025-97, juge suppléant Heald, ordonnance en date du 23-1-98, 6 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande d'annulation de la décision rendue par un agent d'immigration supérieur (AIS) en vertu de l'art. 46.04(8) de la Loi sur l'immigration—Le requérant est un réfugié somalien qui, dépourvu de tout passeport, document de voyage ou autre preuve de son identité, a déposé en preuve auprès de l'AIS des affidavits signés par son épouse, sa sœur et sa grand-mère—Cette preuve n'a pas convaincu l'AIS—Le requérant ne s'est pas déchargé du fardeau que lui impose l'art. 46.04(8)—Les présumées erreurs entachant sa décision n'étaient pas suffisamment importantes pour justifier l'intervention de la Cour—L'identité de bon nombre de revendicateurs du statut de réfugié est souvent difficile à établir—Il existe de fortes considérations de principe évidentes pour lesquelles ce problème doit être surmonté avant qu'on leur accorde le droit d'établissement permanent—La situation de beaucoup de réfugiés qui n'ont pas de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

pièce d'identité est précaire et incertaine—Leurs déplacements sont assujettis à certaines limites géographiques, du moins au cours des cinq premières années qui suivent la reconnaissance de leur statut de réfugié—Si leur identité doit être bien établie, la question devrait demeurer ouverte et un réfugié devrait avoir plus d'une occasion d'établir sa bonne foi—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.04(8) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. I, art. 143(E), 144 (F), ch. 49, art. 38.)

OSMAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-329-97, juge Joyal, ordonnance en date du 21-1-98, 4 p.)

Demande d'annulation de la décision d'un agent d'immigration rejetant la demande de résidence permanente au Canada présentée par le requérant, et d'une ordonnance de *mandamus* enjoignant l'agent des visas de délivrer des visas d'immigrant au requérant, à son épouse ainsi qu'à leurs deux fils—Lors de l'entrevue avec l'agent d'immigration à l'ambassade du Canada à Séoul (Corée du Sud) en août 1995, le requérant a satisfait aux critères de sélection prévus pour les entrepreneurs, le requérant ayant affirmé ne jamais et nulle part avoir été condamné ou accusé d'un acte criminel ou d'une infraction—En décembre 1995, le requérant reçoit une lettre lui indiquant que l'ambassade est disposée à lui émettre un visa étant donné que, semble-t-il, le requérant avait satisfait à l'ensemble des conditions auxquelles la loi subordonne l'immigration, mais on lui demandait des copies de son passeport de résident, document qu'il lui fallait pour obtenir des devises étrangères en vue de son installation au Canada—En janvier 1996, l'ambassade apprend que le requérant avait, en fait, été condamné pour conduite avec facultés affaiblies quatre ans auparavant—À l'issue de la seconde entrevue, à laquelle le requérant s'est rendu en janvier 1996 afin d'éclaircir la question de son admissibilité, l'examen du dossier de la condamnation ayant confirmé l'équivalence des infractions, on estime que le requérant n'est pas admissible en raison de ses antécédents pénaux—L'agent d'immigration devait-il être considéré comme étant dessaisi du dossier?; la décision était-elle entachée d'un vice manifeste puisqu'elle citait les mauvaises dispositions de la Loi sur l'immigration?; doit-on conclure à l'équivalence des infractions?—La demande est rejetée—L'agent des visas agissait conformément à l'obligation qui est la sienne de tenir compte, à toute époque antérieure à l'octroi du droit d'établissement, des preuves pertinentes susceptibles d'affecter l'admissibilité du candidat et, en l'occurrence, il avait effectivement le droit de ne pas délivrer au requérant un visa d'immigration puisque le requérant n'était pas admissible—Depuis le début, le requérant n'était pas un candidat admissible à l'immigration au Canada—Même si l'on peut dire que l'agent est revenu sur sa décision, il était, compte tenu des circonstances, fondé à le faire—En l'espèce, le visa n'avait pas encore été émis

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

au requérant lorsqu'on s'est aperçu qu'il n'était pas admissible en raison de ses antécédents pénaux—L'agent des visas avait effectivement la faculté de refuser le visa—Les dispositions de la Loi citée à tort ne prêtent à aucune conséquence car les articles pertinents ont été appliqués au requérant—L'agent des visas disposait d'éléments lui apprenant que le requérant, alors qu'il conduisait son automobile, avait été arrêté par la police avec une alcoolémie de 0,24 %, acte qui, lorsqu'il est commis au Canada, constitue une infraction réprimée par l'art. 253 du Code criminel—Question certifiée par la Cour: une fois prise la décision de délivrer un visa d'immigration, l'agent des visas est-il dessaisi du dossier, ou a-t-il, tant que le visa n'a pas été effectivement remis, la faculté de revenir sur sa décision en raison de la non-admissibilité de l'intéressé?—Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 32, art. 59).

PARK C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1063-97, juge Richard, ordonnance en date du 4-2-98, 15 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Appel de la décision par laquelle le juge de la citoyenneté a rejeté la demande que l'appelant avait présentée en vue d'obtenir la citoyenneté au motif que les conditions de résidence énoncées à l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté n'avaient pas été remplies—L'appelant, sa mère et ses deux sœurs, qui sont nés en Palestine, ont obtenu la citoyenneté libanaise au cours des années 1960—L'appelant s'est ensuite installé avec son épouse dans les Émirats arabes unis, où il a établi sa propre entreprise de construction et où leurs trois enfants sont nés—L'appelant et sa famille ont obtenu l'autorisation de s'établir au Canada en 1988; et la famille s'est établie à Montréal en 1990—L'appelant a acquis un dépanneur en 1993—Il a loué trois logements—Il possède encore une maison dans les Émirats et l'utilise lorsqu'il s'y trouve pour affaires—Les enfants étudient dans des universités canadiennes—Depuis 1990, l'appelant a passé environ deux mois par année au Canada—Au cours des quatre années qui ont précédé sa demande de citoyenneté, l'appelant a passé environ 16 % de son temps au Canada, soit bien moins que les 1095 jours requis—Il a passé la plupart de son temps en dehors du Canada à mener ses affaires dans les Émirats—Il s'agit ici d'un cas exceptionnel—Il ne fait aucun doute que l'appelant et sa famille se sont établis au Canada, où ils ont des attaches, au sens de l'art. 5(1)c) de la Loi et de la jurisprudence pertinente—Ainsi qu'il est mentionné dans l'affaire *Huang (Re)* (1997), 37 Imm. L.R. (2d) 113 (C.F. 1^{re} inst.), l'indice le plus éloquent de résidence est l'établissement d'une personne et de sa famille dans ce pays, en plus de la manifeste intention de faire de l'établissement leur foyer permanent—Les

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

absences de l'appelant s'expliquent par son engagement nécessaire envers son entreprise, dans les Émirats—Le travail de l'appelant est l'unique lien qu'il a, relativement à son statut juridique, avec les Émirats arabes unis, dont il ne deviendra pas citoyen—Il n'a apparemment aucun lien physique avec un autre pays—L'appelant, sa famille immédiate et les autres personnes à sa charge ont établi leur résidence au Canada, où l'appelant et sa famille ont centré leur mode de vie—Appel accueilli—Loi sur la Citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c).

HAJJAR (RE) (T-1115-96), juge Lutfy, jugement en date du 5-2-98, 9 p.)

Appel formé contre la décision par laquelle un juge de la citoyenneté a rejeté une demande de citoyenneté pour le motif que les conditions de résidence prévues à l'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté n'étaient pas remplies—Le requérant est né en Chine—Il s'est installé à Hong Kong à l'âge de 6 ans—Il travaillait depuis 1979 pour Associated Merchandise Corporation (AMC)—AMC a chargé l'appelant d'ouvrir un bureau au Canada—L'appelant était préoccupé par son avenir à Hong Kong—Il est arrivé dans la région de Toronto en novembre 1991 avec sa femme et son fils; il détenait un permis de travail—Il a acheté une maison, a obtenu un numéro d'assurance sociale, une carte d'assurance-maladie et un permis de conduire—Il a ouvert des comptes bancaires et produit des déclarations de revenus au Canada depuis son arrivée—Le bureau ouvert au Canada par AMC ne s'est pas avéré viable—L'appelant n'a pas réussi à trouver un autre emploi au Canada—Il a accepté un poste à Singapour à titre «temporaire»—L'appelant est allé travailler à Singapour le 30 juin 1993—Depuis qu'il est parti à Singapour, l'appelant a passé peu de temps au Canada—Son fils est resté au Canada, y a poursuivi ses études et a demandé et obtenu la citoyenneté canadienne—Pendant l'année et demie où il a travaillé au Canada, l'appelant a axé son mode de vie sur le Canada—Il s'est pleinement engagé envers le Canada—Lorsqu'il s'est installé à Singapour, l'appelant a tout fait pour continuer à axer son mode de vie sur le Canada, en démontrant une intention, de fait, une ferme résolution, de maintenir ses liens ici—Le droit canadien de la citoyenneté ne devrait pas être interprété de façon à empêcher l'appelant d'adopter la solution qu'il a choisie en interprétant ce choix comme démontrant que l'appelant a renoncé à son intention d'axer son mode de vie sur le Canada—L'appelant a de fait continué à axer son mode de vie sur le Canada—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c).

LEUNG (RE) (T-241-97), juge Gibson, jugement en date du 22-1-98, 8 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire d'une décision de la SSR estimant que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Convention—Les requérants sont citoyens de l'Iran—Le requérant principal prétend craindre avec raison d'être persécuté du fait des opinions politiques qu'on pourrait lui prêter—Son épouse fonde sa propre revendication sur celle de son mari—Le père du requérant principal était colonel dans l'armée iranienne à l'époque du shah—Son père avait été arrêté pendant la révolution et condamné à 20 ans de prison—Le père a bénéficié d'une mesure de grâce en 1985—Le requérant s'est vu refuser l'entrée à l'université à cause du rôle que son père avait joué dans l'armée iranienne—Le requérant et un ami ont monté un commerce spécialisé dans la vente et l'installation d'antennes paraboliques—Les intégristes au sein du gouvernement iranien estimaient que les antennes paraboliques étaient des équipements anti-islamistes—Le requérant est arrêté et battu, chaque jour pendant une semaine—Il est relâché sur versement de 2 000 \$US—Pendant des mois le requérant verse aux autorités des pots-de-vin de 100 \$ tous les 15 jours pour éviter l'arrestation—Il est arrêté au mois de juillet 1994, incarcéré pendant un mois pour corruption de fonctionnaire et diffusion de la culture occidentale—Il est relâché à condition de livrer le nom de ses fournisseurs et de ses clients—Il reprend ses activités commerciales dans le même magasin—Au mois d'octobre, il est convoqué dans les locaux du Komiteh dans les 30 jours, mais quitte l'Iran avant cela—L'agent d'audience n'était pas présent lors de l'audience, mais il avait exposé certaines des questions à trancher, y compris la question de savoir si les événements en cause n'équivalaient pas à des poursuites plutôt qu'à des persécutions—Bien que l'agent d'audience n'ait pas été présent à l'audience, la SSR a déclaré dans ses motifs «il [le demandeur de statut] a rajouté quelques détails en répondant aux questions de l'agent d'audience»—La SSR a estimé que le requérant n'était pas crédible lorsqu'il disait risquer une longue peine d'emprisonnement ou la peine capitale—La SSR a estimé que les sanctions auxquelles s'exposait le requérant s'il rentrait en Iran relevaient de la catégorie des poursuites et non de celle des persécutions—La demande est rejetée—(1) Si c'est effectivement à tort que la SSR a évoqué l'agent d'audience, le requérant n'a pas démontré l'existence d'une erreur tellement grave qu'elle équivalait à une méconnaissance des principes; ou qu'en l'absence d'une telle erreur, la décision aurait été différente—(2) Les requérants affirment que la SSR a commis une erreur lorsque, décidant que les activités du requérant ne correspondaient pas à la définition d'«opinion politique», elle n'a pas appliqué la bonne définition d'«opinion politique»—Le requérant cite l'affaire *Bhatti c. Canada (Secrétariat d'État)* (1994), 84 F.T.R. 145 (C.F. 1^{re} inst.), dans laquelle la Cour a décidé que la notion de persécution indirecte repose sur l'hypothèse selon laquelle les membres de la famille sont susceptibles de subir un grave préjudice lorsque leurs propres parents sont persécutés—La décision intervenue dans l'affaire *Bhatti* a été infirmée par l'arrêt *Pour-Shariati c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1977), 215 N.R. 174 (C.A.F.)—En tout état de cause, la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

