



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

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

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

**Cited as [1993] 2 F.C., 179-349**

**Renvoi [1993] 2 C.F., 179-349**

---



Published by  
PIERRE GARCEAU, Q.C.  
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.  
Editors  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

---

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Production Staff

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

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

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1993.

---

**CONTENTS**

Digests ..... D-13

**Bal v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 199**

Citizenship and Immigration — Judicial review — Federal Court jurisdiction — Whether jurisdiction to stay removal order pending resolution of application for leave to commence judicial review proceedings against refusal to allow application for landing from within Canada, where validity of order not in dispute — Conflicting Federal Court case law on matter — Where jurisdiction issue unresolved and in interest of justice relief be granted, uncertainty resolved in favour of party seeking relief.

*Continued on next page*

Publié par  
PIERRE GARCEAU, c.r.  
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

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

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

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

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

---

**SOMMAIRE**

Fiches analytiques ..... F-15

**Bal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 199**

Citoyenneté et immigration — Contrôle judiciaire — Compétence de la Cour fédérale — Question de savoir si la Cour a compétence pour suspendre une mesure de renvoi en attendant l'issue de la demande d'autorisation d'introduire des procédures de contrôle judiciaire contre le refus de permettre aux intéressés de demander le droit d'établissement à partir du Canada, en l'absence de contestation de la validité de la mesure de renvoi — Jurisprudence contradictoire de la Cour fédérale sur le sujet — Lorsque la question de la compétence reste sans réponse et qu'il est dans l'intérêt de la justice que la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Whether jurisdiction in Court to stay execution of removal order pending resolution of application for leave to commence judicial review proceedings against refusal to allow application for landing from within Canada, where validity of order not in dispute — Conflicting Federal Court Trial Division case law on matter and issue as yet unresolved by Court of Appeal — Where question of jurisdiction to grant relief unresolved and in interest of justice relief be granted, uncertainty to be resolved in favour of party seeking relief.

### **Canada v. National Bank of Canada (T.D.)..... 206**

Bankruptcy — Bank taking assignment of book debts as security for loans to licensed manufacturers for Excise Tax Act purposes — When debtors defaulting Bank collecting book debts — Minister claiming federal sales tax pursuant to Excise Tax Act, s. 52(10) — In cases of bankruptcy, regard must be had to distribution scheme in Bankruptcy Act, s. 107 — S. 107 interpreted broadly — Under s. 107(1)(j) Parliament intending to treat claims of Crown, federal or provincial, equally — Legislation purporting to create priority must yield to s. 107 distribution scheme unless containing clear override — As no such provision in Excise Tax Act, s. 107 prevails — Book debts “property of bankrupt”, not of Bank, and Bankruptcy Act applies.

Customs and Excise — Excise Tax Act — Minister claiming, pursuant to s. 52(10), federal sales tax on transactions giving rise to assignment of book debts by bankrupt manufacturers to secured creditor (Bank) — Nothing in Excise Tax Act clearly overriding Bankruptcy Act — Distribution scheme in Bankruptcy Act, s. 107 prevails — Bank not “manufacturer or producer” which would be directly liable for sales tax under s. 27(1)(a).

### **Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) ..... 314**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Appeal from Board’s decision woman and second child not Convention refugees — Appellant facing forced sterilization under China’s one-child policy after birth of second child — Second child already deprived of medical care, facing deprivation of education, employment opportunities and food if returned to China — Appeal allowed —

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

réparation soit accordée, le doute doit être tranché en faveur de la partie qui demande la réparation.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Question de savoir si la Cour a compétence pour suspendre une mesure de renvoi en attendant l’issue de la demande d’autorisation d’introduire des procédures de contrôle judiciaire contre le refus de permettre aux intéressés de demander le droit d’établissement à partir du Canada, en l’absence de contestation de la validité de la mesure de renvoi — Jurisprudence contradictoire de la Section de première instance de la Cour fédérale sur le sujet, question non encore tranchée par la Section d’appel — Lorsque la question de la compétence pour accorder la réparation reste sans réponse et qu’il est dans l’intérêt de la justice que la réparation soit accordée, le doute doit être tranché en faveur de la partie qui demande la réparation.

### **Canada c. Banque Nationale du Canada (1<sup>re</sup> inst.)... 206**

Faillite — La banque a reçu une cession de comptes clients en garantie de prêts consentis à des fabricants titulaires de licence au sens de la Loi sur la taxe d’accise — La banque a recouvré ces comptes clients quand les débiteurs n’ont pu rembourser leurs dettes — Le ministre réclame la taxe de vente fédérale en application de la Loi sur la taxe d’accise, art. 52(10) — En cas de faillite, il faut se référer à l’art. 107 de la Loi sur la faillite — Interprétation libérale de l’art. 107 — Par l’art. 107(1)(j), le législateur entend traiter les réclamations de la Couronne, fédérale ou provinciale, au même titre que les autres — Une loi visant à établir un privilège doit le céder au plan de répartition de l’art. 107, sauf clause dérogoire expresse — Puisque la Loi sur la taxe d’accise ne comporte aucune disposition à cet effet, c’est l’art. 107 qui prévaut — Les comptes clients représentent les «biens du failli», non de la banque, et c’est la Loi sur la faillite qui s’applique en l’espèce.

Douanes et accise — Loi sur la taxe d’accise — Le ministre s’appuie sur l’art. 52(10) pour réclamer la taxe de vente fédérale sur les opérations donnant lieu à la cession des comptes clients de fabricants faillis au créancier garanti (la banque) — La Loi sur la taxe d’accise ne comporte aucune disposition dérogeant expressément à la Loi sur la faillite — C’est le plan de répartition prévu à l’art. 107 de la Loi sur la faillite qui prévaut — La banque n’est pas un «fabricant ou producteur» directement tenu à la taxe de vente en application de l’art. 27(1)(a).

### **Cheung c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) (C.A.) ..... 314**

Citoyenneté et immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Appel d’une décision de la Commission selon laquelle une femme et son second enfant n’étaient pas des réfugiés au sens de la Convention — L’appellante faisait face à la stérilisation forcée en application de la politique chinoise de l’enfant unique après la naissance de son second enfant — Ce dernier, qui s’est déjà vu refuser des soins

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Women in China with one child and faced with forced sterilization constitute particular social group — Forced sterilization of women such extreme violation of basic human rights as to constitute persecution — Second child Convention refugee in own right — Second children constitute particular social group facing deprivations amounting to persecution.

### **Dass v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 337**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Not open to Immigration Department to refuse to continue processing permanent residence application where applicant convicted of criminal offences after issuance of order in council allowing application to be made from within Canada — Department may proceed under Immigration Act, s. 27(1)(d) for removal.

### **Frankie v. Canada (Commissioner of Corrections) (T.D.)..... 327**

Parole — Inmate recommitted to custody and parole suspended, but not yet revoked on date Corrections and Conditional Release Act coming into force — Statutory release date governed by s. 138(2) — Determined by calculating forward from date inmate first recommitted to custody i.e. parole suspended — Arriving after two thirds of remaining sentence as originally imposed spent in custody.

### **Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works) (T.D.)..... 229**

Environment — Application for *mandamus* compelling Minister of Public Works to initiate EARPGO, s. 12 assessment of specific design of bridge to be built between PEI and mainland — Generic initial environmental evaluation of fixed link proposal prepared before specific design chosen — All documentation, including successful developer's response to proposal call, premised on further and more specific s. 12 evaluation of final design — Subsequent assessments, including developer's environmental management plan addressed bridge project at concept level — Application allowed — S. 12 requiring assessment when proposal in form in which environmental considerations can be fully considered — S. 12 assessments of bridge proposal not done.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

médicaux, faisait face à une privation d'éducation, de chances d'emploi et de vivres s'il retournait en Chine — Appel accueilli — Les femmes en Chine ayant un enfant et faisant face à la stérilisation forcée constituent un groupe social — La stérilisation forcée des femmes constitue une violation des droits fondamentaux de la personne telle qu'elle constitue de la persécution — Le second enfant est personnellement un réfugié au sens de la Convention — Les seconds enfants constituent un groupe social faisant face à des privations qui équivalent à de la persécution.

### **Dass c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.)..... 337**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Le ministère de l'Immigration ne peut refuser de poursuivre l'instruction de la demande de résidence permanente dans le cas où le demandeur a été déclaré coupable d'infractions criminelles après la promulgation du décret l'autorisant à faire sa demande pendant qu'il se trouvait au Canada — Le Ministère peut engager la procédure de renvoi en application de l'art. 27(1)d) de la Loi sur l'immigration.

### **Frankie c. Canada (Commissaire aux services correctionnels) (1<sup>re</sup> inst.)..... 327**

Libération conditionnelle — Détenu réincarcéré, sa libération conditionnelle étant suspendue mais non encore révoquée à la date d'entrée en vigueur de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Date de la libération d'office régie par l'art. 138(2) — Déterminée en prenant comme point de départ la date à laquelle le détenu a été réincarcéré, c.-à-d. la date de la suspension de sa libération conditionnelle — Le point d'arrivée est le moment où le détenu a purgé les deux tiers de la partie de la peine, initialement imposée, qui lui restait à subir.

### **Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics) (1<sup>re</sup> inst.)..... 229**

Environnement — Demande d'un bref de *mandamus* obligeant le ministre des Travaux publics à entreprendre, conformément à l'art. 12 du Décret sur les lignes directrices visant le P.É.E.E., une évaluation de la conception détaillée du pont envisagé entre l'Î.-P.-É. et le continent — L'évaluation environnementale initiale générique d'une proposition de raccordement fixe a été faite avant qu'un projet précis ait été choisi — Toute la documentation, y compris la réponse du promoteur retenu à l'appel de propositions, est basée sur l'idée qu'une autre évaluation, plus détaillée, serait faite, conformément à l'art. 12, à l'étape des plans définitifs — Les évaluations qui ont été réalisées par la suite, dont le plan de gestion de l'environnement du promoteur, ont porté sur un projet de construction d'un pont au stade conceptuel — Demande accueillie — L'art. 12 exige qu'une proposition soit évaluée au moment où elle est présentée sous une forme qui permet l'examen approfondi de ses impacts environnementaux — Les évaluations de la proposition de pont n'ont pas été réalisées conformément à l'art. 12.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Prince Edward Island Terms of Union — Application for declaration discontinuance of ferry service between PEI and mainland without constitutional amendment authorizing its breach of Terms of Union — Under Terms of Union federal government to assume and defray all charges for “Efficient Steam Service” between PEI and mainland and for protection of fisheries — Agreement between federal government and provinces for bridge between PEI and mainland to replace ferry service — Application allowed — Efficient Steam Service not meaning bridge — Discontinuance of ferry service must be effected by constitutional amendment — Obligation re protection of fisheries not imposing positive duty, only financial responsibility for such governmental services as provided.

Practice — Parties — Standing — Application for mandatory order re: EARPGO, s. 12 assessment, declaration constitutional obligations be complied with — Applicant meeting criteria for public interest standing established in *Thorson, Borowski, Finlay* cases — Federal Court Act, s. 18.1 not intended to limit judicial review to pre-*Thorson, Borowski, Finlay* test — Within Court’s discretion to grant standing when justified in circumstances — No other effective or practical means of getting issue before Court — Standing should not be denied based on theoretical alternative means of getting issue before Court — Must be reasonable probability of such other actions being taken — Province unlikely to test constitutionality of proposed discontinuance of Northumberland Strait ferry service — Individuals or corporations may bring action for declaration and *mandamus* as constitutional obligation for all residents of province, even perhaps all Canadians.

Judicial review — Application for *mandamus* compelling EARPGO, s. 12 assessment; declaration to enforce constitutional obligations — Generic initial environmental evaluation of fixed link between PEI and New Brunswick prepared in 1988; other assessments of concept, but not final specific design, since prepared — Delay in coming to Court not factor — Difficult to determine exactly when failure to take certain step occurs — Respondent not suffering prejudice justifying refusal of remedies — Renegotiation of governmental contracts to extend completion dates common — Applicant’s participation in process not precluding right to insist on compliance with EARPGO procedures — Mandatory requirements should be complied with even though much environmental review already — Minister of Public Works in signing

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel — Conditions de l’adhésion de l’Île-du-Prince-Édouard — Demande de jugement déclaratoire portant que l’abandon du service de traversiers entre l’Î.-P.-É. et le continent, en l’absence d’une modification constitutionnelle qui l’autorise, constituerait un manquement aux Conditions de l’adhésion — Aux termes des Conditions de l’adhésion, le gouvernement fédéral s’est engagé à se charger de toutes les dépenses occasionnées par un «service convenable de bateaux à vapeur» entre l’Île et le continent et par la protection des pêcheries — Entente entre le gouvernement fédéral et les provinces prévoyant le remplacement du service de traversiers par un pont entre l’Î.-P.-É. et le continent — Demande accueillie — L’expression «service convenable de bateaux à vapeur» ne s’entend pas d’un pont — L’abandon du service de traversiers nécessite une modification constitutionnelle — L’obligation relative aux pêcheries n’impose pas d’obligation positive, mais seulement la responsabilité financière découlant de la fourniture de services publics.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Demande d’ordonnance ayant force exécutoire afin que soit menée une évaluation en conformité avec l’art. 12; de jugement déclaratoire en vue de faire respecter les obligations constitutionnelles — La requérante satisfaisait aux critères relatifs à la qualité pour agir dans l’intérêt public énoncés dans les arrêts *Thorson, Borowski* et *Finlay* — Le législateur n’a pas voulu, en adoptant l’art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, limiter la révision judiciaire au critère défini avant les arrêts *Thorson, Borowski* et *Finlay* — La Cour a le pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir quand les circonstances justifient cette reconnaissance — Aucun autre moyen efficace et pratique de soumettre la question aux tribunaux — Il n’y a pas lieu de refuser la qualité pour agir parce qu’en théorie, il existe d’autres moyens de soumettre la question à la Cour — Il faut une probabilité raisonnable que ces autres mesures seront prises — Il est improbable que le gouvernement provincial attaque la constitutionnalité de l’abandon projeté du service de traversiers dans le détroit de Northumberland — Les personnes physiques et les personnes morales peuvent tenter une action pour obtenir un jugement déclaratoire et un bref de *mandamus* car tous les habitants de la province sont les créanciers de l’obligation constitutionnelle et peut-être aussi tous les Canadiens.

Contrôle judiciaire — Demande de *mandamus* pour que soit réalisée une évaluation en conformité avec l’art. 12; de jugement déclaratoire en vue de faire respecter les obligations constitutionnelles — Une évaluation environnementale initiale générique du raccordement fixe entre l’Î.-P.-É. et le Nouveau-Brunswick a été faite en 1988; d’autres évaluations du concept de pont, mais non de la conception détaillée, ont été faites depuis — Le retard pour soumettre l’affaire à la Cour n’était pas un facteur — Il est difficile de déterminer exactement à quel moment se produit l’omission de prendre certaines mesures — Les intimés ne subiront pas de préjudice qui justifierait le rejet de la demande — Il est courant de renégocier des marchés de l’État dans le but de stipuler la prorogation de l’exécution — La participation de la requérante au processus

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Agreement “federal board, commission or other tribunal” within Federal Court Act, s. 2 — Application not premature although ferry service not to be discontinued until bridge built — Better to know constitutional amendment needed sooner rather than later.

Construction of statutes — Prince Edward Island Terms of Union — Federal government assuming financial responsibility to establish and maintain “Efficient Steam Service” between PEI and mainland under Terms of Union — Progressive interpretation of constitutional documents still constrained by meaning words can bear — “Efficient Steam Service” cannot mean bridge.

### **Prudential Assurance Co. v. Canada (C.A.)..... 293**

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Trial Judge dismissing action for damages for loss of cargo against air carrier and sufferance warehouse for want of jurisdiction — Sufferance warehouse releasing cargo to third party without requiring proof of authorization — Federal Court having jurisdiction — Federal Court Act, s. 23(b) constituting statutory grant of jurisdiction — Action based on Carriage by Air Act, which incorporates Warsaw Convention as “law of Canada” — Art. 18 covering loss of cargo — Act and Convention federal laws providing relatively complete code for carriage by air.

Air law — Sufferance warehouse releasing cargo to absconding third party without proof of authorization — Air carrier and sufferance warehouse liable for damages arising therefrom under Warsaw Convention, Art. 18 — Liability not limited under Art. 25 — Sufferance warehouse aware delivery to unauthorized person likely to preclude cargo coming into hands of rightful owner.

Crown — Torts — Upon notification of arrival of imported goods in Canada, cargo owner delivering appropriate documents to Canada Customs for customs clearance — Before could return to obtain delivery of merchandise, unknown third party misrepresenting self as owner’s authorized agent and obtaining delivery of goods — Crown having no legal obligation to cargo owner — Never having physical custody of cargo — According to Warsaw Convention, incorporated into laws of Canada by Carriage By Air Act, only air waybill document of title — Air waybill never in possession of Canada Customs.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

ne lui fait pas perdre le droit d’exiger que la procédure prévue par le Décret sur les lignes directrices soit respectée — Il faut respecter les exigences obligatoires même si d’importantes études environnementales ont déjà été effectuées — En signant l’Entente, le ministre des Travaux publics était un «office fédéral» au sens de l’art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale — La demande n’était pas prématurée, bien que le service de traversiers ne serait pas abandonné avant la fin des travaux de construction du pont — Il est préférable de savoir tout de suite plutôt que dans l’avenir si une modification constitutionnelle est nécessaire.

Interprétation des lois — Conditions de l’adhésion de l’Île-du-Prince-Édouard — Aux termes des Conditions de l’adhésion, le gouvernement fédéral s’est engagé à se charger de toutes les dépenses exigées par l’établissement et le maintien d’un «service convenable de bateaux à vapeur» entre l’Î.-P.-É. et le continent — Quand on donne une interprétation évolutive à la Constitution, on doit s’en tenir à l’interprétation dont les mots sont susceptibles — Les mots «service convenable de bateaux à vapeur» ne peuvent pas s’entendre d’un pont.

### **Prudential Assurance Co. c. Canada (C.A.)..... 293**

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Le juge de première instance avait rejeté l’action en dommages-intérêts intentée contre le transporteur aérien et l’entrepôt d’attente par suite de la perte de marchandises, pour le motif qu’elle n’avait pas compétence — L’entrepôt d’attente avait remis les marchandises à un tiers sans exiger de preuve d’autorisation — La Cour fédérale a compétence — L’art. 23b) de la Loi sur la Cour fédérale constitue un octroi légal de compétence — Action fondée sur la Loi sur le transport aérien, qui incorpore la Convention de Varsovie à titre de «loi du Canada» — L’art. 18 régit la perte des marchandises — La Loi et la Convention sont des lois fédérales prévoyant un code relativement complet concernant le transport aérien.

Droit aérien — L’entrepôt d’attente a remis des marchandises à un tiers inconnu sans preuve d’autorisation — En vertu de l’art. 18 de la Convention de Varsovie, le transporteur aérien et l’entrepôt d’attente sont responsables des dommages en découlant — La responsabilité n’est pas limitée en vertu de l’art. 25 — L’entrepôt d’attente sait que la livraison à une personne non autorisée risque d’empêcher la remise des marchandises au propriétaire légitime.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Après avoir été avisé de l’arrivée de ses marchandises importées au Canada, le propriétaire des marchandises a remis les documents appropriés à Douanes Canada en vue d’obtenir la mainlevée — Avant que le propriétaire des marchandises ait pu se présenter pour obtenir la livraison des marchandises, un tiers inconnu s’est fait passer pour le mandataire autorisé du propriétaire et a obtenu livraison des marchandises — La Couronne n’a aucune obligation légale envers le propriétaire des marchandises — Elle n’a jamais eu la garde matérielle des marchandises — Selon la Convention de Varsovie, qui a été incorporée dans les lois du Canada par la Loi sur le transport aérien, seule la lettre

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Shaw v. Canada (C.A.) ..... 190**

Income tax — Income calculation — Income or capital gain — Expropriation of land under Alberta Expropriation Act in 1977; compensation settled in 1986 — \$1,020,368 in interest from 1977 to 1986 treated as income by M.N.R. — Appeal from Trial Division decision holding \$1,020,368 should be included as proceeds of disposition and treated as capital — Appeal allowed — Under Alberta Act, interest not considered part of compensation — Trial Judge wrongly interpreting F.C.A. decision in *Sani Sport Inc.* as holding interest should be included as part of compensation — Interest not paid as damages or compensation for expropriation but as compensation for failure to pay balance of land value promptly — Interest not merged in total compensation paid; calculated separately, based on total compensation amount — Income Tax Act, s. 44(2)(a), on which Trial Judge relied to characterize interest as proceeds of disposition, merely timing provision; not designed to be substantive provision capable of recharacterizing nature or essence of transaction.

### **Vancouver Art Metal Works Ltd. v. Canada (C.A.) 179**

Income tax — Income calculation — Income or capital gain — Income Tax Act, s. 39 giving taxpayers option to treat gains or losses from transactions in Canadian securities as capital in nature but, under s. 39(5), option denied to “traders or dealers in securities” — Appeal from Trial Division’s ruling, in answer to question of law submitted pursuant to Federal Court Rules, R. 474, “trader or dealer in securities” in s. 39(5) limited to persons registered or licensed by regulatory authority to buy and sell securities and to those who in ordinary course of business buy and sell securities for others — Appeal allowed — “Trader or dealer in securities” referring to anyone carrying on business of trading or dealing in securities, not only to brokers or professionals registered or licensed by regulatory authority; broad enough to include anyone other than person engaged in adventure or concern in nature of trade — Whether one’s activities amount to carrying on trade or business question of fact.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de transport aérien sert de titre — La lettre de transport aérien n’a jamais été en la possession de la Couronne.

### **Shaw c. Canada (C.A.) ..... 190**

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu ou gain en capital — Expropriation, en 1977, d’un bien-fonds fondée sur la Expropriation Act de l’Alberta; indemnité réglée en 1986 — Le M.N.R. a considéré comme un revenu le paiement d’intérêts de 1 020 368 \$ pour la période allant de 1977 à 1986 — Appel de la décision par laquelle la Section de première instance a statué que la somme de 1 020 368 \$ devrait être incluse comme le produit d’une disposition et considérée comme un capital — Appel accueilli — En vertu de la Loi albertaine, l’intérêt n’est pas considéré comme faisant partie de l’indemnité — Le juge de première instance a eu tort d’interpréter la décision rendue par la C.A.F. dans l’affaire *Sani Sport Inc.* comme statuant que l’intérêt devrait être inclus comme une partie de l’indemnité — Les intérêts ont été payés, non pas à titre d’indemnité ou de dommages-intérêts afférents à l’expropriation, mais pour compenser le défaut de payer promptement le reste de la valeur du bien-fonds — L’intérêt n’a pas été confondu avec l’indemnité globale payée; il a été calculé séparément, compte tenu du total de l’indemnité — L’art. 44(2)a) de la Loi de l’impôt sur le revenu, sur lequel le juge de première instance s’est appuyé pour qualifier les intérêts de produit de disposition, n’est qu’une disposition qui porte sur une date; il n’a pas été conçu pour être une disposition de fond capable de qualifier de façon différente la nature ou l’essence d’une opération.

### **Vancouver Art Metal Works Ltd. c. Canada (C.A.) 179**

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu ou gain en capital — L’art. 39 de la Loi de l’impôt sur le revenu permet au contribuable de considérer ses gains et ses pertes découlant de ses placements dans des titres canadiens comme ayant un caractère de capital mais, en vertu de l’art. 39(5), ce choix est refusé au «commerçant ou courtier en valeurs mobilières» — Appel contre la décision de la Section de première instance, en réponse à la question de droit soumise conformément à la Règle 474 des Règles de la Cour fédérale, selon laquelle les mots «un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières» à l’art. 39(5) visaient uniquement les personnes inscrites auprès d’une instance de réglementation ou autorisées par elle à acheter et à vendre des valeurs mobilières et celles qui, dans le cours normal des affaires, achètent et vendent des valeurs mobilières pour le compte d’autrui — L’appel est accueilli — Les mots «un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières» désignent quiconque fait le commerce ou le courtage des valeurs mobilières, et non seulement les agents ou les professionnels qui sont inscrits auprès d’une instance de réglementation ou autorisés par celle-ci; ces mots ont une portée suffisamment large pour embrasser toute personne qui s’est engagée dans un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial — La question de savoir si des activités équivalent à l’exploitation d’un commerce ou d’une entreprise constitue une question de fait.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Construction of statutes — “Trader or dealer in securities” in Income Tax Act, s. 39(5) — Whether referring only to brokers or professionals registered or licensed by regulatory authority — S. 39(5) not to be read as if words “registered or licensed by regulatory authorities to buy and sell securities” appeared therein — Presence of restriction in one paragraph reinforces position Parliament did not intend to restrict scope of other paragraphs in which restriction did not appear — Interpretation reinforced by fact subsequent amendment to Act expressly restricting definition to registered or licensed professionals, but not making restriction applicable to s. 39(5) — For *noscitur a sociis* interpretation rule to apply must be distinct genus from which general words can take colour or meaning — No such genus in s. 39(5) to justify restrictive meaning — When “traders or dealers” given ordinary meaning, interpretation not only in conformity with text of provision, but also with intention of Parliament.

## SOMMAIRE (Fin)

Interprétation des lois — L’expression «un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières» à l’art. 39(5) de la Loi de l’impôt sur le revenu — Les mots visent-ils uniquement les agents ou les personnes inscrits auprès d’une instance de réglementation ou autorisés par celle-ci? — Il ne faut pas interpréter l’art. 39(5) comme si les mots «inscrite auprès d’une instance de réglementation ou autorisée par celle-ci à acheter et à vendre des valeurs mobilières» figuraient dans la disposition — La présence d’une restriction dans un alinéa renforce la position selon laquelle le législateur n’entendait pas restreindre l’étendue des autres alinéas dans lesquels la restriction ne figurait pas — Cette interprétation est renforcée par le fait qu’une modification subséquente de la Loi limitait expressément l’application de la définition aux professionnels inscrits auprès d’une instance de réglementation ou autorisés par celle-ci, mais ne rendait pas la restriction applicable à l’art. 39(5) — Pour que la règle d’interprétation *noscitur a sociis* s’applique, il doit exister un genre distinct capable de donner aux termes généraux leur caractère ou leur signification — On ne trouve à l’art. 39(5) aucun genre de la sorte qui puisse justifier le sens restreint — En donnant aux mots «un commerçant ou un courtier» leur sens habituel, l’interprétation est non seulement conforme au libellé de la disposition, mais aussi à l’intention du législateur.



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

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

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

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





A-1161-91

A-1161-91

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

v.

c.

**Vancouver Art Metal Works Ltd. (Respondent)  
(Plaintiff)****Vancouver Art Metal Works Ltd. (intimée)  
(demanderesse)****INDEXED AS: VANCOUVER ART METAL WORKS LTD. v.  
CANADA (C.A.)****b RÉPERTORIÉ: VANCOUVER ART METAL WORKS LTD. c.  
CANADA (C.A.)**Court of Appeal, Marceau, Létourneau and  
Robertson J.J.A.—Vancouver, February 9; Ottawa,  
February 18, 1993.c Cour d'appel, juges Marceau, Létourneau et  
Robertson, J.C.A.—Vancouver, 9 février; Ottawa,  
18 février 1993.

*Income tax — Income calculation — Income or capital gain — Income Tax Act, s. 39 giving taxpayers option to treat gains or losses from transactions in Canadian securities as capital in nature but, under s. 39(5), option denied to “traders or dealers in securities” — Appeal from Trial Division’s ruling, in answer to question of law submitted pursuant to Federal Court Rules, R. 474, “trader or dealer in securities” in s. 39(5) limited to persons registered or licensed by regulatory authority to buy and sell securities and to those who in ordinary course of business buy and sell securities for others — Appeal allowed — “Trader or dealer in securities” referring to anyone carrying on business of trading or dealing in securities, not only to brokers or professionals registered or licensed by regulatory authority; broad enough to include anyone other than person engaged in adventure or concern in nature of trade — Whether one’s activities amount to carrying on trade or business question of fact.*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu ou gain en capital — L’art. 39 de la Loi de l’impôt sur le revenu permet au contribuable de considérer ses gains et ses pertes découlant de ses placements dans des titres canadiens comme ayant un caractère de capital mais, en vertu de l’art. 39(5), ce choix est refusé au «commerçant ou courtier en valeurs mobilières» — Appel contre la décision de la Section de première instance, en réponse à la question de droit soumise conformément à la Règle 474 des Règles de la Cour fédérale, selon laquelle les mots «un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières» à l’art. 39(5) visaient uniquement les personnes inscrites auprès d’une instance de réglementation ou autorisées par elle à acheter et à vendre des valeurs mobilières et celles qui, dans le cours normal des affaires, achètent et vendent des valeurs mobilières pour le compte d’autrui — L’appel est accueilli — Les mots «un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières» désignent quiconque fait le commerce ou le courtage des valeurs mobilières, et non seulement les agents ou les professionnels qui sont inscrits auprès d’une instance de réglementation ou autorisés par celle-ci; ces mots ont une portée suffisamment large pour embrasser toute personne qui s’est engagée dans un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial — La question de savoir si des activités équivalent à l’exploitation d’un commerce ou d’une entreprise constitue une question de fait.*

*Construction of statutes — “Trader or dealer in securities” in Income Tax Act, s. 39(5) — Whether referring only to brokers or professionals registered or licensed by regulatory authority — S. 39(5) not to be read as if words “registered or licensed by regulatory authorities to buy and sell securities” appeared therein — Presence of restriction in one paragraph reinforces position Parliament did not intend to restrict scope of other paragraphs in which restriction did not appear — Interpretation reinforced by fact subsequent amendment to Act expressly restricting definition to registered or licensed professionals, but not making restriction applicable to s. 39(5) — For noscitur a sociis interpretation rule to apply must be distinct genus from which general words can take colour or meaning — No such genus in s. 39(5) to justify restrictive meaning — When “traders or dealers” given ordinary meaning, interpre-*

*Interprétation des lois — L’expression «un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières» à l’art. 39(5) de la Loi de l’impôt sur le revenu — Les mots visent-ils uniquement les agents ou les personnes inscrits auprès d’une instance de réglementation ou autorisés par celle-ci? — Il ne faut pas interpréter l’art. 39(5) comme si les mots «inscrite auprès d’une instance de réglementation ou autorisée par celle-ci à acheter et à vendre des valeurs mobilières» figuraient dans la disposition — La présence d’une restriction dans un alinéa renforce la position selon laquelle le législateur n’entendait pas restreindre l’étendue des autres alinéas dans lesquels la restriction ne figurait pas — Cette interprétation est renforcée par le fait qu’une modification subséquente de la Loi limitait expressément l’application de la définition aux professionnels inscrits auprès d’une instance de réglementation ou autorisés*

tation not only in conformity with text of provision, but also with intention of Parliament.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 443 (as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 69).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 474 (as am. by SOR/79-57, s. 14).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 38 (as am. by S.C. 1977-78, c. 42, s. 2; 1983-84, c. 1, s. 12), 39(4) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 16; 1980-81-82-83, c. 140, s. 18), (5) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 16; 1980-81-82-83, c. 140, s. 18; 1985, c. 45, s. 14), 47.1 (as enacted by S.C. 1984, c. 1, s. 17).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624; (1990), 1 C.B.R. (3d) 290; 58 C.C.C. (3d) 257; 79 C.R. (3d) 390; 113 N.R. 373; 32 Q.A.C. 241; *Palmer, MA v. The Queen*, [1973] CTC 323; (1973), 73 D.T.C. 5248 (F.C.T.D.).

##### REFERRED TO:

*Stouffville, Assessment Commissioner of The Corporation of the Village of v. Mennonite Home Association of York County et al.*, [1973] S.C.R. 189; (1972), 31 D.L.R. (3d) 237; *Imperial Stables (1981) Ltd. v. Minister of National Revenue* (1990), 32 F.T.R. 279; 90 DTC 6135 (F.C.T.D.); confd A-996-90, Hugessen J.A., judgment dated 17/2/92, F.C.A., not yet reported, *sub nom. Imperial Stables (1981) Ltd. v. Canada; Forest Lanes Holdings Ltd. et al. v. The Queen* (1990), 90 DTC 6495 (F.C.T.D.); *Karben Holdings Ltd. v. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 145; (1989), 89 D.T.C. 5413 (F.C.T.D.); *Minister of National Revenue v. Taylor, James A.*, [1956-60] Ex. C.R. 3; [1956] C.T.C. 189; 56 D.T.C. 1125; *Tara Exploration & Development Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 557; (1970), 70 D.T.C. 6370 (Ex. Ct.).

#### AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*. 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990 "dealer", "trader".

par celle-ci, mais ne rendait pas la restriction applicable à l'art. 39(5) — Pour que la règle d'interprétation noscitur a sociis s'applique, il doit exister un genre distinct capable de donner aux termes généraux leur caractère ou leur signification — On ne trouve à l'art. 39(5) aucun genre de la sorte qui puisse justifier le sens restreint — En donnant aux mots «un commerçant ou un courtier» leur sens habituel, l'interprétation est non seulement conforme au libellé de la disposition, mais aussi à l'intention du législateur.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 443 (mod. par L.C. 1985, ch. 19, art. 69).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 38 (mod. par S.C. 1977-78, ch. 42, art. 2; 1983-84, ch. 1, art. 12), 39(4) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 16; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 18; 1985, ch. 45, art. 126), (5) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 16; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 18; 1985, ch. 45, art. 14), 47.1 (édicte par S.C. 1984, ch. 1, art. 17).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 474 (mod. par DORS/79-57, art. 14).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624; (1990), 1 C.B.R. (3d) 290; 58 C.C.C. (3d) 257; 79 C.R. (3d) 390; 113 N.R. 373; 32 Q.A.C. 241; *Palmer, MA c. La Reine*, [1973] CTC 323; (1973), 73 D.T.C. 5248 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Stouffville Assessment Commissioner of The Corporation of the Village of c. Mennonite Home Association of York County et autre*, [1973] R.C.S. 189; (1972), 31 D.L.R. (3d) 237; *Imperial Stables (1981) Ltd. c. Ministre du Revenu national* (1990), 32 F.T.R. 279; 90 DTC 6135 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); confirmé par A-996-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 17-2-92, C.A.F., encore inédit sous l'intitulé *Imperial Stables (1981) Ltd. c. Canada; Forest Lane Holdings Ltd. et autre c. La Reine* (1990), 90 DTC 6495 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Karben Holdings Ltd. c. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 145; (1989), 89 D.T.C. 5413 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Minister of National Revenue v. Taylor, James A.*, [1956-60] R.C.É. 3; [1956] C.T.C. 189; 56 D.T.C. 1125; *Tara Exploration & Development Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 557; (1970), 70 D.T.C. 6370 (C. de l'É.).

#### DOCTRINE

*Black's Law Dictionary*. 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990 «dealer», «trader».

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Cowansville, Que.: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1984.

Cross, Sir Rupert. *Statutory Interpretation*. London: Butterworths, 1976.

*Dictionnaire Encyclopédique Quillet*. Paris: Librairie Aristide Quillet, 1975 «courtier», «négociant».

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*. 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

*Grand Robert de la langue française*. 2<sup>e</sup> éd. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1986.

*Harrap's Shorter dictionnaire anglais-français, French-English dictionary*. Diffulivre-Gage, 1982 «commerçant», «négociant».