SSR a fait une allusion très précise à la persécution indirecte à laquelle le requérant prétendait être exposé en raison des antécédents de son père, relevant que le requérant avait pu vivre tout à fait normalement en Iran jusqu'aux problèmes qu'il a éprouvés en raison de l'entreprise qu'il avait lancée—(3) Les requérants ont également fait valoir que c'est à tort que la SSR avait décidé qu'il s'agissait de poursuites et non de persécutions—Citant l'arrêt *Astudillo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (C.A.F.) dans lequel la Cour a soutenu que lorsqu'il s'agit de dire si une activité donnée a ou non un caractère politique, on doit se placer dans l'optique du pays dont le demandeur craint les persécutions—Le requérant prétend avoir été emprisonné et torturé en raison de ses activités commerciales et cela démontre, selon lui, que le gouvernement iranien voyait dans son activité une action politique—Le requérant n'a présenté aucune preuve tendant à confirmer que, comme il le prétendait, il risquait une longue peine d'emprisonnement, voire la peine capitale, en raison de ses activités—Selon les preuves documentaires retenues par la SSR, l'amende normale est de 1 000 \$, l'amende maximum étant de 2 000 \$—La SSR n'a pas jugé crédible le témoignage du requérant concernant les sanctions auxquelles il s'exposait et il n'y a pas lieu d'infirmer cette décision à moins qu'elle n'ait été prise sans tenir compte des éléments dont disposait la SSR—Les requérants ne sont pas parvenus à démontrer qu'il en était ainsi.

MOLAEI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1611-97, juge Muldoon, ordonnance en date du 28-1-98, 14 p.).

Demande de contrôle judiciaire à l'égard d'une décision par laquelle la section du statut de réfugié a conclu que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les requérants forment ensemble une famille sikhe originaire de l'Inde—Le requérant principal était agriculteur—Selon les normes indiennes, la famille était très riche—L'épouse du requérant principal a reçu une bonne instruction et a été élue membre du conseil du village—La demande de statut de réfugié des requérants est fondée sur leur religion, sur leur appartenance à un groupe social et sur leurs opinions politiques apparentes—En janvier 1996, les policiers ont détenu et battu le requérant principal et lui ont demandé 500 000 roupies—Après avoir remis une partie de cette somme, le requérant principal a été de nouveau détenu, battu et brûlé et a fait l'objet de menaces—La famille s'est enfuie à Delhi et a habité chez la mère de l'épouse—Les policiers se sont rendus à la maison de la belle-mère du requérant principal pour le voir—Trois mois plus tard, la famille s'est envolée vers le Canada—Dans sa décision, la SSR a conclu que le requérant principal avait été victime de persécution, non pas parce qu'il était sikh, mais parce qu'il était un riche agriculteur—La décision de la SSR selon laquelle, lorsque l'extorsion constitue le seul fondement de la persécution, le lien établi avec la définition du réfugié au

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

sens de la Convention est insuffisant, fait suite à plusieurs jugements rendus dans le même sens—Dans l'arrêt *Karpounin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1995), 92 F.T.R. 219 (C.F. 1^{re} inst.), la Cour a statué que le requérant, qui avait été victime d'extorsion parce qu'il était un homme d'affaires prospère et non en raison de ses opinions politiques ou de son appartenance à un groupe social, n'était pas admissible à titre de réfugié au sens de la Convention—Dans l'arrêt *Balendra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 191 (C.F. 1^{re} inst.) (QL), la Cour a reconnu, à l'instar de la section du statut de réfugié, que les problèmes liés à l'obligation de verser un pot-de-vin ne concernent pas l'un ou l'autre des motifs de la définition du réfugié au sens de la Convention ni ne constituent de la persécution ou ne donnent lieu à une crainte bien fondée à cet égard, mais tiennent davantage de la corruption—Dans l'arrêt *Soberanis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1282 (C.F. 1^{re} inst.) (QL), le juge Tremblay-Lamer a statué que les propriétaires de petites entreprises du Guatemala qui avaient été victimes d'escrocs agissant de concert avec les autorités policières ne pouvaient être considérés comme un groupe social visé par la définition du réfugié au sens de la convention—Toutefois, dans la présente affaire, compte tenu de la preuve abondante faisant état de la persécution dont les sikhs sont victimes en Inde, la SSR a commis une erreur lorsqu'elle a distingué le fait que le requérant était sikh du fait qu'il était une personne nantie bien en vue—La Commission aurait dû considérer le requérant comme une personne appartenant au groupe social des «sikhs nantis bien en vue»—Le fait que la police a trouvé le requérant principal et sa famille à Delhi constitue un élément de preuve tendant à démontrer que le demandeur et sa famille ne pouvaient vivre en toute sécurité à Delhi—Le fait que le requérant principal se déplaçait dans un véhicule dont les vitres étaient teintées pour éviter de se faire reconnaître et qu'il voyageait de nuit et le témoignage de son épouse, qui a dit qu'elle ne pouvait sortir de la maison où elle habitait, prouvent que la famille se tenait cachée—La décision de la SSR est annulée et l'affaire est renvoyée à une formation différente, qui devra tenir une nouvelle audition en tenant compte de l'appartenance du requérant principal au groupe social des «sikhs nantis bien en vue».

RANDHAWA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2474-97, juge Campbell, ordonnance en date du 2-2-98, 11 p.)

CODE CIVIL

Il s'agit de savoir si, dans le cadre d'une saisie-arrêt effectuée en vertu de la Règle 2300, la créancière-saisissante peut invoquer l'art. 1452 du Code civil du Québec pour se prévaloir d'un acte apparent intervenu entre la tierce-saisie

CODE CIVIL—Fin

Transport H. Cordeau Inc. (Cordeau) et le débiteur-saisi—Cordeau exploite une entreprise de transport général et de déneigement—En 1995, il connaît des problèmes de liquidités et fait face à de sérieuses difficultés financières—Entre février et mai 1996, Cordeau obtient du débiteur-saisi, Gilbert Gadbois, des avances totalisant 63 000 \$—Ces avances, qui auraient été consenties sur la base d'une entente verbale continue, se sont avérées insuffisantes—Un acte apparent, soit un acte notarié en date du 10 mai 1996, a été conclu entre Gadbois et Cordeau—L'acte notarié, en plus de prévoir un prêt à venir de 75 000 \$, faisait état d'avances passées pour une somme de 250 000 \$—au lieu de 63 000 \$—Cet acte portait donc comme somme totale un montant de 325 000 \$—Dans les faits et nonobstant l'acte notarié, Gadbois avança seulement à Cordeau une somme de 160 300 \$—Contre toute attente, Cordeau ne fit pas faillite et Gadbois fut éventuellement remboursé d'un montant de 225 000 \$—La Couronne a toutefois entrepris de saisir-arrêter entre les mains de Cordeau la différence entre le montant total de l'acte notarié et celui de l'entente verbale, soit une somme de 100 000 \$—La Couronne se réfère à l'art. 1451 du C.c.Q pour conclure à une simulation—L'entente verbale serait la contre-lettre qui exprimerait la volonté réelle des parties et l'acte notarié ferait figure de contrat apparent—L'acte notarié vient déguiser partiellement l'entente verbale entre les parties—Les deux actes sont de même nature—En stipulant des avances passées pour une somme de 250 000 \$ au lieu des sommes réellement avancées, soit une somme de 63 000 \$, l'acte notarié recrée, constate une créance pour les fins d'une faillite envisagée de Cordeau—Il n'avait pas pour but de frauder la Couronne à court ou moyen terme—L'entente verbale doit être vue comme une contre-lettre à l'acte apparent qu'est l'acte notarié, au sens de l'art. 1452 du C.c.Q.—La Couronne est-elle un tiers de bonne foi au sens de l'art. 1452—Les tiers de bonne foi sont ceux qui n'avaient pas connaissance de l'existence de la contre-lettre au moment où ils ont contracté—La Couronne n'a pas eu à transiger avec Cordeau ou Gadbois sur la base du contrat apparent, soit le contrat notarié—Elle ne s'est pas fiée au contrat apparent pour établir la cotisation de Gadbois ou pour s'engager autrement—Il n'est pas clairement établi que la Couronne connaissait l'existence de l'entente verbale au moment de la rédaction de l'affidavit à l'appui de la demande d'ordonnance provisoire de saisie-arrêt—C'était à elle que revenait le fardeau d'établir clairement les conditions d'application de l'art. 1452—La Couronne ne pouvait dans les circonstances de l'espèce se considérer comme un tiers de bonne foi au sens de l'art. 1452 du C.c.Q.—Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1451, 1452—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 2300.

GADBOIS C. TRANSPORT H. CORDEAU INC.
(ITA-1384-97, notaire Morneau, ordonnance en date du 19-12-97, 17 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Droit maritime—Demande de suspension fondée sur la prétention que la Cour n'a pas compétence pour connaître de l'action relative à un bail de locaux commerciaux (commerce d'articles de pêche et centre de réservation pour l'affrètement de bateaux) à Granville Island, dans False Creek, une partie du port de Vancouver, le locateur ayant pour sa part loué cet espace de la SCHL—Le locateur a refusé de renouveler la sous-location—Granville Island est constituée en partie de terrains gagnés sur la mer appartenant au gouvernement fédéral et administrés par la SCHL—Selon la demanderesse, l'action était régie par le droit maritime canadien et elle relevait de la compétence de la Cour par application de l'art. 22(1) de la Loi sur la Cour fédérale—Selon la défenderesse, la demanderesse ne satisfaisait pas au critère de compétence établi dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, qui comporte trois volets (il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral; il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales; l'affaire doit être fondée sur une loi du Canada au sens de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867)—En termes simples, la question à trancher est celle de savoir si l'action de la demanderesse doit être caractérisée comme une action pour violation d'une entente maritime, régissant une entreprise maritime commandant l'application du droit maritime canadien, ou comme une action pour violation d'une convention de location d'une propriété riveraine—Demande accueillie—La cause d'action n'est pas expressément visée par l'un des alinéas de l'art. 22(2) de la Loi sur la Cour fédérale—Examen des remarques du juge McLachlin (dissidente) sur le «droit maritime canadien» dans *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210—L'entreprise de la demanderesse et l'opération conclue entre elle et la défenderesse étaient-elles clairement dominées par des considérations d'ordre maritime ou entièrement liées aux affaires maritimes au point qu'elles doivent être régies par le droit maritime canadien et que la Cour a compétence sur elles?—La Cour doit éviter d'empiéter sur toute question qui constitue, de par son caractère véritable, une matière de nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils qui relève essentiellement de la compétence exclusive des provinces—Le bail et sa résiliation, ou son non-renouvellement, et toute violation du bail sont, de par leur caractère véritable, des affaires relevant du droit de la propriété qui appartiennent nettement au domaine de la propriété et des droits civils dans la province et des matières de nature purement locale ou privée dans la province visées par l'art. 92 de la Loi constitutionnelle de 1867—Le Décret confère manifestement à la SCHL la qualité de locateur de Granville Island et la remise d'une copie du bail principal consenti par la SCHL à la défenderesse n'est pas pertinente car elle ne peut donner compétence à des administrés pour faire trancher par la Cour fédérale un litige portant sur un bien, entre un sous-locateur et un sous-locataire—La clause du bail exigeant que le locateur se conforme à la Loi sur la

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Suite

protection des eaux navigables n'est d'aucun secours pour la demanderesse, car elle ne vise pas les rapports contractuels ni les recours applicables à la sous-location d'une terre de la Couronne et elle ne confère aucun droit d'action à la demanderesse—Il n'existait pas de facteur qui conférerait un caractère maritime à l'opération de sorte qu'elle serait clairement dominée par des considérations d'ordre maritime ou qui la lieraient entièrement aux affaires maritimes de façon qu'elle soit régie par le droit maritime canadien—Il s'agissait d'un litige civil portant sur un édifice—Il s'agissait donc d'une matière d'intérêt purement local ou provincial, d'une affaire de droit de propriété entre deux administrés—Il s'agissait nettement d'une matière provinciale sur laquelle les tribunaux de la Colombie-Britannique avaient compétence, du moins dans la mesure où elle n'est pas régie par la clause d'arbitrage stipulée dans le bail—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22(1),(2)—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 92, 101.

CORCOVADO YATCH CHARTERS LTD. C. FORESHORE PROJECTS LTD. (T-153-98, notaire Hargrave, ordonnance en date du 9-2-98, 12 p.)

SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Requête en radiation de l'avis de requête introductive d'instance et en rejet de la demande pour défaut de compétence, défaut de qualité pour agir, prématurité et emploi abusif des procédures de la Cour—Rothmans, Benson & Hedges Inc. avait initialement sollicité une ordonnance annulant la décision du MRN, selon laquelle certains produits du tabac correspondaient à la définition de «bâtonnet de tabac» figurant dans la Loi sur l'accise—La requérante avait présenté quatre échantillons afin d'obtenir une décision anticipée sur la question de savoir si, selon la Loi sur l'accise, il s'agissait de «cigarettes» ou de «bâtonnets de tabac»—Un des produits, le produit «A» était quasi identique à un nouveau produit qui, selon la requérante, devait bientôt être lancé sur le marché par un de ses concurrents, la Imperial Tobacco Ltd.—La requérante a développé ses arguments pour expliquer pourquoi ce produit devrait être considéré comme une «cigarette» plutôt que comme un «bâtonnet de tabac» (le taux d'imposition applicable aux bâtonnets de tabac est d'environ un tiers inférieur au taux applicable aux cigarettes)—Selon la décision anticipée, deux des quatre échantillons, y compris le produit «A», sont des bâtonnets de tabac—La haute direction de Revenu Canada a confirmé cette interprétation—La requête est accueillie—La décision anticipée n'est pas une «décision» au sens de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—Le fait que le

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

—Fin

sous-ministre adjoint ait utilisé le mot «décision» dans son courrier, n'a pas pour effet de transformer l'avis émis par Revenu Canada en une décision au sens de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—Dans la même lettre, le sous-ministre adjoint précisait que le Ministère pouvait revenir sur cette décision—Les décisions anticipées et les interprétations à caractère technique n'ont aucunement, au niveau juridique, pour effet de lier le Ministère et ses décisions anticipées ne lui sont pas opposables—La décision anticipée n'a pour effet ni d'accorder ni de refuser un droit, et n'entraîne aucune conséquence juridique—Il s'agit, tout au plus, d'un avis n'ayant aucune force obligatoire—Étant donné que la compétence *rationae materiae* de la Cour est liée à l'existence d'une «décision» au sens de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, la requête en radiation est accueillie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur l'accise, L.R.C., ch. E-14, art. 6., «cigarette» (mod. par L.C. 1991, ch. 42, art. 6), «bâtonnet de tabac» (mod., *idem*).

ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. C. M.R.N. (T-2393-97, juge Richard, ordonnance en date du 23-1-98, 11 p.)

COURONNE

Subrogation—Requête du demandeur en vertu des Règles 401(1)c), 419(1)a), 1718(3) en vue d'obtenir le rejet de la demande reconventionnelle de la Couronne—Selon le demandeur, la Couronne devrait procéder par une action distincte vu l'absence de connexité entre la demande principale et la demande reconventionnelle—Le demandeur soutient également que certains paragraphes de la demande reconventionnelle (où la Couronne réclame des dommages moraux et exemplaires, et les frais encourus pour remplacer les employés dont le demandeur serait responsable du départ temporaire) ne relèvent pas de la compétence *rationae materiae* de la Cour—Le demandeur, un détenu dans un établissement correctionnel de la Couronne, a logé une action en dommages-intérêts et exemplaires contre cette dernière au motif que les employés de l'établissement auraient sciemment violé ses droits constitutionnels en lui faisant subir des conditions de détention inhumaines—La demande reconventionnelle porte essentiellement sur la même période et soutient plutôt que c'est le demandeur qui, en faisant régner un climat de terreur à l'égard des employés de l'établissement de détention, a été directement responsable du fait que trois employés ont dû quitter leurs fonctions en raison de chocs post-traumatiques ou d'anxiété situationnelle—Ces employés ont été indemnisés par la Couronne en vertu de la Loi sur l'indemnisation des agents de l'État, en vertu de laquelle elle se trouve statutairement subrogée dans les droits desdits employés—Il n'y a pas lieu d'ordonner que la demande reconventionnelle soit instruite séparément—En

COURONNE—Fin

l'espèce, l'examen du comportement des parties l'une envers l'autre pendant la période en question pourra servir à départager les torts—Un même tronç commun de preuve pourra donc être administré lors de l'instruction—De plus, une bonne partie de la demande était déjà au dossier lorsque le demandeur a par le passé déposé des procédures répondant à la demande reconventionnelle—Il lui est donc maintenant interdit de faire appel à la Règle 1718(3)—Ensuite, pour ce qui concerne les dommages moraux et exemplaires, la Cour est compétente à leur égard puisque la Couronne se trouve subrogée dans les droits d'action des employés ainsi indemnisés sous la Loi car ils auraient pu les réclamer au demandeur—Mais la Cour n'est pas compétente pour ce qui concerne les coûts occasionnés par l'absence des trois employés car ce chef de réclamation ne correspond à aucun droit de réclamation qu'auraient pu faire valoir les employés de la Couronne, et le paragraphe en cause sera radié—La requête du demandeur sera autrement rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 401c), 419(1)a), 1718(3)—Loi sur l'indemnisation des agents de l'État, L.R.C. (1985), ch. G-5.

GAUDET C. CANADA (T-1938-97, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 6-2-98, 8 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire à l'encontre du régime d'assurance-emploi constitué en vertu de la Loi sur l'assurance-emploi—Cette demande fait l'objet de deux requêtes—Dans la première requête, la requérante invoque l'art. 18.4(2) de la Loi sur la Cour fédérale pour que sa demande soit instruite comme une action—Dans la seconde requête, les intimés concluent au rejet de la demande de la requérante au motif que cette demande ne porte pas sur une décision, ordonnance ou question particulière—La requérante recherche un jugement déclaratoire à l'encontre de plusieurs gestes généraux des intimés—Ces gestes, qui seraient à la fois illégaux et inconstitutionnels, consisteraient en l'approbation, l'utilisation et l'affectation par les intimés des surplus du compte d'assurance-emploi à des fins autres que le paiement de prestations—Une demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale requiert certaines exigences de base qui sont plus que de simples questions de procédure—Elle doit premièrement viser une décision ou une ordonnance rendue par un office fédéral aux termes des art. 18(1) et 18.1(2) de la Loi sur la Cour fédérale—La présente demande n'identifie pas les dispositions précises de la Loi sur l'assurance-emploi—Elle semble identifier la source première et unique de son attaque directement dans ces dispositions législatives et non en fonction d'une décision prise par un office fédéral—Il ne saurait être question pour cette partie de la demande d'une décision d'un office

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

fédéral—La demande entière mériterait pour cette seule raison d'être rejetée—La demande vise plusieurs gestes de l'exécutif sans jamais véritablement en circonscrire un par sa date et ses particularités—La demande ne respecte pas le cadre d'une demande de contrôle judiciaire et doit être rejetée—Requête en rejet de l'intimé accueilli—Loi sur la Cour fédérale, R.S.C., 1985, ch. F-7, art. 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1(2) (édicte, *idem*, s. 5), 18.4(2) (édicte, *idem*)—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23.

CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX C. CANADA (COMMISSION DE L'ASSURANCE-EMPLOI (T-2586-97, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 3-2-98, 10 p.)

DROIT MARITIME**PRATIQUE**

Les demandeurs, qui sont propriétaires d'un chargement de gaines thermorétractables, demandent un jugement sommaire contre les transitaires Leman USA Inc. et Leman Limited, en raison des dommages causés par l'humidité à ces marchandises pendant leur transport dans un conteneur maritime de Bradford (Angleterre) à Chicago (Illinois, États-Unis), le déchargement ayant eu lieu à Montréal (Canada)—Le transport de la cargaison a été assuré aux termes de connaissements nets de Canada Maritime—Selon la clause 2.1 du connaissement, le transitaire accepte la responsabilité énoncée dans les conditions—La clause 6(A)(1) prévoit que le transitaire est responsable de l'endommagement ou de la perte de marchandises survenant entre le moment où il prend lesdites marchandises en charge et celui de la livraison—Les demandeurs soutiennent que la défense des sociétés Leman ne soulève aucune question véritable à trancher à l'instruction, si ce n'est le montant auquel ils ont droit—Les principes généraux applicables aux jugements sommaires sont résumés dans l'arrêt *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853 (1^{re} inst.)—Les avocats des sociétés Leman invoquent l'un desdits principes pour demander à la Cour de refuser de rendre un jugement sommaire, parce que l'ensemble de la preuve ne comporte pas les faits nécessaires pour lui permettre de trancher les questions de fait et qu'il serait injuste de le faire—Les faits que les sociétés Leman ont déjà admis dans leur défense ainsi que le connaissement suffisent en l'espèce à rendre un jugement sommaire contre les transitaires—La perte et les dommages peuvent être établis en l'absence des demandeurs—Un jugement sommaire est rendu en faveur des propriétaires et contre les transitaires, étant donné qu'aucune question sérieuse à trancher à l'instruction n'existe entre eux.