*Oxford English Dictionary*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989 «dealer», «trader».

*Roget's II: The New Thesaurus*. Boston: Houghton Mifflin Co., 1980 «dealer», «trader».

*Shorter Oxford English Dictionary*. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1975 «broker».

*Words and Phrases*. Permanent Edition, St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979 «dealer», «trader».

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982; Cowansville, Qué.

Cross, Sir Rupert. *Statutory Interpretation*. London: Butterworths, 1976.

*Dictionnaire Encyclopédique Quillet*. Paris: Librairie Aristide Quillet, 1975 «courtier», «négociant».

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*. 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

*Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1986.

*Harrap's Shorter dictionnaire anglais-français, French-English dictionary*. Diffulivre-Gage, 1982 «commerçant», «négociant».

*Oxford English Dictionary*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989 «dealer», «trader».

*Roget's II: The New Thesaurus*. Boston: Houghton Mifflin Co., 1980 «dealer», «trader».

*Shorter Oxford English Dictionary*. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1975, «broker».

*Words and Phrases*. Permanent Edition, St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979 «dealer», «trader».

APPEAL from a Trial Division ruling (T-2074-87, Jerome A.C.J., judgment dated 4/4/91, (F.C.T.D.) not reported), in answer to a question of law submitted for determination under Rule 474 of the *Federal Court Rules* that the words “a trader or dealer in securities” in subsection 39(5) of the *Income Tax Act* were limited to persons who are registered or licensed by regulatory authority to buy and sell securities and to those who in the ordinary course of business buy and sell securities on behalf of others. Appeal allowed.

#### COUNSEL:

*I. E. Lloyd* for appellant (defendant).

*C. C. Sturrock* and *Karen R. Sharlow* for respondent (plaintiff).

#### SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant (defendant).

*Thorsteinssons*, Vancouver, for respondent (plaintiff).

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

APPEL interjeté contre une décision de la Section de première instance (T-2074-87, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 4-4-91, (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) non publié), en réponse à une question déjà posée en vertu de la Règle 474 des *Règles de la Cour fédérale*, selon laquelle les mots «un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières» au paragraphe 39(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* visent uniquement les personnes inscrites auprès d'une instance de réglementation ou autorisées par celle-ci à acheter et à vendre des valeurs mobilières et celles qui, dans le cours normal des affaires, achètent et vendent des valeurs mobilières pour le compte d'autrui. L'appel est accueilli.

#### AVOCATS:

*I. E. Lloyd* pour l'appelante (défenderesse).

*C. C. Sturrock* et *Karen R. Sharlow* pour l'intimée (demanderesse).

#### PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante (défenderesse).

*Thorsteinssons*, Vancouver, pour l'intimée (demanderesse).

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

LÉTOURNEAU J.A.: Pursuant to Rule 474 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/79-57, s. 14)], the parties had submitted the following question of law for a determination:

Do the words "a trader or dealer in securities" in subsection 39(5) of the *Income Tax Act* refer only to a person who is registered or licensed by regulatory authority to buy and sell securities, or to a person who in the ordinary course of business buys and sells securities on behalf of other persons; or are the words broad enough to include anyone other than a person engaged in an adventure or concern in the nature of trade?

Broadly stated, subsection 39(4) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 16; 1980-81-82-83, c. 140, s. 18)] authorizes a taxpayer, who disposes of Canadian securities in a given year, to elect in his return of income for that year or any subsequent taxation year to treat all his gains and losses resulting from these transactions as being capital in nature. However, subsection 39(5) [as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 16; 1980-81-82-83, c. 140, s. 18; 1985, c. 45, s. 14] denies this election to some taxpayers, including those who can be considered as traders or dealers in securities. Subsections 39(4) and (5) read as follows:

39. ...

(4) Except as provided in subsection (5), where a Canadian security has been disposed of by a taxpayer in a taxation year and the taxpayer so elects in prescribed form in his return of income under this Part for that year,

(a) every Canadian security owned by him in that year or any subsequent taxation year shall be deemed to have been a capital property owned by him in those years; and

(b) every disposition by the taxpayer of any such Canadian security shall be deemed to be a disposition by him of a capital property.

(5) An election under subsection (4) does not apply to a disposition of a Canadian security by a taxpayer who, at the time the security is disposed of, is

(a) a trader or a dealer in securities,

(b) a bank to which the *Bank Act* or the *Quebec Savings Banks Act* applies,

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Conformément à la Règle 474 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/79-57, art. 14)], les parties avaient soumis la question de droit suivante:

Les mots «un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières» au paragraphe 39(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* désignent-ils seulement la personne inscrite auprès d'une instance de réglementation ou autorisée par celle-ci à acheter et à vendre des valeurs mobilières, ou la personne qui, dans le cours normal des affaires, achète et vend des valeurs mobilières pour le compte d'autrui, ou leur sens est-il assez large pour embrasser tout autre que la personne engagée dans un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial?

En termes larges, le paragraphe 39(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 16; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 18; 1985, ch. 45, art. 126)] autorise le contribuable qui dispose de titres canadiens au cours d'une certaine année, de choisir dans sa déclaration de revenu pour l'année en cause ou toute année d'imposition subséquente de considérer tous ses gains et ses pertes imputables à ces opérations comme ayant un caractère de capital. Cependant, le paragraphe 39(5) [édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 16; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 18; 1985, ch. 45, art. 14] refuse ce choix à certains contribuables, dont ceux qui peuvent être considérés comme étant des commerçants ou des courtiers en valeurs mobilières. Voici le libellé des paragraphes 39(4) et 39(5):

39. ...

(4) Sauf dans les cas prévus au paragraphe (5), lorsqu'un contribuable dispose d'un titre canadien dans une année d'imposition et qu'il exerce un choix, selon le formulaire prescrit, dans sa déclaration de revenu pour l'année en vertu de la présente Partie,

(a) chacun des titres canadiens qu'il possède dans ladite année ou dans toute année d'imposition subséquente est réputé avoir été un bien en immobilisation qu'il possédait dans ces années; et

(b) chaque disposition par le contribuable d'un tel titre canadien est réputée être une disposition par lui d'un bien en immobilisation.

(5) Un choix fait en vertu du paragraphe (4) ne s'applique pas à une disposition d'un titre canadien faite par un contribuable qui, au moment de cette disposition, est

(a) un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières,

(b) une banque visée par la *Loi sur les banques* ou la *Loi sur les banques d'épargne de Québec*,

(c) a corporation licensed or otherwise authorized under the laws of Canada or a province to carry on in Canada the business of offering to the public its services as trustee,

(d) a credit union,

(e) an insurance corporation,

(f) a corporation whose principal business is the lending of money or the purchasing of debt obligations or a combination thereof, or

(g) a non-resident,

or any combination thereof.

In the Trial Division of this Court [T-2074-87, judgment dated 4/4/91, not reported], the learned Associate Chief Justice ruled that such words were indeed limited to persons who are registered or licensed by regulatory authority to buy and sell securities and to those who in the ordinary course of business buy and sell securities on behalf of others. He proceeded to make a purposive interpretation of the statute by referring to the Parliamentary Debates in order to determine the context in which the provision was enacted.

Counsel for the appellant submits that the learned Judge misinterpreted the provision and that “trader” or “dealer” refers to anyone who carries on a business of trading or dealing in securities, not only to brokers or professionals who are registered or licensed by a regulatory authority. In my respectful opinion, I believe her interpretation is the one intended by Parliament. Whether one makes a literal or a purposive interpretation of subsection 39(5) of the Act, one cannot come to the conclusion that the words “a trader or a dealer in securities” are as limited in scope as contended by the respondent.

Literally, one cannot read subsection 39(5) as if the words “registered or licensed by regulatory authority to buy and sell securities” appeared in the provision to qualify traders and dealers. There is no such qualification. In addition, as counsel for the appellant pointed out, paragraph 39(5)(c) does contain an express reference to a corporation “licensed or otherwise authorized”. Had Parliament intended such a restriction to apply to a “trader or dealer” under paragraph 39(5)(a), it would have said so.

c) une corporation autorisée, par voie de permis ou autrement, en vertu des lois du Canada ou d'une province, à exploiter au Canada une entreprise consistant à offrir des services au public à titre de fiduciaire,

d) une caisse de crédit,

e) une corporation d'assurance,

f) une corporation dont l'activité principale consiste à prêter de l'argent ou à acheter des créances, ou une combinaison de ce qui précède, ou

g) un non-résident

ou toute combinaison de ce qui précède.

En Section de première instance de cette Cour [T-2074-87, jugement en date de 4-4-91, inédit], le juge en chef adjoint a statué que ces mots visaient uniquement en effet les personnes qui sont inscrites auprès d'une instance de réglementation ou autorisées par celle-ci à acheter et à vendre des valeurs mobilières et celles qui, dans le cours normal des affaires, achètent et vendent des valeurs mobilières pour le compte d'autrui. Il a ensuite interprété la Loi en fonction de son objet en renvoyant aux débats parlementaires afin de déterminer le contexte dans lequel la disposition a été adoptée.

L'avocate de l'appelante avance que le juge de première instance a mal interprété la disposition concernée et que «commerçant» ou «courtier» désigne quiconque fait le commerce ou le courtage des valeurs mobilières, et non seulement les agents ou les professionnels qui sont inscrits auprès d'une instance de réglementation ou autorisés par celle-ci. À mon humble avis, j'estime que son interprétation correspond bien à l'intention du Parlement. Qu'on interprète littéralement ou en fonction de son objet le paragraphe 39(5) de la Loi, on ne peut en arriver à la conclusion que les mots «un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières» ont une portée aussi limitée que le prétend l'intimée.

Littéralement, on ne peut interpréter le paragraphe 39(5) comme si les mots «inscrite auprès d'une instance de réglementation ou autorisée par celle-ci à acheter et à vendre des valeurs mobilières» figuraient dans la disposition pour restreindre le sens des mots commerçants et courtiers. Il n'existe pas de telle restriction. De plus, comme l'a souligné l'avocate de l'appelante, l'alinéa 39(5)c) fait mention d'une corporation «autorisée, par voie de permis ou autrement». Si le législateur avait voulu qu'une telle res-

In coming to that conclusion, I merely follow the rule of construction applied by the Supreme Court of Canada in *R. v. Multiform Manufacturing Co.*<sup>1</sup> in its interpretation of section 443 of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 69)]. Paragraph 443(1)(e) contained a restriction to the general application of that paragraph which did not appear in the other paragraphs. In deciding that the application of paragraphs 443(1)(a) and (b) suffered no restriction, the Supreme Court referred to the maxim *expressio unius est exclusio alterius* and ruled that the presence of a restriction in one paragraph reinforces the position that Parliament did not intend to restrict the scope of the other paragraphs in which the restriction did not appear.<sup>2</sup>

Furthermore, my conclusion is also supported by a subsequent amendment made by Parliament to the *Income Tax Act*. As a matter of fact, section 47.1 was added to the Act in 1983-84 [S.C. 1984, c. 1, s. 17], that is to say after the enactment of subsection 39(5), and the words "a trader or a dealer in securities" were introduced in relation to indexed security investment plans. The words were defined and limited to persons who are registered or licensed under the laws of a province to trade in securities. In adding that section to the Act, Parliament expressly restricted the application of that definition to sections 47.1 and 38 [as am. by S.C. 1977-78, c. 42, s. 2; 1983-84, c. 1, s. 12] only. Had Parliament intended a similar restrictive definition of trader or dealer to apply as well to paragraph 39(5)(a) it would have done so.

By making reference to the Budget Speech delivered by the Minister of Finance on March 31, 1977, the learned Associate Chief Justice concluded that Parliament's intention in enacting subsection 39(5) was to exclude institutional investors or financial institutions from the right to elect under subsection 39(4). Hence his finding that the words "a trader or a dealer" in paragraph 39(5)(a) refer only to those who

triction s'applique aux mots «un commerçant ou un courtier» à l'alinéa 39(5)a, il l'aurait dit.

En tirant cette conclusion, je ne fais que suivre la règle d'interprétation appliquée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Multiform Manufacturing Co.*<sup>1</sup> dans son interprétation de l'article 443 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34 (mod. par S.C. 1985, ch. 19, art. 69)]. L'alinéa 443(1)e apportait une réserve à l'application générale de cet alinéa que les autres alinéas ne contenaient pas. En décidant que l'application des alinéas 443(1)a) et b) ne souffrait aucune restriction, la Cour suprême a renvoyé à la maxime voulant que la mention de l'un implique l'exclusion de l'autre, et elle a statué que la présence d'une restriction dans un alinéa renforçait la position selon laquelle le législateur n'entendait pas restreindre l'étendue des autres alinéas dans lesquels la restriction ne figurait pas<sup>2</sup>.

En outre, ma conclusion est aussi appuyée par une modification subséquente apportée par le législateur à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. De fait, l'article 47.1 a été ajouté à la Loi en 1983-84 [S.C. 1984, ch. 1, art. 17], c'est-à-dire après l'adoption du paragraphe 39(5), et on y a introduit avec cette disposition applicable aux régimes de placements en titres indexés les mots «un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières». Les mots ont été définis et restreints aux personnes que les lois d'une province autorisent, notamment par voie de permis, à faire le commerce des valeurs mobilières. En ajoutant cet article à la Loi, le législateur a expressément limité l'application de cette définition aux seuls articles 47.1 et 38 [mod. par S.C. 1977-78, ch. 42, art. 2; 1983-84, ch. 1, art. 12]. Si le législateur avait voulu qu'une définition aussi restrictive des mots commerçant ou courtier s'applique aussi à l'alinéa 39(5)a, il l'aurait précisé.

En faisant allusion au discours du budget prononcé par le ministre des Finances le 31 mars 1977, le juge en chef adjoint a conclu que l'intention du législateur, lorsqu'il a adopté le paragraphe 39(5), était de ne pas accorder aux grands investisseurs (*institutional investors*) ou aux institutions financières le droit de faire le choix prévu au paragraphe 39(4). D'où sa conclusion que les mots «un commerçant ou un cour-

<sup>1</sup> [1990] 2 S.C.R. 624.

<sup>2</sup> *Id.*, at p. 631.

<sup>1</sup> [1990] 2 R.C.S. 624.

<sup>2</sup> *Id.*, à la p. 631.

are brokers or who are licensed or registered by a regulatory authority. Counsel for the respondent submits that this finding can be justified by the rule of interpretation *noscitur a sociis*. According to that rule, “[a]n expression’s meaning may be revealed by its association with others”<sup>3</sup> and where general and specific words are associated together and are capable of analogous meaning, the general words should be restricted to the specific meaning unless this would be contrary to the clear intention of Parliament.<sup>4</sup>

However, for the rule to apply, there must be a distinct genus or category from which the general words can take their colour or meaning.<sup>5</sup> With respect, there is no such genus in subsection 39(5) which could justify the restrictive meaning, to wit institutional investor, given to the general words “trader or dealer in securities” found in paragraph 39(5)(a) of the Act. The paragraph refers to a non-resident, some corporations of different status (insurance company, lending company, corporation offering its services as trustee), a credit union and banks. It certainly cannot be said that the enumeration in paragraphs 39(5)(b) to (g) would be pointless if the general words “a trader or a dealer in securities” are given their ordinary meaning or are allowed to stand unrestricted.<sup>6</sup> Indeed, because of its status, a lending corporation, for example, would be denied the right to elect even if its transactions fell short of making it a trader or dealer in

<sup>3</sup> P. A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1984, at p. 241.

<sup>4</sup> See E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed., Butterworths, Toronto, 1983, at p. 109.

<sup>5</sup> *Stouffville, Assessment Commissioner of The Corporation of the Village of v. Mennonite Home Association of York County et al.*, [1973] S.C.R. 189.

<sup>6</sup> See Sir Rupert Cross, *Statutory Interpretation*, Butterworths, London, 1976, at p. 116, where two reasons are given for the *ejusdem generis* and *noscitur a sociis* rule:

One reason for the rule is that the draftsman must be taken to have inserted the general words in case something which ought to have been included among the specifically enumerated items had been omitted; a further reason is that, if the general words were intended to have their ordinary meaning, the specific enumeration would be pointless.

tier» à l’alinéa 39(5)a) ne visent que les agents (*brokers*) ou les personnes inscrites auprès d’une instance de réglementation ou autorisées par celle-ci. L’avocat de l’intimée soutient que cette conclusion peut se justifier par l’application de la règle d’interprétation *noscitur a sociis*. Selon cette règle, «[l]e sens d’un terme peut être révélé par son association à d’autres termes»<sup>3</sup>, et lorsque des termes généraux et des termes particuliers sont associés ensemble et peuvent avoir un sens analogue, le sens des termes généraux devrait se restreindre à celui des termes particuliers, à moins que cela n’aille à l’encontre de l’intention évidente du législateur<sup>4</sup>.

Cependant, pour que la règle s’applique, il doit exister une catégorie ou un genre distinct capable de donner aux termes généraux leur caractère ou leur signification<sup>5</sup>. Avec égards, on ne trouve au paragraphe 39(5) aucun genre de la sorte qui puisse justifier le sens restreint, soit celui de grand investisseur (*institutional investor*), donné aux termes généraux «un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières» figurant à l’alinéa 39(5)a) de la Loi. L’alinéa mentionne un non-résident, quelques corporations de types différents (corporation d’assurance, corporation de crédit, entreprise consistant à offrir des services au public à titre de fiduciaire), une caisse de crédit et les banques. On ne peut certainement pas dire que l’énumération aux alinéas 39(5)b) à g) n’aurait aucun sens si on donnait aux termes généraux «un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières» leur sens ordinaire ou s’ils n’étaient nullement restreints<sup>6</sup>. En fait,

<sup>3</sup> P. A. Côté, *Interprétation des lois*, Les Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1982, à la p. 263.

<sup>4</sup> Voir E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd., Butterworths, Toronto, 1983, à la p. 109.

<sup>5</sup> *Stouffville, Assessment Commissioner of the Corporation of the Village of c. Mennonite Home Association of York County et autre*, [1973] R.C.S. 189.

<sup>6</sup> Voir l’ouvrage de Sir Rupert Cross, *Statutory Interpretation*, Butterworths, Londres, 1976, à la p. 116, où l’on donne deux raisons pour l’existence de la règle *ejusdem generis* et *noscitur a sociis*:

[TRADUCTION] Une des raisons de l’existence de la règle est que l’on doit présumer que le législateur a placé les termes généraux au cas où un élément qui aurait dû figurer au nombre de ceux qui sont expressément énumérés serait omis; une autre raison est que si l’on entendait donner aux termes généraux leur sens ordinaire, l’énumération expresse n’aurait aucun sens.

securities. What, then, is the meaning of those words left undefined and unqualified?

In my view, the words “a trader or a dealer” should be given their ordinary meaning. They normally refer to a person who deals in merchandise, is engaged in buying and selling or whose business is trade or commerce. In *Black’s Law Dictionary*, a “dealer” is defined as “any person engaged in the business of buying and selling securities for his own account, through a broker or otherwise, but does not include a bank, or any person in so far as he buys or sells securities for his own account, either individually or in some fiduciary capacity, but not as a part of a regular business”.<sup>7</sup> (My emphasis.)

To a large extent, the two words “trader” and “dealer” overlap.<sup>8</sup> So do the French equivalents “*commerçant ou négociant*”,<sup>9</sup> except that the word “*négociant*” (dealer) has, according to the *Dictionnaire encyclopédique Quillet*,<sup>10</sup> a wider and less precise meaning than “*commerçant*” (trader). Both terms, however, import a notion of business or profession.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> 6th ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990, at p. 399.

<sup>8</sup> See *Roget’s II: The New Thesaurus*, Houghton-Mifflin Co., Boston, 1980, at pp. 968 and 232; *The Oxford English Dictionary*, 2nd ed., Clarendon Press, Oxford, 1989, vol. XVIII, at p. 351 and vol. IV, at p. 297; *Black’s Law Dictionary*, *supra*, note 7, at pp. 1494 and 399.

See also *Words and Phrases*, Permanent Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1971, vol. 11, at pp. 247 and 265.

<sup>9</sup> See *Harrap’s Shorter dictionnaire anglais-français, French-English dictionary*, Diffulivre-Gage, 1982, at p. 873 and 203; *Le Grand Robert de la langue française*, 2nd ed., Dictionnaires Le Robert, Paris, 1986, tome II, Bip-Cout, at p. 734.

<sup>10</sup> See *Dictionnaire encyclopédique Quillet*, Librairie Aristide Quillet, Paris, 1975, vol. 2 (Bl-Cos), at p. 1417.

<sup>11</sup> *Id.*

en raison de son statut, une corporation de crédit, par exemple, se verrait privée du droit de faire un choix, même si ses opérations n’en faisaient pas un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières. Quel est donc le sens de ces mots qui ne sont ni définis ni précisés?

À mon sens, on devrait donner aux mots «un commerçant ou un courtier» leur sens courant. Ils désignent habituellement celui qui fait le commerce des marchandises, qui achète et vend ou dont l’entreprise est le commerce. *Black’s Law Dictionary* définit «courtier» (*dealer*) comme [TRADUCTION] «toute personne dont l’entreprise consiste à acheter et à vendre des valeurs mobilières pour son propre compte, par l’entremise d’un agent (*broker*) ou autrement, à l’exclusion des banques et de toute personne qui achète ou vend des valeurs mobilières pour son propre compte, à titre personnel ou de fiduciaire, sans que cela fasse partie de son entreprise habituelle».<sup>7</sup> (Je souligne.)

Dans une grande mesure, les deux mots «*trader*» et «*dealer*» dans la version anglaise font double emploi.<sup>8</sup> Il en va de même pour leurs équivalents français «commerçant et négociant»<sup>9</sup>, sauf que le mot «négociant» (*dealer*) a, selon le *Dictionnaire encyclopédique Quillet*<sup>10</sup>, un sens plus large ou moins précis que le mot «commerçant» (*trader*). Les deux termes, toutefois, comportent la notion d’entreprise ou de profession.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> 6<sup>e</sup> éd., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990, à la p. 399.

<sup>8</sup> Voir *Roget’s II: The New Thesaurus*, Houghton-Mifflin Co., Boston, 1980, aux pp. 968 et 232; *The Oxford English Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd., Clarendon Press, Oxford, 1989, vol. XVIII, à la p. 351 et vol. IV, à la p. 297; *Black’s Law Dictionary*, précité, note 7, aux p. 1494 et 399.

Voir aussi *Words and Phrases*, Permanent Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1971, vol. 11, aux p. 247 et 265.

<sup>9</sup> Voir *Harrap’s Shorter dictionnaire anglais-français, French-English dictionary*, Diffulivre-Gage, 1982, aux pp. 873 et 203; *Le Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd., Dictionnaires Le Robert, Paris, 1986, tome II, Bip-Cout, à la p. 734.

<sup>10</sup> Voir le *Dictionnaire encyclopédique Quillet*, Librairie Aristide Quillet, Paris, 1975, tome 2 (Bl-Cos), à la p. 1417.

<sup>11</sup> *Id.*



I note in passing that the word “dealer” has been loosely translated in French by “courtier”. A “courtier” is a “broker”, that is to say a person employed as a middleman to transact business or negotiate bargains.<sup>12</sup> The notion of “broker” necessarily involves the buying and selling on behalf of others. It is, therefore, narrower than either the term “trader” or “dealer”. I hasten to add that it has no impact on the question submitted to us as the English version of paragraph 39(5)(a) contains no such ambiguity and the French word “commerçant” is, in any event, broad enough to include a broker.

I have no doubt that a taxpayer who makes it a profession or a business of buying and selling securities is a trader or a dealer in securities within the meaning of paragraph 39(5)(a) of the Act. As Cattanach J. stated in *Palmer, MA v. The Queen*,<sup>13</sup> “[i]t is a badge of trade that a person who habitually does acts capable of producing profits is engaged in a trade or business”.<sup>14</sup> It is, however, a question of fact to determine whether one’s activities amount to carrying on a trade or business. Each case will stand on its own set of facts. Obviously, factors such as the frequency of the transactions, the duration of the holdings (whether, for instance, it is for a quick profit or a long term investment), the intention to acquire for resale at a profit, the nature and quantity of the securities held or made the subject-matter of the transaction, the time spent on the activity, are all relevant and helpful factors in determining whether one has embarked upon a trading or dealing business.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> See *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., Clarendon Press, Oxford, 1973, vol. 1, at p. 241; *Dictionnaire encyclopédique Quillet*, supra, note 10, vol. 3 (Cot-Es), at p. 1577.

<sup>13</sup> [1973] CTC 323 (F.C.T.D.).

<sup>14</sup> *Id.*, at p. 325.

<sup>15</sup> See *Imperial Stables (1981) Ltd. v. Minister of National Revenue* (1990), 32 F.T.R. 279 (F.C.T.D.), confirmed by

(Continued on next page)

Je souligne au passage que le mot «dealer» a été traduit en français libéralement par l’expression «courtier». Un «courtier» est un «agent de change» (*broker*), c’est-à-dire une personne engagée comme intermédiaire pour traiter des affaires ou conclure des marchés<sup>12</sup>. La notion d’«agent de change» (*broker*) comprend nécessairement l’achat et la vente pour le compte d’autrui. La portée de ce mot est donc plus restreinte que celle des termes «commerçant» et «négociant». Je m’empresse d’ajouter que cela n’a aucune incidence sur la question dont nous sommes saisis puisque la version anglaise de l’alinéa 39(5)(a) ne contient aucune ambiguïté de ce genre et que de toute façon, le mot français «commerçant» est suffisamment large pour comprendre un agent de change.

Je ne doute aucunement que le contribuable dont la profession ou l’entreprise consiste à acheter et à vendre des valeurs mobilières est un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières au sens de l’alinéa 39(5)(a) de la Loi. Comme l’a dit le juge Cattanach dans l’arrêt *Palmer, MA c. La Reine*<sup>13</sup>, «[o]n reconnaît qu’une personne qui accomplit de manière habituelle des actes susceptibles d’engendrer des bénéfices s’est engagée dans un commerce ou une entreprise»<sup>14</sup>. La question de savoir si une série d’actes équivaut à l’exploitation d’un commerce ou d’une entreprise constitue toutefois une question de fait. Chaque cas sera jugé selon les faits qui lui sont propres. Il est évident que les facteurs tels que la fréquence des opérations, le temps pendant lequel les valeurs ont été conservées, (pour réaliser un bénéfice rapide ou pour en faire un placement à long terme, par exemple), l’intention d’acheter pour revendre à profit, la nature et la quantité des valeurs mobilières détenues ou qui font l’objet de l’opération, le temps consacré à l’activité en question, sont tous des facteurs pertinents et qui aident à déterminer si une personne exerce un commerce ou une entreprise de courtage<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Voir *The Shorter Oxford English Dictionary* 3<sup>e</sup> éd., Clarendon Press, Oxford, 1973, vol. 1, à la p. 241; le *Dictionnaire encyclopédique Quillet*, susmentionné à la note 10 en bas de page, tome 3, (Cot-Es), à la p. 1577.

<sup>13</sup> [1973] CTC 323 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>14</sup> *Id.*, à la p. 325.

<sup>15</sup> Voir les arrêts *Imperial Stables (1981) Ltd. c. Ministre du Revenu national* (1990), 32 F.T.R. 279 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), con-

(Suite à la page suivante)

In enacting subsections 39(4) and (5), Parliament had, in my view, no intention of allowing a taxpayer, who makes it a business or a profession of buying and selling securities, to convert his business income or losses into capital gains or losses as is the case for a simple investor engaged in an adventure in the nature of trade. Moreover, in my respectful opinion, to limit the scope of the exception to registered or licensed traders or dealers as found by the Trial Judge would lead to a strange result. A taxpayer who has a business of dealing in securities could make the election under subsection 39(4), convert his income into capital gains and avoid falling under the exception relating to dealers not because he is not a dealer, but simply because he has not registered or obtained a licence as required by regulatory authorities.

Counsel for the respondent ably argued that Parliament's intention was to encourage investment in Canadian securities by providing certainty of tax treatment to taxpayers who make an irrevocable election to have all their gains and losses in Canadian securities taxed on capital account. Absolute certainty, in his view, can only be obtained if the words "a trader or a dealer in securities" are restricted, as the Trial Judge found, to those who are licensed or registered or buy and sell on behalf of others. Otherwise, there would have to be an *ad hoc* or a case-by-case determination of a taxpayer's status with respect to the right to elect under subsection 39(4).

It is true that this kind of assessment will be necessary when a taxpayer's buying and selling amounts to carrying on a business of trading and dealing in securities. There is no doubt that Parliament could have achieved the absolute certainty sought by the

(Continued from previous page)

F.C.A., A-996-90, February 17, 1992 not yet reported; *Forest Lane Holdings Ltd. et al. v. The Queen* (1990), 90 DTC 6495 (F.C.T.D.); *Karben Holdings Ltd. v. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 145 (F.C.T.D.); *Minister of National Revenue v. Taylor, James A.*, [1956-60] Ex.C.R. 3; *Tara Exploration & Development Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 557 (Ex. Ct.).

En adoptant les paragraphes 39(4) et 39(5), le législateur n'avait, selon moi, nullement l'intention de permettre au contribuable, dont l'entreprise ou la profession consiste à acheter et à vendre des valeurs mobilières, de convertir ses revenus ou ses pertes d'entreprise en gains ou pertes en capital comme peut le faire un simple investisseur engagé dans un projet comportant un risque de caractère commercial. En outre, à mon humble avis, limiter l'étendue de l'exception aux commerçants et aux courtiers inscrits ou autorisés conformément aux conclusions du juge de première instance aurait d'étranges conséquences. Le contribuable dont l'entreprise consiste à faire le commerce des valeurs mobilières pourrait faire le choix prévu au paragraphe 39(4), convertir son revenu en gains en capital et échapper à l'exception visant les courtiers non parce qu'il n'en est pas un, mais simplement parce qu'il n'est ni inscrit ni autorisé comme l'exigent les instances de réglementation.

L'avocat de l'intimée a habilement fait valoir que l'intention du législateur était d'encourager les placements dans les titres canadiens en assurant un traitement fiscal certain aux contribuables qui choisissent de façon irrévocable de faire imposer à titre de capital tous leurs gains et leurs pertes afférents à des titres canadiens. À son avis, la certitude absolue ne peut être obtenue que si les mots «un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières» sont restreints, comme l'a conclu le juge de première instance, à ceux qui sont autorisés ou inscrits ou qui achètent et vendent pour le compte d'autrui. Sinon, la possibilité pour le contribuable de faire un choix en vertu du paragraphe 39(4) devrait être déterminée de façon individuelle ou au cas par cas.

Il est vrai que ce genre d'appréciation sera nécessaire dans les cas où les achats et les ventes du contribuable sont assimilables au commerce et au courtage en valeurs mobilières. Il ne fait aucun doute que le législateur aurait pu obtenir la certitude absolue

(Suite de la page précédente)

firmé par la C.A.F., A-996-90, le 17 février 1992 encore inédit; *Forest Lane Holdings Ltd. et autre c. La Reine* (1990), 90 DTC 6495 (C.F., 1<sup>re</sup> inst.); *Karben Holdings Ltd. c. Canada*, [1989] 2 C.T.C. 145 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Minister of National Revenue v. Taylor, James A.*, [1956-60] R.C.É.; *Tara Exploration & Development Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 557 (C. de l'É.).

respondent by either creating no exceptions at all or by creating a well-defined one with respect to traders and dealers in securities. Obviously, it chose neither course of action, hence the resultant uncertainty. It is clear that Parliament did not want the right to elect under subsection 39(4) to be a blanket provision applicable to every taxpayer irrespective of his status. It is also clear that it did not want the exception relating to traders and dealers to apply only to brokers and like professionals. By giving to the words “a trader or a dealer” their plain and ordinary meaning, this Court not only gives an interpretation which conforms to the text of the provision, but also one that does justice to Parliament’s intent in enacting the election rule and its exceptions.

### Conclusion

In conclusion, a taxpayer does not necessarily lose his election right under subsection 39(4) when he buys and sells securities for his own account. However, he loses such right to elect when he becomes a trader or a dealer, that is to say when he professionally engages in the business of dealing in securities or when his dealings amount to carrying on a business and can no longer be characterized as investor’s transactions or mere adventures or concerns in the nature of trade.

In my opinion, the words “a trader or a dealer in securities” in paragraph 39(5)(a) of the *Income Tax Act* are broad enough to include anyone other than a person engaged in an adventure or concern in the nature of trade. I would allow the appeal with costs and, pursuant to paragraph 4 of the order of Strayer J., dated October 22, 1990, I would refer the case back to the Trial Division for a hearing on the remaining issues raised in the action.

MARCEAU J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

recherchée par l’intimée soit en ne créant aucune exception, soit en en créant une bien précise à l’égard des commerçants et des courtiers en valeurs mobilières. De toute évidence, il n’a choisi ni l’une ni l’autre de ces solutions, d’où l’incertitude qui en résulte. Il est évident que le législateur n’entendait pas que le droit de faire un choix prévu au paragraphe 39(4) soit une disposition générale applicable à chaque contribuable, indépendamment de sa situation. Il est aussi clair qu’il ne voulait pas que l’exception visant les commerçants et les courtiers s’applique uniquement aux agents de change et autres professionnels semblables. En donnant aux mots «un commerçant ou un courtier» leurs sens évident et habituel, cette Cour adopte non seulement une interprétation qui est conforme au libellé de la disposition, mais aussi qui rend justice à l’intention du législateur lorsqu’il a édicté la règle relative au choix et ses exceptions.

### Conclusion

En guise de conclusion, le contribuable ne perd pas nécessairement le droit de faire un choix prévu au paragraphe 39(4) lorsqu’il achète et vend des valeurs mobilières pour son propre compte. Il perd cependant ce droit de choisir lorsqu’il devient un commerçant ou un courtier, c’est-à-dire lorsqu’il se livre professionnellement au commerce des valeurs mobilières ou lorsque ses activités sont assimilables à l’exploitation d’une entreprise et qu’elles ne peuvent plus être qualifiées d’opérations de placement ou de simples risques ou affaires de caractère commercial.

À mon avis, les mots «un commerçant ou un courtier en valeurs mobilières» à l’alinéa 39(5)a) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ont une portée suffisamment large pour embrasser toute personne qui n’est pas engagée dans un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial. J’accueillerais l’appel avec dépens et, conformément au quatrième paragraphe de l’ordonnance du juge Strayer, en date du 22 octobre 1990, je renverrais l’affaire à la Section de première instance pour qu’elle tienne une audience sur les autres questions soulevées dans l’action.

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

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

A-267-92  
**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)  
 v.  
**James M. Shaw** (*Respondent*)

A-267-92  
**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)  
 c.  
**James M. Shaw** (*intimé*)

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

*RÉPERTOIRE: SHAW c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, Linden J.J.A. and Holland D.J.—Calgary, February 18, 1993.

*b* Cour d'appel, juges Hugessen, Linden, J.C.A., et le juge suppléant Holland—Calgary, 18 février 1993.