CANUSA SYSTEMS LTD. C. CANMAR AMBASSADOR (LE) (T-459-95, juge Dubé, jugement en date du 16-2-98, 8 p.)

DROIT MARITIME—Suite

Appel et appel incident de la décision du juge des requêtes (1997), 130 F.T.R. 284, accueillant en partie une requête en jugement sommaire demandant le rejet d'une réclamation en exécution intégrale d'un contrat de vente de navire—Le juge des requêtes a conclu à bon droit que l'appelant n'avait pas démontré que l'exécution intégrale était le redressement approprié dans les circonstances—Ce redressement ne pouvait être demandé étant donné que le titre de propriété avait été transféré à l'intervenant en sa qualité d'acheteur de bonne foi à titre onéreux et sans connaissance préalable des transactions antérieures—La requête de l'intervenant est accueillie étant donné que la conclusion du juge des requêtes selon laquelle l'intervenant était un acheteur de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable, aurait dû l'amener à conclure que la saisie n'était plus nécessaire du fait que le bateau ne pouvait plus être utilisé pour servir de paiement au cas où l'intimée Baker serait condamnée à des dommages-intérêts—Appel rejeté, appel incident accueilli.

GLEASON C. DAWN LIGHT (LE) (A-438-97, juge McDonald, J.C.A., jugement en date du 23-1-98, 3 p.)

PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

La demanderesse, qui est créancière hypothécaire, cherche à recouvrer sur le produit de la vente du vraquier et porte-conteneurs *Nel* toute somme en excédent de la somme, intérêts de deux ans au taux de 7,5 % compris, propre à désintéresser les créanciers privilégiés—Une pratique observée par la Cour consiste à déboursier, sur le produit de la vente, les fonds qui excèdent visiblement le montant nécessaire pour garantir le désintéressement des créanciers privilégiés—Cette procédure est soumise à des règles strictes: celui qui demande un paiement anticipé doit produire l'état de tous les autres créanciers; le produit d'une vente ne doit pas normalement être distribué avant que toutes les réclamations ne soient soumises à la Cour—Tous les réclamants sont maintenant connus de la Cour—En l'espèce, l'annonce de recherche des créanciers privilégiés a été publiée en bonne et due forme—Le délai de dépôt des réclamations auprès de la Cour est expiré—La Règle 1008(2) des Règles de la Cour fédérale exclut toute demande qui n'a pas été déposée dans le délai imparti—Il faut faire une distinction avec la décision *Vrac Mar Inc. c. Le navire «Norsland»*, [1972] C.F. 430, où il a été jugé que les rangs et montants doivent être déterminés tout à la fois—Il y a bien plus d'argent dans le compte en fiducie qu'il n'en faut pour désintéresser tous les créanciers privilégiés—Le paiement à la demanderesse, qui a pris l'initiative de mettre le produit de la vente du *Nel* à la disposition des créanciers, est une approche raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances—Il ne crée aucun précédent—Autoriser le paiement juste en vertu d'un jugement par défaut, sans mettre à l'épreuve le témoignage par affidavit du créancier

DROIT MARITIME—Fin

reconnu par jugement pourrait aboutir à des abus dans certaines circonstances, mais, en l'espèce, le propriétaire du *Nel* l'a complètement abandonné et n'a pris aucune part dans la procédure—Le montant de la garantie a été fixé en présumant que les prétentions de chacun d'eux seront reconnues—La règle empirique qui posait par le passé, que la garantie d'une réclamation, intérêts et frais y compris, doit être une fois et demie le montant de cette réclamation a été rejetée—Bien que ce chiffre puisse, par hasard, convenir à un moment donné, il faut fixer le montant de la garantie compte tenu du moment et des circonstances de chaque cas—Le taux d'intérêt accordé est de 12 %—Pour ce qui est des frais et dépens, par suite de la modification du tarif des frais taxables, les frais et dépens recouvrables se rapprochent maintenant des frais et dépens effectivement subis—Comme les questions sont sérieuses et complexes en ce qui concerne le droit à la participation, le quantum et le rang, la provision pour frais et dépens sera de 100 000 \$—La demanderesse doit déposer l'engagement de rembourser toute fraction de son avance qui serait nécessaire pour couvrir les droits et priorités reconnus le moment venu par la Cour—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1008(2).

GOVERNOR AND CO. OF THE BANK OF SCOTLAND C. NEL (LE) (T-2416-97, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 5-2-98, 12 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Appel d'une décision de la Section de première instance ([1996] 2 C.F. F-69) faisant droit à la demande de contrôle judiciaire, concluant que l'appelante n'avait pas compétence à l'égard des six plaintes dirigées contre le ministère des Transports—Les plaignants sont des personnes à qui les Chemins de fer nationaux du Canada ou le Canadien Pacifique ont refusé un emploi comme garde-freins/agent de triage ou agent de train en raison de leur incapacité à satisfaire aux normes d'acuité visuelle prévues dans le Règlement sur l'examen de la vue et de l'ouïe des employés de chemin de fer—Les plaintes étaient fondées sur les art. 7 et 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—L'appel reposait fondamentalement sur la prétention que le juge des requêtes a eu tort d'interpréter les art. 7 et 10 de la Loi comme étant limité aux relations entre un employeur réel ou éventuel et un employé réel ou éventuel, donnant ainsi plein effet au fait que le Ministère n'était de toute évidence pas l'employeur réel ou éventuel de ces personnes—L'appelante a soutenu que l'art. 7 parle non seulement de moyens directs, mais de moyens indirects—L'appelante a en outre soutenu que ce concept devrait être élargi davantage, et les éléments invoqués à l'appui étaient les suivants: a) le rôle joué par le Ministère dans l'adoption et la mise en œuvre du Règlement, qui constitue la cause de la discrimination; b) le statut quasi constitutionnel des disposi-

DROITS DE LA PERSONNE—Suite

tions législatives sur les droits de la personne qui fait en sorte que ces dispositions doivent recevoir une interprétation fondée sur l'objet visé; c) les nombreuses situations, de nos jours, où des contrats de travail ne visent pas strictement des employeurs et des employés; d) l'importance de garantir une réparation qui trouvera la cause de la discrimination et la supprimera—Si impérieux qu'ils puissent paraître, ces éléments ne permettaient pas à la Commission ni aux cours de justice de remanier la Loi canadienne sur les droits de la personne—Les art. 7 et 10 de la Loi ne pourraient pas résister à une interprétation assez large pour englober le Ministère, qui n'est pas responsable, en définitive, de l'existence du Règlement—Un ministère ne peut pas être tenu responsable envers la Commission d'une disposition discutabile d'un règlement pour la seule raison que le législateur le charge d'appliquer la loi en vertu de laquelle ce règlement a été valablement pris par le gouverneur en conseil—Il se peut qu'il soit tout à fait approprié de contester la validité du Règlement en s'appuyant sur les principes et les idéaux qui sous-tendent les droits de la personne, mais sauf une intervention directe par laquelle des modifications seraient proposées en vertu de l'art. 27(1)g de la Loi, seule une cour de justice pourrait être invitée à déclarer ce règlement inconstitutionnel—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10, 27(1)g—Règlement sur l'examen de la vue et de l'ouïe des employés de chemin de fer, C.R.C., ch. 1173.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BOUVIER (A-461-96, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 10-2-98, 6 p.)

Appel de la décision par laquelle la Section de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire d'une décision de la CCDP rejetant la plainte qui avait été présentée contre la GRC—Appel rejeté (le juge en chef Isaac étant dissident)—Le juge Linden, J.C.A.: il y a lieu de souscrire à la décision de la Section de première instance, mais non aux motifs de la Commission—Les avocats étaient d'accord pour dire que la Commission n'avait aucune obligation d'informer le plaignant qu'elle était légalement autorisée à rejeter une plainte conformément à l'art. 44(3)b(i) de la Loi—Le principe selon lequel la Commission n'est pas tenue de suivre la recommandation de l'enquêteur, soit de désigner un conciliateur conformément à l'art. 47(1) de la Loi, n'est pas non plus remis en question—La principale question en litige est de savoir si, compte tenu de ces faits particuliers, la Commission a commis un déni d'équité procédurale—Le plaignant, qui portait un stimulateur cardiaque, s'est vu refuser la possibilité de présenter une demande auprès de la GRC à cause des opinions désuètes que cette dernière avait au sujet des connaissances médicales existantes—Après qu'une plainte eut été portée auprès de la CCDP, la GRC a finalement reconnu (5 ans plus tard) s'être trompée et a fait une offre de transaction: le plaignant

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

pouvait poser sa candidature et s'est vu offrir la somme de 2 000 \$ à titre de dommages-intérêts—Le plaignant, qui avait entrepris une nouvelle carrière, estimait que le montant offert était insuffisant et a demandé à comparaître personnellement devant la Commission (il n'a jamais été représenté par un avocat au cours des procédures devant la Commission)—Après que l'enquêteur eut présenté un rapport recommandant de nommer un conciliateur, la Commission a décidé que l'examen de la plainte n'était pas justifié—Compte tenu des circonstances précises de cette affaire complexe et confuse, l'équité exigeait que la situation véritable soit expliquée au plaignant et qu'une possibilité de présenter des observations lui soit ensuite donnée—La norme d'équité n'a pas été respectée—Les présents motifs ne visent pas du tout à influencer sur la décision que la Section de première instance a rendue dans l'affaire *Fortin c. Canadien Pacifique Limitée* (1996), 116 F.T.R. 225, dont les faits sont très différents de ceux de la présente espèce, et qui fait l'objet d'un appel devant la C.A.F.—La Commission a toujours été de bonne foi, et ce, même si sa procédure laissait à désirer—Il a été conseillé aux parties d'arriver à une entente; si elles ne réussissent pas à le faire, la Commission acceptera sans doute, en examinant de nouveau l'affaire à la lumière de ces motifs, la recommandation figurant dans le rapport et désignera un conciliateur—Le juge en chef Isaac (dissident): l'appel devrait être accueilli—Pourquoi la Commission devrait-elle désigner un conciliateur conformément à l'art. 47(1) de la Loi afin de tenter de régler la plainte lorsque la cause a été éliminée et qu'il reste uniquement à régler la question de l'indemnité pécuniaire?—En outre, il était évident que ni l'une ni l'autre des parties n'était prête à céder sur la question du dédommagement—La décision que la Commission a rendue était l'unique décision rationnelle qu'il lui était loisible de rendre dans les circonstances, étant donné que la GRC avait éliminé la cause de la plainte initiale de l'intimé et qu'il semblait peu probable qu'on en arrive à une transaction qui convienne à l'intimé sur le plan pécuniaire—La décision de la Commission n'était ni déraisonnable ni inéquitable sur le plan de la procédure ou au fond—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 44(3)b(i) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 64), 47(1).

HERBERT C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (A-712-96, juge Linden, J.C.A., juge en chef Isaac (dissident), jugement en date du 20-1-98, 14 p.)

FONCTION PUBLIQUE**APELS**

Demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision d'un comité d'appel—Un premier appel a été accueilli au motif que le jury de sélection avait omis d'évaluer des exigences importantes en ce qui a trait aux connaissances liées au poste—La Commission de la fonction publique a

FONCTION PUBLIQUE—Suite

indiqué que quelques-unes des connaissances requises avaient déjà été suffisamment évaluées, bien que de façon indirecte, et a enjoint au jury de sélection de procéder à une évaluation supplémentaire des candidats au sujet de certains aspects seulement des connaissances requises—Par suite de cette nouvelle évaluation, une nouvelle liste d'admissibilité semblable à la première a été établie—Un deuxième appel a été accueilli au motif qu'il n'était pas loisible à la CFP de décider, contrairement aux conclusions du premier comité d'appel, qu'une partie des connaissances requises avait déjà été évaluée et que la nouvelle évaluation porterait seulement sur certains aspects des dites connaissances—La CFP a ordonné une évaluation supplémentaire des aspects des connaissances qui n'avaient pas été évaluées directement après la décision du premier comité d'appel—Cette décision a donné lieu à une nouvelle liste d'admissibilité sur laquelle les noms des quatre mêmes candidats étaient inscrits dans le même ordre—Un troisième appel a été rejeté au motif que, selon les art. 21(3) et (4) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, les requérants n'avaient pas le droit de soulever, dans le troisième appel, des motifs qui n'étaient pas clairement liés aux mesures correctives que la Commission a prises après le deuxième appel—L'art. 21(3) prévoit que la Commission peut prendre toute mesure qu'elle juge indiquée pour remédier à toute irrégularité signalée par le comité relativement à la procédure de sélection—L'art. 21(4) énonce qu'une nomination consécutive à une telle mesure ne peut faire l'objet d'un appel conformément à l'art. 21(1) qu'au motif que la mesure prise est contraire au principe de la sélection au mérite—Au cours de l'audition du troisième appel, les requérants ont tenté de soulever trois nouveaux arguments—Sur le plan littéral, les requérants font valoir que tout manquement au principe de la sélection au mérite peut être contesté dans le cadre d'un deuxième appel ou d'un appel subséquent étant donné que, s'il peut être prouvé que le meilleur candidat n'a pas été choisi, il sera évident que les mesures correctives sont contraires à la sélection au mérite—Sur le plan contextuel, les requérants soutiennent que la réserve de candidats possibles a considérablement augmenté, ce qui nécessitait la tenue d'un nouveau concours dans la mesure où un comité d'appel avait jugé le concours initial irrégulier—La demande est rejetée—Bien que la version anglaise de l'art. 21(4) soit ambiguë, la version française indique sans l'ombre d'un doute que le seul appel autorisé dans ces circonstances est l'appel fondé sur l'allégation selon laquelle les mesures correctives étaient contraires au principe de la sélection au mérite—Étant donné que cette interprétation est compatible avec une façon de comprendre la version anglaise, la règle du bon sens exige qu'elle soit retenue—L'art. 21(3) concerne les irrégularités et les mesures prises pour y remédier—Un appel supplémentaire fondé sur l'art. 21(4) peut porter uniquement sur les répercussions de ces mesures sur les irrégularités en question—Les nouveaux motifs que les requérants ont invoqués devant le troisième comité d'appel ne respectent pas ce critère—Quant aux arguments liés au

FONCTION PUBLIQUE—Fin

contexte, le principe de la sélection au mérite exige la nomination du candidat le plus qualifié—Toutefois, les qualités ne sont pas des statistiques—La «réserve» de candidats admissibles sera toujours fluide—Le principe de la sélection au mérite n'exige pas que chaque nomination soit constamment réexaminée à la lumière de circonstances changeantes—Les impératifs liés au principe de la sélection au mérite doivent entrer en jeu à l'occasion seulement, lorsqu'il est nécessaire de procéder à des nominations et à des promotions ou à des compressions des effectifs—Il ne s'agit pas de savoir si le principe de la sélection au mérite doit être respecté, mais plutôt de décider à quel moment les mérites respectifs des personnes concernées doivent être évalués—Les art. 21(3) et 21(4) énoncent simplement que, lorsque la Commission décide de prendre des mesures correctives plutôt que de revenir au point de départ et de lancer un nouveau concours, le moment pertinent pour l'évaluation du mérite des candidats demeure le même—Lors du deuxième appel, les mesures correctives sont évaluées sur le plan de leur conformité avec le principe de la sélection au mérite, mais aucune autre question, qu'elle ait été ou non soulevée lors du premier appel, ne peut être examinée—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16).

JOHNSON C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL)
(T-601-97, juge Hugessen, jugement en date du
16-2-98, 11 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU**

Appel d'une décision de la Section de première instance ((1995), 100 F.T.R. 73) maintenant l'action de l'intimée à l'encontre d'une cotisation d'impôt émise par le ministre du Revenu national pour l'année d'imposition 1986—Il s'agit de savoir si l'intimée devait inclure dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 1986 la partie non reçue des primes annuelles d'assurances souscrites, qui étaient payables par voie de retenue sur le salaire et qui s'appliquaient en partie à une année financière subséquente—L'intimée se spécialise dans l'assurance générale—Ses polices sont émises sur une base annuelle à sa clientèle gouvernementale notamment par voie de retenues sur le salaire—En vertu de l'art. 20(7)c) de la Loi de l'impôt sur le revenu, l'intimée pouvait réclamer une réserve jusqu'à 82 % des primes non gagnées au 31 décembre 1986—Elle n'a pas inclus dans son revenu, et dans la réserve qu'elle a réclamée, la partie non reçue des primes annuelles souscrites dont le mode de paiement était la retenue sur le salaire—Appel accueilli—Juge Létourneau, J.C.A.: le revenu d'entreprise d'un contribuable pour une année d'imposition se définit, en vertu de l'art. 9(1) de la Loi, comme le bénéfice

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

que ce contribuable en tire pour cette année et comprend à la fois les sommes reçues et à recevoir—L'art. 12 de la Loi confirme l'obligation d'inclure dans le calcul du revenu les sommes à recevoir—Il ressort de la jurisprudence que le montant dû doit être déterminé—L'intimée possédait à l'égard des polices souscrites, mais dont le paiement de la prime se fait par voie de retenue sur le salaire, un droit certain et inconditionnel à la prime dont le montant est prédéterminé et accepté par les parties—Les art. 2570 et 2571 du Code civil du Bas-Canada énoncent sans équivoque que l'assureur a droit à la prime lorsque le risque commence et qu'il peut alors réclamer le paiement de la prime—La facturation n'est pas génératrice de la dette et, contrairement à ce que prétend l'intimée, n'est pas un élément déterminant de la définition d'une somme à recevoir prévue à l'art. 9(1) de la Loi—La prétention de l'intimée selon laquelle une somme due ne peut constituer une somme à recevoir pour une année d'imposition que si les services ont été rendus dans cette année d'imposition est irrecevable—L'inclusion, dans le revenu d'entreprise d'un contribuable, des sommes à recevoir se fait en vertu de l'art. 9(1) de la Loi et l'art. 12(1) vise à élargir et non restreindre la portée de l'inclusion de l'art. 9(1) de sorte que ce qui est inclus à l'art. 9 ne peut désormais en être exclu—Il n'y a pas lieu, en droit fiscal, de distinguer entre les primes reçues dans l'année à l'égard d'un contrat d'assurance qui se poursuit l'année suivante et les primes à recevoir à l'égard d'un contrat qui se poursuit l'année suivante—Le fait qu'un contrat d'assurance terrestre de dommages puisse être qualifié de contrat à exécution successive n'affecte aucunement la définition de revenu d'entreprise contenue à l'art. 9 de la Loi—Les contrats d'assurance en cause ne constituent pas une fourniture de services au sens de l'art. 12(1)b) de la Loi, mais plutôt une vente de biens—Le contrat d'assurance n'est pas, en droit civil québécois, un contrat de location de biens ou de services—Il s'agit d'un contrat de vente *sui generis* en vertu duquel l'assuré achète une indemnité payable en cas de réalisation du risque couvert par l'assurance de dommages en question—Ce droit à une indemnité vendu par l'intimée en 1986 constitue un bien au sens de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'effet combiné de l'art. 20(7)c) de la Loi et des art. 1400 et 1404 du Règlement de l'impôt sur le revenu est de permettre à l'intimée, dans le calcul de son bénéfice net tant pour les fins fiscales que comptables, de déduire des primes nettes souscrites en 1986 une provision pour les primes qui n'ont, de fait, pas été gagnées au 31 décembre de cette année—Ces dispositions confirment que l'intimée doit inclure dans son revenu de 1986 le montant total des primes souscrites au cours de cette année même si la couverture du risque s'étend à l'année subséquente—Le montant total de la prime est dû à la signature du contrat et fait donc partie des revenus de l'intimée—Juge Denault, J.C.A. (de droit): le juge de première instance a erré en droit en concluant que les sommes provenant des retenues salariales effectuées en 1987, dans la mesure où elles avaient trait à une protection d'assurance accordée «en dehors de l'année d'imposition en

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

cause», ne pouvaient constituer, pour la compagnie d'assurance, un bénéfice au sens de l'art. 9(1) de la Loi, pour son année d'imposition 1986—L'interprétation donnée par le juge de première instance aux art. 9 et 12(1)b) de la Loi n'est pas conforme à la lettre et à l'esprit de la Loi, ni à l'interprétation donnée par la Cour—Restreindre l'application de l'art. 12(1)b) et, par voie de conséquence, le bénéfice tiré par le contribuable de son entreprise au sens de l'art. 9 de la Loi constituait une erreur—Le libellé et la structure de ces dispositions législatives ne justifiaient pas qu'on exclue ainsi les sommes reçues en 1987 pour une police contractée en 1986—Juge Desjardins, J.C.A.: les art. 2570 et 2571 du Code civil du Bas-Canada font de la prime une «somme recevable» ou un «recevable» au sens juridique du terme, et ce, dès la mise en vigueur de la police—Une somme est dite «recevable» en droit fiscal lorsque quelqu'un a «un droit certain de la recevoir», qu'il peut en exiger le paiement et que la somme est déterminée—Dans un mode de comptabilité d'exercice, la somme totale de la prime annuelle d'un contrat entré en vigueur en 1986 doit être portée au revenu de l'intimée durant son année financière 1986 en vertu de l'art. 9 de la Loi de l'impôt sur le revenu, que cette somme totale ait été exigée ou non durant cette période—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 9(1), 12(1)b) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 4), 20(7)c) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 14(3))—Code civil du Bas-Canada, art. 2570, 2571—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 1400, 1404.