*Income tax — Income calculation — Income or capital gain — Expropriation of land under Alberta Expropriation Act in 1977; compensation settled in 1986 — \$1,020,368 in interest from 1977 to 1986 treated as income by M.N.R. — Appeal from Trial Division decision holding \$1,020,368 should be included as proceeds of disposition and treated as capital — Appeal allowed — Under Alberta Act, interest not considered part of compensation — Trial Judge wrongly interpreting F.C.A. decision in Sani Sport Inc. as holding interest should be included as part of compensation — Interest not paid as damages or compensation for expropriation but as compensation for failure to pay balance of land value promptly — Interest not merged in total compensation paid; calculated separately, based on total compensation amount — Income Tax Act, s. 44(2)(a), on which Trial Judge relied to characterize interest as proceeds of disposition, merely timing provision; not designed to be substantive provision capable of recharacterizing nature or essence of transaction.*

*c* *Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Revenu ou gain en capital — Expropriation, en 1977, d'un bien-fonds fondée sur la Expropriation Act de l'Alberta; indemnité réglée en 1986 — Le M.R.N. a considéré comme un revenu le paiement d'intérêts de 1 020 368 \$ pour la période allant de 1977 à 1986 — Appel de la décision par laquelle la Section de première instance a statué que la somme de 1 020 368 \$ devrait être incluse comme le produit d'une disposition et considérée comme un capital — Appel accueilli — En vertu de la Loi albertaine, l'intérêt n'est pas considéré comme faisant partie de l'indemnité — Le juge de première instance a eu tort d'interpréter la décision rendue par la C.A.F. dans l'affaire Sani Sport Inc. comme statuant que l'intérêt devrait être inclus comme une partie de l'indemnité — Les intérêts ont été payés, non pas à titre d'indemnité ou de dommages-intérêts afférents à l'expropriation, mais pour compenser le défaut de payer promptement le reste de la valeur du bien-fonds — L'intérêt n'a pas été confondu avec l'indemnité globale payée; il a été calculé séparément, compte tenu du total de l'indemnité — L'art. 44(2)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu, sur lequel le juge de première instance s'est appuyé pour qualifier les intérêts de produit de disposition, n'est qu'une disposition qui porte sur une date; il n'a pas été conçu pour être une disposition de fond capable de qualifier de façon différente la nature ou l'essence d'une opération.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Expropriation Act*, S.A. 1974, c. 27 (now R.S.A. 1980, c. E-16), ss. 29(5), 37, 40(2), 64.

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 12(1)(c) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4), 16(1) (as am. *idem*, s. 10), 44(2)(a) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 18), 54(h)(iv), 165(3)(b) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Wride v. M.N.R.*, 86-257 (IT), Bonner J., judgment dated 28/1/88, T.C.C., not reported; *Wideman (B) v. MNR*, [1983] CTC 2589; (1983), 83 DTC 531 (T.C.C.); *Hallman & Sable Ltd. v. M.N.R.* (1969), 69 DTC 551

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Expropriation Act*, S.A. 1974, ch. 27 (maintenant R.S.A. 1980, ch. E-16), art. 29(5), 37, 40(2), 64.

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 12(1)c) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 4), 16(1) (mod. *idem*, art. 10), 44(2)a) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 18; 1985, ch. 45, art. 126, ann. III, art. 36), 54(h)(iv), 165(3)b) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Wride c. M.R.N.*, 86-257 (IT), juge Bonner, jugement en date du 28-1-88, C.C.I., non publié; *Wideman (B) c. MRN*, [1983] CTC 2589; (1983), 83 DTC 531 (C.C.I.); *Hallman & Sable Ltd. v. M.N.R.* (1969), 69 DTC 551 (C.A.I.);

(T.A.B.); *Elliott (RA) v. MNR*, [1984] CTC 2373; (1984), 84 DTC 1325 (T.C.C.).

## DISTINGUISHED:

*Sani Sport Inc. v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 15; (1990), 90 DTC 6230 (F.C.A.); *E.R. Fisher Ltd. v. The Queen*, [1986] 2 C.T.C. 114; (1986), 86 D.T.C. 634 (F.C.T.D.).

APPEAL from a Trial Division decision ([1992] 2 F.C. 162) holding that a payment of money described as “interest” on a delayed settlement payment representing compensation for expropriated land should not be characterized as interest and taxed as income but included as proceeds of a disposition and treated as capital. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Douglas Titosky and Louis A. T. Williams* for appellant.

*Alan D. Macleod and James G. McKee* for respondent.

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*Macleod, Dixon, Calgary*, for respondent.

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

LINDEN J.A.: The issue on this appeal is whether a payment of money described as “interest” on a delayed settlement payment representing compensation for expropriated land should be characterized as interest and taxed as income, according to paragraph 12(1)(c) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4)] or whether it should be included as proceeds of a disposition, pursuant to subparagraph 54(h)(iv) of the Act, and treated as capital.

FACTS

In November 1963, the respondent, James Shaw, inherited farm land near Calgary from his father. Fourteen years later, on July 20, 1977, Mr. Shaw received a notice of intention to expropriate portions of this land pursuant to the *Alberta Expropriation*

*Elliott (RA) c. MRN*, [1984] CTC 2373; (1984), 84 DTC 1325 (C.C.I.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Sani Sport Inc. c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 15; (1990), 90 DTC 6230 (C.A.F.); *E.R. Fisher Ltd. c. La Reine*, [1986] 2 C.T.C. 114; (1986), 86 D.T.C. 634 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

APPEL de la décision par laquelle la Section de première instance ([1992] 2 C.F. 162) a statué que le paiement d'une somme d'argent décrite comme des «intérêts» sur le règlement différé de l'indemnité d'expropriation d'un bien-fonds ne devrait pas être qualifié d'intérêts et imposé à titre de revenu, mais qu'il devrait être inclus en tant que produit de la disposition et être traité à titre de capital. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Douglas Titosky et Louis A. T. Williams* pour l'appellant.

*Alan D. Macleod et James G. McKee* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

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

*Macleod, Dixon, Calgary*, pour l'intimé.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: La question consiste à savoir si le paiement d'une somme d'argent décrite comme étant des «intérêts» sur le règlement différé de l'indemnité d'expropriation d'un bien-fonds devrait être qualifié d'intérêts et être imposé à titre de revenu, selon l'alinéa 12(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. 4)], ou s'il devrait être inclus en tant que produit de la disposition, conformément au sous-alinéa 54(h)iv) de la Loi, et être traité à titre de capital.

LES FAITS

En novembre 1963, l'intimé, James Shaw, a hérité de son père des terres agricoles près de Calgary. Quatorze ans plus tard, le 20 juillet 1977, M. Shaw a reçu un avis d'intention d'exproprier des parties de ses terres conformément à la *Expropriation Act* de l'Al-

*Act*, S.A. 1974, c. 27 (as am.) [now R.S.A. 1980, c. E-16]. On September 30, 1977, the Province of Alberta issued a certificate of approval advising James Shaw that the land in question was taken effective that day. The province, therefore, became the registered owner of the expropriated lands on September 30, 1977 and took possession a few months later on January 31, 1978.

In the meantime, the province served Mr. Shaw with a notice of proposed payment and two cheques for a total of \$719,400, which he received November 6, 1977. James Shaw accepted the proposed payment on the condition, provided for in subsection 29(5) of the *Expropriation Act*, that there be no prejudice to his right to claim additional compensation.

In September 1978, the respondent (along with a group of adjacent land owners) commenced an action against the province of Alberta seeking greater compensation. James Shaw sought an increased amount for revised market value, costs incurred to determine the proper amount of compensation (section 37), compensation for loss of special economic advantage of the land (paragraph 40(2)(c)), expenses for locating replacement land (paragraph 40(2)(b)), compensation for injurious affection to non-expropriated land (paragraph 40(2)(d)), and interest on the sum of these amounts for the period between February 1978 and the date of payment of these monies (section 64).

Following negotiations between the province and the respondent, this action was eventually settled. Under the settlement agreement, James Shaw received \$566,100 as additional compensation for the expropriated land along with interest of \$1,020,368 on that amount for the period from September 30, 1977 to February 28, 1986. The interest payment was calculated at a rate of 13%, which was based on the return Mr. Shaw earned on his other investments during that period.

These payments concluded James Shaw's claim against the province. He executed a release in favour of the province on August 13, 1987. The total sum

berta, S.A. 1974, ch. 27 (et ses modifications) [maintenant R.S.A. 1980, ch. E-16]. Le 30 septembre 1977, la province de l'Alberta délivrait un certificat d'autorisation avisant James Shaw de l'expropriation du bien-fonds en question à compter du jour même. Par conséquent, la province est devenue le propriétaire inscrit du bien-fonds exproprié le 30 septembre 1977, et elle en a pris possession quelques mois plus tard, le 31 janvier 1978.

Entre-temps, la province a signifié à M. Shaw un avis de paiement proposé, et deux chèques s'élevant au total à 719 400 \$, qu'il a reçus le 6 novembre 1977. James Shaw a accepté le paiement proposé à la condition, prévue au paragraphe 29(5) de la *Expropriation Act*, que ce soit sous réserve de son droit de réclamer une indemnité supplémentaire.

En septembre 1978, l'intimé (ainsi qu'un groupe de propriétaires de bien-fonds adjacents) a engagé une action contre la province de l'Alberta pour obtenir une indemnité plus élevée. James Shaw a réclaté une somme plus élevée à l'égard de la valeur marchande modifiée du bien-fonds, des frais subis pour déterminer le montant approprié de l'indemnité (article 37), de l'indemnité pour la perte de l'avantage économique particulier que représentait le bien-fonds (alinéa 40(2)c), des frais engagés pour trouver un bien-fonds de remplacement (alinéa 40(2)b), de l'indemnité pour préjudice causé au bien-fonds non exproprié (alinéa 40(2)d), et des intérêts sur la somme de ces montants pendant la période écoulée entre février 1978 et la date du paiement de ces deniers (article 64).

À la suite de négociations entre la province et l'intimé, cette action a été finalement réglée. Selon l'entente conclue, James Shaw a reçu 566 100 \$ comme indemnité supplémentaire à l'égard du bien-fonds exproprié ainsi que des intérêts de 1 020 368 \$ sur cette somme pour la période allant du 30 septembre 1977 au 28 février 1986. Les intérêts versés ont été calculés au taux de 13 %, lequel était fondé sur le rendement des autres placements de M. Shaw pendant cette période.

Ces paiements mettaient fin à l'action de James Shaw contre la province. Il a donné quittance à la province le 13 août 1987. La somme totale versée par

paid by the province of Alberta to James Shaw, therefore, was as follows:

\$ 719,400	Compensation received November 6, 1977
\$ 566,100	Compensation received March 26, 1986
<u>\$1,020,368</u>	Interest received March 26, 1986
\$2,305,868	

On his 1977 tax return, the respondent reported the \$719,400 partial payment for his land as a capital gain of \$461,400, made up of the proceeds of disposition of expropriated land in the sum of \$719,400 less the adjusted cost base of \$258,000. This 1977 tax return was not contested by the Minister of National Revenue.

On his 1986 tax return, James Shaw claimed both the compensation and the "interest" received in 1986 as proceeds of disposition of expropriated land. The Minister reassessed Mr. Shaw's 1986 return, recharacterizing the "interest" payment of \$1,020,368 as income (i.e., interest) rather than capital (i.e., proceeds of disposition of land).

James Shaw paid the additional taxes following the initial reassessment, but filed a notice of objection on September 28, 1989. In the notice of objection, the respondent waived reconsideration of the first reassessment and indicated his intention to appeal directly to the Federal Court pursuant to paragraph 165(3)(b) of the *Income Tax Act* [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 58]. The Minister issued a second reassessment six days later but did not alter his determination that the "interest" payment of \$1,020,368 should be treated as income.

On December 18, 1989, James Shaw filed a statement of claim initiating an appeal to the Federal Court, Trial Division. James Shaw succeeded in the Trial Division [[1992] 2 F.C. 162], and the Minister now appeals to this Court.

la province de l'Alberta à James Shaw est par conséquent la suivante:

a	Indemnité reçue le 6 novembre 1977	719 400 \$
	Indemnité reçue le 26 mars 1986	566 100 \$
	Intérêts versés le 26 mars 1986	<u>1 020 368 \$</u>
		2 305 868 \$

b Dans sa déclaration d'impôt sur le revenu de 1977, l'intimé avait déclaré le paiement partiel de 719 400 \$ à l'égard de son bien-fonds comme étant un gain en capital de 461 400 \$, composé du produit de la disposition du bien-fonds exproprié s'élevant à 719 400 \$, moins le prix de base rajusté de 258 000 \$. Le ministre du Revenu national n'a pas contesté cette déclaration d'impôt de 1977.

d Dans sa déclaration d'impôt de 1986, James Shaw a déclaré à la fois l'indemnité et les «intérêts» reçus en 1986 comme étant le produit de la disposition du bien-fonds exproprié. Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard de la déclaration de M. Shaw pour 1986, considérant que le paiement d'«intérêts» de 1 020 368 \$ représentait un revenu (c'est-à-dire des intérêts) et non un capital (c'est-à-dire le produit de la disposition du bien-fonds).

f James Shaw a payé les impôts supplémentaires consécutifs à la nouvelle cotisation initiale, mais il a déposé un avis d'opposition le 28 septembre 1989. Dans son avis d'opposition, l'intimé a écarté la possibilité d'un nouvel examen de la première nouvelle cotisation et il a manifesté son intention d'en appeler directement à la Cour fédérale conformément à l'alinéa 165(3)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58]. Le ministre a établi une nouvelle cotisation six jours plus tard, mais il n'est pas revenu sur sa décision selon laquelle le paiement d'«intérêts» de 1 020 368 \$ devait être traité comme un revenu.

i Le 18 décembre 1989, James Shaw a déposé une déclaration introduisant un appel auprès de la Cour fédérale, Section de première instance. James Shaw a obtenu gain de cause en première instance [[1992] 2 C.F. 162], et le ministre interjette maintenant appel auprès de cette Cour.

DECISION

Normally, interest receipts are treated as income pursuant to paragraph 12(1)(c) of the *Income Tax Act* which reads:

12. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from a business or property . . .

c) any amount received by taxpayer in the year . . . as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of, interest . . .

The Trial Judge [at page 168] recognized that the provincial law would regard the payment as interest and that "the interest payable was calculated so as to replace profits or interest lost by the plaintiff due to the fact that he did not have available to him the capital sum representing the total value of the land". He nevertheless concluded that the sum of \$1,020,368 in question should be characterized as part of the compensation for property taken under statutory authority and, therefore, as proceeds of disposition pursuant to subparagraph 54(h)(iv) of the *Income Tax Act*, which provides:

54. . . .

(h) "proceeds of disposition" of property includes,

(iv) compensation for property taken under statutory authority . . . .

In arriving at that conclusion, the Trial Judge relied on the decision of this Court in *Sani Sport Inc. v. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 15 (F.C.A.) to the effect that the Minister of National Revenue should treat compensation as a unit and should not inquire into the various elements included in compensation paid for property taken through expropriation. The Trial Judge decided that the interest paid to Mr. Shaw should be included as part of the compensation and should not be distinguished or "dissected" from the compensation payment.

The Trial Judge, with respect, read more into this Court's decision in *Sani Sport Inc.* than was intended. The *Sani Sport Inc.* case did not deal with interest at all; rather it concerned the characterization of the

DÉCISION

Normalement, les intérêts touchés sont considérés comme un revenu conformément à l'alinéa 12(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, libellé comme suit:

12. (1) Sont à inclure dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien, au cours d'une année d'imposition, les sommes appropriées suivantes:

c) toute somme reçue ou à recevoir par le contribuable dans l'année . . . au titre ou en paiement intégral ou partiel d'intérêts . . .

Le juge de première instance [à la page 168] a reconnu que le droit provincial considérerait le paiement comme représentant des intérêts et que «le montant d'intérêts à payer a été calculé de façon à remplacer les profits ou les intérêts que le demandeur a perdus parce qu'il ne disposait pas de la somme en capital représentant la valeur totale du terrain». Il a néanmoins conclu que la somme de 1 020 368 \$ en question devrait être considérée comme un élément de l'indemnité afférente à un bien pris en vertu d'une loi et, en conséquence, comme le produit d'une disposition au sens du sous-alinéa 54h)(iv) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui prévoit ce qui suit:

54. . . .

h) «produit de disposition» d'un bien comprend

(iv) toute indemnité afférente aux biens pris en vertu d'une loi . . . .

En arrivant à cette conclusion, le juge de première instance s'est appuyé sur la décision de cette Cour dans l'affaire *Sani Sport Inc. c. Canada*, [1990] 2 C.T.C. 15 (C.A.F.), selon laquelle le ministre du Revenu national devrait considérer une indemnité comme étant un tout et ne devrait pas examiner les divers éléments de l'indemnité versée à l'égard des biens pris par voie d'expropriation. Le juge de première instance a décidé que l'intérêt versé à M. Shaw devrait être inclus comme une partie de l'indemnité, sans être distingué du montant de l'indemnité ni «décortiqué» en une catégorie distincte.

Avec égards, le juge de première instance voit davantage dans l'arrêt *Sani Sport Inc.* de cette Cour que celle-ci entendait y mettre. Dans cet arrêt, il n'est nullement question d'intérêt, mais plutôt de la quali-



compensation itself. In other words, the Court in *Sani Sport Inc.* dealt with the different types of damages that are compensated for when the government expropriates land. The decision of *E.R. Fisher Ltd. v. The Queen*, [1986] 2 C.T.C. 114 (F.C.T.D.) is also distinguishable as dealing with an interest penalty not with interest on compensation.

In this case, the headings of damages flowing from expropriation are expressly set out in subsection 40(2) of the *Expropriation Act* of Alberta. That subsection specifically enumerates four matters upon which compensation is to be based:

40. . . .

(2) Where land is expropriated, the compensation payable to the owner shall be based upon

- (a) the market value of the land,
- (b) the damages attributable to disturbance,
- (c) the value to the owner of any element of special economic advantage to him arising out of or incidental to his occupation of the land to the extent that no other provision is made for its inclusion, and
- (d) damages for injurious affection.

It should be noted that interest is conspicuously absent from this list. That is understandable, since interest is normally paid, not as compensation for the expropriation, but as compensation for the government's failure to pay promptly the balance of the value of the land they take. This differential treatment of interest is also reflected in subsection 64(1) of the *Expropriation Act* which deals with the payment of interest by the Board as it "considers just . . . with respect to . . . compensation for the land".

The sum paid to Mr. Shaw as compensation, therefore, was payable because of the expropriation of his land, but that is not true of the "interest" payment. The expropriation resulted in the government owing Mr. Shaw a capital sum. The interest on the capital sum, however, was due because the government did not immediately pay that capital sum; it was not owing for "property taken" by an expropriation. Accordingly, the interest was not paid as damages or compensation for expropriation.

fiction de l'indemnité elle-même. En d'autres termes, la Cour traitait, dans l'arrêt *Sani Sport Inc.*, de différents types de préjudices qui font l'objet d'une indemnisation lorsque le gouvernement exproprie des biens-fonds. Il y a aussi lieu de faire une distinction avec l'arrêt *E.R. Fisher Ltd. c. La Reine*, [1986] 2 C.T.C. 114 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), car il y est question d'intérêts versés à titre de pénalité et non des intérêts afférents à une indemnité.

En l'espèce, les différents types de préjudice découlant de l'expropriation sont expressément exposés au paragraphe 40(2) de la *Expropriation Act* de l'Alberta. Ce paragraphe énumère expressément quatre facteurs servant de fondement à l'indemnisation:

[TRADUCTION] 40. . . .

(2) L'indemnité payable au propriétaire d'un bien-fonds exproprié se fonde sur ce qui suit:

- a) la valeur marchande du bien-fonds,
- b) le préjudice imputable à la gêne causée,
- c) la valeur pour le propriétaire de tout élément représentant pour lui un avantage économique particulier directement attribuable ou accessoire à son occupation du bien-fonds, dans la mesure où aucune autre disposition ne prévoit son inclusion, et
- d) les dommages-intérêts à l'égard du préjudice causé.

On doit noter que l'intérêt est manifestement absent de la liste. C'est compréhensible, l'intérêt étant normalement versé non comme indemnisation de l'expropriation, mais pour compenser le défaut du gouvernement de payer promptement le reste de la valeur du bien-fonds dont il s'est emparé. Cette façon différente de traiter l'intérêt est aussi reflétée au paragraphe 64(1) de la *Expropriation Act*, qui traite du paiement d'intérêts par le Conseil selon qu'il [TRADUCTION] «l'estime juste . . . à l'égard de . . . l'indemnité relative au bien-fonds».

La somme versée à M. Shaw en guise d'indemnité était par conséquent payable en raison de l'expropriation de son bien-fonds, ce qui n'est pas le cas du versement des «intérêts». À la suite de l'expropriation, le gouvernement devait à M. Shaw une somme en capital. Les intérêts sur cette somme étaient dus, cependant, parce que le gouvernement n'a pas immédiatement payé la somme en capital; ils n'étaient pas dus en raison du «bien pris» par expropriation. Conséquemment, les intérêts n'ont pas été payés à titre

Unlike the various types of damages, the amount of interest paid to Mr. Shaw was not merged in the total compensation paid; it was calculated as a discrete sum after the total for compensation was ascertained with the agreement of both parties to the expropriation. There is no difficulty here to determine "rationally" what constitutes interest rather than capital. (See Marceau J.A. in *Sani Sport Inc.*) It should also be noted that the *Income Tax Act* stipulates that "[w]here a payment under a contract or other arrangement [which] can reasonably be regarded as being in part a payment of interest . . . and in part a payment of a capital nature, the part of the payment that can be reasonably be regarded as a payment of interest . . . shall . . . be included in computing the recipient's income from property" (subsection 16(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 10]). Therefore, the interest paid to James Shaw should be distinguished from the capital sum paid to him as proceeds of disposition of his expropriated property (*Wride v. M.N.R.*, 86-257 (IT), Bonner J., not reported, January 28, 1988 (T.C.C.); *Wideman (B) v. MNR*, [1983] CTC 2589 (T.C.C.); *Hallman & Sable Ltd. v. M.N.R.* (1969), 69 DTC 551 (T.A.B.); c.f. *Elliott (RA) v. MNR*, [1984] CTC 2373 (T.C.C.)).

The Trial Judge also relied, in his reasons, on paragraph 44(2)(a) [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 18] of the *Income Tax Act*, which reads:

44. . . .

(2) For the purposes of this Act, the time at which a taxpayer has disposed of a property for which there are proceeds of disposition as described in subparagraph 13(21)(d)(ii), (iii) or (iv) or 54(h)(ii), (iii) or (iv), and the time at which an amount, in respect of those proceeds of disposition has become receivable by the taxpayer shall be deemed to be the earliest of

(a) the day the taxpayer has agreed to an amount as full compensation to him for the property lost, destroyed, taken or sold,

(b) where a claim, suit, appeal or other proceeding has been taken before one or more tribunals or courts of competent

d'indemnité ou de dommages-intérêts afférents à l'expropriation.

Contrairement aux divers types de dommages-intérêts, le montant de l'intérêt versé à M. Shaw n'a pas été confondu avec l'indemnité globale payée; il a été calculé comme une somme distincte après que le total de l'indemnité eut été déterminé avec le consentement des deux parties à l'expropriation. Il n'y a ici aucune difficulté à déterminer «rationnellement» ce qui constitue des intérêts plutôt que le capital. (Voir les motifs du juge Marceau, J.C.A., dans l'arrêt *Sani Sport Inc.*) On doit aussi se rappeler que la *Loi de l'impôt sur le revenu* stipule que «[l]orsqu'un paiement visé par un contrat ou tout autre arrangement [qui] peut raisonnablement être considéré, en partie comme un paiement d'intérêts . . . et en partie comme un paiement ayant un caractère de capital, la fraction du paiement qui peut raisonnablement être considérée comme un paiement d'intérêts . . . doit . . . être incluse dans le calcul du revenu du bénéficiaire, tiré de biens . . .» (paragraphe 16(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 10]). Par conséquent, les intérêts versés à James Shaw devraient se distinguer de la somme en capital qui lui a été payée en tant que produit de la disposition de son bien-fonds exproprié (*Wride c. M.R.N.*, 86-257(IT), le juge Bonner, inédit, 28 janvier 1988 (C.C.I.); *Wideman (B) c. MRN*, [1983] CTC 2589 (C.C.I.); *Hallman & Sable Ltd. v. M.N.R.* (1969), 69 D.T.C. 551 (C.A.I.); c.f. *Elliott (RA) c. MRN*, [1984] CTC 2373 (C.C.I.)).

Le juge de première instance s'est aussi appuyé, dans ses motifs, sur l'alinéa 44(2)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 18; 1985, ch. 45, art. 126, ann. III, art. 36], libellé comme suit:

h 44. . . .

(2) Aux fins de la présente loi, la date à laquelle un bien a fait l'objet d'une disposition par un contribuable, dont le produit est un produit visé aux sous-alinéas 13(21)d)(ii), (iii) ou (iv) ou 54h)(ii), (iii) ou (iv) ainsi que la date à laquelle une somme, au titre de ce produit de disposition, est devenue un montant à recevoir par le contribuable, est réputée être la première des dates suivantes:

a) le jour où le contribuable a convenu d'un montant devant lui être versé à titre d'indemnité totale pour le bien perdu, détruit, pris ou vendu,

b) lorsqu'une poursuite, un appel ou quelque autre procédure a été engagé devant une ou plusieurs cours ou tribu-

jurisdiction, the day on which the taxpayer's compensation for the property is finally determined by such tribunals or courts.

(c) where a claim, suit, appeal or other proceeding referred to in paragraph (b) has not been taken before a tribunal or court of competent jurisdiction within two years of the loss, destruction or taking of the property, the day that is two years following the day of the loss, destruction or taking,

(d) the time at which the taxpayer is deemed by section 48 or 70 to have disposed of the property, and

(e) where the taxpayer is a corporation other than a subsidiary corporation referred to in subsection 88(1), the time immediately before the winding-up of the corporation,

and he shall be deemed to have owned the property continuously until the time so determined.

The Trial Judge [at page 171] noted the words "for the purposes of this Act", and concluded that, until February 28, 1986, no money was receivable by James Shaw in respect of the disposition of property and, therefore, no interest on the capital sum could be receivable by him until that date. In other words, the Trial Judge reasoned, no interest could be calculated on money owed to the taxpayer prior to settlement because no money was deemed receivable until the date of the settlement.

With respect, we do not think that was the correct approach to the problem of how to characterize "interest" received on a delayed settlement for the expropriation of property. In our view, paragraph 44(2)(a) is merely a timing provision; it was not designed to be a substantive provision capable of recharacterizing the nature or essence of a transaction. This provision deems proceeds of disposition to be receivable on a particular date and that deemed date is applicable for all parts of the Act. However, proceeds of disposition are only relevant in the scheme of the Act to the calculation of taxable capital gains and the deemed date is only applicable for the purposes of considering the timing of the transaction, not for the purpose of characterizing. It would be misleading, then, to rely on paragraph 44(2)(a) as enlarging the scope of subparagraph 54(h)(iv), since the latter subparagraph is concerned with the nature and not the timing of a transaction. We agree with Bonner J. of the Tax Court of Canada who has remarked that subsection 44(2) cannot operate to impose upon a sum of money "a character that is at variance with reality" (*Wride v. M.N.R.*, *supra*).

noux compétents, le jour où l'indemnité à verser au contribuable pour le bien est fixée de façon définitive par ces cours ou tribunaux,

c) lorsqu'une poursuite, un appel ou quelque autre procédure visé à l'alinéa b) n'a pas été engagé devant une cour ou un tribunal compétent dans les deux années suivant la perte, la destruction ou la prise du bien, deux années exactement suivant le jour où il a été pris, perdu ou détruit,

d) la date à laquelle le contribuable est réputé, aux termes des articles 48 ou 70, avoir disposé du bien, et

e) lorsque le contribuable est une corporation autre qu'une filiale visée au paragraphe 88(1), la date immédiatement avant la liquidation de la corporation,

et le contribuable est réputé avoir possédé le bien jusqu'à la date ainsi déterminée.

Le juge de première instance a noté [à la page 171] les mots «aux fins de la présente loi», et il a conclu que jusqu'au 28 février 1986, aucun montant n'était à recevoir par James Shaw à l'égard de l'aliénation de son bien-fonds et que, par conséquent, aucun intérêt sur la somme en capital n'était à recevoir par lui avant cette date. En d'autres termes, a raisonné le juge de première instance, aucun intérêt ne pouvait être calculé sur la somme due au contribuable avant le règlement parce qu'aucune somme n'était réputée être à recevoir jusqu'à la date du règlement.

Avec égards, nous ne croyons pas que c'était là la bonne façon d'envisager le problème que pose la qualification des «intérêts» perçus à l'égard du règlement différé de l'indemnité relative au bien-fonds exproprié. À notre sens, l'alinéa 44(2)a) n'est qu'une disposition qui porte sur une date; elle n'a pas été conçue pour être une disposition de fond capable de qualifier de façon différente la nature ou l'essence d'une opération. Selon cette disposition, le produit de disposition est réputé être un montant à recevoir à une date précise et cette date présumée s'applique à l'égard de toutes les parties de la Loi. Toutefois, le produit de disposition n'a de rapport, dans l'économie de la Loi, qu'avec le calcul des gains en capital imposables et la date présumée ne sert qu'à l'examen du moment où l'opération s'est faite, et non à sa qualification. Il serait donc trompeur de s'appuyer sur l'alinéa 44(2)a) en croyant qu'il donne une plus grande extension au sous-alinéa 54h)(iv), puisque ce dernier sous-alinéa traite de la nature d'une opération et non du moment où elle a lieu. Nous sommes d'accord avec le juge Bonner, de la Cour canadienne de l'impôt, lorsqu'il a remarqué que le paragraphe 44(2)

The reality, in this case, is that the sum of \$1,020,368 was paid to James Shaw as interest on the compensation owing to him for the expropriation of his land. The Alberta *Expropriation Act* would treat the payment in question as interest and the Trial Judge himself recognized this when he wrote [at page 168]: “In reviewing sections 39, 40, and 64 of that Act I believe that the provincial law treats such a payment not as compensation but as interest”. The interest payment received, therefore, is taxable as income under paragraph 12(1)(c) of the *Income Tax Act*.

The appeal will be allowed with costs and the action of the taxpayer will be dismissed with costs.

HUGESSEN J.A.: I agree.

HOLLAND D.J.: I agree.

ne saurait s'appliquer de façon à donner à une somme d'argent «une qualification qui va à l'encontre de la réalité» (*Wride c. M.R.N.* précité).

La réalité, en l'espèce, est que la somme de 1 020 368 \$ a été versée à James Shaw à titre d'intérêts sur l'indemnité qui lui était due à l'égard de l'expropriation de son bien-fonds. La *Expropriation Act* de l'Alberta considérerait le paiement en question comme représentant des intérêts, et le juge de première instance lui-même l'a reconnu quand il a écrit [à la page 168]: «[À] mon avis, d'après les articles 39, 40 et 64 de cette Loi, ce paiement est considéré non pas comme une “indemnité”, mais plutôt comme un paiement d’“intérêts”». Ce paiement d'intérêts qu'a reçu le contribuable est donc imposable en tant que revenu en vertu de l'alinéa 12(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

L'appel sera accueilli avec dépens et l'action du contribuable sera rejetée avec dépens.

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

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

IMM-1212-93

IMM-1212-93

**Sukhjinder Singh Bal, Kanwar Harpinderdeep Singh Bal, Kanwar Balram Singh Bal** (*Applicants*)

**Sukhjinder Singh Bal, Kanwar Harpinderdeep Singh Bal, Kanwar Balram Singh Bal** (*requérants*)

v.

a c.

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

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

*INDEXED AS: BAL v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: BAL c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Noël J.—Vancouver, April 5 and 7, 1993.

Section de première instance, juge Noël—Vancouver, 5 et 7 avril 1993.

*Citizenship and Immigration — Judicial review — Federal Court jurisdiction — Whether jurisdiction to stay removal order pending resolution of application for leave to commence judicial review proceedings against refusal to allow application for landing from within Canada, where validity of order not in dispute — Conflicting Federal Court case law on matter — Where jurisdiction issue unresolved and in interest of justice relief be granted, uncertainty resolved in favour of party seeking relief.*

*Citoyenneté et immigration — Contrôle judiciaire — Compétence de la Cour fédérale — Question de savoir si la Cour a compétence pour suspendre une mesure de renvoi en attendant l'issue de la demande d'autorisation d'introduire des procédures de contrôle judiciaire contre le refus de permettre aux intéressés de demander le droit d'établissement à partir du Canada, en l'absence de contestation de la validité de la mesure de renvoi — Jurisprudence contradictoire de la Cour fédérale sur le sujet — Lorsque la question de la compétence reste sans réponse et qu'il est dans l'intérêt de la justice que la réparation soit accordée, le doute doit être tranché en faveur de la partie qui demande la réparation.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Whether jurisdiction in Court to stay execution of removal order pending resolution of application for leave to commence judicial review proceedings against refusal to allow application for landing from within Canada, where validity of order not in dispute — Conflicting Federal Court Trial Division case law on matter and issue as yet unresolved by Court of Appeal — Where question of jurisdiction to grant relief unresolved and in interest of justice relief be granted, uncertainty to be resolved in favour of party seeking relief.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Question de savoir si la Cour a compétence pour suspendre une mesure de renvoi en attendant l'issue de la demande d'autorisation d'introduire des procédures de contrôle judiciaire contre le refus de permettre aux intéressés de demander le droit d'établissement à partir du Canada, en l'absence de contestation de la validité de la mesure de renvoi — Jurisprudence contradictoire de la Section de première instance de la Cour fédérale sur le sujet, question non encore tranchée par la Section d'appel — Lorsque la question de la compétence pour accorder la réparation reste sans réponse et qu'il est dans l'intérêt de la justice que la réparation soit accordée, le doute doit être tranché en faveur de la partie qui demande la réparation.*

Two of the applicants are Indian children aged 10 and 16 who were adopted in Canada, in November 1992, by the third applicant, their natural uncle, a Canadian citizen. A conditional deportation order was issued against the children in July 1992 for having entered Canada by fraudulent or improper means. After the adoption order was issued in November 1992, the uncle sponsored an application to have the children's application for permanent residence processed from within Canada, alleging humanitarian and compassionate grounds. The request was denied and the applicants were advised that the children would be removed and deported in April 1993. This was a motion for an interim stay of the deportation order pending the outcome of the leave application against the refusal to allow the children to apply for landing from within Canada. This raised the question as to whether the Federal Court has juris-

Deux des requérants sont des enfants indiens, âgés de 10 et 16 ans, qui ont été adoptés au Canada, en novembre 1992, par le troisième requérant, leur oncle naturel, un citoyen canadien. Une mesure d'expulsion permanente a été prise contre les enfants en juillet 1992 parce qu'ils sont entrés au Canada de façon frauduleuse et irrégulière. Après la délivrance de l'ordonnance d'adoption en novembre 1992, l'oncle a parrainé la demande visant le traitement, à partir du Canada, de la demande de résidence permanente des enfants, pour des raisons d'ordre humanitaire. La demande a été rejetée et les requérants ont été avisés que les enfants seraient renvoyés et expulsés en avril 1993. La Cour était saisie d'une requête visant la suspension provisoire de la mesure d'expulsion en attendant l'issue de la demande d'autorisation d'appeler du refus de permettre aux enfants de demander le droit d'établis-

diction to issue a stay of a removal order in circumstances where the validity of the order is not in dispute. There is conflicting Federal Court Trial Division case law on this point.