LA CAPITALE, COMPAGNIE D'ASSURANCE GÉNÉRALE C. CANADA (A-612-95, juges Denault (de droit), Desjardins et Létourneau, J.C.A., jugement en date du 6-2-98, 30 p.)

Demandes de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Cour de l'impôt a refusé d'accorder au requérant le crédit d'impôt pour déficience prévu aux art. 118.3(1)a.1) et 118.4(1)c) de la Loi de l'impôt sur le revenu—En vertu de l'art. 118.3(1)a.1), le contribuable a droit à un crédit d'impôt pour déficience mentale ou physique si les effets de sa déficience sont tels que sa capacité d'accomplir une activité courante de la vie quotidienne est limitée de façon marquée—En vertu de l'art. 118.4, la personne est atteinte d'une déficience grave et prolongée si sa capacité d'accomplir une activité courante de la vie quotidienne est limitée de façon marquée—Il s'agit de déterminer si, en raison d'une déficience physique grave et prolongée, la capacité du requérant de marcher, de s'alimenter et de s'habiller est limitée de façon si marquée que l'on peut dire que celui-ci est incapable d'accomplir une activité courante de la vie quotidienne ou qu'il est incapable d'accomplir une telle activité sans y consacrer un temps excessif—Le requérant est né atteint d'une déficience congénitale, la dysplasie spondiloépiphyse, qui empêche les articulations du corps de se former normalement—Il a eu plusieurs graves problèmes de santé liés directement ou indirectement à la dyspla-

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

sie spondiloépiphyssaire, dont il est atteint—On a remplacé ses deux hanches, enlevé le cartilage de son genou gauche, et fracturé et remplacé ce genou—Il s'est procuré divers appareils, dont certains ont été installés dans sa maison, qui lui permettent d'accomplir certaines activités courantes de la vie quotidienne—Le juge de la Cour de l'impôt a conclu, bien que la déficience du requérant fût grave et prolongée, que la capacité de celui-ci de marcher, de s'alimenter et de s'habiller n'était pas, en 1992 et 1993, limitée de façon marquée au sens de l'art. 118.4(1)b) et qu'il n'avait donc pas droit au crédit pour déficience pour ces années d'imposition—L'objectif des art. 118.3 et 118.4 ne vise pas à indemniser la personne atteinte d'une déficience mentale ou physique grave et prolongée, mais plutôt à l'aider à défrayer les coûts supplémentaires liés au fait de devoir vivre et travailler malgré une telle déficience—Il a été défini que l'expression «limitée de façon marquée» renvoyait à l'incapacité d'une personne, en tout temps ou presque, même avec des soins thérapeutiques et l'aide des appareils et des médicaments indiqués, d'accomplir une activité courante de la vie quotidienne—En outre, on considère que la capacité d'une personne est limitée de façon marquée si cette dernière doit consacrer un temps excessif pour accomplir une telle activité—L'expression «temps excessif» renvoie à un temps beaucoup plus long que celui que doivent normalement consacrer à ces activités des personnes en santé—L'art. 118.4 mentionne clairement qu'il est entendu qu'aucune autre activité, y compris le travail, les travaux ménagers et les activités sociales ou récréatives, n'est considérée comme une activité courante de la vie quotidienne—Bien que le réclamant n'ait pas droit au crédit d'impôt si la déficience dont il est atteint l'empêche d'avoir des rapports sociaux ou de s'adonner à des activités récréatives, il ne peut être pénalisé et privé du crédit s'il est capable d'établir des rapports sociaux ou de s'adonner à des activités récréatives—Il peut ressortir de la nature des activités sociales ou récréatives du réclamant que sa capacité de marcher, de s'habiller ou de s'alimenter n'est pas limitée de façon marquée—Ce n'est pas le mode de vie comme tel du réclamant qui est pertinent pour évaluer l'incapacité de ce dernier, mais plutôt la nature, la durée et la fréquence de toute autre activité à laquelle il s'adonne, étant donné que le fait d'accomplir une telle autre activité peut contribuer à établir que sa capacité d'accomplir les activités courantes de la vie quotidienne n'est pas limitée de façon marquée—Le juge de la Cour de l'impôt pouvait à bon droit tenir compte d'autres activités du requérant, tel le fait de conduire son auto et de se déplacer souvent pour aller jouer au bridge ou recevoir des soins thérapeutiques, mais il a commis une erreur lorsqu'il a conclu, sur la question de la marche, que le requérant n'avait pas droit au crédit d'impôt pour déficience vu qu'il marchait beaucoup et que la déficience dont il était atteint ne l'affectait pas toujours ou presque toujours—Il ressort de la preuve que le requérant éprouve énormément de difficulté à marcher, qu'il doit se servir d'une ou de deux cannes ou encore de mains courantes pour

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

parcourir de courtes distances, qu'il se sert d'un fauteuil roulant pour ses déplacements plus importants, qu'il ne marche que si cela est nécessaire, que, dans le meilleur des cas, il ne peut marcher sur plus de 50 pieds, et que son état l'empêche parfois même de sortir du lit—Il ressort de la preuve que la capacité du requérant de marcher est limitée de façon marquée en raison du temps excessif qu'il consacre invariablement à cette activité—Le juge de la Cour de l'impôt a défini de façon trop restrictive le fait de «s'alimenter» et de «s'habiller»—La notion de «s'alimenter» implique la capacité d'apprêter un repas conforme à un régime alimentaire imposé à des fins médicales, régime qui, de concert avec des médicaments, vise à maintenir l'état de santé d'une personne ou, du moins, à en empêcher la détérioration—Le requérant ne peut, de façon générale, préparer de la nourriture, à plus forte raison la nourriture que requiert son état de santé et les médicaments qu'il prend—Il a besoin d'aide pour apprêter ses repas chaque jour—Son état de santé l'empêche, de 10 à 12 jours par mois, de sortir du lit—Le requérant est incapable de s'alimenter au sens de la Loi—La notion de s'habiller ne se limite pas au simple fait de se vêtir et de se dévêtir, encore qu'il ne soit pas nécessaire qu'elle englobe le lavage et le séchage des vêtements—La notion de s'habiller comprend la capacité d'accomplir les activités élémentaires d'hygiène personnelle qui y sont liées, telles le fait de se raser et de prendre un bain—La preuve établit clairement que le requérant consacre un temps excessif (de deux à deux heures et demie) le matin à s'habiller et à se préparer à passer la journée—Le temps que le requérant met à surmonter les effets de sa déficience (c.-à-d. le temps qu'il consacre à ses exercices) en vue d'être capable d'accomplir une activité courante de la vie quotidienne comme celle-là fait partie du temps excessif qu'il consacre à s'habiller—Le juge Marceau est en désaccord avec l'avis du juge Létourneau sur ce que signifie le fait de s'alimenter et de s'habiller, mais il souscrit à l'analyse de ce dernier en ce qui a trait à la capacité limitée de façon marquée du requérant de marcher—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 118.3(1)a.1) (édité par S.C. 1988, ch. 55, art. 92; 1991, ch. 49, art. 90), 118.4 (édité par S.C. 1988, ch. 55, art. 92; 1991, ch. 49, art. 91).

JOHNSTON C. CANADA (A-347-97, A-348-97, juges Létourneau, Marceau, J.C.A., jugement en date du 6-2-98, 19 p.)

Déductions

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a accueilli en partie l'appel du défendeur pour son année d'imposition 1987, en permettant la déduction des intérêts versés sur une partie de l'emprunt qu'il avait contracté le 24 mars 1986—Le 5 juillet 1985, le défendeur obtint de la Banque Nationale du Canada un prêt de 65 625 \$, garanti par une hypothèque sur sa résidence principale à Rosemère, Québec—Il avança ladite somme de 65 625 \$ à Argus

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

Mazda à titre d'avance par un administrateur—Le 24 mars 1986, le défendeur avait obtenu de la Banque Royale du Canada un prêt de 151 700 \$ afin d'acquiescer un immeuble à Gatineau, Québec—Pour son année d'imposition 1987, le défendeur a réclamé, à titre de déduction, le montant de 15 360,32 \$ versé à la Banque Royale à titre d'intérêts sur l'emprunt contracté le 24 mars 1986—La Cour canadienne de l'impôt a permis la déduction des intérêts versés sur une partie de cet emprunt, soit sur la somme de 65 625 \$—Il s'agit de savoir si les intérêts versés par le défendeur sur la somme de 65 625 \$, constituant une partie de la somme de 151 700 \$ qu'il a empruntée le 24 mars 1986, peuvent être déduits de son revenu imposable—Dans l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, la Cour suprême du Canada a souligné l'exigence légale fondamentale selon laquelle la «déductibilité des intérêts est conditionnelle à l'utilisation de l'argent emprunté à des fins précises productives de revenu»—C'est l'utilisation actuelle et non pas l'usage primitif des fonds empruntés qui détermine l'admissibilité à une déduction—Le raisonnement de la Cour suprême dans *Bronfman Trust* appuie la position du contribuable—L'emprunt hypothécaire de 65 625 \$ sur la première résidence du défendeur lui a permis d'utiliser cet argent en vue de tirer un revenu de sa nouvelle entreprise à Hull—Il existe des circonstances exceptionnelles dans lesquelles, selon une appréciation réaliste des opérations du contribuable, il convient, en raison de l'effet indirect sur sa capacité de gagner des revenus dans son entreprise située à Hull, de lui permettre de déduire l'intérêt sur les fonds empruntés pour un usage inadmissible, soit l'acquisition de sa nouvelle résidence à Gatineau—La fin réelle visée par le contribuable en utilisant les fonds concernés était de gagner un revenu—Appel rejeté.

CANADA C. GRENIER (T-1193-92, juge Pinard, jugement en date du 3-2-98, 11 p.)

Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt au sujet du montant de la déduction pour inventaire que l'appelante a le droit de demander aux termes de l'art. 20(1)gg) de la Loi de l'impôt sur le revenu pour les années d'imposition 1980 et 1981—L'appelante est une société céréalière qui, en plus d'être négociant en grains, exploite différents silos situés dans l'Ouest canadien—L'appelante mélange le grain acheté et le grain stocké pour le vendre dès qu'elle le reçoit d'un producteur à un silo donné—La Cour canadienne de l'impôt a conclu que ce sont les producteurs et non l'appelante qui étaient propriétaires du grain stocké—Elle a aussi conclu que l'appelante n'avait aucun droit de propriété afférent au grain stocké qu'elle a vendu en 1980 et 1981—La question est de savoir si le juge de la CCI a commis une erreur en interprétant comme il l'a fait les dispositions applicables de l'art. 20(1)gg) de la Loi—La question de la propriété du grain est très importante en l'espèce—Il appert de la preuve que l'appelante vendait le grain stocké malgré le fait qu'elle n'en était pas proprié-

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

taire—Même si le grain stocké et le grain acheté étaient mélangés dès la date de livraison, le grain stocké était détenu principalement à des fins d'entreposage et appartenait aux producteurs—Le grain stocké ne constituait pas de l'inventaire «détenu en vue d'être vendu» par l'appelante au sens de l'art. 20(1)gg)—Même si la méthode de comptabilisation des stocks de l'appelante avait pour effet de présumer que le grain stocké était «vendu», l'appelante n'a jamais été en position de le vendre aux termes de la Loi sur les grains du Canada—Elle ne pouvait vendre légalement que le grain qui lui appartenait—Le seul grain «détenu en vue d'être vendu» par l'appelante était le grain acheté—En omettant de déduire les stocks négatifs des stocks positifs de grain acheté à d'autres silos, l'appelante a faussé sa véritable position relativement à ses stocks de grain acheté aux fins du calcul de la déduction pour inventaire prévue à l'art. 20(1)gg)—L'appel est rejeté—Loi sur les grains du Canada, L.R.C. (1985), ch. G-10—Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)gg) (mod. par L.C. 1986, ch. 55, art. 5).