*Held*, the motion should be granted.

Numerous attempts to contact the children's natural parents and relatives in India have been unsuccessful. There would therefore be no one to receive the boys or care for them in India if they were deported.

If the Court has jurisdiction to do so, the deportation order should be stayed since the three-part test (irreparable harm, balance of convenience and serious issue to be tried) enunciated by the Court of Appeal in *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* was met.

Where there is an open question as to jurisdiction to grant a relief, and it is apparent that it would be in the best interest of justice that the relief be granted, then the uncertainty should be resolved in favour of the party seeking the relief. Those Trial Division judges who have assumed jurisdiction to grant a stay must be assumed to be right unless and until the Court of Appeal decides otherwise.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (F.C.A.).

##### REFERRED TO:

*Ali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 92-T-1647, Strayer J., order dated 17/11/92, F.C.T.D., not yet reported; *Paul v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 93-T-86, Noël J., order dated 29/1/93, F.C.T.D., not yet reported; *Seegobin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 93-T-48, Noël J., order dated 29/1/93, F.C.T.D., not yet reported; *Petit v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, IMM-352-93, Reed J., order dated 28/2/93, F.C.T.D., not yet reported; *Hamilton v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 1 F.C. 3; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 255; 36 F.T.R. 167 (T.D.); *Khan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 92-T-1311, MacKay J., order dated 6/11/92, F.C.T.D., not yet reported; *Hosein v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 17 Imm. L.R. (2d) 125 (F.C.T.D.).

MOTION for interim stay of two removal orders, where the validity of the orders is not in dispute,

sement à partir du Canada. Ceci soulevait la question de savoir si la Cour fédérale a compétence pour suspendre l'exécution d'une mesure d'expulsion dont la validité n'est pas contestée. La jurisprudence de la Section de première instance de la Cour fédérale est contradictoire sur ce sujet.

*Jugement*: la requête doit être accueillie.

Les nombreux efforts pour joindre les parents naturels des enfants et les autres membres de leur famille en Inde ont été vains. Il ne se trouverait donc personne pour accueillir les enfants et en prendre soin en Inde s'ils étaient expulsés.

Si la Cour a compétence pour le faire, elle devrait suspendre l'exécution de la mesure d'expulsion puisqu'il y a respect du critère tripartite (préjudice irréparable, prépondérance des inconvénients et question sérieuse à trancher) énoncé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*.

Lorsqu'il subsiste un doute quant à la compétence de la Cour pour accorder une réparation, et qu'il semblerait dans l'intérêt de la justice de l'accorder, on devrait trancher le doute en faveur de la partie qui demande la réparation. On doit présumer que les juges de la Section de première instance qui se sont reconnus compétents pour accorder la suspension avaient raison, tant que la Cour d'appel n'aura pas décidé autrement.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Ali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 92-T-1647, juge Strayer, ordonnance en date du 17-11-92, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite; *Paul c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 93-T-86, juge Noël, ordonnance en date du 29-1-93, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite; *Seegobin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 93-T-48, juge Noël, ordonnance en date du 29-1-93, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite; *Petit c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, IMM-352-93, juge Reed, ordonnance en date du 28-2-93, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite; *Hamilton c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 1 C.F. 3; (1990), 11 Imm. L.R. (2d) 255; 36 F.T.R. 167 (1<sup>re</sup> inst.); *Khan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 92-T-1311, juge MacKay, ordonnance en date du 6-11-92, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite; *Hosein c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 17 Imm. L.R. (2d) 125 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

REQUÊTE visant la suspension provisoire de deux mesures de renvoi, dont la validité n'est pas contes-

pending the outcome of a leave application against the refusal to allow the applicants to apply for landing from within Canada. Motion granted.

COUNSEL:

*Darryl W. Larson* for applicants.  
*Wayne Garnons-Williams* for respondent.

SOLICITORS:

*Larson, Zutter, Vancouver*, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

NOËL J.: The only order potentially under attack in the application for leave to seek judicial review is the decision of an immigration officer refusing special treatment on humanitarian and compassionate grounds. The applicants seek a stay of a removal order pending the determination of that application. This raises a question which has been the subject of conflicting decisions, that is whether this Court has the jurisdiction to issue a stay of a removal order in circumstances where the validity of the order is not in dispute.

The applicants, Kanwar Harpinderdeep Singh Bal and Kanwar Balram Singh Bal (herein "the children") are aged 10 and 16. Applicant Sukhjinder Singh Bal is their natural paternal uncle and is also their adoptive father by virtue of an adoption order issued by the Supreme Court of British Columbia on November 25, 1992. He is a Canadian citizen who has resided in Canada since 1972 and is the natural father of three children.

The affidavit evidence indicates that the children, who are citizens of India were brought to Canada some three years ago by their uncle. They were brought to Canada by their uncle, because their natural father had received demands for money from members of the All Sikh Student Federation coupled with threats against the children's lives. Upon their entry into Canada the children's citizenship was not disclosed and the immigration officer wrongly assumed them to be their uncle's children. Shortly

tée, en attendant l'issue d'une demande d'autorisation d'en appeler du refus de permettre aux requérants de demander le droit d'établissement à partir du Canada. La requête est accueillie.

*a*

AVOCATS:

*Darryl W. Larson* pour les requérants.  
*Wayne Garnons-Williams* pour l'intimé.

*b*

PROCUREURS:

*Larson, Zutter, Vancouver*, pour les requérants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*c*

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

*d*

LE JUGE NOËL: La seule ordonnance susceptible d'être contestée dans le cadre de la demande d'autorisation de solliciter un contrôle judiciaire est la décision par laquelle un agent d'immigration refusait d'accorder un traitement spécial pour des raisons d'ordre humanitaire. Les requérants sollicitent la suspension d'une mesure de renvoi en attendant l'issue de cette demande. Cela soulève une question qui a fait l'objet de décisions contradictoires quant à la compétence de cette Cour pour suspendre l'exécution d'une mesure de renvoi dont la validité n'est pas contestée.

*f*

Les requérants, Kanwar Harpinderdeep Singh Bal et Kanwar Balram Singh Bal (ci-après appelés «les enfants») sont âgés de 10 et 16 ans. Le requérant Sukhjinder Singh Bal est leur oncle paternel naturel, et il est aussi leur père adoptif en vertu d'une ordonnance d'adoption rendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique le 25 novembre 1992. Il est citoyen canadien, il réside au Canada depuis 1972, et il est le père naturel de trois enfants.

*h*

La preuve sous forme d'affidavit expose que les enfants, citoyens de l'Inde, ont été amenés au Canada il y a environ trois ans par leur oncle. Ce dernier les a amenés au Canada parce que des membres de la All Sikh Student Federation ont exigé de l'argent de leur père et menacé les enfants de mort. Lors de leur entrée au Canada, la citoyenneté des enfants n'a pas été révélée, et l'agent d'immigration a cru à tort qu'ils étaient les enfants de leur oncle. Peu après, l'oncle a déclaré la présence des enfants au Canada

*i*

*j*

thereafter the uncle reported the children's entry into Canada at the Immigration Office in Nanaimo, British Columbia. Notices of inquiry on grounds alleging that they had entered Canada by fraudulent or improper means were issued.

The allegation that the children had entered Canada through fraudulent means was initially dismissed further to an immigration inquiry held on May 10, 1991. That decision was appealed by the Minister and reversed by the Immigration Appeal Division. As a result, a conditional deportation order was issued against the children on July 10, 1992. An application for leave to appeal that decision was dismissed by the Federal Court of Appeal on October 8, 1992.

While these proceedings were unravelling, the uncle also launched a Convention refugee status claim on the children's behalf. The claim was initially successful. The Adjudicator and the member of the Immigration and Refugee Board found that there was a credible basis to their claim and referred the matter to a full hearing. However, by a decision rendered on April 23, 1992 the Refugee Determination Division held them not to be Convention refugees. An application for leave to appeal that decision was dismissed by the Federal Court of Appeal on June 25, 1992.

The uncle then petitioned the Supreme Court of British Columbia for an order of adoption. The affidavit of the uncle states that this was done "in hopes that I would be able to keep them safe here in Canada as my sons." The order for adoption was issued on November 25, 1992.

The uncle then sponsored an application to have the children's application for permanent residence processed from within Canada under subsection 114(2) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], alleging humanitarian and compassionate grounds.

That request was denied without reasons. By letter dated March 11, 1993, applicants were advised that the children would be removed and deported to New Delhi on the morning of April 6, 1993.

au bureau de l'immigration à Nanaïmo (Colombie-Britannique). Des avis d'enquête ont été délivrés, alléguant que les enfants étaient entrés au Canada de façon frauduleuse ou irrégulière.

L'allégation voulant que les enfants soient entrés au Canada de façon frauduleuse a tout d'abord été rejetée à la suite d'une enquête en matière d'immigration, tenue le 10 mai 1991. Le ministre en a appelé de cette décision, qui a été infirmée par la Section d'appel de l'immigration. En conséquence, une mesure d'expulsion conditionnelle a été prise contre les enfants, le 10 juillet 1992. Le 8 octobre 1992, la Cour d'appel fédérale a rejeté une demande d'autorisation d'interjeter appel contre cette décision.

Alors que ces procédures se déroulaient, l'oncle a aussi présenté, au nom des enfants, une revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. Elle a initialement été accueillie. L'arbitre et le membre de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ont conclu au minimum de fondement de la revendication, et ils ont renvoyé l'affaire au second palier d'audience. Toutefois, la Section du statut de réfugié a conclu, dans une décision rendue le 23 avril 1992, que les enfants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. Le 25 juin 1992, la Cour d'appel fédérale a rejeté la demande d'autorisation d'interjeter appel contre cette décision.

L'oncle a alors demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une ordonnance d'adoption. Dans son affidavit, l'oncle déclare qu'il a présenté cette requête [TRADUCTION] «dans l'espoir que je pourrais les garder à l'abri au Canada comme mes fils». L'ordonnance d'adoption a été rendue le 25 novembre 1992.

L'oncle a ensuite parrainé une demande sollicitant le traitement de la demande de résidence permanente des enfants à partir du Canada, en vertu du paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], invoquant des raisons d'ordre humanitaire.

Cette requête a été rejetée sans motifs. Par lettre en date du 11 mars 1993, les requérants ont été avisés que les enfants seraient renvoyés et expulsés à New Delhi le matin du 6 avril 1993.



The affidavit evidence indicates that:

1) Numerous attempts have been made by the uncle to contact the children's "natural parents" without success. They are believed to be in hiding from Sikh extremists and their whereabouts remain unknown.

2) None of the boys' family remain in their village of origin because of terrorist threats by Sikh extremists; and the uncle has been unable to contact any of the children's relatives.

3) There will be no one to receive the boys or care for them in India if they are deported.

The motion before me is for an interim stay of the deportation order pending the outcome of the leave application against the respondent's refusal to allow the children to apply for landing from within Canada. It was heard on short notice on April 5, 1993. Counsel for the respondent undertook not to execute the deportation order pending the outcome of this application.

This is a situation where this Court, if it has jurisdiction to do so, ought to stay the deportation order as the three-part test enunciated by the Court of Appeal in *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 is clearly met.

Quite obviously, irreparable harm could result from deporting the children in circumstances where no arrangements have been made to ensure their care and custody in New Delhi on arrival.

As to the balance of convenience, it is quite plain that it weighs in favour of the applicants. The potential disruption to the children's lives if they are deported in the circumstances described above is beyond measurement, whereas the detriment to the respondent and the public in delaying the execution of the deportation order, while serious, cannot conceivably outweigh the impact of the execution of the order on the children. Furthermore, the children have been in this country for some three years. The additional time which would expire between now and the time at which the leave application would be determined is, by contrast, minimal.

L'affidavit dit ce qui suit:

1) L'oncle a tenté sans succès à plusieurs reprises de joindre les «parents naturels» des enfants. On croit qu'ils se cachent des extrémistes sikhs, et on ne sait pas où ils se trouvent.

2) Les membres de la famille des garçons ont tous quitté leur village d'origine en raison des menaces des extrémistes sikhs; l'oncle a été incapable d'entrer en contact avec des parents des enfants.

3) S'ils sont expulsés, il ne se trouvera personne en Inde pour accueillir les garçons et en prendre soin.

La requête dont je suis saisi vise la suspension provisoire de la mesure d'expulsion, en attendant l'issue de la demande d'autorisation d'en appeler du refus de l'intimé de permettre aux enfants de solliciter le droit d'établissement à partir du Canada. Elle a été entendue d'urgence le 5 avril 1993. L'avocat de l'intimé s'est engagé à ne pas exécuter la mesure d'expulsion en attendant l'issue de cette demande.

Il s'agit d'une situation où cette Cour, si elle a compétence pour le faire, devrait suspendre la mesure d'expulsion puisqu'il y a clairement respect du critère tripartite énoncé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123.

Il est évident qu'il pourrait y avoir préjudice irréparable si les enfants étaient expulsés alors qu'aucune mesure n'a été prise pour leur garde et leurs soins à leur arrivée à New Delhi.

Quant à la prépondérance des inconvénients, il est évident qu'elle favorise les requérants. Le bouleversement possible de la vie des enfants s'ils sont expulsés dans les circonstances décrites plus haut ne peut se mesurer, alors que le préjudice causé à l'intimé et au public par le sursis de l'exécution de la mesure d'expulsion, tout en étant considérable, ne saurait toutefois l'emporter sur les conséquences, pour les enfants, de l'exécution de la mesure en question. De plus, les enfants sont dans ce pays depuis quelque trois années. Le temps supplémentaire qui s'écoulerait jusqu'au règlement de la demande d'autorisation serait minime en comparaison.

Finally, from the limited material before me, it is apparent that the leave application raises a serious issue. From a memorandum drafted by the immigration officer who made the negative recommendation, it appears that she based her decision essentially on two grounds namely that:

- 1) The children were willing participants in a scheme developed by their father and uncle to bring them to Canada; and
- 2) The file suggests that this may be an adoption of convenience.

As to the first ground, I believe a serious question arises as to whether the alleged "guilty mind" of the children, who were aged 7 and 13 at the time of their entry into Canada, is a proper consideration. As to the second ground, a serious question arises as to whether the formal order of adoption issued by the Supreme Court of British Columbia can be looked upon as a procedure of convenience where the adoptive parents have had the care and custody of the children for over three years, and the adoption order merely formalizes a pre-existing parental relationship. Finally, contrary to the policy guidelines set out in 15 2.11(5) of the Immigration Manual, it appears as though the immigration officer failed to take any account of the children's best interests in reaching her decision.

I, and others, have previously held that this Court does not have the jurisdiction to issue a stay in the circumstances of this case.<sup>1</sup> However, other judges of this Court have expressed the opposite view.<sup>2</sup> There is obviously some uncertainty as to whether or not

<sup>1</sup> *Ali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (not yet reported, order dated November 17, 1992, 92-T-1647); *Paul v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (not yet reported, order dated January 29, 1993, 93-T-86); *Seegobin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (not yet reported, order dated January 29, 1993, 93-T-48).

<sup>2</sup> *Petit v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (not yet reported, order dated February 28, 1993, IMM-352-93); *Hosein v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1992), 17 Imm. L.R. (2d) 125 (F.C.T.D.); *Hamilton*

(Continued on next page)

Finalement, il ressort des documents peu nombreux qui m'ont été soumis que la demande d'autorisation soulève une question sérieuse. Selon le mémoire rédigé par l'agent d'immigration qui a fait la recommandation défavorable, il semble qu'elle ait fondé sa décision essentiellement sur deux motifs, à savoir:

- 1) Les enfants ont participé volontiers à la combine de leur père et de leur oncle pour les amener au Canada;
- 2) Le dossier permet de croire qu'il peut s'agir d'une adoption de pure commodité.

Pour ce qui est du premier motif, je crois qu'il se pose une question sérieuse, celle de savoir si la [TRA-  
DUCTION] «conscience coupable» des enfants, âgés de 7 et 13 ans à l'époque de leur entrée au Canada, peut régulièrement être prise en considération. Quant au second motif, on doit se demander sérieusement si l'ordonnance officielle d'adoption rendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique peut être considérée comme étant une mesure de convenance, alors que les parents adoptifs ont la garde des enfants et sont responsables de leurs soins depuis plus de trois ans, et que l'ordonnance d'adoption ne fait que consacrer une relation parentale préexistante. Finalement, contrairement aux lignes directrices exposées au paragraphe 15 2.11(5) du Guide de l'immigration, il semble que l'agent d'immigration ait oublié de tenir compte de l'intérêt des enfants en parvenant à sa décision.

J'ai déjà statué, ainsi que d'autres, que cette Cour n'a pas la compétence nécessaire pour prononcer le sursis dans les circonstances de l'espèce<sup>1</sup>. Toutefois, d'autres juges de cette Cour ont exprimé l'opinion contraire<sup>2</sup>. Il subsiste évidemment un certain doute

<sup>1</sup> *Ali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (encore inédite, ordonnance en date du 17 novembre 92, 92-T-1647); *Paul c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (encore inédite, ordonnance en date du 29 janvier 93, 93-T-86); *Seegobin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (encore inédite, ordonnance en date du 29 janvier 93, 93-T-48).

<sup>2</sup> *Petit c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (encore inédite, ordonnance en date du 28 février 93, IMM-352-93); *Hosein c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 17 Imm. L.R. (2d) 125 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.);

(Suite à la page suivante)

this Court has jurisdiction to stay the deportation order where the validity of the order is not in dispute. If I could, I would order a stay of the deportation order pending the determination of the jurisdictional issue by the Court of Appeal. I would do so because, if I have the discretion to grant a stay, this is clearly a case where it ought to be exercised and it would be in the interest of justice to preserve the *status quo* pending the determination of the issue. However, I have been unable to identify any procedural means by which this issue can be submitted to the Court of Appeal in this instance, and indeed, it may be that the question is wholly beyond the purview of the Court of Appeal.

In these circumstances, it is incumbent upon the members of this Court to insure that there is some consistency in the manner in which fundamental issues going to the jurisdiction of the Court are dealt with. Where there is an open question as to the jurisdiction to grant a relief, and it is apparent that it would be in the interest of justice that the relief be granted, then I believe that the uncertainty should be resolved in favour of the party seeking the relief. To do otherwise would deprive a party of a remedy on the necessary assumption that those who have assumed jurisdiction to grant it were wrong. I believe that the contrary assumption must be made unless and until the Court of Appeal decides otherwise.

I will therefore stay the execution of the removal orders issued against the children pending the disposition of their leave application and, if leave is granted, until final disposition of their judicial review application.

sur la compétence qu'a cette Cour de surseoir à l'exécution d'une mesure d'expulsion dont la validité n'est pas contestée. Si je le pouvais, j'ordonnerais le sursis de l'exécution de la mesure d'expulsion en attendant que la Cour d'appel se prononce sur la question de la compétence. Je le ferais parce que, si j'ai le droit d'accorder un sursis, il devrait clairement s'exercer en l'espèce, et il serait dans l'intérêt de la justice de maintenir le statu quo en attendant que soit réglée la question. Toutefois, j'ai été incapable de trouver dans la procédure le moyen de soumettre, en l'espèce, la question à la Cour d'appel; il se peut, de fait, qu'elle échappe entièrement à la compétence de cette dernière.

Dans ces circonstances, il appartient aux membres de cette Cour de s'assurer de l'existence d'une certaine uniformité dans le traitement des questions fondamentales ressortissant à la compétence de cette Cour. Lorsqu'il subsiste un doute quant à la compétence de la Cour d'accorder une réparation, et qu'il semblerait dans l'intérêt de la justice de l'accorder, j'estime que l'on devrait trancher le doute en faveur de la partie qui demande la réparation. Le contraire priverait cette dernière d'une réparation dans l'hypothèse nécessaire que ceux qui se sont reconnus compétents pour l'accorder avaient tort. Je crois que l'on doit faire l'hypothèse contraire tant que la Cour d'appel n'aura pas décidé autrement, le cas échéant.

Je vais par conséquent surseoir à l'exécution des mesures d'expulsion prises contre les enfants en attendant l'issue de leur demande d'autorisation et, si celle-ci est accueillie, jusqu'à l'issue définitive de leur demande de contrôle judiciaire.

(Continued from previous page)

v. *Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 1 F.C. 3 (T.D.); *Khan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (not yet reported, order dated November 6, 1992, 92-T-1311).

(Suite de la page précédente)

*Hamilton c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 1 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.); *Khan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (encore inédite, ordonnance en date du 6 novembre 92, 92-T-1311).

T-532-89  
T-533-89T-532-89  
T-533-89**Her Majesty the Queen (Plaintiff)****Sa Majesté la Reine (demanderesse)**

v.

a c.

**National Bank of Canada (Defendant)****La Banque Nationale du Canada (défenderesse)***INDEXED AS: CANADA v. NATIONAL BANK OF CANADA (T.D.)**RÉPERTORIÉ: CANADA c. BANQUE NATIONALE DU CANADA  
b (1<sup>re</sup> INST.)*Trial Division, Rothstein J.—Toronto, September 24,  
November 12, 1992; Ottawa, February 19, 1993.Section de première instance, juge Rothstein—  
Toronto, 24 septembre et 12 novembre 1992; Ottawa,  
19 février 1993.

*Bankruptcy — Bank taking assignment of book debts as security for loans to licensed manufacturers for Excise Tax Act purposes — When debtors defaulting Bank collecting book debts — Minister claiming federal sales tax pursuant to Excise Tax Act, s. 52(10) — In cases of bankruptcy, regard must be had to distribution scheme in Bankruptcy Act, s. 107 — S. 107 interpreted broadly — Under s. 107(1)(j) Parliament intending to treat claims of Crown, federal or provincial, equally — Legislation purporting to create priority must yield to s. 107 distribution scheme unless containing clear override — As no such provision in Excise Tax Act, s. 107 prevails — Book debts “property of bankrupt”, not of Bank, and Bankruptcy Act applies.*

*c Faillite — La banque a reçu une cession de comptes clients en garantie de prêts consentis à des fabricants titulaires de licence au sens de la Loi sur la taxe d'accise — La banque a recouvré ces comptes clients quand les débiteurs n'ont pu rembourser leurs dettes — Le ministre réclame la taxe de vente fédérale en application de la Loi sur la taxe d'accise, art. 52(10) — En cas de faillite, il faut se référer à l'art. 107 de la Loi sur la faillite — Interprétation libérale de l'art. 107 — Par l'art. 107(1j), le législateur entend traiter les réclamations de la Couronne, fédérale ou provinciale, au même titre que les autres — Une loi visant à établir un privilège doit le céder au plan de répartition de l'art. 107, sauf clause dérogoratoire expresse — Puisque la Loi sur la taxe d'accise ne comporte aucune disposition à cet effet, c'est l'art. 107 qui prévaut — Les comptes clients représentent les «biens du failli», non de la banque, et c'est la Loi sur la faillite qui s'applique en l'espèce.*

*Customs and Excise — Excise Tax Act — Minister claiming, pursuant to s. 52(10), federal sales tax on transactions giving rise to assignment of book debts by bankrupt manufacturers to secured creditor (Bank) — Nothing in Excise Tax Act clearly overriding Bankruptcy Act — Distribution scheme in Bankruptcy Act, s. 107 prevails — Bank not “manufacturer or producer” which would be directly liable for sales tax under s. 27(1)(a).*

*d Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Le ministre s'appuie sur l'art. 52(10) pour réclamer la taxe de vente fédérale sur les opérations donnant lieu à la cession des comptes clients de fabricants faillis au créancier garanti (la banque) — La Loi sur la taxe d'accise ne comporte aucune disposition dérogeant expressément à la Loi sur la faillite — C'est le plan de répartition prévu à l'art. 107 de la Loi sur la faillite qui prévaut — La banque n'est pas un «fabricant ou producteur» directement tenu à la taxe de vente en application de l'art. 27(1)a.*

These were actions for the federal sales tax associated with the book debts collected by the Bank pursuant to security which included general assignment of book debts. The Bank took general assignments of book debts as security for loans to licensed manufacturers for the purposes of the *Excise Tax Act*. The debtors defaulted. In the first case, bankruptcy proceedings were commenced before the Minister served the Bank with a demand for federal sales tax pursuant to *Excise Tax Act*, subsection 52(10), which provides that when the Minister learns that any person has received from a licensee any assignment of any book debts he may, by registered letter, demand payment to the Receiver General out of any moneys so received after the receipt of such notice, the amount of any tax imposed by the Act upon the transaction giving rise to the debt assigned. In the second case the Minister's demand was given

*h* Actions portant sur la question de savoir si la taxe de vente fédérale peut être perçue sur les dettes actives (comptes clients) recouvrées par la banque en vertu d'une garantie qui comprenait une cession générale des comptes clients. La banque avait reçu une cession générale des comptes clients à titre de garantie de prêts consentis à des fabricants titulaires de licence au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*. Les débiteurs n'ont pu rembourser leurs dettes. Dans la première affaire, les procédures de faillite ont été engagées avant que le ministre n'ait signifié à la banque la sommation de verser la taxe de vente fédérale en application du paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise*, aux termes duquel le ministre, lorsqu'il sait qu'une personne a reçu d'un titulaire de licence la cession d'une dette active, peut, par lettre recommandée, exiger que cette personne verse au receveur général, à même les deniers qu'elle a reçus à

before a petition for receiving order was made. The Bank collected the book debts. The *Bankruptcy Act*, section 107 sets out the scheme for the distribution of a bankrupt's property. In particular, paragraph 107(1)(j) provides that claims of the Crown, whether federal or provincial, shall be treated *pari passu* notwithstanding any statutory preference to the contrary.

The issues were whether the *Excise Tax Act*, subsection 52(10) overrode the scheme of distribution under *Bankruptcy Act*, section 107; whether the Minister's claim under subsection 52(10) was against the book debts assigned to the Bank, not against the property of the bankrupt, in which case the *Bankruptcy Act* would not apply; whether the Bank was a "manufacturer or producer" within the definition of that term, and as such would be indebted directly to the Minister for sales tax under *Excise Tax Act*, paragraph 27(1)(a).

*Held*, in the first case, the action should be dismissed; in the second case, the action should be dismissed to the extent that the receivables were collected on or after the date of the petition for receiving order.

The following four conclusions emerged from the Supreme Court of Canada cases considered: (1) in the case of bankruptcy, regard must be had to section 107 of the *Bankruptcy Act*; (2) section 107 is to be interpreted broadly; (3) under paragraph 107(1)(j), Parliament intended to treat claims of the Crown, whether provincial or federal, on an equal footing; and (4) provincial and federal legislation purporting to create priority or security for a government claim or to establish a trust in favour of a government must yield to the scheme of distribution in section 107 of the *Bankruptcy Act* unless, in the case of conflicting legislation, such legislation contains a clear override. Nothing in the *Excise Tax Act* indicates that in respect of federal sales tax the scheme of distribution of the *Bankruptcy Act* should be ignored or overridden.

For the purposes of subsection 107(1) of the *Bankruptcy Act*, the book debts were the property of the bankrupt, and not of the Bank. "Property of the bankrupt" in the *Bankruptcy Act* covers property which is the subject of security in favour of a secured creditor, regardless of the form in which the security is taken. Whether or not legal title to the property remains with the bankrupt or has been transferred to the security holder is not important as long as an equity of redemption remains with the bankrupt or his trustee. The debtors herein would have had the rights of redemption of the security they gave to the Bank under *Personal Property Security Act*, section 62. The right of redemption of the book debts comes within the definition of "property" in the *Bankruptcy Act*. Paragraph 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act*, and not subsection 52(10) of the *Excise Tax Act*, governs the Minister's entitlement in the case of a bankrupt.

compte de cette dette, après réception de cet avis, une somme équivalente au montant de toute taxe imposée par la Loi sur l'opération donnant lieu à la dette cédée. Dans la seconde affaire, la sommation du ministre a été signifiée avant le dépôt de la demande de mise en séquestre. La banque a recouvré les comptes clients en question. La *Loi sur la faillite*, article 107, prévoit l'ordre de priorité dans la distribution du produit de la vente des biens du failli. En particulier, l'alinéa 107(1)(j) prévoit que les réclamations de la Couronne, fédérale ou provinciale, sont traitées au même titre que les autres, nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire.

Il échet d'examiner si la *Loi sur la taxe d'accise*, paragraphe 52(10), l'emporte sur le plan de répartition prévu à l'article 107 de la *Loi sur la faillite*; si la réclamation fondée par le ministre sur le paragraphe 52(10) visait les dettes actives cédées à la banque et non les biens du failli, auquel cas la *Loi sur la faillite* n'aurait pas application; si la banque était un «fabricant ou producteur» au sens de la définition de ces termes et, de ce fait, directement tenue de verser la taxe de vente au ministre en application de l'alinéa 27(1)(a) de la *Loi sur la taxe d'accise*.

*Jugement*: dans la première affaire, la demanderesse est déboutée de son action; dans la seconde, elle en est déboutée à l'égard des comptes clients recouverts à compter de la date de la demande de mise en séquestre.

Les quatre conclusions suivantes se dégagent des arrêts de la Cour suprême du Canada examinés: (1) s'il y a faillite, il faut se référer à l'article 107 de la *Loi sur la faillite*; (2) il faut interpréter libéralement l'article 107; (3) par l'alinéa 107(1)(j), le législateur fédéral a voulu traiter sur un pied d'égalité les réclamations de la Couronne, qu'elle soit fédérale ou provinciale; et (4) toute loi provinciale ou fédérale qui vise à créer un privilège ou une garantie pour une créance de l'État ou à créer une fiducie en faveur de celui-ci est primée par le plan de répartition de l'article 107 de la *Loi sur la faillite* à moins que, s'il s'agit d'une autre loi fédérale, elle ne comporte une clause dérogatoire expresse. Aucune disposition de la *Loi sur la taxe d'accise* ne prévoit que lorsqu'il s'agit de la taxe de vente fédérale, il faut ignorer le plan de répartition de la *Loi sur la faillite* ou y passer outre.

Pour l'application du paragraphe 107(1) de la *Loi sur la faillite*, les comptes clients représentent les biens du failli et non de la banque. Le concept de «biens faillis» au sens de la *Loi sur la faillite* embrasse les biens constitués en sûreté en faveur d'un créancier garanti, peu importe la forme que revêt cette sûreté. Que le titre de propriété soit conservé par le failli ou ait été transféré au créancier garanti ne présente aucune importance tant que le failli ou son syndic conserve en *equity* le droit de racheter le bien en question. Les débiteurs en l'espèce auraient eu, sous le régime de l'article 62 de la *Loi sur les sûretés mobilières*, le droit de racheter la sûreté qu'ils avaient donnée à la banque. Le droit de racheter les comptes clients s'accorde avec la définition de «biens» dans la *Loi sur la faillite*. C'est l'alinéa 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* et non le paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise* qui régit les droits du ministre en cas de faillite.

The Bank was not liable directly as a "manufacturer or producer". Definitions by their nature must be worded broadly, but they must be construed having regard to the context and circumstances in which words are used. The *Excise Tax Act* was not intended to create duplicate or triplicate obligees for the same transaction or render security holders guarantors to the Minister of a debtor's obligation to pay sales tax. A bank does not become a manufacturer or producer until it exercises its security. If an assignee were directly liable as a manufacturer or producer pursuant to paragraph 27(1)(a) in all cases, such wide interpretation would render subsection 52(10) redundant. A bank would be required to pay sales tax in the capacity of a manufacturer or producer by way of a direct obligation under paragraph 27(1)(a) when it delivered goods to a purchaser or when property in such goods passed to the purchaser i.e. when it took over the business of its customer. This is not the case when the bank is collecting amounts owed to it pursuant to its security.

La banque n'était pas directement tenue à la taxe à titre de «fabricant ou producteur». Les définitions, de par leur nature même, doivent avoir une formulation générale, mais doivent être interprétées selon le contexte et les circonstances dans lesquels les mots définis sont employés. La *Loi sur la taxe d'accise* ne vise pas à doubler ou à tripler le nombre d'obligataires pour la même opération ou à faire des créanciers garantis les cautions du débiteur pour ce qui est de son obligation de verser la taxe de vente. Une banque ne devient pas un fabricant ou producteur tant qu'elle n'a pas réalisé sa sûreté. Si le cessionnaire était directement tenu à titre de fabricant ou producteur par application de l'alinéa 27(1)a) dans tous les cas, une interprétation aussi large rendrait le paragraphe 52(10) redondant. Une banque serait directement tenue à la taxe de vente à titre de fabricant ou producteur en application de l'alinéa 27(1)a) si elle délivrait les biens à l'acheteur ou si le droit de propriété sur ces biens était transféré à l'acheteur, c'est-à-dire si elle avait acquis le contrôle de l'entreprise de son client. Il n'en est rien quand la banque ne fait que percevoir les sommes qui lui reviennent en vertu de la garantie.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 107.  
*Corporation Securities Registration Act*, R.S.O. 1980, c. 94.  
*Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 2(1)(a), 27(1)(a)(i) (as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 16), 52(10), (11).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 227(5) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 171).  
*Personal Property Security Act*, R.S.O. 1980, c. 375, ss. 56(2), 62.  
*Retail Sales Tax Act*, R.S.Q. 1964, c. 71, s. 30.  
*Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388.  
*The Workers' Compensation Act*, S.A. 1973, c. 87 (now S.A. 1981, c. W-16), s. 78(4).  
*Workmen's Compensation Act*, R.S.Q. 1977, c. A-3.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061; (1988), 14 Q.A.C. 140; 68 C.B.R. (N.S.) 209; 84 N.R. 308; *British Columbia v. Hensfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; (1989), 59 D.L.R. (4th) 726; [1989] 5 W.W.R. 577; 38 B.C.L.R. (2d) 145; 75 C.B.R. (N.S.) 1; 97 N.R. 61; 2 T.C.T. 4263; [1989] 1 T.S.T. 2164; *C.I.B.C. v. R.* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 145; 8 C.E.R. 4; [1984] CTC 442; 84 DTC 6426 (F.C.T.D.); affd (1986), 60 C.B.R. (N.S.) 45; 11 C.E.R. 387; Can. S.T.R. 80-098; [1986] 2 C.T.C. 267; 86 DTC 6390 (F.C.A.); *Re Broydon Printers Ltd.* (1974), 4 O.R. (2d) 48; 47 D.L.R. (3d) 43; 19 C.B.R. (N.S.) 226 (S.C.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur la vente en détail*, S.R.Q. 1964, ch. 71, art. 30.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 227(5) (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 171).  
*Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3, art. 107.  
*Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, ch. E-13, art. 2(1)a), 27(1)a)(i) (mod. par S.C. 1986, ch. 9, art. 16), 52(10),(11).  
*Loi sur l'enregistrement des sûretés constituées par les personnes morales*, L.R.O. 1980, ch. 94.  
*Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q. 1977, ch. A-3.  
*Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1980, ch. 375, art. 56(2), 62.  
*Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 388.  
*The Workers' Compensation Act*, S.A. 1973, ch. 87 (maintenant S.A. 1981, ch. W-16), art. 78(4).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; (1988), 14 Q.A.C. 140; 68 C.B.R. (N.S.) 209; 84 N.R. 308; *Colombie-Britannique c. Hensfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; (1989), 59 D.L.R. (4th) 726; [1989] 5 W.W.R. 577; 38 B.C.L.R. (2d) 145; 75 C.B.R. (N.S.) 1; 97 N.R. 61; 2 T.C.T. 4263; [1989] 1 T.S.T. 2164; *B.C.I.C. c. R.* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 145; 8 C.E.R. 4; [1984] CTC 442; 84 DTC 6426 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1986), 60 C.B.R. (N.S.) 45; 11 C.E.R. 387; Can. S.T.R. 80-098; [1986] 2 C.T.C. 267; 86 DTC 6390 (C.A.F.); *Re Broydon Printers Ltd.* (1974), 4 O.R. (2d) 48; 47 D.L.R. (3d) 43; 19 C.B.R. (N.S.) 226 (C.S.).