CARGILL LTD. C. CANADA (A-140-96, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 28-1-98, 18 p.)

MARQUES DE COMMERCE**CONTREFAÇON**

Appel du jugement de première instance ([1996] 2 C.F. 694) ayant accueilli l'action de Entreprise U.S. en imitation frauduleuse relativement à l'emploi de la marque de commerce non déposée «Enterprise» en liaison avec des services de location et de crédit-bail de voitures et de camions, et ayant rejeté l'action de Entreprise Canada—Entreprise U.S. utilisait cette marque de commerce aux États-Unis depuis de nombreuses années—Elle alléguait qu'un groupe de sociétés canadiennes liées (Enterprise Canada) avaient enfreint l'art. 7b) de la Loi sur les marques de commerce en employant la marque à son détriment—Dans une seconde action, Entreprise Canada alléguait qu'Enterprise U.S. avait enfreint l'art. 7a) en faisant des déclarations trompeuses tendant à discréditer son entreprise—Le juge de première instance a conclu que lorsque Entreprise Canada a commencé à employer la marque «Enterprise» au Canada, cette marque était déjà connue par de nombreux Canadiens comme étant la marque qu'Enterprise U.S. employait en liaison avec ses services—Il a conclu que, même si à ce moment-là elle n'avait jamais exercé ses activités au Canada, Entreprise U.S. avait néanmoins au Canada une réputation suffisante pour que son action soit accueillie—Lorsque Entreprise U.S. a commencé à employer sa marque au Canada, Entreprise Canada n'avait pas encore employé la marque de façon à générer un achalandage substantiel—Les appelantes ont soutenu que dans le cadre d'une action intentée devant la Cour fédérale en vertu de l'art. 7b), le demandeur qui se

MARQUES DE COMMERCE—Fin

plaint de l'emploi par le défendeur d'une marque de commerce semblable à la sienne doit prouver qu'avant que le défendeur ait commencé à employer cette marque, il l'avait lui-même adoptée conformément aux art. 3, 4 et 5—Appels rejetés—Les art. 3, 4 et 5 n'énoncent pas des règles de fond régissant l'acquisition et l'emploi des marques de commerce—Ces dispositions sont jointes aux art. 2 et 6 sous la rubrique «Définitions et interprétation»—L'art. 2 énonce des définitions—Les art. 3, 4 et 5 sont des dispositions «déterminatives» qui attribuent simplement un sens spécial à certaines expressions—Il faut appliquer ces trois articles lorsqu'on interprète les dispositions de la Loi dans lesquelles figurent ces expressions—Autrement, ils n'ont aucune utilité—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2, 3, 4, 5, 6, 7a), d).

ENTERPRISE RENT-A-CAR CO. C. SINGER (A-240-96, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 11-2-98, 10 p.)

PENSIONS

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des anciens combattants (révision et appel)—Le requérant, qui a 72 ans, est un ancien combattant qui a servi au cours de la Seconde Guerre mondiale dans la Marine canadienne—Alors que son bâtiment faisait relâche près de Naples, en Italie, entre le mois de juillet et le mois d'août 1944, plusieurs membres de l'équipage du navire *Prince Henry*, y compris le requérant, sont atteints de paludisme—Dans son certificat médical de d'immobilisation en 1946, le requérant était déclaré en bonne santé—Les crises qu'il subit en 1952 et 1954 sont traitées par un médecin à Dauphin (Manitoba)—On diagnostique chez lui une colite ulcéraire—Le 6 juin 1959, le requérant dépose une demande de pension conformément aux dispositions de la Loi sur les pensions—La Commission canadienne des pensions estime que l'affection du requérant est postérieure à sa libération de la marine et ne peut pas être attribuée à son service militaire—La décision de la Commission des pensions est portée en appel devant le Comité d'examen qui la confirme—Le Comité d'examen conclut à l'absence de données médicales permettant d'établir un lien entre l'affection intestinale contractée en 1944 et le mal dont le requérant a commencé à souffrir en 1952—En avril 1996, le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) décide, encore une fois, que l'affection du requérant est postérieure à sa libération et n'est aucunement due à son service dans les forces actives—Le Tribunal est maintenant l'unique organisme de révision et d'appel en matière de pensions d'anciens combattants—Les art. 3 et 39 de la Loi sur le tribunal des anciens combattants (révision et appel) obligent le Tribunal à se déterminer en fonction de critères libéraux et de ne pas perdre de vue l'immense dette morale que la nation a contractée envers ceux qui ont servi sous les drapeaux—L'art. 38 donne au Tribunal le pouvoir de solliciter des avis

PENSIONS—Fin

médicaux indépendants sur toute question dont il est saisi—Le Tribunal peut écarter une preuve médicale lorsque le dossier renferme des preuves médicales qui sont contradictoires—Le Tribunal doit tirer toute conclusion raisonnable favorable au requérant—Certains éléments du dossier portent à penser que l'affection intestinale contractée en 1944 était le premier épisode de la maladie dont souffre actuellement le requérant—Le fait d'attribuer les preuves produites à de simples souvenirs ne suffit pas à rendre ces preuves déraisonnables ou non crédibles, à moins de justifier par ailleurs une telle conclusion—Il faut une conclusion expresse que la preuve fondée sur les souvenirs n'est pas crédible—Le dossier contenait des faits concernant le début de la maladie et ses manifestations périodiques, notamment à partir de 1952, ces faits provenant de sources autres que les souvenirs du requérant—Le dossier contenait des preuves selon lesquelles la maladie du requérant remonte au service accompli en temps de guerre—Aucune preuve médicale contredisant la thèse du requérant selon laquelle sa maladie remonterait à l'affection contractée en 1944 en Italie—Il appartient au Tribunal soit de conclure explicitement à la non-crédibilité de la preuve médicale produite à l'appui de la demande du requérant, soit de recueillir ses propres preuves concernant la possibilité que cette affection serait due aux effets du stress, soit encore d'accueillir favorablement la preuve non contredite présentée par le requérant, en tenant compte, dans sa décision, des art. 3 et 39—Le Tribunal a commis une erreur en ne se prononçant pas formellement sur la valeur de la preuve produite—Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour ne peut se fonder que sur les preuves soumises au décideur administratif, auteur de la décision visée, et non pas sur de nouvelles preuves—Il ne s'agit pas d'un procès *de novo*—Lors d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour est appelée non pas à dire si le requérant a effectivement droit à une pension, mais à décider si l'un des motifs prévus à l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale est établi—La demande est accueillie en partie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), L.C. 1995, ch. 18, art. 3, 38, 39.

BRYCHKA C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL)
(T-1695-96, juge MacKay, ordonnance en date du 2-2-98, 21 p.)

PRATIQUE**AFFIDAVITS**

Immigration—Requête en radiation de l'affidavit déposé à l'appui de la demande de contrôle judiciaire présentée par le requérant, sollicitant en même temps la radiation de l'avis

PRATIQUE—Suite

de requête introductive d'instance—Le requérant se trouvait au Canada en vertu d'un visa de visiteur—Il a sollicité la résidence permanente au consulat général du Canada à Buffalo—Il s'est rendu trois fois à Buffalo, venant de Russie à ses propres frais afin d'être interviewé par l'agent d'immigration—En octobre 1997, sa demande est rejetée—Il lui fallait obtenir 70 points, mais le requérant n'en a reçu que 67 (0 sur 10 pour ses connaissances en anglais et 2 sur 10 pour ses qualités personnelles)—Le requérant conteste ces deux appréciations—L'affidavit a été déposé par l'avocate du requérant—La requête est rejetée—(1) Seulement certains aspects mineurs de l'affidavit sont fondés sur le oui-dire; (2) on peut à tout le moins soutenir que la teneur des affidavits déposés dans le cadre de l'examen judiciaire des décisions d'agent des visas est régie non pas par la Règle 332(1) des Règles de la Cour fédérale mais par la Règle 1603 qui est moins restrictive que l'autre; (3) aucune règle n'autorise la radiation de l'affidavit ou d'un avis de requête introductive d'instance dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire; (4) en général, il convient de laisser l'affidavit en question à l'appréciation du juge chargé de trancher la demande sur le fond—La Cour peut rejeter sommairement un avis de requête introductive d'instance lorsque la requête est manifestement si mal fondée qu'elle n'a aucune chance d'aboutir, mais ce n'est pas le cas en l'espèce—Le requérant aura droit aux dépens avocat-client, seule une partie infime de l'affidavit en cause pouvant éventuellement être considérée comme une preuve par oui-dire et la requête devant effectivement être considérée comme frivole—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 332(1), 1603 (mod. par DORS/92-43, art. 19; 94-41, art. 15).

LOMINADZE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4616-97, juge Reed, ordonnance en date du 28-1-98, 11 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Production de documents

Le requérant demandait des documents et des statistiques préparés sous le régime des dispositions relatives à l'équité pour démontrer que le bureau de Penticton, en Colombie-Britannique, applique les dispositions relatives à l'équité de façon incompatible avec leur application dans les autres districts du pays—Le ministre s'est opposé à la communication des documents relatifs aux contribuables, autres que le requérant, au motif qu'ils n'étaient pas pertinents et qu'ils étaient confidentiels—Les Règles 1612 et 1613 ne peuvent être utilisées pour obtenir la divulgation de renseignements confidentiels fournis à un organisme, par un tiers, sans avis à ce tiers—Aucun renseignement statistique ne démontre

PRATIQUE—Suite

comment les dispositions relatives à l'équité fonctionnent dans les différentes régions du pays—En l'absence de telles statistiques, la fourniture de renseignements sur les dossiers provenant de toutes les régions du pays constituerait une entreprise massive qu'un requérant ne peut imposer à un intimé en vertu des Règles 1612 et 1613—L'art. 241 de la Loi de l'impôt sur le revenu interdit à tout fonctionnaire de communiquer à qui que ce soit des renseignements sur un contribuable—L'art. 241(2) prévoit que nul fonctionnaire ne peut être requis, dans le cadre d'une procédure judiciaire, de produire quelque preuve que ce soit touchant des renseignements sur un contribuable—La préparation et la production d'un échantillonnage de renseignements sur les dossiers, généralisé et épuré, irait au-delà des exigences posées par la C.A.F. dans *Québec Port Terminals Inc. c. Canada (Conseil des relations de travail)* (1993), 17 Admin. L.R. (2d) 16, lorsqu'elle a examiné les Règles 1612 et 1613—Les dispositions relatives à l'équité ont pour but de permettre le prononcé de décisions discrétionnaires adaptées à la situation propre à chaque cas—L'intimé est tenu de communiquer au requérant uniquement les documents existants pertinents inclus dans son propre dossier de contribuable—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1612 (éditée par DORS/92-43, art. 19), 1613 (éditée, *idem*)—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 241(1), (2).