## DISTINGUISHED:

*XMCO Canada Ltd. (Re)* (1991), 3 O.R. (3d) 148 (Gen. Div.); *R. in Right of Can. v. Continental Bank of Can.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 97; 9 C.E.R. 205; [1985] 2 CTC 134; Can. S.T.R. 80-069; 85 CTC 5332 (F.C.T.D.); *A.G. Canada v. Bank of British Columbia*, [1987] 1 C.T.C. 153 (B.C.S.C.).<sup>a</sup>

## CONSIDERED:

*Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; (1979), 105 D.L.R. (3d) 270; 33 C.B.R. (N.S.) 301; 30 N.R. 24; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board et al.*, [1985] 1 S.C.R. 785; (1985), 63 A.R. 321; 19 D.L.R. (4th) 577; 38 Alta. L.R. (2d) 169; [1985] 4 W.W.R. 481; 55 C.B.R. (N.S.) 241; 60 N.R. 81; *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 47 N.S.R. (2d) 454; 121 D.L.R. (3d) 435; 90 A.P.R. 454; 37 C.B.R. (N.S.) 176 (S.C.).<sup>b</sup>

## REFERRED TO:

*North-West Line Elevators Association et al. v. Canadian Pacific Railway and Canadian National Railway et al.*, [1959] S.C.R. 239; (1959), 17 D.L.R. (2d) 241; 77 C.R.T.C. 241; *R. v. Prowest Fabrications Ltd. and Balzer's Mechanical (1978) Ltd.* (1983), 31 Sask. R. 150; 50 C.B.R. (N.S.) 102 (Q.B.).<sup>c</sup>

## AUTHORS CITED

Canada. *House of Commons Debates*, Vol. IV, 1st Sess., 18th Parl., 1 Edw. VIII, 1936.

ACTIONS for federal sales tax associated with the book debts of bankrupt manufacturers collected by the Bank pursuant to security, which included general assignment of book debts. Actions dismissed.<sup>d</sup>

## COUNSEL:

*Peter A. Vita, Q.C.* for plaintiff.  
*William I. Innes and Clifford Rand* for defendant.<sup>e</sup>

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for plaintiff.  
*Stikeman, Elliott*, Toronto, for defendant.<sup>f</sup>

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

ROTHSTEIN J.: This matter involves two cases argued together, both between Her Majesty the Queen (The Minister of National Revenue—Customs and Excise and referred to herein as the Minister) and the National Bank of Canada (referred to herein as

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*XMCO Canada Ltd. (Re)* (1991), 3 O.R. (3d) 148 (Div. gén.); *R. du chef du Canada c. Banque Continentale du Canada* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 97; 9 C.E.R. 205; [1985] 2 CTC 134; Can. S.T.R. 80-069; 85 CTC 5332 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *A.G. Canada v. Bank of British Columbia*, [1987] 1 C.T.C. 153 (C.S.C.-B.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; (1979), 105 D.L.R. (3d) 270; 33 C.B.R. (N.S.) 301; 30 N.R. 24; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board et autres*, [1985] 1 R.C.S. 785; (1985), 63 A.R. 321; 19 D.L.R. (4th) 577; 38 Alta. L.R. (2d) 169; [1985] 4 W.W.R. 481; 55 C.B.R. (N.S.) 241; 60 N.R. 81; *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 47 N.S.R. (2d) 454; 121 D.L.R. (3d) 435; 90 A.P.R. 454; 37 C.B.R. (N.S.) 176 (C.S.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*North-West Line Elevators Association et al. v. Canadian Pacific Railway and Canadian National Railway et al.*, [1959] R.C.S. 239; (1959), 17 D.L.R. (2d) 241; 77 C.R.T.C. 241; *R. v. Prowest Fabrications Ltd. and Balzer's Mechanical (1978) Ltd.* (1983), 31 Sask. R. 150; 50 C.B.R. (N.S.) 102 (Q.B.).

## DOCTRINE

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1<sup>re</sup> sess., 18<sup>e</sup> Lég., 1 Edw. VIII, 1936.

ACTIONS relatives à la taxe de vente fédérale sur les comptes clients de fabricants faillis, recouvrés par la banque en vertu d'une garantie qui comprenait la cession de dettes actives. Actions rejetées.<sup>g</sup>

## AVOCATS:

*Peter A. Vita, c.r.*, pour la demanderesse.  
*William I. Innes et Clifford Rand* pour la défenderesse.<sup>h</sup>

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour la demanderesse.  
*Stikeman, Elliott*, Toronto, pour la défenderesse.<sup>i</sup>

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

LE JUGE ROTHSTEIN: Il y a en l'espèce deux actions pour lesquelles la même argumentation a été présentée, les deux opposant Sa Majesté la Reine (le ministre du Revenu national—Douanes et Accise, appelé ci-après le ministre) et la Banque Nationale du

the Bank). The issue in both cases is whether or not the Minister, under subsection 52(10) of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13, is entitled to federal sales tax associated with book debts collected by the Bank pursuant to security which included general assignments of book debts.

The evidence in both cases was by way of agreed statements of facts and agreed upon exhibits. The following summary of the facts is taken from paragraphs 2 and 3 of the defendant's notes of argument and the submissions of counsel.

In action No. T-532-89, the Bank loaned funds to IHEC Ltd. ("IHEC"), a licensed manufacturer for the purposes of the *Excise Tax Act*. The Bank took back security for this loan which included a general assignment of book debts. That security interest was registered under the *Corporation Securities Registration Act*, R.S.O. 1980, c. 94 and the *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1980, c. 375. IHEC defaulted upon its indebtedness to the Bank and the Bank appointed a receiver and manager of IHEC's property on or about November 12, 1985. On or about November 15, 1985, an interim receiver of IHEC was appointed by order of the Supreme Court of Ontario pursuant to the provisions of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3. On or about November 28, 1985, the Minister served the Bank with a demand in respect of federal sales tax pursuant to subsection 52(10) of the *Excise Tax Act*. On or about January 28, 1986 a receiving order was made against IHEC under the provisions of the *Bankruptcy Act*. The Bank collected the book debts of IHEC. In this action, the Minister claims the amount of \$79,998.60 as the federal sales tax applicable to the transactions giving rise to the book debts collected by the Bank after the date of the Minister's notice under subsection 52(10) of the *Excise Tax Act*.

In action No. T-533-89, the Bank loaned funds to Thrush Incorporated ("Thrush"), a licensed manufacturer for the purposes of the *Excise Tax Act*. The

Canada (appelée ci-après la banque). Dans les deux causes, le litige porte sur la question de savoir si le ministre peut invoquer le paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, ch. E-13, pour prétendre à la taxe de vente fédérale sur les dettes actives (comptes clients) recouvrées par la banque en vertu d'une garantie qui comprenait une cession générale des comptes clients.

Dans les deux causes, les preuves étaient administrées sous forme d'exposé conjoint des faits et de pièces produites d'un commun accord. Le résumé suivant des faits est tiré des paragraphes 2 et 3 des notes d'argumentation de la défenderesse et des mémoires soumis par les avocats.

Dans l'action n° T-532-89, la banque avait prêté des fonds à IHEC Ltd. («IHEC»), fabricant titulaire de licence au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*, contre garantie comprenant une cession générale des comptes clients. Cette garantie était enregistrée sous le régime de la *Loi sur l'enregistrement des sûretés constituées par les personnes morales*, L.R.O. 1980, ch. 94, et de la *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1980, ch. 375. IHEC étant en défaut de paiement, la banque a désigné un administrateur séquestre de l'actif de la compagnie, le 12 novembre 1985 ou vers cette date. Le 15 novembre 1985 ou vers cette date, la Cour suprême de l'Ontario nomma un séquestre intérimaire d'IHEC en application des dispositions de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3. Le 28 novembre ou vers cette date, le ministre signifia à la banque une sommation de payer la taxe de vente fédérale en application du paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise*. Le 28 janvier 1986 ou vers cette date, une ordonnance de séquestre fut rendue contre IHEC en application des dispositions de la *Loi sur la faillite*, après quoi la banque recouvra les comptes clients d'IHEC. Dans cette action, le ministre revendique la somme de 79 998,60 \$ au titre de la taxe de vente fédérale applicable aux opérations ayant engendré les comptes clients perçus par la banque, après la date où le ministre signifia son avis en application du paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise*.

Dans l'action n° T-533-89, la banque avait accordé à Thrush Incorporated («Thrush»), fabricant titulaire de licence au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*, un



Bank took back security for this loan which included a general assignment of book debts. That security was registered under the *Personal Property Security Act* of Ontario. Thrush defaulted upon the indebtedness to the Bank and the Bank appointed a receiver and manager of Thrush's property on or about October 18, 1985. On or about November 1, 1985, the Minister served the Bank with a demand in respect of federal sales tax pursuant to subsection 52(10) of the *Excise Tax Act*. On November 22, 1985, pursuant to an application by the Bank to the Supreme Court of Ontario, a receiver and manager of Thrush was appointed by that Court. On or about November 25, 1985 a receiving order was made against Thrush under the provisions of the *Bankruptcy Act*. The Bank collected the book debts of Thrush. In this action, the Minister claims the amount of \$54,877.33 as the federal sales tax applicable to the transactions giving rise to the book debts collected by the Bank after the date of the Minister's notice under subsection 52(10) of the *Excise Tax Act*.

The primary relevant statutory references in this case, in effect at the relevant time, are paragraph 2(1)(a), subparagraph 27(1)(a)(i) [as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 16], and subsections 52(10) and (11) of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13, as amended, and section 107 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3.

#### THE EXCISE TAX ACT

2. (1) In this Act

. . .

"manufacturer or producer" includes

(a) the assignee, trustee in bankruptcy, liquidator, executor, or curator of any manufacturer or producer and, generally, any person who continues the business of a manufacturer or producer or disposes of his assets in any fiduciary capacity, including a bank exercising any powers conferred upon it by the *Bank Act* and a trustee for bondholders,

. . .

27. (1) There shall be imposed, levied and collected a consumption or sales tax at the rate specified in subsection (1.1) on the sale price of all goods

(a) produced or manufactured in Canada

prêt contre garantie comprenant une cession générale des comptes clients. Cette garantie était enregistrée sous le régime de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario. Thrush étant en défaut de paiement, la banque a nommé un administrateur séquestre de ses biens le 18 octobre 1985 ou vers cette date. Le 1<sup>er</sup> novembre 1985 ou vers cette date, le ministre signifia à la banque une sommation de verser la taxe de vente fédérale en application du paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise*. Le 22 novembre 1985, la Cour suprême de l'Ontario, saisie d'une demande à cet effet de la banque, a nommé un administrateur séquestre des biens de Thrush. Le 25 novembre 1985 ou vers cette date, une ordonnance de séquestre fut rendue contre Thrush en application des dispositions de la *Loi sur la faillite*, après quoi la banque perçut les comptes clients de Thrush. Dans cette action, le ministre revendique la somme de 54 877,33 \$ au titre de la taxe de vente fédérale applicable aux opérations ayant engendré les comptes clients perçus par la banque après la date où le ministre signifia son avis en application du paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise*.

Les textes de loi applicables au premier chef en l'espèce sont, tels qu'ils étaient en vigueur à l'époque, l'alinéa 2(1)a), le sous-alinéa 27(1)a)(i) [mod. par S.C. 1986, ch. 9, art. 16] et les paragraphes 52(10) et (11) de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, ch. E-13, modifiée, ainsi que l'article 107 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, ch. B-3.

#### LA LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

2. (1) Dans la présente loi

. . .

«fabricant ou producteur» comprend

a) le cessionnaire, le syndic de faillite, le liquidateur, l'exécuteur testamentaire ou le curateur de tout fabricant ou producteur et, d'une manière générale, quiconque continue les affaires d'un fabricant ou producteur ou dispose de ses valeurs actives en qualité fiduciaire, y compris une banque exerçant des pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi sur les banques* ainsi qu'un fiduciaire pour des porteurs d'obligations,

. . .

27. (1) Est imposée, prélevée et perçue une taxe de consommation ou de vente au taux spécifié au paragraphe (1.1) sur le prix de vente de toutes marchandises

a) produites ou fabriquées au Canada,

(i) payable, in any case other than a case mentioned in subparagraph (ii) or (iii), by the producer or manufacturer at the time when the goods are delivered to the purchaser or at the time when the property in the goods passes, whichever is the earlier,

52. . . .

(10) When the Minister has knowledge that any person has received from a licensee any assignment of any book debt or of any negotiable instrument of title to any such debt, he may, by registered letter, demand that such person pay over to the Receiver General out of any moneys received by him on account of such debt after the receipt of such notice, a sum equivalent to the amount of any tax imposed by this Act upon the transaction giving rise to the debt assigned.

(11) The person receiving any such demand shall pay the Receiver General according to the tenor thereof, and in default of payment is liable to the penalties provided in this Act for failure or neglect to pay the taxes imposed by Parts III to V.

### THE BANKRUPTCY ACT

107. (1) Subject to the rights of secured creditors, the proceeds realized from the property of a bankrupt shall be applied in priority of payment as follows:

(a) in the case of a deceased bankrupt, the reasonable funeral and testamentary expenses incurred by the legal personal representative of the deceased bankrupt;

(b) the costs of administration, in the following order,

- (i) the expenses and fees of the trustee,
- (ii) legal costs;

(c) the levy payable under section 118;

(d) wages, salaries, commissions or compensation of any clerk, servant, travelling salesman, labourer or workman for services rendered during three months next preceding the bankruptcy to the extent of five hundred dollars in each case; together with in the case of a travelling salesman, disbursements properly incurred by him in and about the bankrupt's business, to the extent of an additional three hundred dollars in each case, during the same period; and for the purposes of this paragraph commissions payable when goods are shipped, delivered or paid for, if shipped, delivered or paid for within the three-month period, shall be deemed to have been earned therein;

(e) municipal taxes assessed or levied against the bankrupt within two years next preceding his bankruptcy and that do not constitute a preferential lien or charge against the real property of the bankrupt, but not exceeding the value of the interest of the bankrupt in the property in respect of which the taxes were imposed as declared by the trustee;

(f) the landlord for arrears of rent for a period of three months next preceding the bankruptcy and accelerated rent

(i) payable, dans tout cas autre que celui mentionné au sous-alinéa (ii) ou (iii), par le producteur ou fabricant à l'époque où les marchandises sont livrées à l'acheteur ou à l'époque où la propriété des marchandises est transmise, en choisissant celle de ces dates qui est antérieure à l'autre,

52. . . .

(10) Lorsque le Ministre sait qu'une personne a reçu d'un titulaire de licence la cession d'une dette active ou de tout titre négociable de propriété à pareille dette, il peut, par lettre recommandée, exiger que cette personne verse au receveur général, à même les deniers qu'elle a reçus à compte de cette dette, après réception de cet avis, une somme équivalente au montant de toute taxe imposée par la présente loi sur l'opération donnant lieu à la dette cédée.

(11) La personne qui reçoit cette sommation doit verser au receveur général la somme mentionnée dans la sommation, et, à défaut de paiement, elle est passible des peines prévues dans la présente loi pour omission ou négligence concernant le paiement des taxes imposées par les Parties III à V.

### LA LOI SUR LA FAILLITE

107. (1) Sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli doivent être distribués d'après l'ordre de paiement suivant:

a) dans le cas d'un failli décédé, les frais de funérailles et dépenses testamentaires raisonnables, faits par le représentant légal personnel du failli décédé;

b) les frais d'administration, dans l'ordre suivant:

- (i) débours et honoraires du syndic,
- (ii) frais légaux;

c) prélèvement payable en vertu de l'article 118;

d) gages, salaires, commissions ou rémunération de tout commis, préposé, voyageur de commerce, journalier ou ouvrier, pour services rendus au cours des trois mois qui ont précédé la faillite jusqu'à concurrence de cinq cents dollars dans chaque cas; et, s'il s'agit d'un voyageur de commerce, les sommes que ce dernier a régulièrement déboursées dans et concernant l'entreprise du failli, jusqu'à concurrence d'un montant additionnel de trois cents dollars dans chaque cas, pendant la même période; et, pour les fins du présent alinéa, les commissions payables sur expédition, livraison ou paiement de marchandises, sont censées gagnées à cet égard durant la période des trois mois, si les marchandises ont été expédiées, livrées ou payées pendant cette période;

e) les taxes municipales établies ou perçues à l'encontre du failli dans les deux années précédant sa faillite et qui ne constituent pas un droit ou charge privilégié sur les biens immobiliers du failli, mais ne dépassant pas la valeur de l'intérêt du failli dans les biens à l'égard desquels ont été imposées les taxes telles qu'elles ont été déclarées par le syndic;

f) le propriétaire quant aux arriérés de loyer durant une période de trois mois précédant la faillite, et pour loyer

for a period not exceeding three months following the bankruptcy if entitled thereto under the lease, but the total amount so payable shall not exceed the realization from the property on the premises under lease, and any payment made on account of accelerated rent shall be credited against the amount payable by the trustee for occupation rent;

a

(g) the fees and costs referred to in subsection 50(2) but only to the extent of the realization from the property exigible thereunder;

(h) all indebtedness of the bankrupt under any Workmen's Compensation Act, under any Unemployment Insurance Act, under any provision of the *Income Tax Act* or the *Income War Tax Act* creating an obligation to pay to Her Majesty amounts that have been deducted or withheld, *pari passu*;

b

(i) claims resulting from injuries to employees of the bankrupt to which the provisions of any Workmen's Compensation Act do not apply, but only to the extent of moneys received from persons or companies guaranteeing the bankrupt against damages resulting from such injuries;

c

(j) claims of the Crown not previously mentioned in this section, in right of Canada or of any province, *pari passu* notwithstanding any statutory preference to the contrary.

d

(2) Subject to the retention of such sums as may be necessary for the costs of administration or otherwise, payment in accordance with subsection (1) shall be made as soon as funds are available for the purpose.

e

(3) A creditor whose rights are restricted by this section is entitled to rank as an unsecured creditor for any balance of claim due him.

f

## POSITION OF THE PARTIES

Counsel for the Minister made two arguments. The primary argument based on subsections 52(10) and (11), while the alternative argument based on paragraph 2(1)(a) and subsection 27(1) of the *Excise Tax Act*.

The gist of the primary argument made by counsel for the Minister was that the express words of subsection 52(10) of the *Excise Tax Act* provide that when an assignment of book debts is taken by a creditor as security, the sales tax associated with the collections made by the creditor pursuant to the assignment must be paid to the Minister by the creditor. The fact that a bankruptcy takes place is irrelevant since the creditor is secured and the claim of the Minister attaches to collection under the security.

perçu par anticipation pour une période n'excédant pas trois mois après la faillite, s'il y a droit en vertu du bail, mais le montant total ainsi payable ne doit pas dépasser la somme réalisée à même les biens sur les lieux sous bail, mais tout paiement fait pour loyer perçu par anticipation doit être porté au compte du montant payable par le syndic pour loyer d'occupation;

g) les honoraires et droits mentionnés au paragraphe 50(2), mais jusqu'à concurrence seulement de la réalisation des biens exigibles en vertu de cet article;

h) toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail, d'une loi sur l'assurance-chômage, d'une disposition quelconque de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* créant une obligation de rembourser à Sa Majesté des sommes qui ont été déduites ou retenues, *pari passu*;

i) les réclamations résultant de blessures subies par des employés du failli, que les dispositions de quelque loi sur les accidents du travail ne visent pas, mais seulement jusqu'à concurrence des montants d'argent reçus des personnes ou compagnies garantissant le failli contre les dommages-intérêts résultant de ces blessures;

j) les réclamations, non précédemment mentionnées au présent article, de la Couronne du chef du Canada ou d'une province du Canada, *pari passu*, nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire.

(2) Sauf la retenue des sommes qui peuvent être nécessaires pour les frais d'administration ou autrement, le paiement prévu au paragraphe (1) doit être fait dès qu'il se trouve des disponibilités à cette fin.

(3) Tout créancier dont le présent article restreint les droits prend rang comme créancier non garanti, quant à tout solde de réclamation qui lui est dû.

## L'ARGUMENTATION DES PARTIES

g

L'avocat du ministre avance deux arguments, l'argument principal étant fondé sur les paragraphes 52(10) et (11) et l'argument subsidiaire, sur l'alinéa 2(1)a) et le paragraphe 27(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*.

h

L'argument principal peut se résumer comme suit: le paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise* prévoit expressément que le créancier qui accepte à titre de garantie une cession de dette active est tenu de verser au ministre la taxe de vente afférente au recouvrement de cette dette. Qu'il y ait eu une faillite n'a aucune importance puisque le créancier est garanti et que la revendication du ministre vise l'argent recouvré par la réalisation de la sûreté.

i

j

The alternative argument made by counsel for the Minister was that the Bank fell within the definition of "manufacturer or producer" under paragraph 2(1)(a) of the *Excise Tax Act* and as such was subject to subsection 27(1) of that Act which imposed upon producers and manufacturers, the requirement to pay a tax on the sale price of all goods.

Counsel for the Bank submitted that subsection 52(10) of the *Excise Tax Act* should be construed to entitle the Minister to sales tax only on sales made after the Minister issues a notice pursuant to that subsection i.e., on sales made by the Bank once it takes over the operation of its customer.

It was submitted that pursuant to its security, the Bank was the legal owner of the receivables and had an absolute right to them. To allow the Minister to enforce a claim for amounts collected by the Bank on sales which were made by the Bank's customer, would amount to confiscation of the Bank's property without compensation. For the *Excise Tax Act* to have such an effect, the intention would have to be stated clearly and beyond reasonable doubt. It was submitted that no such clear intention could be deduced from the *Excise Tax Act*.

It was also asserted by the Bank's counsel that the sales tax obligation falls upon the manufacturer or producer and not on the customer of the manufacturer or producer. The manufacturer or producer is not acting as a trustee or agent for the Minister in the collection of sales tax from others. The sales tax is not a discrete or identified portion of a receivable. The sales tax obligation is a simple debt of the manufacturer or producer to the Minister. As such, there is no legal basis for the Bank to be obligated to pay sales tax on amounts it recovers under a general assignment of book debts.

Alternatively, the Bank's counsel argued that because a bankruptcy occurred in each of the two cases here, the scheme of distribution of property under section 107 of the *Bankruptcy Act* governed, and that rights in other legislation such as subsection 52(10) of the *Excise Tax Act* were displaced by the *Bankruptcy Act*. The effect in this case would be to

L'argument subsidiaire est que la banque est bien un «fabricant ou producteur» au sens de l'alinéa 2(1)a) de la *Loi sur la taxe d'accise* et qu'à ce titre, elle est soumise à l'application du paragraphe 27(1) de la même Loi qui fait aux producteurs et fabricants l'obligation de verser une taxe sur le prix de vente de toutes marchandises.

L'avocat de la banque réplique qu'il faut interpréter le paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise* comme n'autorisant le ministre à percevoir la taxe de vente que sur les ventes réalisées après qu'il a signifié l'avis prévu à ce paragraphe, c'est-à-dire sur les ventes réalisées par la banque après qu'elle aura pris en charge l'entreprise de sa cliente.

La banque soutient qu'en vertu de la garantie, elle était la propriétaire en titre des comptes clients en question, sur lesquels elle avait un droit absolu. Permettre au ministre de faire valoir ses prétentions sur les sommes perçues par la banque sur les ventes réalisées par sa cliente reviendrait à confisquer les biens de la banque sans compensation aucune. La *Loi sur la taxe d'accise* n'aurait un tel effet que si le législateur en avait exprimé la volonté, explicitement et sans l'ombre d'un doute raisonnable. Selon la banque, on ne peut déduire de la *Loi sur la taxe d'accise* aucune volonté explicite de ce genre.

L'avocat de la banque soutient encore que l'obligation de verser la taxe de vente incombe au fabricant ou producteur, non pas au client de celui-ci. Le fabricant ou producteur ne fait pas fonction de fiduciaire ou mandataire du ministre pour percevoir la taxe de vente auprès d'autres. Cette taxe n'est pas une fraction discrète ou identifiée d'un compte client. L'obligation de verser la taxe de vente est une simple dette que doit le fabricant ou producteur au ministre. En conséquence, la banque n'est tenue par aucun texte de loi de verser la taxe de vente sur les sommes qu'elle recouvre en vertu d'une cession générale des comptes clients.

À titre subsidiaire, l'avocat de la banque soutient que puisqu'il y a eu une faillite dans l'une et l'autre des causes en instance, c'est le plan de répartition prévu à l'article 107 de la *Loi sur la faillite* qui s'applique, et que les droits prévus par les autres textes de loi comme le paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise* sont primés par la *Loi sur la faillite*. Ce qui,

leave the book debts entirely to the Bank with the ranking of the Minister's claim for sales tax established under paragraph 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act*.

### ANALYSIS

In my view, resolution of the relationship between the *Excise Tax Act* and the *Bankruptcy Act* is determinative of the issue in this case.

The contest between subsection 52(10) of the *Excise Tax Act* and section 107 of the *Bankruptcy Act* has been dealt with in two cases to which I was referred at trial. In *R. in Right of Can. v. Continental Bank of Can.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 97 (F.C.T.D.), the Bank's customer made an assignment in bankruptcy. The Bank had an assignment of book debts. The Minister served a demand on the Bank pursuant to subsection 52(10) of the *Excise Tax Act*. The Bank subsequently received proceeds of sales of its customer pursuant to its assignment of book debts. Cullen J. found, at page 101:

In this case, it is clear that at the date of the assignment in bankruptcy, namely 24th November, 1982, the book debts were the property of the defendant, and not the property of the bankrupt, and so the assignment in bankruptcy did not affect the book debts in question.

He concluded that the provisions of the *Bankruptcy Act* did not defeat the claim of the Minister under the *Excise Tax Act*. The Bank, in receipt of funds pursuant to security which entitled it to the book debts of the bankrupt, had to pay over to the Minister the sales tax associated with those book debts pursuant to subsection 52(10).

In *A.G. Canada v. Bank of British Columbia*, [1987] 1 C.T.C. 153, Davies J. of the Supreme Court of British Columbia dealt with the same contest between the *Bankruptcy Act* and the *Excise Tax Act*. He stated, at pages 154-156:

This matter is a question of interpretation of the two Acts, the *Bankruptcy Act* and the *Excise Tax Act*, and further, how they are to be applied in this particular situation.

en l'espèce, aurait pour effet de laisser la totalité des comptes clients recouvrés entre les mains de la banque, vu le rang que l'alinéa 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* prévoit pour la prétention du ministre à la taxe de vente.

### ANALYSE

À mon avis, la résolution du conflit entre la *Loi sur la taxe d'accise* et la *Loi sur la faillite* décidera du point litigieux en l'espèce.

Ce conflit entre le paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise* et l'article 107 de la *Loi sur la faillite* a été examiné dans deux décisions citées lors du procès. Dans *R. du chef du Canada c. Banque Continentale du Canada* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 97 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le client de la banque a fait une cession en faillite. La banque avait reçu une cession de comptes clients. Le ministre lui signifia une sommation en application du paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise*. La banque reçut subséquemment, en vertu de la cession de comptes clients, le produit des ventes de son client. Le juge Cullen fait cette observation à la page 101:

En l'espèce, il est clair qu'à la date de la cession en faillite, soit le 24 novembre 1982, les comptes clients étaient la propriété de la défenderesse et non celle du failli, de sorte que la cession en faillite n'a pas touché les comptes clients en cause.

Il conclut que les dispositions de la *Loi sur la faillite* ne faisaient pas échec aux prétentions que le ministre fondait sur la *Loi sur la taxe d'accise*. Il a été ordonné à la banque, qui a reçu des fonds conformément aux stipulations de la garantie lui donnant droit aux comptes clients du failli, de verser au ministre la taxe de vente afférente à ces comptes clients, conformément au paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise*.

Dans *A.G. Canada v. Bank of British Columbia*, [1987] 1 C.T.C. 153, le juge Davies de la Cour suprême de la Colombie-Britannique était appelé à prononcer sur le même conflit entre la *Loi sur la faillite* et la *Loi sur la taxe d'accise*. Il a conclu aux pages 154 à 156:

[TRADUCTION] Il échet d'interpréter les deux textes, la *Loi sur la faillite* et la *Loi sur la taxe d'accise*, et d'examiner comment il faut les appliquer en l'espèce.

I find that the *Bankruptcy Act* should apply to these funds paid to the Bank by the Trustee, as Parliament must have intended that Act to govern the affairs of Oxford once it was in bankruptcy.

After determining the rights of secured creditors, one then considers the priorities listed in subsections (a) to (j) [of section 107 of the *Bankruptcy Act*]. By paragraph 7 of the agreed statement of facts, the parties agree that the Bank received payment from the Trustee as a secured creditor. The amount paid was pursuant to an assignment and included accounts receivable of Oxford in respect of which excise tax had become payable.

In my judgment, the prerequisites of subsection 52(10) of the *Excise Tax Act* have been met and Her Majesty is entitled to the tax claimed.

Thus, Davies J. found that in a contest between subsection 52(10) of the *Excise Tax Act* and subsection 107(1) of the *Bankruptcy Act*, the provisions of the *Excise Tax Act* prevailed and the Minister was entitled to sales tax on monies collected by the Bank pursuant to an assignment of book debts.

In both decisions it appears that the Minister's claims under subsection 52(10) of the *Excise Tax Act* were treated as claims against a secured creditor related to proceeds received by the secured creditor under its security.

Notwithstanding these two decisions, counsel for the Bank drew to my attention a line of authorities which he submitted would have me reach the opposite conclusion.

*Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35, dealt with claims of the Crown under the Quebec *Retail Sales Tax Act*, R.S.Q. 1964, c. 71. Section 30 of this Quebec statute states that claims of the Crown under that Act constitute "a privileged debt ranking immediately after law costs." In that case it was found that provincial legislation purporting to grant security to the Government of Quebec relating to the proceeds of the sale of immovable property was contrary to the scheme of distribution in the *Bankruptcy Act* and could not be effective. Pigeon J. found that because a bankruptcy had taken place, the decision in the case turned upon the interpretation of paragraph 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act*. With reference to paragraph 107(1)(j) Pigeon J. stated at pages 44-45:

Je conclus qu'il faut appliquer la *Loi sur la faillite* aux fonds versés par le syndic à la banque, puisque la volonté du législateur devait être de prévoir que cette loi régit les affaires d'Oxford une fois qu'elle est en faillite.

Une fois établis les droits des créanciers garantis, on se réfère aux priorités établies aux alinéas a) à j) [de l'article 107 de la *Loi sur la faillite*]. Par le paragraphe 7 de l'exposé conjoint des faits, les parties conviennent que la banque a reçu en qualité de créancier garanti des fonds du syndic. Ces fonds étaient versés en vertu d'une cession de créances et comprenaient des comptes clients d'Oxford, lesquels étaient assujettis à la taxe de vente.

Je conclus que les conditions prévues au paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise* étaient réunies et qu'en conséquence, Sa Majesté a droit à la taxe qu'elle revendique.

Ainsi donc, le juge Davies conclut qu'en cas de conflit entre le paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise* et le paragraphe 107(1) de la *Loi sur la faillite*, les dispositions de la première l'emportaient et qu'en conséquence, le ministre avait droit à la taxe de vente sur l'argent perçu par la banque en vertu d'une cession de comptes clients.

Il appert de ces deux décisions que les prétentions fondées par le ministre sur le paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise* étaient assimilées aux prétentions contre un créancier garanti, à l'égard du produit reçu par celui-ci conformément à la garantie.

Face à ces deux décisions, l'avocat de la banque attire mon attention sur un autre courant de jurisprudence qui, dit-il, m'engagerait à tirer la conclusion contraire.

L'arrêt *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35, statue sur les prétentions fondées par la Couronne sur la *Loi de l'impôt sur la vente en détail* du Québec, S.R.Q. 1964, ch. 71, dont l'article 30 prévoit que toute somme due à la Couronne sous son régime constitue «une dette privilégiée prenant rang immédiatement après les frais de justice». Il a été jugé que la loi provinciale ayant pour effet d'accorder au gouvernement du Québec un privilège sur le produit de la vente de biens immeubles allait à l'encontre du plan de répartition de la *Loi sur la faillite* et était donc inopérante. Le juge Pigeon a conclu que, puisqu'il y avait faillite, la solution du litige était subordonnée à l'interprétation de l'alinéa 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite*, au sujet duquel il a fait cette observation aux pages 44 et 45:

It is abundantly clear that this was intended to put on an equal footing all claims by Her Majesty in right of Canada or of a province except in cases where it was provided otherwise . . . Paragraph (j) ends with the following words: “notwithstanding any statutory preference to the contrary”. The purpose of this part of the provision is obvious. Parliament intended to put all debts to a government on an equal footing. . . .

As the provision in question is federal law intended to override provincial law throughout Canada, this is not a case for interpretation on the basis of technical meaning. However, even on a literal construction, I see no insurmountable difficulty. There is of course a contradiction between the reservation at the outset of the rights of secured creditors which include privileges and “notwithstanding any statutory preference . . .” However, it is certainly clear that the reservation is a general rule and the “notwithstanding” an exception which takes precedence wherever applicable. Furthermore, subs. 3 shows that s. 107 does derogate from the rights of some secured creditors by providing that a secured creditor whose “rights are restricted” ranks as an “unsecured creditor”.

These words of Pigeon J., which are not restricted to debts owing to provincial governments but which also apply to claims of the federal government, indicate that in the event of a bankruptcy, subsection 107(1) must be considered to determine relative priorities. As he construed paragraph 107(1)(j), it would take precedence even over federal legislation which created a security interest covering a claim of the federal government.

In *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board et al.*, [1985] 1 S.C.R. 785, the contest was between a claim of the Alberta Workers' Compensation Board under subsection 78(4) of Alberta's *The Workers' Compensation Act*, S.A. 1973, c. 87 (now S.A. 1981, c. W-16), and subsection 107(1) of the *Bankruptcy Act*, *supra*. Paragraph 78(4)(a) of the Alberta Act provided that the amount due to the Workers' Compensation Board was “a charge upon the property or proceeds of property of the employer”. Paragraph 107(1)(h) of the *Bankruptcy Act* established a ranking for indebtedness under any Workers' Compensation Act creating an obligation to pay to Her Majesty amounts that had been deducted or withheld. Wilson J., in her reasons for the majority, notes a concession made by counsel for the Workers' Compensation Board of interest in the case at bar. At page 803 she states:

Il est manifeste que [cette disposition] vise à mettre sur un pied d'égalité toutes les créances de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province sauf dans les cas autrement prévus . . . Le texte de l'al. j) se termine par les mots suivants: «nonobstant tout privilège statuaire à l'effet contraire». Le but de cette partie de la disposition est évident. Le législateur fédéral a entendu mettre sur pied d'égalité toutes les dettes dues à un gouvernement. . .

Comme nous sommes en présence d'un texte fédéral destiné à trancher sur le droit provincial à travers tout le pays, il ne s'agit pas d'un cas où l'interprétation peut se faire en s'arrêtant au sens particulier d'une expression déterminée. Mais, même en prenant le texte au pied de la lettre je n'y vois pas de difficulté insurmontable. Il y a évidemment contradiction entre la réserve des droits du «créancier garanti» par privilège et le «nonobstant tout privilège». Mais n'est-il pas assez clair que la réserve est la règle générale et le «nonobstant», une exception qui doit prévaloir pour ce qui en fait l'objet? De plus, le par. 3 démontre que l'art. 107 porte atteinte aux droits de certains créanciers garantis en décrétant que celui dont il «restreint les droits» prend rang comme «créancier non garanti».

Il ressort de cette conclusion du juge Pigeon, qui n'est pas limitée aux créances des gouvernements provinciaux mais s'applique également à celles de l'État fédéral, qu'en cas de faillite, c'est le paragraphe 107(1) qui doit servir à définir la priorité relative des créanciers. Dans son interprétation, l'alinéa 107(1)(j) l'emporte même sur tout texte de loi fédéral qui attache une garantie à une créance de l'État fédéral.

Dans *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board et autres*, [1985] 1 R.C.S. 785, il y avait conflit entre une revendication faite par la Commission des accidents du travail de l'Alberta en application du paragraphe 78(4) de la loi *The Workers' Compensation Act*, S.A. 1973, ch. 87 (devenue depuis S.A. 1981, ch. W-16) de cette province et le paragraphe 107(1) de la *Loi sur la faillite*, *supra*. L'alinéa 78(4)(a) de la Loi albertaine prévoit que la somme due à la Commission des accidents du travail [TRADUCTION] «grève les biens ou le produit des biens de l'employeur». L'alinéa 107(1)(h) de la *Loi sur la faillite* définit le rang des dettes contractées sous le régime d'une loi sur les accidents du travail, prévoyant ainsi l'obligation de remettre à Sa Majesté les sommes qui ont été déduites ou retenues à la source. Dans les motifs prononcés au nom de la majorité, Madame le juge Wilson note en page 803 une concession faite par l'avocat de la Commission des acci-

Counsel for the appellant submits that *Re Bourgault [Rainville]* is a judgment of this Court directly in its favour. Counsel for the Board distinguishes *Re Bourgault* on the basis it was dealing with a claim under para. (j) of s. 107(1) as opposed to para. (i) and para. (j) ends with the phrase "notwithstanding any statutory preference to the contrary". This, he submits, makes it clear that the provincial legislation yields to the scheme of distribution under s. 107(1) as far as claims under para. (j) are concerned. No such overriding language appears in para. (h).

In the case at bar, we are dealing with paragraph 107(1)(j) and the "overriding language" appearing in that paragraph.

In *Deloitte Haskins and Sells, supra*, Wilson J. found that section 107 applied to determine priorities in a bankruptcy and in such a case subsection 78(4) of Alberta's *The Workers' Compensation Act* had no application.

In her reasons in *Deloitte*, at pages 803-804, Wilson J. cites with approval an excerpt of the decision of Cowan C.J.T.D. in *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 47 N.S.R. (2d) 454 (S.C.), at pages 469-471 which I have found useful:

The claim of the Worker's Compensation Board is specifically referred to in s. 107(1)(h) and is not removed from the scope of that paragraph by the opening words of s. 107(1) preserving the rights of secured creditors. It is entitled to the priority provided for by s. 107(1)(h) and is not entitled to the statutory security or priority which s. 125 of the *Worker's Compensation Act* purports to create, and which would be valid and effective in the absence of bankruptcy of the employer.

The result, in my opinion, is that, so long as there is no bankruptcy, full effect must be given to statutory provisions such as those contained in the *Labour Standards Code* of this province and in the *Worker's Compensation Act* of this province, which create liens and charges on property ranking ahead of pre-existing interests such as those created by mortgages or assignments of book debts, affecting the property said to be subject to the statutory liens and charges. However, when bankruptcy occurs, the provisions of s. 107 of the *Bankruptcy Act* take effect and the scheme of distribution of the property of the bankrupt coming into the hands of the trustee must be followed. The statutory liens and charges, to the extent to which they are affected by the provisions of s. 107, cease to be of any force and effect. The rights of secured creditors, whose secur-

dents du travail et qui présente un intérêt pour l'affaire en instance:

L'avocat de l'appelante soutient que l'arrêt *Re Bourgault [Rainville]* de cette Cour appuie directement son point de vue. L'avocat de la Commission distingue l'arrêt *Re Bourgault* de l'espèce parce qu'il porte sur une réclamation présentée en vertu de l'al. j) du par. 107(1) et non de l'al. h) et parce que l'al. j) se termine par l'expression «nonobstant tout privilège statutaire à l'effet contraire». Cela, selon lui, indique clairement que la loi provinciale cède le pas au plan de distribution prévu au par. 107(1) pour autant que les réclamations faites en vertu de l'al. j) sont visées. L'alinéa h) ne comporte pas cette réserve importante.

En l'espèce, c'est l'alinéa 107(1)j) qui est en jeu avec cette «réserve importante» qu'est sa clause dérogatoire.

Dans *Deloitte Haskins and Sells, supra*, Madame le juge Wilson conclut qu'en cas de faillite, c'est l'article 107 qui entre en jeu pour déterminer l'ordre de priorité et le paragraphe 78(4) de la loi *The Workers' Compensation Act* de l'Alberta ne s'applique pas.

Aux pages 803 et 804 des motifs de son jugement, elle cite avec approbation un passage de la décision du juge en chef Cowan de la Division de première instance dans *Re Black Forest Restaurant Ltd.* (1981), 47 N.S.R. (2d) 454 (C.S.), aux pages 469 à 471, que je trouve utile pour notre propos:

[TRADUCTION] La réclamation de la Worker's Compensation Board (la Commission) est expressément mentionnée à l'al. 107(1)h) et n'est pas exclue de la portée de cet alinéa par les premiers mots du par. 107(1) qui protègent les droits des créanciers garantis. La Commission a droit à la priorité prévue à l'al. 107(1)h), mais elle n'a pas droit à la sûreté ou priorité que l'art. 125 de la *Worker's Compensation Act* prétend créer et qui serait valide et applicable s'il n'y avait pas eu faillite de l'employeur.

Il en résulte, à mon avis, que tant qu'il n'y a pas eu de faillite, il faut donner toute leur portée aux dispositions comme celles que comporte le *Labour Standards Code* de la province et la *Worker's Compensation Act* de la province, qui créent des privilèges et des charges sur la propriété, qui prennent rang avant les droits préexistants comme les droits créés en vertu d'hypothèques ou de cessions de dettes actives grevant la propriété assujettie aux privilèges et charges prévus dans la loi. Toutefois, lorsqu'il y a faillite, les dispositions de l'art. 107 de la *Loi sur la faillite* s'appliquent et le plan de distribution des biens du failli remis au syndic doit être suivi. Les privilèges et charges prévus dans la loi cessent de s'appliquer dans la mesure où ils sont visés par les dispositions de l'art. 107. Les droits des créanciers garantis dont la sûreté ne découle pas de



ity arises apart from such statutes, are preserved and may be enforced against the property charged by way of security. The creditors for whose benefit the statutory liens and charges were created are no longer entitled to enforce those statutory liens and charges, except to the extent permitted by s. 107, and their claims are dealt with in the priority set out in s. 107.

These excerpts indicate that statutory priorities or statutorily created security in favour of a provincial government purporting to rank its claims ahead of other interests, while valid and effective in the absence of bankruptcy, must yield to the scheme of distribution in section 107 of the *Bankruptcy Act* in the case of bankruptcy. Of course, *Deloitte* and *Black Forest*, *supra*, were dealing with provincial statutes creating priority and security for provincial government claims and the focus of the observations of Wilson J. appear to be directed to the constitutional question in that case.

However, in the context of conflicting federal legislation, in the case of bankruptcy, section 107 must still be given meaning. The focus here is on statutory interpretation. Parliament can override the scheme of distribution in section 107, which a provincial legislature cannot do. The question is whether, in a given case, such as the case at bar, it did so.

In considering statutory interpretation it should be noted that an expansive or pervasive interpretation has been given to section 107 of the *Bankruptcy Act* in *Federal Business Development Bank v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 1061. At pages 1071-1072, Lamer J. (as he then was) stated:

In any event, I feel that the decisions in *Re Bourgault* and *Deloitte* are conclusive as to the fate of the appeal. These cases stand for the following proposition: in a bankruptcy matter, it is the *Bankruptcy Act* which must be applied. If a bankruptcy occurs, the order of priority is determined by the ranking in s. 107 of the Act, and any debt mentioned in that provision must therefore be given the specified priority.

As soon as the bankruptcy occurs the *Bankruptcy Act* will be applied: the mere fact that a creditor is mentioned in s. 107 of the Act suffices for such creditor to be ranked as a preferred creditor and in the position indicated in that provision.

ces lois, sont protégés et peuvent être exercés contre les biens grevés de sûretés. Les créanciers au profit desquels la loi crée des privilèges et charges n'ont plus droit de faire valoir ces privilèges et charges, sauf dans la mesure permise par l'art. 107, et leurs réclamations se règlent selon la priorité énoncée à l'art. 107.

Il ressort de ces deux passages que les privilèges ou garanties créés par la loi en faveur d'un gouvernement provincial en vue de donner à ses prétentions priorité sur les créances des autres peuvent être valides et opérants dans les cas autres que la faillite, mais qu'ils sont primés par l'article 107 de la *Loi sur la faillite* en cas de faillite. Or les arrêts *Deloitte* et *Black Forest*, *supra*, portaient sur des lois provinciales portant privilège et garantie pour les créances du gouvernement provincial, et les observations de Madame le juge Wilson s'attachaient à la question constitutionnelle posée dans l'affaire.

Cependant, lorsqu'il y a conflit entre deux lois fédérales dans le contexte d'une faillite, il est nécessaire d'examiner si l'article 107 est toujours applicable. C'est une question d'interprétation des lois. Le législateur fédéral peut passer outre au plan de répartition de l'article 107, ce que le législateur provincial ne peut pas faire. La question qui se pose est de savoir si dans un cas donné, comme en l'espèce, c'est bien ce qu'il a entendu faire.

Puisqu'il est question d'interprétation des lois, il y a lieu de noter que l'article 107 de la *Loi sur la faillite* a fait l'objet d'une interprétation libérale dans *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061, où le juge Lamer (tel était son titre) s'est prononcé en ces termes, aux pages 1071 et 1072:

De toute manière, j'estime que les décisions rendues dans *Re Bourgault* et *Deloitte* tranchent le pourvoi de façon déterminante. Le principe qui se dégage de ces arrêts est le suivant: en cas de faillite, c'est la *Loi sur la faillite* qui doit recevoir application. S'il y a faillite, l'ordre de collocation est établi selon les priorités prévues à l'art. 107 de la Loi, et toute créance mentionnée à cette disposition doit donc être colloquée selon le rang prescrit.

Dès la survenance de la faillite, la *Loi sur la faillite* reçoit application; la seule mention d'un créancier à l'art. 107 de la Loi suffit pour que celui-ci soit colloqué à titre de créancier privilégié et au rang prévu à cette disposition.

Again in this case, the contest was between security created by a Quebec statute and section 107 of the *Bankruptcy Act*. However, the words of Lamer J. appear to be encompassing of all legislation — provincial and federal. They indicate that once bankruptcy occurs, ranking is determined by section 107. Of course, Parliament would have the jurisdiction to override section 107 of the *Bankruptcy Act*. But where it does not do so, section 107 would appear to govern the ranking and priority of creditors' claims including claims of the federal government.

In *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, the issue was whether a statutory trust established under the British Columbia *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 388, was outside the scheme of distribution of section 107 of the *Bankruptcy Act*. McLachlin J. summarized the issue at page 30:

The issue may be characterized as follows. Section 47(a) of the *Bankruptcy Act* exempts trust property in the hands of the bankrupt from distribution to creditors, giving trust claimants absolute priority. Section 107(1) establishes priorities between creditors on distribution; s. 107(1)(j) ranks Crown claims last. Section 18 of the *Social Service Tax Act* creates a statutory trust which lacks the essential characteristics of a trust, namely, that the property impressed with the trust be identifiable or traceable. The question is whether the statutory trust created by the provincial legislation is a trust within s. 47(a) of the *Bankruptcy Act* or a mere Crown claim under s. 107(1)(j).

At page 34 she concluded:

In summary, I am of the view that s. 47(a) should be confined to trusts arising under general principles of law, while s. 107(1)(j) should be confined to claims such as tax claims not established by general law but secured "by Her Majesty's personal preference" through legislation. This conclusion, in my opinion, is supported by the wording of the sections in question, by the jurisprudence of this Court, and by the policy considerations to which I have alluded.

*Henfrey Samson Belair* again indicates the view of the Supreme Court, albeit in the area of trust, that section 107 of the *Bankruptcy Act* should be given a pervasive interpretation and exceptions be subject to narrow construction.

I have referred to the foregoing four Supreme Court of Canada decisions in support of the following conclusions:

Dans cette affaire encore, il y avait conflit entre la garantie créée par une loi québécoise et l'article 107 de la *Loi sur la faillite*. Cependant, la conclusion du juge Lamer embrasse toutes les lois, provinciales comme fédérales. Elle indique que dès qu'il y a faillite, la collocation est définie par l'article 107. Certes, le législateur fédéral a le pouvoir de déroger à l'article 107 de la *Loi sur la faillite*. Mais dans les cas où il ne le fait pas, celui-ci doit régir la collocation et l'ordre de priorité des créanciers, y compris l'État fédéral.

Dans *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, il s'agissait de savoir si une fiducie établie par la *Social Service Tax Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 388, de la Colombie-Britannique était soustraite à l'application du plan de répartition de l'article 107 de la *Loi sur la faillite*. Mme le juge McLachlin a résumé la question litigieuse comme suit, à la page 30:

On peut formuler ainsi la question en litige: l'al. 47(a) de la *Loi sur la faillite* soustrait, du patrimoine attribué aux créanciers, les biens détenus en fiducie par le failli et accorde la priorité absolue aux bénéficiaires de la fiducie. Le paragraphe 107(1) détermine le rang des différents créanciers pour les fins de la répartition; l'al. 107(1)(j) place les créances de la Couronne au dernier rang. L'article 18 de la *Social Service Tax Act* établit une fiducie à laquelle il manque un des attributs essentiels de la fiducie, savoir un bien sujet à la fiducie qui puisse être identifié ou retracé. La question qui se pose est de savoir si la fiducie établie par la loi provinciale est une fiducie au sens de l'al. 47(a) de la *Loi sur la faillite* ou une simple réclamation de la Couronne au sens de l'al. 107(1)(j).

Et voici sa conclusion à la page 34:

En résumé, j'estime que l'application de l'al. 47(a) devrait se limiter aux fiducies établies en vertu des principes généraux du droit, alors que l'al. 107(1)(j) devrait s'appliquer aux seules créances pour taxes qui ne découlent pas du droit général, mais qui sont garanties «par un privilège propre à Sa Majesté» par voie législative. À mon avis, le texte des dispositions en cause, la jurisprudence de cette Cour et les considérations de principe auxquelles j'ai fait allusion appuient cette conclusion.

Ainsi, l'arrêt *Henfrey Samson Belair* réitère la conclusion de la Cour suprême du Canada (encore qu'elle ne concerne que les fiducies) qu'il faut donner une interprétation libérale à l'article 107, et une interprétation restrictive aux exceptions.

Je me suis fondé sur les quatre arrêts susmentionnés de la Cour suprême du Canada pour tirer les conclusions suivantes:

(a) in the case of bankruptcy, regard must be had to section 107 of the *Bankruptcy Act*;

(b) section 107 is to be interpreted broadly;

(c) under paragraph 107(1)(j), Parliament intended to treat claims of the Crown, whether provincial or federal, on an equal footing; and

(d) provincial and federal legislation purporting to create priority or security for a government claim or to establish a trust in favour of a government must yield to the scheme of distribution in section 107 of the *Bankruptcy Act* unless, in the case of conflicting federal legislation, such legislation contains a clear override.

I have had regard to the case of *XMCO Canada Ltd. (Re)* (1991), 3 O.R. (3d) 148 (Gen. Div.), in which amounts deducted from employees' wages were held to be a special form of statutory trust exempt from the distribution scheme in subsection 107(1) [now s. 136(1)] of the *Bankruptcy Act* [now R.S.C., 1985, c. B-3]. In that case the relevant provisions of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 171), subsection 227(5), commenced with the words: "Notwithstanding any provision of the *Bankruptcy Act*". Killeen J. states at page 154:

Rather, the opening "notwithstanding" clause of s. 227(5)—"Notwithstanding any provision of the *Bankruptcy Act*"—is sweepingly clear in that it calls for an override over any and every provision of that Act. Thus, there can be nothing in the *Bankruptcy Act* which constitutes an impediment to the reach and application of s. 227(5).

In the case at bar, subsection 52(10) of the *Excise Tax Act* does not contain a "notwithstanding" provision. On the contrary, it is paragraph 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* that contains such a "notwithstanding" provision. I see no words in the *Excise Tax Act* that indicate that in respect of federal sales tax, the scheme of distribution of the *Bankruptcy Act* should be ignored, let alone overridden.

Counsel for the Minister urged that subsection 52(10) of the *Excise Tax Act* takes the issue outside the *Bankruptcy Act* with the contest being only between the Minister and the Bank. This is based on the notion that the claim by the Minister under subsection 52(10) is a claim against the book debts

a) s'il y a faillite, il faut se référer à l'article 107 de la *Loi sur la faillite*;

b) il faut interpréter libéralement l'article 107;

c) par l'alinéa 107(1)j), le législateur fédéral a entendu traiter sur un pied d'égalité les réclamations de la Couronne, qu'elle soit fédérale ou provinciale;

d) toute loi provinciale ou fédérale qui vise à créer un privilège ou une garantie pour une créance de l'État ou à créer une fiducie en faveur de celui-ci est primée par le plan de répartition de l'article 107 de la *Loi sur la faillite* à moins que, s'il s'agit d'une autre loi fédérale, celle-ci ne comporte une clause dérogatoire expresse.

J'ai pris en considération l'affaire *XMCO Canada Ltd. (Re)* (1991), 3 O.R. (3d) 148 (Div. gén.), où il a été jugé que les retenues opérées sur les salaires des employés constituaient une forme spéciale de fiducie créée par la loi, soustraite à l'application du plan de répartition du paragraphe 107(1) [maintenant 136(1)] de la *Loi sur la faillite* [L.R.C. (1985), ch. B-3]. Dans cette affaire, la disposition applicable de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63 (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 171(1))] est son paragraphe 227(5), qui s'ouvre sur les mots: «Nonobstant les dispositions de la *Loi sur la faillite*». Le juge Killeen a tiré la conclusion suivante, à la page 154:

[TRADUCTION] Au contraire, la clause dérogatoire qui ouvre le paragraphe 227(5)—«Nonobstant les dispositions de la *Loi sur la faillite*»—est parfaitement claire en ce qu'elle porte dérogation à toutes les dispositions de cette Loi. Il s'ensuit qu'aucune disposition de la *Loi sur la faillite* ne peut faire obstacle à l'effet et à l'applicabilité du paragraphe 227(5).

En l'espèce, le paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise* ne comporte aucune clause dérogatoire. Au contraire, c'est à l'alinéa 107(1)j) de la *Loi sur la faillite* qu'on en trouve une. Je ne trouve dans la *Loi sur la taxe d'accise* aucune disposition qui prévoit que lorsqu'il s'agit de la taxe de vente fédérale, il faut ignorer le plan de répartition de la *Loi sur la faillite*, et moins encore qu'il faut y passer outre.

L'avocat du ministre soutient que le paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise* soustrait la question litigieuse à l'application de la *Loi sur la faillite*, le différend ne concernant que le ministre et la banque. L'argument avancé à cet effet est que les prétentions fondées par le ministre sur le paragraphe

assigned to the Bank and not a claim against the property of the bankrupt. I cannot agree with this proposition.

In *Federal Business Development Bank, supra*,<sup>a</sup> Lamer J. expressly addressed the question of what property constituted "property of the bankrupt" for purposes of the *Bankruptcy Act*. There he was dealing with an immovable in Quebec that was the subject of a trust deed in favour of a creditor. Upon default by the debtor, a trustee for the creditor took possession of the immovable. The debtor next made an assignment in bankruptcy. Before the immovable could be sold, the Commission de la santé et de la sécurité du travail registered a privilege under the Quebec *Workmen's Compensation Act* [R.S.Q. 1977, c. A-3] which purported to give the Commission priority over the secured creditor. In that case, the Commission argued that subsection 107(1) of the *Bankruptcy Act* had no application since the immovable was not property of the bankrupt. Lamer J. rejected this argument. At pages 1067-1068 he stated:

The immovable, encumbered to appellant and seized by the trustee, is part of the "property of the bankrupt" mentioned in s. 107 of the *Bankruptcy Act*. Under s. 2 of the Act, the word "property" includes immovables situated in Canada or elsewhere. The phrase "property of a bankrupt" is also defined in s. 47 of the *Bankruptcy Act*:

47. The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

(a) property held by the bankrupt in trust for any person,

(b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under the laws of the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides,

but it shall comprise

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

These two definitions clearly show that the immovable in the case at bar is property of the bankrupt within the meaning of the *Bankruptcy Act*. Even if the trustee takes possession of the immovable before the bankruptcy, the bankrupt remains owner of his property. The trustee who has seized an encum-

52(10) visent les comptes clients cédés à la banque, et non les biens du failli. Je juge cet argument non fondé.

Dans *Banque fédérale de développement, supra*,<sup>a</sup> le juge Lamer a expressément examiné la question de savoir quels biens étaient les «biens du failli» au sens de la *Loi sur la faillite*. Le bien en cause était un immeuble sis au Québec et faisait l'objet d'un acte de fiducie établi en faveur d'un créancier. Par suite du défaut de paiement du débiteur, le fiduciaire agissant pour le compte du créancier a pris possession de l'immeuble. Le débiteur fit par la suite une cession en faillite. Avant que l'immeuble ne pût être vendu, la Commission de la santé et de la sécurité du travail a fait enregistrer un privilège en vertu de la *Loi sur les accidents du travail* [L.R.Q. 1977, ch. A-3] du Québec, lequel privilège était destiné à donner à la Commission priorité par rapport au créancier garanti.<sup>b</sup> Dans cette affaire, la Commission soutenait que le paragraphe 107(1) de la *Loi sur la faillite* n'avait pas application puisque l'immeuble en question n'était pas un bien du failli. Le juge Lamer a rejeté cet argument comme suit, aux pages 1067 et 1068:<sup>c</sup>

L'immeuble, grevé en faveur de l'appelante et saisi par le fiduciaire, fait partie des «biens du failli» dont parle l'art. 107 de la *Loi sur la faillite*. Selon l'art. 2 de la Loi, le mot «biens» inclut les immeubles situés au Canada ou ailleurs. D'autre part, l'expression «biens du failli» est définie à l'art. 47 de la *Loi sur la faillite*:

47. Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants:

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne,

b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime de lois de la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli,

mais ils comprennent:

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération, et

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

Il résulte clairement de ces deux définitions qu'en l'espèce l'immeuble est un bien du failli au sens où l'entend la *Loi sur la faillite*. En effet, même si le fiduciaire prend possession de l'immeuble avant la faillite, le débiteur failli demeure propriétaire de son bien. Le fiduciaire qui a saisi l'immeuble grevé ne

bered immovable cannot claim to have a right of ownership over that property: he has only the rights of a creditor under a pledge or hypothec.

Counsel for the Minister argued that the reasoning of Lamer J. in *Federal Business Development Bank*, *supra*, was particular to security in the province of Quebec where title remained with an owner and the security constituted an encumbrance on title. However, in support of a broad interpretation of the words "property of the bankrupt" Lamer J. also made reference with approval to *Re Broydon Printers Ltd.* (1974), 4 O.R. (2d) 48 (S.C.). At pages 1068-1069 of *Federal Business Development Bank*, *supra*, he states:

In another case, *Re Broydon Printers Ltd.* (1975), 19 C.B.R. (N.S.) 226 (Ont. S.C.), the trustee in bankruptcy informed the secured creditor of his intention to inspect the property held by the latter. Section 57 of the *Bankruptcy Act* authorizes the trustee in bankruptcy to proceed with the inspection of the "property of a bankrupt" held as a pledge, pawn or other security, in order to determine whether such property represents an interest that may be realized for the creditors as a whole. The secured creditor denied the trustee in bankruptcy permission to inspect the said property. The Court defined the phrase "property of a bankrupt . . . held as . . . other security" [at pp. 50-51]:

. . . I do not think s. 57 is intended to be restricted to property in the nature of a pledge or pawn. Rather, I believe the section is wide enough to include property of the bankrupt which is in the possession of a secured creditor at the date of bankruptcy. If this were not so, the trustee would be unable to protect the rights of creditors in respect of such property.

In *Re Broydon Printers*, *supra*, the security in question was conditional sales contracts. Under conditional sales contracts title to the property remains with the vendor until the full purchase price is paid, although the purchaser will normally have possession of the property. However, even where the property has been repossessed, the purchaser has an equity of redemption. Houlden J. found that the equity of redemption in goods repossessed by a conditional vendor came within the definition of "property" in the *Bankruptcy Act* (at page 51):

"Property" is defined in s. 2 of the *Bankruptcy Act* to include

. . . money, goods, things in action, land, and every description of property, whether real or personal, movable or immovable, legal or equitable, and whether situated in Canada or elsewhere and includes obligations, easements

peut prétendre détenir un droit de propriété sur ce bien; il ne possède que les droits d'un créancier gagiste ou hypothécaire.

L'avocat du ministre soutient que le raisonnement tenu par le juge Lamer dans *Banque fédérale de développement*, *supra*, s'attache uniquement aux garanties connues au Québec où le propriétaire conserve le titre de propriété, la garantie n'étant qu'une charge grevant ce titre. Cependant, pour justifier une interprétation libérale des mots «biens du failli», le juge Lamer a aussi cité avec approbation la décision *Re Broydon Printers Ltd.* (1974), 4 O.R. (2d) 48 (C.S.). Il a fait cette observation aux pages 1068 et 1069 de l'arrêt *Banque fédérale de développement*, *supra*:

Dans une autre affaire, *Re Broydon Printers Ltd.* (1975), 19 C.B.R. (N.S.) 226 (C.S. Ont.), le syndic a avisé le créancier garanti de son intention d'examiner les biens détenus par celui-ci. L'article 57 de la *Loi sur la faillite* permet au syndic de procéder à l'inspection des «biens du failli» détenus à titre de gage, nantissement ou autre garantie, afin de vérifier si ces biens représentent un intérêt réalisable pour la masse des créanciers. Le créancier garanti a refusé au syndic la permission d'examiner lesdits biens. La Cour a ainsi défini la portée de l'expression «biens d'un failli [. . .] détenus à titre [. . . d'une] autre garantie» (aux pp. 228 et 229):

[TRADUCTION] . . . je ne pense pas que l'art. 57 soit censé s'appliquer uniquement aux biens constituant un gage ou un nantissement. Je crois plutôt que cet article est de portée suffisamment large pour comprendre les biens du failli qui se trouvent à la date de la faillite en la possession d'un créancier garanti. S'il n'en était pas ainsi, le syndic se verrait dans l'impossibilité de protéger les droits des créanciers sur ces biens.

Dans *Re Broydon Printers*, *supra*, la garantie en question était un contrat de vente conditionnelle. Dans les contrats de ce genre, le vendeur conserve le titre de propriété jusqu'à règlement intégral du prix de vente, bien que normalement l'acheteur ait la possession du bien. Cependant, au cas même où le vendeur serait rentré en possession du bien, l'acheteur a droit de rachat en *equity*. Le juge Houlden a conclu en l'espèce que le droit de rachat en *equity* des biens dont le vendeur conditionnel est rentré en possession tombe dans le champ d'application de la définition de «biens» de la *Loi sur la faillite* (à la page 51):

[TRADUCTION] «Biens» est défini à l'art. 2 de la *Loi sur la faillite* comme s'entendant de ce qui suit:

. . . sommes d'argent, marchandises, droits incorporels, terres, et biens de toute nature, réels ou personnels, meubles ou immeubles, en droit et en *equity*, qu'ils soient situés au Canada ou ailleurs, ainsi que les obligations, servitudes et

and every description of estate, interest and profit, present or future, vested or contingent, in, arising out of, or incident to property.

It seems to me that *Federal Business Development Bank*, *supra*, stands for the proposition that the term “property of the bankrupt” in the *Bankruptcy Act* covers property which is the subject of security in favour of a secured creditor, irrespective of the form in which the security is taken. Whether or not legal title to the property remains with the bankrupt or has been transferred to the security holder is not of importance as long as an equity of redemption remains with the bankrupt or his trustee. With respect to security registered pursuant to the *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1980, c. 375, which was applicable in the case of the assignments of book debts in the case at bar, subsection 56(2) stated:

56. . . .

(2) Where the debtor is in default under a security agreement, the secured party has, in addition to any other rights and remedies, the rights and remedies provided in the security agreement except as limited by subsection (5), the rights and remedies provided in this Part and, when in possession, the rights, remedies and duties provided in section 19.

Section 62 provided:

62. At any time before the secured party has disposed of the collateral by sale or exchange or contracted for such disposition under section 59 or before the secured party shall be deemed to have irrevocably elected to retain the collateral in satisfaction of the obligation under subsection 61(2), the debtor, or any person other than the debtor who is the owner of the collateral, or any secured party other than the secured party in possession, may, unless he has otherwise agreed in writing after default, redeem the collateral by tendering fulfilment of all obligations secured by the collateral together with a sum equal to the reasonable expenses of retaking, holding, repairing, processing, preparing the collateral for disposition and in arranging for its disposition, and, to the extent provided for in the security agreement, the reasonable solicitor's costs and legal expenses.

As in *Re Broydon Printers*, *supra*, it appears in the case at bar that IHEC and Thrush would have had the rights of redemption of the security they gave to the Bank. This right, in the cases of IHEC and Thrush, would have arisen under section 62 of the *Personal Property Security Act*. Based on the reasoning of Houlden J. in *Re Broydon Printers*, *supra*, as approved by Lamer J. in *Federal Business Development Bank*, *supra*, the right of redemption of the book

toute espèce de droits, d'intérêts ou de profits, présents ou futurs, actuels ou éventuels, dans des biens, ou en provenant ou s'y rattachant.

Il me semble que l'arrêt *Banque fédérale de développement*, *supra*, pose pour principe que le concept de «biens du failli» au sens de la *Loi sur la faillite* embrasse les biens constitués en sûreté en faveur d'un créancier garanti, peu importe la forme que revêt cette sûreté. Que le titre de propriété soit conservé par le failli ou ait été transféré au créancier garanti ne présente aucune importance tant que le failli ou son syndic conserve en *equity* le droit de racheter le bien en question. En ce qui concerne les garanties enregistrées sous le régime de la *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1980, ch. 375, applicable aux cessions de comptes clients qui nous intéressent en l'espèce, le paragraphe 56(2) de cette Loi prévoit ce qui suit:

56. . . .

(2) Lorsque le débiteur d'un contrat de sûreté est en défaut, le créancier garanti, outre les droits qu'il peut faire valoir par ailleurs, dispose des droits et recours stipulés dans le contrat de sûreté, sous réserve des restrictions prévues au paragraphe (5), et de ceux prévus par la présente partie. S'il a possession du bien grevé, il dispose des droits et recours prévus à l'article 19.

L'article 62 porte:

62. Avant que le créancier garanti ait vendu ou échangé le bien grevé ou qu'il se soit engagé à l'aliéner conformément à l'article 59, ou avant que son choix d'accepter le bien grevé en paiement de la créance garantie devienne irrévocable conformément au paragraphe 61(2), le débiteur, un propriétaire du bien grevé ou un autre créancier garanti peuvent, sauf convention contraire par écrit, après que le débiteur est en défaut, libérer le bien grevé par offres réelles de paiement des créances garanties et consignation d'une somme égale aux frais normaux de récupération, de garde, de réparation, de transformation, de préparation en vue de l'aliénation et, dans la mesure prévue au contrat de sûreté, aux honoraires et frais normaux d'avocat.

Comme dans l'affaire *Re Broydon Printers*, *supra*, il appert en l'espèce que IHEC et Thrush auraient eu le droit de racheter la sûreté qu'elles avaient donnée à la banque. Ce droit aurait découlé de l'article 62 de la *Loi sur les sûretés mobilières*. À la lumière du raisonnement tenu par le juge Houlden dans *Re Broydon Printers*, *supra*, et approuvé par le juge Lamer dans *Banque fédérale de développement*, *supra*, j'estime que le droit de racheter les comptes clients s'accorde

debts, in my view, comes within the definition of “property” in the *Bankruptcy Act*. As such, the reasoning of Lamer J. in *Federal Business Development Bank* would apply and the book debts would constitute “property of the bankrupt” for purposes of subsection 107(1) of the *Bankruptcy Act*.

In my opinion, this interpretation leads to a logical result and permits subsection 107(1) to achieve its object and purpose—a prescribed scheme of distribution in the event of bankruptcy. This object and purpose may be somewhat obscured when it is not apparent that the trustee in bankruptcy has any interest in, or in the proceeds realized from, security, as appears to be the situation in the case at bar. However, where there is a surplus, I believe the situation is clearer.

In the absence of the Minister’s claim, the Bank would recover up to the amount owed to it from its security. Any surplus (and assuming no other secured creditor entitled after the Bank) would be turned over to the trustee in bankruptcy for distribution among creditors in accordance with the *Bankruptcy Act* and in accordance with section 60 of the *Personal Property Security Act* which states:

60. Where a security agreement secures an indebtedness and the secured party has dealt with the collateral under section 57 or has disposed of it in accordance with section 59 or otherwise, he shall account for any surplus to any person, other than the debtor, whom the secured party knows to be the owner of the collateral, and, in the absence of such knowledge, he shall account to the debtor for any surplus.

Where the Minister has a claim, if he would be entitled to rely upon subsection 52(10) of the *Excise Tax Act* in the case of a bankruptcy, it would, in the case of a surplus, clearly be at the expense of other creditors. It is this type of “queue jumping” that the scheme of distribution prescribed by subsection 107(1) of the *Bankruptcy Act* was enacted to preclude. Of course, subsection 107(1) must be applied whether or not there is a surplus.

In the result, I am of the opinion that paragraph 107(1)(j) of the *Bankruptcy Act* and not subsection 52(10) of the *Excise Tax Act* governs the Minister’s entitlement in the case of a bankruptcy. While I realize that my conclusion on this issue is different than those in *Continental Bank* and *Bank of British Columbia*, *supra*, those decisions were rendered

avec la définition de «biens» de la *Loi sur la faillite*. Puisqu’il en est ainsi, c’est le raisonnement tenu par le juge Lamer dans *Banque fédérale de développement* qui s’applique en l’espèce et les comptes clients représentent des «biens du failli» au sens du paragraphe 107(1) de la *Loi sur la faillite*.