VEALE C. M.R.N. (T-159-97, juge Dubé, ordonnance en date du 13-1-98, 4 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Annulation ou modification

Une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié est rejetée par le juge McGillis—Les requérants sollicitent une prorogation des délais afin de demander au juge McGillis de procéder à un nouvel examen de cette décision sous le régime de la Règle 337(5)—Le requérant avait-il une chance raisonnable d'obtenir gain de cause à la suite d'un nouvel examen?—La Règle 337(5) n'est pas là pour permettre à l'une des parties de plaider à nouveau sa cause afin de tenter d'obtenir une issue différente—La Règle ne permet pas non plus à la Cour d'examiner à nouveau les conclusions qu'elle a tirées des éléments dont elle disposait à l'époque—Un nouvel examen ne se justifie que par les motifs prévus dans la Règle—L'omission ou l'inadvertance prévue à la Règle 337(5) s'entend d'une inadvertance de la Cour, et non pas de l'une des parties—Il n'appartient pas aux tribunaux de connaître des allégations d'incompétence visant un avocat—Dans certaines circonstances extraordinaires, l'incompétence de l'avocat peut soulever un problème de

PRATIQUE—Suite

justice naturelle—C'est au requérant qu'incombe la lourde tâche de démontrer que sa cause s'inscrit dans le cadre de cette exception—L'avocat nie tout manquement de sa part et affirme que le problème provient du fait que les requérants n'ont pas déposé en temps utile leur dossier à Montréal—Les requérants n'ont pas démontré l'existence de circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'incompétence de l'avocat est démontrée avec netteté et précision, justifiant un nouvel examen du fait d'un manquement à l'une ou l'autre des exigences de la justice naturelle—L'absence de dossier pouvait-elle être tenue pour une simple irrégularité procédurale et ne pourrait-on donc pas réexaminer le rejet de la demande, décision qui, sans cela, serait définitive?—Une ordonnance devient définitive dès qu'un juge y appose sa signature, sous la seule réserve du recours prévu à la Règle 337—Il n'appartient pas à la Cour de se pencher à nouveau sur la question dans le cadre d'une nouvelle procédure—Les requérants ont permis à l'affaire de suivre son cours sans avoir déposé de dossier—Étant donné l'absence du dossier qui fait partie intégrante de la procédure de contrôle judiciaire, la Cour n'a pu que rejeter la demande—Ce rejet a pris la forme d'un jugement définitif—La requête est rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 337(5)b.

FRENKEL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4428-97, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 26-1-98, 9 p.)

OUTRAGE AU TRIBUNAL

Ordonnance enjoignant à la défenderesse et à James Williams de comparaître pour justifier le non-respect d'un engagement pris envers la Cour le 10 septembre 1997—L'examen du dossier n'a pas permis à la Cour de découvrir l'existence d'un engagement—Le 10 septembre 1997, les parties ont conclu une entente que leurs avocats respectifs ont signée pour leur compte—L'engagement n'a pas été communiqué à la Cour—On l'a uniquement informée du fait qu'une transaction avait été conclue—Une entente conclue entre les parties qui n'a jamais été communiquée à la Cour ne peut être définie comme étant un engagement pris envers la Cour—Lorsqu'un engagement est pris entre les parties mais non envers la Cour, il convient de demander d'abord à la Cour de rendre une ordonnance enjoignant à la partie en cause de respecter l'engagement, puis advenant son défaut, d'intenter des procédures en outrage—La défenderesse et Williams ne sont pas coupables d'outrage au tribunal du fait qu'ils ne se sont pas conformés à l'entente du 10 septembre 1997.

WILLIAMS INFORMATION SERVICES CORP. C. WILLIAMS TELECOMMUNICATIONS CORP. (T-1347-97, juge Reed, ordonnance en date du 5-2-98, 8 p.)

PRATIQUE—Suite**REJET DES PROCÉDURES**

Appel d'un jugement ([1997] 1 C.F. 405) infirmant le refus du ministre de délivrer des licences d'exportation pour certaines grumes—Le ministre a refusé d'examiner plus avant les demandes de licences à moins qu'il ne reçoive à cet effet une recommandation du Comité consultatif de l'exportation du bois en grumes (CCEBG) de la C.-B.—Le CCEBG a par la suite été déterminé que les grumes en question ne constituaient pas un excédent par rapport aux besoins intérieurs de la Colombie-Britannique—Le ministre a refusé de délivrer les licences d'exportation—Le contrôle judiciaire du refus a mené à la décision qui est maintenant portée en appel—Le juge des requêtes a renvoyé l'affaire au ministre appelant pour un réexamen tenant compte de ses motifs—Bien que l'appel ait été interjeté, le ministre n'a pas demandé la suspension de l'ordonnance du juge des requêtes—Après réexamen, le ministre a accordé les licences d'exportation pour la même quantité de grumes que celle qui était prévue dans la demande originale, mais pas pour les mêmes grumes—L'appel est théorique—Le ministre avait déjà réexaminé sa décision initiale et délivré les licences—Aucune décision de la Cour siégeant en appel n'aurait de valeur pratique à l'égard de ce litige particulier, parce que les grumes mentionnées dans la demande originale ont depuis longtemps été vendues sur le marché interne, et que les grumes visées par la licence délivrée après le nouvel examen ne pourraient pas être récupérées—Les critères utilisés par la Cour pour savoir si elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel malgré son caractère théorique sont énoncés dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342—(1) Si l'appel est entendu, on peut s'attendre à ce qu'il soit débattu dans sa totalité avec conviction et selon les principes du système contradictoire—(2) Il y a très peu à gagner à utiliser d'autres ressources judiciaires pour l'audition de cet appel parce que les implications de la décision qui a été portée en appel ne sont pas si importantes—Une personne investie d'un pouvoir discrétionnaire doit exercer ce pouvoir sans l'assujettir à des conditions fixes ni en fait laisser la décision à quelqu'un d'autre qui n'était pas mentionné dans la Loi qui accorde le pouvoir discrétionnaire; c'est là le seul principe en cause et celui-ci n'est pas contesté—Ce qui est contesté, ce sont les conclusions de fait selon lesquelles le ministre s'est lui-même engagé à ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de la délivrance d'une licence à moins d'avoir l'approbation du CCEBG, mais la Cour ne peut décider de cette question dans le cadre de la requête—Il y a des éléments de preuve à l'appui des deux points de vue—Le principe juridique interdisant de faire entrave à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est tout à fait clair et aucun ministre bien conseillé n'aura de difficulté à comprendre comment il doit éviter de faire obstacle, en apparence ou en réalité, à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire—(3) La troisième question, savoir quand et dans quelle mesure

PRATIQUE—Suite

l'exercice des pouvoirs fédéraux doit être lié aux préférences politiques des provinces, est une question qu'il est préférable de laisser à la discrétion du pouvoir politique—Il est loisible au législateur ou au gouverneur en conseil de préciser les conditions relatives à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre, si ces précisions sont nécessaires—Le juge des requêtes a souligné, à bon droit, que le ministre ne devrait tenir compte que des faits et des conseils pertinents à l'objet pour lequel le pouvoir discrétionnaire a été conféré—Les grumes ont à l'origine été placées dans une liste de marchandises d'exportation contrôlée pendant la Deuxième Guerre mondiale en vertu du pouvoir du gouverneur en conseil, aux termes de l'art. 3e) de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation, pour s'assurer d'un approvisionnement et d'une distribution de cet article en quantité suffisante pour répondre aux besoins canadiens, notamment en matière de défense—La Cour a déjà entériné l'utilisation de l'art. 3b) pour appuyer le contrôle des exportations de courtes planches de cèdre de la Colombie-Britannique afin de favoriser leur transformation dans la province pour en faire du bardeau ordinaire et du bardeau de fente dans *Teal Cedar Products (1977) Ltd. c. Canada*, [1989] 2 C.F. 158 (C.A.)—Si le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire pour décider s'il doit refuser les licences d'exportation pour des grumes figurant dans une liste établie en vertu de l'art. 3b), il peut demander l'avis d'un organisme tel que le CCEBG, sans toutefois avoir besoin de son approbation—Cette conclusion du juge des requêtes ne fait ressortir aucun nouveau principe de droit et il n'y aurait aucun avantage durable à ce que la Cour révise ses conclusions de fait ou ses conclusions mixtes de fait et de droit sur ce point—La Cour refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre cet appel théorique—Appel rejeté—Loi sur les licences d'exportation et d'importation, L.R.C. (1985), ch. E-19, art. 3b), e).

K. F. EVANS LTD. C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES) (A-924-96, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 29-1-98, 8 p.)

PRATIQUE—Fin

SIGNIFICATION

Requête *ex parte* fondée sur la Règle 310(1) en vue d'obtenir une ordonnance de signification substitutive au défendeur à la fois de la déclaration et du mandat de saisie du navire du défendeur (un bateau de pêche de 35 pieds)—Le bateau se trouvait bien à l'intérieur des terres, chez le défendeur, à Nanaimo (C.-B.)—La tentative de signification au défendeur à cet endroit a échoué lorsque la personne de sexe masculin qui y résidait a menacé de détacher son rottweiler de grande taille et agressif—Requête accueillie—L'approche traditionnelle veut que la signification substitutive soit inappropriée dans le cas d'une procédure *in rem*—La méthode traditionnelle qui consiste à fixer un document au grand mât avise de nombreuses parties intéressées—Selon la Règle 1002(6), lorsqu'on ne peut obtenir l'accès aux biens qui doivent faire l'objet d'une signification de déclaration, on peut la signifier à la personne qui paraît avoir le contrôle des biens—En l'espèce, la personne qui a le contrôle se cache derrière un rottweiler, d'où la requête sollicitant une ordonnance de signification substitutive—La Règle 310(1) n'exclut pas la possibilité de la signification substitutive d'un document *in rem*—Toutefois, son usage doit se limiter aux cas où des circonstances particulières l'exigent—En l'espèce, le navire ne se trouvant pas à l'extérieur du ressort de la Cour, il convient de permettre la signification substitutive de la déclaration et du mandat, non seulement à la défenderesse *in personam*, mais également au navire—Des copies certifiées de la déclaration, de l'affidavit portant demande de mandat et de l'ordonnance découlant de la présente requête pourront être laissées dans la boîte aux lettres du défendeur à Nanaimo—Dès cette signification, le navire sera censé saisi (Règle 1003(6))—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 310 (mod. par DORS/79-57, art.5), 1002(6), 1003(6).

458093 B.C. LTD. C. ZOMBY WOOF (LE) (T-2587-97, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 26-1-98, 6 p.)



If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
renvoyer cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Coeur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9