À mon avis, cette interprétation aboutit à un résultat logique et permet d’atteindre l’objectif du paragraphe 107(1) qui est de prévoir un plan de distribution entre les créanciers du failli. Cet objectif est en quelque sorte obscurci dans les cas où il ne ressort pas à l’évidence que le syndic a un droit sur la sûreté ou sur le produit de la vente de cette sûreté, comme c’est le cas en l’espèce. Je pense cependant que la situation serait plus claire s’il y avait un reliquat.

N’étaient les prétentions du ministre, la banque se paierait sur la sûreté jusqu’à concurrence de sa créance. Tout reliquat (à supposer qu’il n’y ait pas d’autres créanciers garantis prenant rang après la banque) serait remis au syndic pour distribution entre les créanciers conformément à la *Loi sur la faillite* et à l’article 60 de la *Loi sur les sûretés mobilières*, lequel prévoit ce qui suit:

60. Dans le cas où le contrat de sûreté garantit une créance en argent et que le créancier garanti a traité le bien grevé conformément à l’article 57 ou l’a aliéné conformément à l’article 59 ou d’une autre façon, il rend compte de l’excédent du produit à quiconque, à l’exclusion du débiteur, il sait être propriétaire du bien grevé. S’il n’en connaît aucun, il rend compte de l’excédent au débiteur.

Le ministre eût-il le droit d’invoquer le paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d’accise* pour recouvrer une créance en cas de faillite, il est clair que ce droit s’exercerait, à l’égard du reliquat, aux dépens des autres créanciers. C’est justement ce genre de «res-quille» que vise à prévenir le plan de répartition du paragraphe 107(1) de la *Loi sur la faillite*. Il va de soi que ce paragraphe doit s’appliquer, qu’il y ait un reliquat ou non.

Il en résulte qu’à mon avis, c’est l’alinéa 107(1)(j) de la *Loi sur la faillite* et non le paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d’accise*, qui régit les prétentions du ministre en cas de faillite. Si ma conclusion à ce sujet est différente des décisions *Banque Continentale* et *Bank of British Columbia*, *supra*, il ne faut pas oublier qu’il y a eu par la suite les deux arrêts *Banque*

before the Supreme Court's decisions in *Federal Business Development Bank* and *Henfrey Samson Belair*, *supra*.

The alternative argument of counsel for the Minister—that the Bank was indebted for sales tax to the Minister directly under paragraph 27(1)(a) of the *Excise Tax Act* as it was a “manufacturer or producer” within the definition of that term in paragraph 2(1)(a) of the *Excise Tax Act*—is not persuasive. In my view, definitions by their nature, must be worded broadly. Their application must always be construed having regard to the context and circumstances in which words are used. See, for example, *North-West Line Elevators Association et al. v. Canadian Pacific Railway and Canadian National Railway et al.*, [1959] S.C.R. 239, at pages 244-245.

Taken out of context, as soon as a bank takes an assignment of book debts, it is included in the definition of “manufacturer or producer” and would be liable to pay sales tax pursuant to paragraph 27(1)(a) of the *Excise Tax Act*. However, it is obvious that the *Excise Tax Act* was not intended to create duplicate or triplicate obligees for the same transaction or render security holders guarantors to the Minister of a debtor's obligation to pay sales tax. Thus, in *C.I.B.C. v. R.* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 145 (F.C.T.D.), affirmed at (1986), 60 C.B.R. (N.S.) 45 (F.C.A.), it was determined that a bank does not become a manufacturer or producer until it exercises its security.

Under subsection 52(10) of the *Excise Tax Act*, the Minister may look to an assignee of book debts for payment of the equivalent of the sales tax on the book debts collected by the assignee. The definition of “manufacturer or producer” in paragraph 2(1)(a) and the obligation to pay sales tax under paragraph 27(1)(a) must be construed in a manner consistent with subsection 52(10). Otherwise, the assignee would be assuming an obligation to the Minister for sales tax over and above what would be applicable to amounts it actually collected. Indeed, if an assignee were directly liable as a manufacturer or producer pursuant to paragraph 27(1)(a) in all cases, such wide

*fédérale de développement et Henfrey Samson Belair, supra*, de la Cour suprême.

L'argument subsidiaire proposé par l'avocat du ministre—savoir que la banque devait la taxe de vente au ministre par application directe de l'alinéa 27(1)a de la *Loi sur la taxe d'accise* parce qu'elle était un «fabricant ou producteur» au sens de l'alinéa 2(1)a de la même Loi—n'est pas convaincant. À mon avis, les définitions, de par leur nature même, doivent avoir une formulation générale. Elles doivent toujours être interprétées, dans leur application, selon le contexte et les circonstances dans lesquels le mot est employé; voir par exemple *North-West Line Elevators Association et al. v. Canadian Pacific Railway and Canadian National Railway et al.*, [1959] R.C.S. 239, aux pages 244 et 245.

Envisagée hors de contexte, la définition de «fabricant ou producteur» s'appliquerait à la banque dès qu'elle accepte une cession de comptes clients et elle serait du coup tenue de verser la taxe de vente en application de l'alinéa 27(1)a de la *Loi sur la taxe d'accise*. Il ressort cependant à l'évidence que la *Loi sur la taxe d'accise* ne vise à doubler ou à tripler le nombre d'obligataires pour la même opération ou à faire des créanciers garantis les cautions du débiteur pour ce qui est de son obligation de verser la taxe de vente au ministre. C'est ainsi que dans *B.C.I.C. c. R.* (1984), 52 C.B.R. (N.S.) 145 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), confirmée par (1986), 60 C.B.R. (N.S.) 45 (C.A.F.), il a été jugé que la banque ne devient pas un fabricant ou producteur tant qu'elle n'a pas réalisé sa sûreté.

Sous le régime du paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise*, le ministre peut se tourner vers le cessionnaire de comptes clients (appelés dettes actives dans la version française de cette loi) pour se faire payer l'équivalent de la taxe de vente sur les comptes clients perçus par celui-ci. La définition de fabricant ou producteur à l'alinéa 2(1)a et l'obligation de verser la taxe de vente en application de l'alinéa 27(1)a doivent être interprétées de manière compatible avec le paragraphe 52(10), faute de quoi le cessionnaire assumerait l'obligation de verser au ministre, au titre de la taxe de vente, un montant supérieur à la taxe applicable au montant qu'il per-



interpretation would render subsection 52(10) redundant.

The sales tax that a bank would be required to pay to the Minister in the capacity of a manufacturer or producer by way of a direct obligation under paragraph 27(1)(a) may be sales tax arising when the bank itself delivered goods to a purchaser or when property in such goods passed to the purchaser. This would envision the bank having taken over the business of its customer. This is not the case when the bank simply is collecting amounts owed to it pursuant to its security.

I observe that in the absence of a bankruptcy, I see no reason why subsection 52(10) of the *Excise Tax Act* should not have the effect argued for by counsel for the Minister. Counsel for the Bank argued that this would amount to confiscation of the Bank's property. However, subsection 52(10) has been found to be sufficiently clear to be effective to achieve its purpose in *Continental Bank* and *Bank of British Columbia*, *supra*, and in *R. v. Prowest Fabrications Ltd. and Balzer's Mechanical (1978) Ltd.* (1983), 31 Sask. R. 150 (Q.B.).

In the notes of argument supplied by counsel for the Bank, an excerpt from the *House of Commons Debates* of June 2, 1936, at page 3344 was provided. This appears to have been the time at which subsection 52(10) was first enacted. The Honourable J. T. Ilsley stated:

Mr. ILSLEY: This is an administrative change. This section is designed to make it incumbent upon persons who receive assignments of book debts or trade papers, which include sales tax, to pay the amount of such tax to the public revenues. In the past there has been no authority in the act to collect the tax in such cases, and if the taxpayer were in a precarious financial position or about to go into liquidation the amounts represented by the tax were collected by the person holding the collateral for his own account, and became a non-collectable account as far as the public revenues were concerned.

Mr. FACTOR: Does that include banks as well?

Mr. ILSLEY: Yes.

çoit. En effet, si le cessionnaire était directement tenu à titre de fabricant ou producteur par application de l'alinéa 27(1)a) dans tous les cas, une interprétation aussi large rendrait le paragraphe 52(10) redondant.

La taxe de vente que la banque serait tenue de verser au ministre, en raison d'une obligation directe qu'elle tiendrait à titre de fabricant ou producteur de l'alinéa 27(1)a) peut être la taxe de vente qui est engendrée lorsque la banque elle-même délivre les biens à l'acheteur ou lorsque le droit de propriété sur ces biens est transféré à cet acheteur. Cela signifierait que la banque a acquis le contrôle de l'entreprise de son client. Il n'en est rien quand la banque ne fait que percevoir les sommes qui lui reviennent en vertu de la garantie.

Je dois faire remarquer que dans les cas autres que la faillite, je ne vois pas pourquoi le paragraphe 52(10) de la *Loi sur la taxe d'accise* ne devrait pas avoir l'effet que lui prête l'avocat du ministre. L'avocat de la banque soutient que cela reviendrait à confisquer des biens de cette dernière. Il a été jugé cependant que le paragraphe 52(10) est suffisamment clair pour atteindre effectivement son but dans *Banque Continentale* et *Bank of British Columbia*, *supra*, et dans *R. v. Prowest Fabrications Ltd. and Balzer's Mechanical (1978) Ltd.* (1983), 31 Sask. R. 150 (Q.B.).

Les notes d'argumentation produites par l'avocat de la banque renferment un extrait des *Débats de la Chambre des communes* du 2 juin 1936, à la page 3408. Il s'agit de la transcription du débat qui avait visiblement lieu à l'époque où le paragraphe 52(10) fut adopté pour la première fois. On y trouve cette intervention du ministre J. T. Ilsley:

L'hon. M. ILSLEY: Changement d'ordre administratif. Cet article a pour objet d'obliger une personne qui reçoit la cession de dettes actives ou de papiers de commerce, y compris la taxe de vente, à verser la somme de cette taxe au fisc. Dans le passé, la loi ne conférait pas l'autorité de percevoir l'impôt dans ces cas. Lorsque le contribuable se trouvait dans un état financier précaire et à la veille de faire faillite, la personne détenant la garantie subsidiaire encaissait pour son propre compte les sommes que représentait la taxe, et cette taxe devenait pour le fisc un compte non réalisable.

M. FACTOR: Cet article s'applique-t-il aux banques?

L'hon. M. ILSLEY: Oui.

I am of the opinion that the words of subsection 52(10) are clear and unambiguous and are effective in carrying out their stated purpose, except in the case of bankruptcy.

In the case of IHEC, it appears that the bankruptcy proceedings were commenced prior to the Minister's notice under subsection 52(10). With respect to this action, the Minister's claim is dismissed with costs.

In the case of Thrush, the Minister's notice was given on November 1, 1985, a petition for receiving order was made on November 13, 1985, and the receiving order was made on November 25, 1985. It was not made absolutely clear during the trial whether the bankruptcy in the case of Thrush would affect all receivables collected by the Bank or whether the Minister was entitled to sales tax on receivables collected between November 1 and November 12, 1985. To the extent that the receivables in question were collected on or after November 13, 1985, the Minister's claim is dismissed with costs. For those receivables collected by the Bank between November 1 and November 12, 1985, counsel may make further submissions should either of them deem it necessary. A conference call will be arranged by the Court upon the application of counsel for either of the parties.

Counsel for the defendant, having been substantially successful, is ordered to prepare the order for judgment, carrying out the effect of these reasons, submit it for approval as to form and content to counsel for the defendant, and provide it to the Court within twenty-one (21) days of the date of these reasons.

J'estime que les termes du paragraphe 52(10) sont clairs, non ambigus, et qu'ils permettent effectivement d'atteindre l'objectif visé, sauf le cas de faillite.

<sup>a</sup> Dans le cas d'IHEC, il appert que la procédure de faillite a été engagée avant que le ministre ne signifiât l'avis prévu au paragraphe 52(10). En ce qui concerne cette action, les prétentions du ministre sont rejetées avec dépens.

<sup>b</sup> Dans le cas de Thrush, l'avis du ministre fut signifié le 1<sup>er</sup> novembre 1985, la requête en ordonnance de séquestre déposée le 13 novembre 1985, et l'ordonnance de séquestre rendue le 25 novembre 1985. Il n'a pas été catégoriquement déterminé au cours du procès si la faillite de Thrush affectait tous les comptes clients perçus par la banque ou si le ministre avait droit à la taxe de vente sur les comptes clients perçus entre le 1<sup>er</sup> et le 12 novembre 1985. À l'égard des comptes clients perçus le 13 novembre 1985 et après cette date, les prétentions du ministre sont rejetées avec dépens. À l'égard des comptes clients perçus par la banque entre le 1<sup>er</sup> et le 12 novembre 1985, les avocats de part et d'autre pourront présenter d'autres conclusions si l'un ou l'autre l'estime nécessaire. La Cour prendra les mesures nécessaires pour une conférence téléphonique à la demande de l'avocat de l'une ou l'autre partie.

<sup>c</sup> L'avocat de la défenderesse ayant eu substantiellement gain de cause, la Cour lui ordonne de préparer le dispositif du jugement donnant effet aux présents motifs, de le communiquer à l'avocat de la demanderesse en vue de son consentement quant au fond et à la forme, et de le soumettre à la Cour dans les vingt et un (21) jours qui suivent la date des présents motifs.

T-3068-92

T-3068-92

**Friends of the Island Inc. (Applicant)****Friends of the Island Inc. (requérante)**

v.

c.

**Minister of Public Works, Minister of Transportation, Minister of the Environment, the Attorney General of New Brunswick, the Attorney General of Prince Edward Island and SCI Partnership (Respondents)**

**Ministre des Travaux publics, ministre des Transports, ministre de l'Environnement, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard et SCI Partnership (intimés)**

*INDEXED AS: FRIENDS OF THE ISLAND INC. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: FRIENDS OF THE ISLAND INC. c. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Reed J.—Toronto, March 1; Ottawa, March 19, 1993.

c Section de première instance, juge Reed—Toronto, 1<sup>er</sup> mars; Ottawa, 19 mars 1993.

*Environment — Application for mandamus compelling Minister of Public Works to initiate EARPGO, s. 12 assessment of specific design of bridge to be built between PEI and mainland — Generic initial environmental evaluation of fixed link proposal prepared before specific design chosen — All documentation, including successful developer's response to proposal call, premised on further and more specific s. 12 evaluation of final design — Subsequent assessments, including developer's environmental management plan addressed bridge project at concept level — Application allowed — S. 12 requiring assessment when proposal in form in which environmental considerations can be fully considered — S. 12 assessments of bridge proposal not done.*

*Environnement — Demande d'un bref de mandamus obligeant le ministre des Travaux publics à entreprendre, conformément à l'art. 12 du Décret sur les lignes directrices visant le P.É.E.E., une évaluation de la conception détaillée du pont envisagé entre l'Î.-P.-É. et le continent — L'évaluation environnementale initiale générique d'une proposition de raccordement fixe a été faite avant qu'un projet précis ait été choisi — Toute la documentation, y compris la réponse du promoteur retenu à l'appel de propositions, est basée sur l'idée qu'une autre évaluation, plus détaillée, serait faite, conformément à l'art. 12, à l'étape des plans définitifs — Les évaluations qui ont été réalisées par la suite, dont le plan de gestion de l'environnement du promoteur, ont porté sur un projet de construction d'un pont au stade conceptuel — Demande accueillie — L'art. 12 exige qu'une proposition soit évaluée au moment où elle est présentée sous une forme qui permet l'examen approfondi de ses impacts environnementaux — Les évaluations de la proposition de pont n'ont pas été réalisées conformément à l'art. 12.*

*Constitutional law — Prince Edward Island Terms of Union — Application for declaration discontinuance of ferry service between PEI and mainland without constitutional amendment authorizing it breach of Terms of Union — Under Terms of Union federal government to assume and defray all charges for "Efficient Steam Service" between PEI and mainland and for protection of fisheries — Agreement between federal government and provinces for bridge between PEI and mainland to replace ferry service — Application allowed — Efficient Steam Service not meaning bridge — Discontinuance of ferry service must be effected by constitutional amendment — Obligation re protection of fisheries not imposing positive duty, only financial responsibility for such governmental services as provided.*

*Droit constitutionnel — Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard — Demande de jugement déclaratoire portant que l'abandon du service de traversiers entre l'Î.-P.-É. et le continent, en l'absence d'une modification constitutionnelle qui l'autorise, constituerait un manquement aux Conditions de l'adhésion — Aux termes des Conditions de l'adhésion, le gouvernement fédéral s'est engagé à se charger de toutes les dépenses occasionnées par un «service convenable de bateaux à vapeur» entre l'Île et le continent et par la protection des pêcheries — Entente entre le gouvernement fédéral et les provinces prévoyant le remplacement du service de traversiers par un pont entre l'Î.-P.-É. et le continent — Demande accueillie — L'expression «service convenable de bateaux à vapeur» ne s'entend pas d'un pont — L'abandon du service de traversiers nécessite une modification constitutionnelle — L'obligation relative aux pêcheries n'impose pas d'obligation positive, mais seulement la responsabilité financière découlant de la fourniture de services publics.*

*Practice — Parties — Standing — Application for mandatory order re: EARPGO, s. 12 assessment, declaration*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — Demande d'ordonnance ayant force exécutoire afin que soit menée une éva-*

constitutional obligations be complied with — Applicant meeting criteria for public interest standing established in *Thorson, Borowski, Finlay cases* — Federal Court Act, s. 18.1 not intended to limit judicial review to pre-*Thorson, Borowski, Finlay test* — Within Court's discretion to grant standing when justified in circumstances — No other effective or practical means of getting issue before Court — Standing should not be denied based on theoretical alternative means of getting issue before Court — Must be reasonable probability of such other actions being taken — Province unlikely to test constitutionality of proposed discontinuance of Northumberland Strait ferry service — Individuals or corporations may bring action for declaration and mandamus as constitutional obligation for all residents of province, even perhaps all Canadians.

Judicial review — Application for mandamus compelling EARPGO, s. 12 assessment; declaration to enforce constitutional obligations — Generic initial environmental evaluation of fixed link between PEI and New Brunswick prepared in 1988; other assessments of concept, but not final specific design, since prepared — Delay in coming to Court not factor — Difficult to determine exactly when failure to take certain step occurs — Respondent not suffering prejudice justifying refusal of remedies — Renegotiation of governmental contracts to extend completion dates common — Applicant's participation in process not precluding right to insist on compliance with EARPGO procedures — Mandatory requirements should be complied with even though much environmental review already — Minister of Public Works in signing Agreement "federal board, commission or other tribunal" within Federal Court Act, s. 2 — Application not premature although ferry service not to be discontinued until bridge built — Better to know constitutional amendment needed sooner rather than later.

Construction of statutes — Prince Edward Island Terms of Union — Federal government assuming financial responsibility to establish and maintain "Efficient Steam Service" between PEI and mainland under Terms of Union — Progressive interpretation of constitutional documents still constrained by meaning words can bear — "Efficient Steam Service" cannot mean bridge.

luation en conformité avec l'art. 12; de jugement déclaratoire en vue de faire respecter les obligations constitutionnelles — La requérante satisfaisait aux critères relatifs à la qualité pour agir dans l'intérêt public énoncés dans les arrêts *Thorson, Borowski et Finlay* — Le législateur n'a pas voulu, en adoptant l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, limiter la révision judiciaire au critère défini avant les arrêts *Thorson, Borowski et Finlay* — La Cour a le pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir quand les circonstances justifient cette reconnaissance — Aucun autre moyen efficace et pratique de soumettre la question aux tribunaux — Il n'y a pas lieu de refuser la qualité pour agir parce qu'en théorie, il existe d'autres moyens de soumettre la question à la Cour — Il faut une probabilité raisonnable que ces autres mesures seront prises — Il est improbable que le gouvernement provincial attaque la constitutionnalité de l'abandon projeté du service de traversiers dans le détroit de Northumberland — Les personnes physiques et les personnes morales peuvent intenter une action pour obtenir un jugement déclaratoire et un bref de mandamus car tous les habitants de la province sont les créanciers de l'obligation constitutionnelle et peut-être aussi tous les Canadiens.

Contrôle judiciaire — Demande de mandamus pour que soit réalisée une évaluation en conformité avec l'art. 12; de jugement déclaratoire en vue de faire respecter les obligations constitutionnelles — Une évaluation environnementale initiale générique du raccordement fixe entre l'Î.-P.-É. et le Nouveau-Brunswick a été faite en 1988; d'autres évaluations du concept de pont, mais non de la conception détaillée, ont été faites depuis — Le retard pour soumettre l'affaire à la Cour n'était pas un facteur — Il est difficile de déterminer exactement à quel moment se produit l'omission de prendre certaines mesures — Les intimés ne subiront pas de préjudice qui justifierait le rejet de la demande — Il est courant de renégocier des marchés de l'État dans le but de stipuler la prorogation de l'exécution — La participation de la requérante au processus ne lui fait pas perdre le droit d'exiger que la procédure prévue par le Décret sur les lignes directrices soit respectée — Il faut respecter les exigences obligatoires même si d'importantes études environnementales ont déjà été effectuées — En signant l'Entente, le ministre des Travaux publics était un «office fédéral» au sens de l'art. 2 de la Loi sur la Cour fédérale — La demande n'était pas prématurée, bien que le service de traversiers ne serait pas abandonné avant la fin des travaux de construction du pont — Il est préférable de savoir tout de suite plutôt que dans l'avenir si une modification constitutionnelle est nécessaire.

Interprétation des lois — Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard — Aux termes des Conditions de l'adhésion, le gouvernement fédéral s'est engagé à se charger de toutes les dépenses exigées par l'établissement et le maintien d'un «service convenable de bateaux à vapeur» entre l'Î.-P.-É. et le continent — Quand on donne une interprétation évolutive à la Constitution, on doit s'en tenir à l'interprétation dont les mots sont susceptibles — Les mots «service convenable de bateaux à vapeur» ne peuvent pas s'entendre d'un pont.

This was an application for *mandamus* to compel the Minister of Public Works to have an *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (EARPGO), section 12 assessment undertaken with respect to the specific design of the bridge to be built between Prince Edward Island and the mainland, and for a declaration that discontinuance of the ferry service, in the absence of a constitutional amendment authorizing it, would breach a term of the *Prince Edward Island Terms of Union*.

In 1985 the federal government received and considered three unsolicited proposals by private interests to construct a toll bridge or tunnel between Prince Edward Island and the mainland as alternatives to the ferry service. In 1987 the Department of Public Works commissioned a generic initial environmental evaluation (GIEE) of the proposals for a fixed link. It was contemplated that this study, conducted at the concept stage, would be followed by a specific environmental evaluation of the design finally selected for construction. In response to a project call for concept designs in 1988, seven proposals were submitted, including one for a tunnel. The response submitted by SCI Partnership contemplated that an environmental evaluation of the final detailed design would take place. The proposals were assessed and three developers chosen to compete further. Background material to the press release announcing the finalists indicated that a specific environmental evaluation of the winning design would take place. All three proposals were for a bridge, although the GIEE had indicated that the environmental risks associated with a tunnel were less than those associated with a bridge. In January 1989, instead of proceeding to a specific environmental evaluation, the fixed crossing project was referred to an Environmental Assessment Panel pursuant to the Guidelines Order because of the high public concern respecting the potential environmental effects of any such fixed link crossing. Public Works refused to provide to the Panel specific information which the former considered confidential with respect to the three proposals. The Panel complained that it did not have sufficient information to make an informed decision as the public review was being conducted in the middle of a process which precluded access to site specific information. The Panel's report agreed that there was a need for an improved transportation link, but concluded that the risk of harmful environmental effects arising from the proposed bridge concept were unacceptable and recommended that the bridge project not proceed. It noted that subject to a favourable independent environmental review, a tunnel might be an acceptable transportation link, as could an improved ferry service. It regretted that the referral to the Panel was made after the only tunnel proposal had been rejected, precluding examination of all alternatives equally and the review of information contained in specific proposals. The government did not accept the Panel's recommendation, noting that it had studied a generic concept and not the specific proposals under consideration. It undertook to study further the issue of ice-out delay, a significant concern of the Panel. Subsequently the Minister of Public Works announced that all three proposals met the environmental criteria established by the government

Il s'agissait d'une demande en vue de la délivrance d'un bref de *mandamus* obligeant le ministre des Travaux publics à mener une évaluation en conformité avec l'article 12 du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (Décret sur les lignes directrices), relativement au plan détaillé du pont que l'on projette de construire entre l'Île-du-Prince-Édouard et le continent, et d'un jugement déclaratoire portant que l'abandon du service de traversiers, en l'absence d'une modification constitutionnelle qui l'autorise, constituerait un manquement à l'une des Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard.

En 1985, le gouvernement fédéral a reçu et étudié trois propositions non sollicitées d'entreprises suggérant le remplacement des traversiers entre l'Île-du-Prince-Édouard et le continent par un pont ou un tunnel à péage. En 1987, le ministère des Travaux publics a fait préparer une évaluation environnementale initiale générique (EEIG) des propositions d'ouvrage de franchissement. Cette étude devait porter sur les propositions au stade conceptuel et elle devait être suivie d'une évaluation environnementale spécifique du projet qui allait finalement être retenu. En 1988, en réponse à un appel de propositions relatif au concept du pont, sept propositions ont été soumises, dont une concernant un tunnel. La réponse de SCI Partnership prévoyait qu'une fois les plans détaillés dressés, ils feraient l'objet d'une évaluation environnementale. Les propositions ont été étudiées et trois promoteurs ont été retenus en vue d'un concours. La documentation fournie avec le communiqué de presse donnant la liste des finalistes indiquait qu'une évaluation environnementale spécifique du projet choisi serait effectuée. Les trois propositions concernaient un pont, bien que l'EEIG ait indiqué qu'un tunnel risquait moins d'entraîner des effets sur l'environnement qu'un pont. En janvier 1989, au lieu de faire une évaluation environnementale spécifique, on a soumis le projet de pont à une commission d'évaluation environnementale conformément au Décret sur les lignes directrices en raison des grandes inquiétudes dans le public au sujet des effets qu'un tel raccordement pourrait avoir sur l'environnement. Le ministère des Travaux publics a refusé de communiquer à la Commission les détails des trois propositions parce qu'ils étaient confidentiels. La Commission s'est plainte que les renseignements fournis n'étaient pas suffisants pour prendre une décision éclairée parce que l'examen public avait lieu au milieu d'un processus qui l'empêchait d'avoir accès à d'autres renseignements propres à l'emplacement. Dans son rapport, la Commission a convenu de la nécessité d'améliorer le service de transport, mais a conclu que le risque d'impacts néfastes sur l'environnement du pont envisagé était inacceptable et a recommandé que le projet de pont soit abandonné. Elle a fait observer que, sous réserve d'un examen favorable de son évaluation environnementale, un tunnel pourrait être acceptable comme moyen d'assurer la liaison et qu'un service de traversiers amélioré le pourrait lui aussi. Elle a dit regretter que le renvoi à la Commission ait eu lieu après qu'eut été rejetée la seule proposition relative à un tunnel, ce qui l'a empêchée d'examiner toutes les solutions de façon également approfondie et d'étudier des renseignements contenus dans les propositions soumises. Le gouvernement n'a pas accepté la recommandation de la Commission, faisant remarquer qu'elle avait

in response to the Panel's report and invited the developers to submit price bids. Strait Crossing Inc. (SCI) was the successful bidder. In December 1992, on behalf of the Government of Canada, the Minister of Public Works entered into the Northumberland Strait Crossing Project Federal-Provincial Agreement with the governments of Prince Edward Island and New Brunswick. SCI later released a draft environmental management plan relating not to the final plan for the bridge, but to the concept submission. After public and private meetings to discuss the plan and review by the Environmental Committee, a final environmental management plan, which was not appreciably different from the draft plan in so far as the detail concerning the bridge was concerned, was submitted. It must be approved before financial closing can take place on March 31, 1993. Final designs for the bridge will not be prepared until after financial closing is concluded.

The issues were whether the Minister of Public Works had complied with section 12 of EARPGO; whether the Northumberland Strait Crossing Project Federal-Provincial Agreement will result in a breach of the constitutional obligations of the *Prince Edward Island Terms of Union*; whether the applicant had standing to bring this application; and whether the relief sought was appropriate.

EARPGO, section 12 requires every initiating department to screen or assess each proposal for which it is the decision-making authority. The respondent argued that the preparation of the GIEE and its acceptance and adoption by Public Works was a section 12 screening and assessment of "the proposal". The applicant argued that the GIEE was not a section 12 determination with respect to the bridge which is actually going to be built, and a review of a fixed crossing (bridge or tunnel) at the conceptual level did not meet the requirement of the EARPGO. It submitted that a "proposal" for the purposes of the EARPGO is meant to be specific. Alternatively, the design finally chosen for construction is a separate and distinct proposal which must also be assessed in accordance with section 12.

Under the Terms of Union, the Dominion Government agreed to assume and defray all charges for the establishment and maintenance of an "Efficient Steam Service" between the Island and the mainland and for the protection of the fisheries. The applicant argued that discontinuance of the ferry service would be a breach of the Terms of Union. A bridge is not an "Efficient Steam Service". The respondents argued that the

étudié un concept général et non les propositions précises qui avaient été soumises. Il s'est engagé à effectuer de nouvelles études au sujet du risque que la débâcle soit retardée, risque que la Commission a jugé important. Plus tard, le ministre des Travaux publics a annoncé que les trois propositions étaient conformes aux critères environnementaux établis par le gouvernement à l'égard du projet de raccordement, en réponse au rapport de la Commission, et les trois promoteurs ont été invités à soumettre des devis estimatifs. Le promoteur Strait Crossing Inc. (SCI) de Calgary a été choisi. En décembre 1992, le ministre des Travaux publics, au nom du gouvernement du Canada, a conclu l'Entente fédérale-provinciale concernant le projet de raccordement dans le détroit de Northumberland avec les gouvernements de l'Île-du-Prince-Édouard et du Nouveau-Brunswick. SCI a publié peu après un plan provisoire de gestion de l'environnement qui ne se rapportait pas au plan définitif pour le pont, mais à la proposition relative à un concept de pont. Après la tenue d'assemblées privées et publiques portant sur le plan et l'étude de celui-ci par le comité de l'environnement, un plan définitif de gestion de l'environnement a été soumis; il n'est pas sensiblement différent du plan provisoire en ce qui a trait au détail du pont. Il doit être approuvé avant que puisse être signé l'accord relatif aux conditions financières, le 31 mars 1993. Les plans définitifs du pont ne seront pas dressés tant qu'un accord n'aura pas été conclu avec le gouvernement fédéral au sujet du financement.

Les questions à trancher étaient de savoir si le ministre des Travaux publics avait respecté l'article 12 du Décret sur les lignes directrices; si l'Entente fédérale-provinciale concernant le projet de raccordement dans le détroit de Northumberland entraînera une violation des obligations constitutionnelles consignées aux *Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*; si la requérante avait la qualité pour présenter cette demande; si la réparation demandée était convenable.

L'article 12 du Décret sur les lignes directrices oblige le ministère responsable à examiner ou évaluer chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision. Les intimés ont soutenu que la préparation de l'EEIG et son acceptation par le ministère des Travaux publics constituaient un examen et une évaluation de «la proposition» conformes à l'article 12. La requérante a affirmé que l'EEIG n'était pas une détermination faite en vertu de l'article 12 et relative au pont que l'on allait construire, et qu'un examen d'un projet de raccordement fixe (pont ou tunnel) au stade conceptuel ne satisfaisait pas aux exigences du Décret sur les lignes directrices. Elle a soutenu qu'une «proposition», pour l'application du Décret sur les lignes directrices, s'entendait d'un projet précis et, subsidiairement, que la conception qui sera choisie finalement constitue une proposition distincte qui doit elle aussi être évaluée en conformité avec l'article 12.

Aux termes des Conditions de l'adhésion, le gouvernement fédéral s'est engagé à se charger de toutes les dépenses exigées par l'établissement et le maintien d'un «service convenable de bateaux à vapeur» entre l'Île et le continent et par la protection des pêcheries. La requérante a soutenu que l'abandon du service de traversiers serait une violation des Conditions de l'adhésion et qu'un pont n'était pas un «service convenable de

Terms of Union, a constitutional document, should be given a progressive interpretation and continuously adapted to new conditions and ideas. The applicant also argued that the proposed actions also offend the provisions requiring the protection of the fisheries.

The respondents argued that the applicant did not have standing to bring this application as it did not meet the criteria for public interest standing established by the *Thorson*, *Borowski*, and *Finlay* cases in that no material was filed to establish corporate objectives or interest; even if those criteria were met, section 18.1 of the *Federal Court Act*, permitting anyone "directly affected" by the matter in respect of which relief is sought to apply for judicial review, requires a party to have a specific or particular interest different from that of the public generally; the obligation under the Terms of Union was owed to the government of Prince Edward Island, not to individuals.

Finally it was argued that the Court should not grant the remedies sought because the applicant delayed in coming to Court; the applicant's participation in many of the steps which have already been taken had lulled the respondents into a false sense of security; requiring any more environmental review would be superfluous; the challenged actions are not properly reviewable under *Federal Court Act*, section 18.1; any remedies based on the constitutional argument are premature since the ferry service would not be discontinued until after the bridge is built.

*Held*, the application should be allowed.

Whether EARPGO requires assessment of the proposal at the concept stage or at a more specific design stage may depend on the type of project being reviewed. The assessment is required to take place at a stage when the environmental implications can be fully considered (section 3), and when it can be determined whether there may be any potentially adverse environmental effects (subsection 10(1)). In addition, the screening or assessment by the initiating department should take place when both the proposal being assessed and the decision relating thereto, including the grounds on which it is based, can be released to the public. EARPGO, section 15 provides that the initiating department shall ensure, after a determination concerning a proposal has been made pursuant to section 12, that the public have access to the information and an opportunity to respond. The object is to allow for meaningful and comprehensive public discussion of the potential environmental impacts of the proposed structure or activity.

The Department of Public Works did not conduct a section 12 assessment with respect to the SCI bridge proposal as required by the EARPGO. The GIEE expressly stated that it did not fully consider the potential environmental implications. It emphasized that an assessment of the specific designs, once

bateaux à vapeur». Les intimés ont soutenu qu'il fallait donner aux Conditions de l'adhésion, qui sont un document constitutionnel, une interprétation évolutive, de sorte qu'elles s'adaptent continuellement aux nouvelles situations et aux nouvelles idées. La requérante a aussi soutenu que les actions projetées violaient en outre la disposition relative à la protection des pêcheries.

Les intimés ont soutenu que la requérante n'avait pas la qualité pour présenter la demande parce qu'elle ne satisfaisait pas aux critères relatifs à la qualité pour agir dans l'intérêt public énoncés dans les arrêts *Thorson*, *Borowski* et *Finlay*: elle n'a pas déposé de document exposant l'objet pour lequel elle a été constituée ou son intérêt; même si elle satisfaisait à ces critères, l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui permet de présenter une demande de contrôle judiciaire à quiconque est «directement touché» par l'objet de la demande, exige un intérêt plus précis et particulier, distinct de celui qu'a le grand public; c'est le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard qui est le créancier de l'obligation prévue aux Conditions de l'adhésion, ce ne sont pas des individus.

En dernier lieu, on a soutenu que la Cour ne devait pas accorder la réparation demandée parce que la requérante avait tardé à soumettre l'affaire à la Cour; la requérante ayant participé à nombre des étapes déjà franchies, les intimés s'étaient endormis dans une fausse sécurité; il aurait été superflu de faire d'autres évaluations environnementales; les actions contestées ne donnaient pas lieu à révision en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*; les demandes de réparation fondées sur l'argument constitutionnel étaient prématurées car on ne prévoit pas l'abandon du service de traversiers avant la fin des travaux de construction du pont.

*Jugement*: la demande doit être accordée.

La question de savoir s'il faut faire l'évaluation de la proposition au stade conceptuel ou durant une autre étape de conception plus détaillée peut très bien dépendre du type de projet examiné. L'évaluation doit être faite durant une étape où les répercussions environnementales peuvent être pleinement examinées (article 3) et où il est possible de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement (paragraphe 10(1)). Au surplus, l'examen ou l'évaluation menée par le ministère responsable doit être réalisée au moment où la proposition à l'étude et la décision s'y rapportant, y compris les motifs qui la fondent, peuvent toutes deux être communiquées au public. Aux termes de l'article 15 du Décret sur les lignes directrices, le ministère responsable doit s'assurer, après qu'une détermination sur les effets d'une proposition a été faite conformément à l'article 12, que le public a accès à l'information. Le but visé est de permettre la discussion publique, utile et complète, des impacts environnementaux possibles du projet de construction ou de l'activité.

Le ministère des Travaux publics n'a pas réalisé une évaluation de la proposition de pont de SCI conformément à l'article 12 du Décret sur les lignes directrices. L'EEIG disait expressément qu'elle n'était pas censée porter sur toutes les répercussions environnementales possibles. On y soulignait

they were available, must be undertaken to ascertain whether there were any significant environmental impacts arising from whatever fixed crossing might be constructed. In addition, at the time of the GIBE, not even the SCI concept proposal, let alone the specific bridge design, was available for public review. This was equally true when the Panel was asked to undertake its review. The arguments relating to provisions requiring early assessment and use of the assessment as a planning tool do not lead to the conclusion that "proposal" should be given a broad definition. The argument that if the proposal must be specific then section 12 assessments would be required at every stage of the process was not convincing. Section 12 requires the assessment of a proposal when it is available in a form in which the environmental considerations can be fully considered.

The argument that a section 12 screening has been an ongoing *de facto* process since 1987 was rejected. Public Works has not sought to characterize the ongoing activity in that way. The Department's position was that the section 12 assessment was done when the GIBE was published and that the Department did not and does not in the foreseeable future intend to conduct a section 12 assessment of the specific SCI proposal. All assessments which have gone on since the GIBE seem to have been addressed to this conceptual level for consideration. SCI's recent environmental management plan was not part of a *de facto* section 12 assessment because it was designed to address mitigation methods and techniques rather than undertaking the assessment and classification of the environmental risks which can potentially arise from the project. The study by the Panel, its deliberations and report did not obviate the need for the specific environmental assessment which previously had been contemplated. Public hearings on a generic proposal are not a substitute for a specific evaluation of the actual project which it is planned to construct. The Court was disturbed by the incredible waste of public funds which resulted from referring a generic design to a panel when the government had access to more detailed information respecting the three concept proposals being considered and then rejecting the Panel's recommendations because the Panel did not have before it the detailed information to which the government was privy but refused to make available. Such a result could have been avoided if a referral to a Panel had been made at a later stage.

Discontinuing the ferry service would be a breach of the constitutionally guaranteed Terms of Union. When using the progressive approach to constitutional interpretation, one is constrained by the wording of the text. The words must be able to bear the interpretation being put on them. The words "Efficient Steam Service" do not bear an interpretation which means bridge. The discontinuance of the ferry service must be effected by way of constitutional amendment.

qu'une évaluation des projets précis, une fois qu'ils auraient été présentés, devait être entreprise dans le but de vérifier si, de fait, des impacts environnementaux importants découleraient de tout raccordement fixe qui serait construit. De plus, au moment de la rédaction de l'EEIG, même la proposition de SCI relative au concept de pont ne pouvait être consultée par le public, et encore moins les plans détaillés du pont. La situation était la même quand la Commission a été appelée à réaliser son examen. L'argument selon lequel, si une proposition précise était exigée, les évaluations prévues à l'article 12 seraient exigées à chaque étape du processus, n'était pas convaincant. L'article 12 exige qu'une proposition soit évaluée au moment où elle est présentée sous une forme qui permet l'examen approfondi de ses impacts environnementaux.

L'argument selon lequel un processus d'évaluation *de facto*, conforme à l'article 12, était en cours depuis 1987 a été repoussé. Le ministère des Travaux publics lui-même n'a pas cherché à qualifier ainsi l'activité en cours. La position du Ministère était que l'évaluation conforme à l'article 12 avait été effectuée quand l'EEIG a été publiée et que le ministère n'avait pas, et n'a toujours pas, l'intention d'effectuer, dans un avenir prévisible, une évaluation de la proposition précise de SCI, conformément à l'article 12. Toutes les évaluations qui ont été faites depuis l'EEIG semblent avoir porté sur cette proposition au stade conceptuel. Le plan de gestion de l'environnement dressé récemment par SCI n'était pas un élément d'une évaluation *de facto* faite conformément à l'article 12, parce qu'il visait des méthodes et des techniques d'atténuation et non une évaluation et une classification des risques environnementaux qui peuvent découler du projet. L'étude faite par la Commission, ses délibérations et son rapport n'ont pas rendu inutile l'évaluation environnementale spécifique qui avait d'abord été envisagée. Les audiences publiques concernant une proposition au stade conceptuel ne sauraient remplacer une évaluation spécifique du projet précis dont la réalisation est prévue. Pour la Cour, il était particulièrement alarmant de constater le gaspillage incroyable des fonds publics qui avait résulté, d'une part, du renvoi d'un concept à une commission au moment où le gouvernement disposait, au sujet des trois propositions relatives au concept de pont qui étaient étudiées, d'une information qui était plus précise, et d'autre part, du rejet des recommandations de la Commission parce que celle-ci ne disposait pas de l'information détaillée qui était en possession du gouvernement et que celui-ci avait refusé de lui communiquer. Pareil résultat aurait pu être évité si la proposition avait été soumise à une commission à une étape ultérieure du processus.

L'abandon du service de traversiers serait une violation des Conditions de l'adhésion qui sont garanties par la Constitution. Quand on donne une interprétation évolutive à la Constitution, on doit s'en tenir au texte. Les mots employés doivent être susceptibles d'être interprétés de la manière choisie. Les mots «service convenable de bateaux à vapeur» ne sont pas susceptibles d'être interprétés comme s'entendant d'un pont. L'abandon du service de traversiers nécessite une modification constitutionnelle.



The obligation imposed with respect to the protection of the fisheries requires the federal government to assume financial responsibility for whatever governmental services are provided for protection of the fisheries. It does not impose any positive duty on the federal government.

The applicant had standing. (1) The applicant has proven that it has sufficient interest as set out in *Thorson, Borowski and Finlay*. The applicant's members are farmers, fishermen and environmentalists resident on PEI. There was abundant evidence establishing their individual interests. There was also evidence that the objects of the corporate applicant included activities aimed at opposing the construction of the bridge. (2) Subsection 18.1(1) was not intended to limit judicial review to the pre-*Thorson, Borowski, Finlay* test. It gives the Court discretion to grant standing when it is convinced that the particular circumstances of the case and the type of interest which the applicant holds justify status being granted, assuming there is a justiciable issue and no other practical or effective means of getting the issue before the courts. The applicant has demonstrated such interest and the issue is clearly justiciable. A party should not be denied standing merely because theoretically there are other ways of getting the issue before the Court. The possibility of such other actions being taken has to carry a reasonable degree of probability before standing should be refused on that basis. Such does not exist in this case. The provincial government as a party to the agreement is unlikely to test the constitutionality of the proposed discontinuance of the ferry service. The applicant met the requirement that there is no other effective and practical means of getting the matter before the Court, both with respect to the constitutional and environmental issues. (3) Individuals or corporate persons may bring an action seeking a declaration and a mandatory order that the constitutional obligations be complied with. The "obligee" may be the province, but the constitutional obligation is for the benefit of all the people of the province, and perhaps for Canadians from outside the province who wish to go to the Island. If only the province could sue to enforce the obligation, then a term of union could be altered by executive agreement with no recourse by the individuals affected. The particular constitutional obligation could not have been so amended before 1982. The *Constitution Act, 1982* did not change that protected status.

As to the relief requested, (1) delay was not a relevant factor. The applicant was challenging a refusal to take certain action. It is difficult to determine exactly when a failure to take a positive step occurs. The respondents will not suffer the kind of prejudice which would justify refusing the remedies. Many of the arguments assumed that the bridge project would not go ahead if an environmental assessment pursuant to section 12 was ordered or if a constitutional amendment was required to

L'obligation imposée au gouvernement fédéral relativement aux pêcheries consiste à supporter tous les frais découlant de la fourniture de services publics destinés à protéger les pêcheries. Elle n'impose aucune obligation positive au gouvernement fédéral.

<sup>a</sup> La requérante avait la qualité pour agir. (1) Elle a prouvé qu'elle avait un intérêt suffisant selon les critères exposés dans les arrêts *Thorson, Borowski et Finlay*. Les membres de la société requérante sont des agriculteurs, des pêcheurs et des écologistes résidents de l'Î.-P.-É. Une preuve abondante a montré leur intérêt individuel. Il a été également établi que les objets de la société requérante comprennent, entre autres, des activités visant à faire obstacle à la construction du pont. (2) Le législateur n'a pas voulu, en adoptant le paragraphe 18.1(1), limiter la révision judiciaire au critère défini avant les arrêts *Thorson, Borowski et Finlay*, mais attribuer à la Cour le pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir quand elle est convaincue que les circonstances particulières de l'espèce et le type d'intérêt qu'a le requérant justifient cette reconnaissance, à supposer qu'il y ait une question réglable par les voies de justice et qu'il n'existe aucun autre moyen efficace et pratique de soumettre la question aux tribunaux. La requérante a montré son intérêt et la question est clairement réglable par les voies de justice. Il n'y a pas lieu de priver une partie de la qualité pour agir simplement parce qu'en théorie, il existe d'autres moyens de soumettre la question à la Cour. Il faut que la possibilité de prendre ces autres mesures s'apparente raisonnablement à une probabilité pour que la qualité pour agir soit refusée pour cette raison. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Il est improbable que le gouvernement provincial, à titre de partie à l'accord, attaque la constitutionnalité de l'abandon projeté du service de traversiers. La requérante a satisfait à l'exigence selon laquelle il ne doit exister aucun autre moyen efficace et pratique de soumettre la question à la Cour, par rapport tant à la question constitutionnelle qu'à la question de l'environnement. (3) Les personnes physiques et les personnes morales peuvent intenter une action pour obtenir un jugement déclaratoire et une ordonnance ayant force exécutoire en vue de faire respecter les obligations constitutionnelles. L'«obligataire» peut être la province, mais tous les habitants de la province sont les créanciers de l'obligation constitutionnelle. Et peut-être aussi tous les habitants du pays qui souhaitent se rendre dans l'Île. Si la province seule pouvait ester en justice pour faire procéder à l'exécution de l'obligation, alors le pouvoir exécutif de la province et le pouvoir exécutif du gouvernement fédéral pourraient s'entendre pour modifier une condition de l'adhésion sans que les personnes touchées aient droit de contester la décision. L'obligation constitutionnelle particulière n'aurait pu être modifiée par un tel accord avant 1982. La *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas changé cette protection.

<sup>i</sup> Quant à la réparation demandée, (1) le retard n'était pas un facteur pertinent. La requérante contestait le refus de prendre certaines mesures. Il est difficile de déterminer exactement à quel moment se produit l'omission d'accomplir une action. Les intimés ne subiront pas le genre de préjudice qui justifierait le rejet de la demande. Nombre des arguments reposaient sur l'hypothèse que le projet de pont ne serait pas réalisé si une évaluation environnementale faite conformément à l'article 12

effect discontinuance of the ferry service. Renegotiation of contracts to extend completion terms, especially government contracts, is very common. (2) Participation in public discussions does not eliminate the right to require that the legal procedures established by EARPGO be complied with. (3) The mandatory requirements should be strictly complied with. The relief sought should not be denied just because a great deal of environmental study has already been done. (4) The Minister of Public Works in signing the Federal-Provincial Agreement fell within the definition of "federal board, commission or other tribunal" in *Federal Court Act*, section 2, and the proposed action of signing contracts with SCI also fell within that definition. (5) If a constitutional amendment is needed, it is in everybody's interest to know that now rather than later. If the applicant delayed bringing its application forward until 1997, when ferry service is discontinued upon completion of the bridge, the respondents would be arguing that the Court should refuse relief because of the applicant's delay.

était ordonnée ou si une modification de la Constitution était exigée pour l'abandon du service de traversiers. Il est très courant de renégocier des contrats dans le but de stipuler la prorogation de l'exécution, surtout des marchés de l'État. (2) La participation aux discussions publiques ne fait pas perdre le droit d'exiger que la procédure prévue par le Décret sur les lignes directrices soit respectée. (3) Il faut respecter rigoureusement les exigences obligatoires. Il n'y a pas lieu de refuser d'accorder la réparation demandée juste parce que d'importantes études environnementales ont déjà été effectuées. (4) En signant l'Entente fédérale-provinciale, le ministre des Travaux publics tombait sous le coup de la définition du terme «office fédéral» défini à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* et l'action projetée, savoir la signature de contrats avec SCI, était aussi visée par cette définition. (5) Si une modification constitutionnelle est nécessaire, il y va de l'intérêt de tous de le savoir tout de suite plutôt que dans l'avenir. Si la requérante avait retardé sa demande jusqu'en 1997, au moment où le pont sera achevé et le service de traversiers abandonné, les intimés auraient prétendu que la Cour devait refuser d'accorder la réparation à cause du retard de la requérante.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act respecting the admission of the Colony of Prince Edward Island as a Province of the Dominion*, S.C. 1873, c. 40.

*An Act to provide for a further annual allowance to the Province of Prince Edward Island*, S.C. 1901, c. 3.

*An Act to ratify and confirm a certain agreement between the Governments of Canada, and Prince Edward Island, in respect of claims for non-fulfillment of the terms of Union*, S.P.E.I. 1901, c. 3.

Bill C-110, *Northumberland Strait Crossing Act*, 3rd Sess., 34th Parl. (first reading, December 11, 1992, House of Commons), ss. 4(2), 7(1), 9.

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

*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 96, 146.

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 43, 52(1),(2)(b), Schedule.

*Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, ss. 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 20, 21, 33, 34.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18.1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 5), 28(2).

*Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22, s. 5.

*Prince Edward Island Subsidy Act*, 1912, S.C. 1912, c. 42.

*Prince Edward Island Terms of Union*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 12.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Acte concernant l'admission de la Colonie de l'Île-du-Prince-Édouard comme Province de la Puissance*, S.C. 1873, ch. 40.

*An Act to ratify and confirm a certain agreement between the Governments of Canada, and Prince Edward Island, in respect of claims for non-fulfillment of the terms of Union*, S.P.E.I. 1901, ch. 3.

*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].

*Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 12.

*Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, art. 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 20, 21, 33, 34.

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 96, 146.

*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. 43, 52(1),(2)(b), annexe.

*Loi de la Subvention à la Province de l'Île-du-Prince-Édouard*, S.C. 1912, ch. 42.

*Loi prévoyant une nouvelle allocation annuelle à la Province de l'Île-du-Prince-Édouard*, S.C. 1901, ch. 3.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 18.1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), 28(2).

*Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5.

Projet de loi C-110, *Loi sur l'ouvrage de franchissement du détroit de Northumberland*, 3<sup>e</sup> session, 34<sup>e</sup> Lég. (1<sup>er</sup>

lecture, 11 décembre 1992, Chambre des communes), art. 4(2), 7(1), 9.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED:

## APPLIED:

*Prince Edward Island (Minister of Transportation and Public Works) v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 1 F.C. 129; (1990), 71 D.L.R. (4th) 596; 110 N.R. 394 (C.A.); *R. (Canada) v. The Queen (P.E.I.)*, [1978] 1 F.C. 533; (1977), 83 D.L.R. (3d) 492; 33 A.P.R. 477; 20 N.R. 91 (C.A.) on constitutional issue; *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin.L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338.

## DISTINGUISHED:

*R. (Prince Edward Island) v. R. (Canada)*, [1976] 2 F.C. 712; (1976), 66 D.L.R. (3d) 465 (T.D.); affd *R. (Canada) v. The Queen (P.E.I.)*, [1978] 1 F.C. 533; (1977), 83 D.L.R. (3d) 492; 33 A.P.R. 477; 20 N.R. 91 (C.A.) on issue of standing.

## CONSIDERED:

*Attorney General of Quebec v. Blaikie et al.*, [1979] 2 S.C.R. 1016; (1979), 101 D.L.R. (3d) 394; 49 C.C.C. (2d) 359; 30 N.R. 225; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; (1981), 123 D.L.R. (3d) 554; 37 N.R. 158; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; affg [1990] 2 F.C. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375; [1991] 1 W.W.R. 352; 76 Alta. L.R. (2d) 289; 5 C.E.L.R. (N.S.) 1; 108 N.R. 241 (C.A.); overruling [1990] 1 F.C. 248; [1990] 2 W.W.R. 150; (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 289; 4 C.E.L.R. (N.S.) 137; 30 F.T.R. 109 (T.D.).

## REFERRED TO:

*Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 381; (1990), 5 C.E.L.R. (N.S.) 287; 35 F.T.R. 161 (T.D.); *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1991] 1 F.C. 641; (1990), 6 C.E.L.R. (N.S.) 89; 121 N.R. 385 (C.A.); *Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16; 41 F.T.R. 18 (F.C.T.D.); affd A-124-91, Pratte J.A., judgment dated 6/6/91, F.C.A., not yet reported; *Can. Wildlife Fed. Inc. v. Can. (Min. of the Environment)*, [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (F.C.A.); affg (*sub nom. Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Envi-*

## JURISPRUDENCE:

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Île-du-Prince-Édouard (Ministre des Transports et des Travaux publics) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 1 C.F. 129; (1990), 71 D.L.R. (4th) 596; 110 N.R. 394 (C.A.); *R. (Canada) c. La Reine (Î.-P.-É.)*, [1978] 1 C.F. 533; (1977), 83 D.L.R. (3d) 492; 33 A.P.R. 477; 20 N.R. 91 (C.A.) sur la question constitutionnelle; *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin.L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*R. (Île-du-Prince-Édouard) c. R. (Canada)*, [1976] 2 C.F. 712; (1976), 66 D.L.R. (3d) 465 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par *R. (Canada) c. La Reine (Î.-P.-É.)*, [1978] 1 C.F. 533; (1977), 83 D.L.R. (3d) 492; 33 A.P.R. 477; 20 N.R. 91 (C.A.) sur la question de la qualité pour agir.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016; (1979), 101 D.L.R. (3d) 394; 49 C.C.C. (2d) 359; 30 N.R. 225; *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; (1981), 123 D.L.R. (3d) 554; 37 N.R. 158; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; [1992] 2 W.W.R. 193; 84 Alta. L.R. (2d) 129; 3 Admin. L.R. (2d) 1; 7 C.E.L.R. (N.S.) 1; 132 N.R. 321; conf. [1990] 2 C.F. 18; (1990), 68 D.L.R. (4th) 375; [1991] 1 W.W.R. 352; 76 Alta. L.R. (2d) 289; 5 C.E.L.R. (N.S.) 1; 108 N.R. 241 (C.A.); inf. [1990] 1 C.F. 248; [1990] 2 W.W.R. 150; (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 289; 4 C.E.L.R. (N.S.) 137; 30 F.T.R. 109 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 C.F. 381; (1990), 5 C.E.L.R. (N.S.) 287; 35 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.); *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1991] 1 C.F. 641; (1990), 6 C.E.L.R. (N.S.) 89; 121 N.R. 385 (C.A.); *Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16; 41 F.T.R. 18 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par A-124-91, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 6-6-91, C.A.F., encore inédit; *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (C.A.F.); conf. *sub nom. Fédération canadienne*

ronment)), [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (T.D.); *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; (1975), 12 N.S.R. (2d) 85; 55 D.L.R. (3d) 632; 32 C.R.N.S. 376; 5 N.R. 43; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1992] 3 F.C. 42 (T.D.); *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1990] 1 F.C. 595; (1989), 32 F.T.R. 81 (T.D.); affd [1991] 1 F.C. 641; (1990), 6 C.E.L.R. (N.S.) 89; 121 N.R. 385 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Cromwell, Thomas A., *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*, Toronto: Carswell, 1986.  
 Cullen, Mary K. "The Transportation Issue, 1873-1973" in Francis W. P. Bolger ed., *Canada's Smallest Province: A History of P.E.I.*, Canada, John Deyell Company, 1973.  
 Emond, Paul D. "The Greening of Environmental Law" (1991), 36 *McGill L.J.* 742.  
 Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 1992.

APPLICATION for *mandamus* to compel the Minister of Public Works to undertake an *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (EARPGO), section 12 assessment with respect to the specific design of the bridge to be built between Prince Edward Island and the mainland, and for a declaration that discontinuance of the ferry service, in the absence of a constitutional amendment authorizing it, would breach a term of the *Prince Edward Island Terms of Union*. Application allowed.

## COUNSEL:

Mark Freiman, William C. McDowell, Rodney Northey and Bonita M. Croft for applicant.  
 J. E. Thompson, Q.C., H. Lorne Morphy, Joseph C. de Pencier, Laurence A. Pattillo and Brian R. Evernden for respondents, Minister of Public Works, Minister of Transportation, and Minister of the Environment.

*de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (1<sup>re</sup> inst.); *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; (1975), 12 N.S.R. (2d) 85; 55 D.L.R. (3d) 632; 32 C.R.N.S. 376; 5 N.R. 43; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; 2 Admin. L.R. (2d) 229; 5 C.P.C. (3d) 20; 8 C.R.R. (2d) 145; 16 Imm. L.R. (2d) 161; 132 N.R. 241; *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1992] 3 C.F. 42 (1<sup>re</sup> inst.); *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1990] 1 C.F. 595; (1989), 32 F.T.R. 81 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1991] 1 C.F. 641; (1990), 6 C.E.L.R. (N.S.) 89; 121 N.R. 385 (C.A.).

## DOCTRINE

Cromwell, Thomas A., *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*, Toronto: Carswell, 1986.  
 Cullen, Mary K. «The Transportation Issue, 1873-1973», in Francis W. P. Bolger ed., *Canada's Smallest Province: A History of P.E.I.*, Canada John Deyell Company, 1973.  
 Emond, Paul D. «The Greening of Environmental Law» (1991), 36 *McGill L.J.* 742.  
 Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 1992.

DEMANDE de *mandamus* pour obliger le ministre des Travaux publics à mener une évaluation en conformité avec l'article 12 du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (Décret sur les lignes directrices), relativement au plan détaillé du pont que l'on projette de construire entre l'Île-du-Prince-Édouard et le continent, et d'un jugement déclaratoire portant que l'abandon du service de traversiers, en l'absence d'une modification constitutionnelle qui l'autorise, constituerait un manquement à l'une des *Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*. Demande accordée.

## AVOCATS:

Mark Freiman, William C. McDowell, Rodney Northey et Bonita M. Croft pour la requérante.  
 J. E. Thompson, c.r., H. Lorne Morphy, Joseph C. de Pencier, Laurence A. Pattillo et Brian R. Evernden pour les intimés ministre des Travaux publics, ministre des Transports et ministre de l'Environnement.

*L. E. Clain, Q.C., Alan K. Scales, Q.C., Roderick H. Rogers and Meinhard Doelle* for respondent Attorney General of Prince Edward Island.

*P. A. MacNutt, Q.C. and P. Blanchet* for respondent Attorney General of New Brunswick. <sup>a</sup>

*John I. Laskin and Douglas G. Hatch* for respondent SCI Partnership.

SOLICITORS:

*McCarthy Tétrault*, Toronto, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents, Minister of Public Works, Minister of Transportation, and Minister of the Environment. <sup>c</sup>

*Stewart McKelvey Stirling Scales*, Charlottetown, for respondent Attorney General of Prince Edward Island.

*Office of the Attorney General of New Brunswick*, Fredericton, for respondent Attorney General of New Brunswick. <sup>d</sup>

*Davies, Ward & Beck*, Toronto, for respondent SCI Partnership. <sup>e</sup>

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

REED J.: Two main issues are raised by this application: whether the respondent Minister of Public Works has complied with section 12 of the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (Guidelines Order);<sup>1</sup> whether the Minister of Public Works, in signing the Northumberland Strait Crossing Project Federal-Provincial Agreement, on behalf of the Government of Canada, has entered into an agreement which will result in a breach of the constitutional obligations of the *Prince Edward Island Terms of Union* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 12] <sup>f</sup> (the Terms of Union).<sup>2</sup> These issues are raised by activities related to the proposed construction and operation of a toll bridge between Cape Tormentine, New Brunswick, and Borden, Prince Edward Island. It is planned that the bridge will replace the ferry service which presently operates between those two locations. <sup>g</sup> <sup>h</sup> <sup>i</sup>

<sup>1</sup> SOR/84-467.

<sup>2</sup> Previously known as *Order of Her Majesty in Council Admitting Prince Edward Island into the Union* dated June 26, 1873.

*L. E. Clain, c.r., Alan K. Scales, c.r., Roderick H. Rogers et Meinhard Doelle* pour l'intimé procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

*P. A. MacNutt, c.r. et P. Blanchet* pour l'intimé procureur général du Nouveau-Brunswick.

*John I. Laskin et Douglas G. Hatch* pour l'intimée SCI Partnership.

<sup>b</sup> PROCUREURS:

*McCarthy Tétrault*, Toronto, pour la requérante. *Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés ministre des Travaux publics, ministre des Transports et ministre de l'Environnement.

*Stewart McKelvey Stirling Scales*, Charlotte-town, pour l'intimé procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

*Bureau du procureur général du Nouveau-Brunswick*, Fredericton, pour l'intimé procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Davies, Ward & Beck*, Toronto, pour l'intimée SCI Partnership.

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

LE JUGE REED: Deux questions principales sont soulevées par la présente demande: le ministre des Travaux publics, intimé, a-t-il respecté l'article 12 du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (Décret sur les lignes directrices)<sup>1</sup>? Le ministre des Travaux publics, en signant l'Entente fédérale-provinciale concernant le projet de raccordement dans le détroit de Northumberland, au nom du gouvernement du Canada, a-t-il conclu un accord qui entraînera une violation des obligations constitutionnelles consignées aux *Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 12] (les Conditions de l'adhésion)<sup>2</sup>? Ces questions découlent des activités reliées au projet de construction et d'exploitation d'un pont à péage entre Cape Tormentine, au Nouveau-Brunswick, et Borden, dans l'Île-du-Prince-Édouard. Le pont est censé

<sup>1</sup> DORS/84-467.

<sup>2</sup> Auparavant appelées *Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant l'Île du Prince-Édouard*, en date du 26 juin 1873.

### Description of Events

In 1985 the federal government received three unsolicited proposals suggesting that an alternative to the Cape Tormentine-Borden ferry be established. These private interests proposed to design, finance, construct and operate a fixed crossing connecting Prince Edward Island to the mainland. Two of the suggestions were for the construction of a bridge; the third was for the construction of a rail tunnel. The Department of Public Works was asked to determine the feasibility of a fixed crossing and select a preferred option.

It was obvious that if a fixed crossing were to be built, environmental concerns would at some point have to be addressed. Sections 10 and 12 of the Guidelines Order state:

10. (1) Every initiating department shall ensure that each proposal for which it is the decision making authority shall be subject to an environmental screening or initial assessment to determine whether, and the extent to which, there may be any potentially adverse environmental effects from the proposal.

(2) Any decisions to be made as a result of the environmental screening or initial assessment referred to in subsection (1) shall be made by the initiating department and not delegated to any other body.

12. Every initiating department shall screen or assess each proposal for which it is the decision making authority to determine if

(c) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are insignificant or mitigable with known technology, in which case the proposal may proceed or proceed with the mitigation, as the case may be;

(d) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unknown, in which case the proposal shall either require further study and subsequent rescreening or reassessment or be referred to the Minister for public review by a Panel;

(e) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are significant, as determined in accordance with criteria developed by the Office in cooperation with the initiating department, in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel; or

remplacer le service de traversiers qui est actuellement établi entre ces deux lieux.

### Les faits

En 1985, le gouvernement fédéral a reçu trois propositions non sollicitées d'entreprises suggérant une solution de rechange aux traversiers entre Cape Tormentine et Borden. Ces entreprises ont proposé de concevoir, de financer, de construire et d'exploiter un raccordement fixe reliant l'Île-du-Prince-Édouard au continent. Deux des propositions visaient la construction d'un pont; la troisième, la construction d'un tunnel de chemin de fer. Le ministère des Travaux publics a été prié de déterminer la viabilité d'un raccordement fixe et de choisir la solution optimale.

Il était évident que si un raccordement allait être construit, il faudrait à un moment donné répondre à des questions concernant l'environnement. Les articles 10 et 12 du Décret sur les lignes directrices sont ainsi conçus:

10. (1) Le ministère responsable s'assure que chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision est soumise à un examen préalable ou à une évaluation initiale, afin de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes qu'elle peut avoir sur l'environnement.

(2) Les décisions qui font suite à l'examen préalable ou à l'évaluation initiale visés au paragraphe (1) sont prises par le ministère responsable et ne peuvent être déléguées à nul autre organisme.

12. Le ministère responsable examine ou évalue chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision, afin de déterminer:

c) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues, auquel cas la proposition est réalisée telle que prévue ou à l'aide de ces mesures, selon le cas;

d) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inconnus, auquel cas la proposition est soumise à d'autres études suivies d'un autre examen ou évaluation initiale, ou est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;

e) si, selon les critères établis par le Bureau, de concert avec le ministère responsable, les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont importants, auquel cas la proposition est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission; ou

(f) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unacceptable, in which case the proposal shall either be modified and subsequently rescreened or reassessed or be abandoned. [Underlining added.]

In March of 1987 the Department of Public Works hired consultants to prepare what was called a generic initial environmental evaluation (GIEE). It was contemplated that that study would evaluate the proposals for a fixed crossing between Cape Tormentine and Borden at the concept stage and that this study would be followed by a specific environmental evaluation of whatever design was ultimately chosen for construction. The specific evaluation was to occur once the specific proposal and its details were known. It is clear that it was thought that this specific assessment was required in order to comply with the Guidelines Order. The letter of transmittal, dated March 15, 1988, to the Department of Public Works from the consultants, which accompanied the GIEE when it was prepared, makes it clear that that report was predicated on the assumption that a specific evaluation pursuant to the Guidelines Order would subsequently be undertaken:

The report takes into account the review comments of the various provincial and federal regulatory agencies, and includes a summary of the public participation aspects of the project to date including those directly associated with the environmental review process. The Generic IEE has been used as the basis for defining the environmental requirements included in the Proposal Call to prospective developers.

The Generic IEE was prepared in keeping with the requirements of the Federal Environmental Assessment and Review Process. This generic IEE has found that, at the concept level, the predicted environmental effects are not significant. After a developer is selected, a Specific IEE should be prepared for the design level environmental assessment and planning. This finding must be confirmed by the Specific IEE and detailed project design before the project should proceed. [Underlining added.]

The report itself indicated that there were, at the time of its writing, information deficiencies in three categories: those relating to the project description, which would be cured when a specific design was chosen; those relating to specific aspects of the environment, with respect to which a number of studies had already been commissioned; those relating to

f) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inacceptables, auquel cas la proposition est soit annulée, soit modifiée et soumise à un nouvel examen ou évaluation initiale. [Non souligné dans le texte original.]

a

En mars 1987, le ministère des Travaux publics a retenu les services de consultants qu'il a chargés de préparer une évaluation environnementale initiale générique (EEIG). Cette étude devait porter sur les propositions d'ouvrage de franchissement entre Cape Tormentine et Borden au stade conceptuel et elle devait être suivie d'une évaluation environnementale spécifique du projet qui allait finalement être retenu. L'évaluation spécifique devait être faite une fois que la proposition précise et ses détails seraient connus. De toute évidence, on croyait que cette évaluation spécifique était exigée si l'on voulait respecter le Décret sur les lignes directrices. Il appert très clairement de la lettre d'envoi, datée du 15 mars 1988 et adressée par les consultants au ministère des Travaux publics, qui était jointe à l'EEIG qui lui a été soumise, que ce rapport était fondé sur la supposition qu'une évaluation spécifique, conforme au Décret sur les lignes directrices, serait entreprise ultérieurement:

c

d

e

[TRADUCTION] Le rapport tient compte des observations formulées par les organismes de réglementation provinciaux et fédéral au sujet de l'évaluation, et il comprend un sommaire des aspects du projet touchant la participation du public jusqu'à ce jour, dont ceux concernant directement le processus d'examen en matière d'environnement. L'évaluation environnementale initiale générique (EEIG) a servi de base à la définition des exigences en matière d'environnement incluses dans l'appel de propositions lancé auprès des promoteurs éventuels.

g

h

L'EEIG a été préparée en conformité avec les exigences du processus fédéral d'évaluation et d'examen en matière d'environnement. Au terme de cette EEIG, on a conclu que les effets prévus que le projet, au stade conceptuel, pourrait avoir sur l'environnement, n'étaient pas importants. Après qu'un promoteur aura été choisi, une évaluation environnementale initiale spécifique (EEIS) doit être préparée en ce qui a trait à l'évaluation et à la planification environnementales au stade de la conception définitive. Cette conclusion doit être confirmée par l'EEIS et les plans détaillés du pont avant que le projet ne soit réalisé. [Non souligné dans le texte original.]

i

j

D'après le rapport même, les renseignements étaient insuffisants, au moment de sa rédaction, sous trois aspects: la description du projet, lacune qui serait comblée quand un projet précis aurait été choisi; des points particuliers en matière d'environnement, à l'égard desquels diverses études avaient déjà été demandées; les données environnementales

site-specific environmental data which would be necessary to evaluate the specific proposal when its details were known. The report also contained a description of what its authors expected the environmental evaluation process to be:

Public Works Canada will screen the design proposals for their environmental acceptability and compliance with the environmental requirements. In order to pass to the next stage of the proposal call, the costing stage, the developers must substantiate their approach and commitment to safe environmental management. . . .

After submission of the costed proposals, Public Works Canada will select the successful developer. At that time, this developer will submit the design and associated information for public review. Simultaneously, the developer, assisted by Public Works Canada, will prepare and submit the Specific IEE and design and construction guidelines. This will give the public time to learn about the selected design at the earliest time possible and to study it prior to receiving the Specific IEE. It is planned that public information sessions will be held during that period in October 1988. By doing this, the selected developer will be able to incorporate public comments into the Specific IEE in December. [Underlining added.]

The concluding paragraph of the report states:

#### Specific IEE

The successful developer will be required to prepare and submit the Specific IEE for regulatory and public review. . . . There will . . . be a much greater level of detail in the descriptions of such aspects as monitoring, protection planning, compensation, and contingency planning. In the design proposals, the developers must describe how they will proceed to complete the Specific IEE. Critical to the submission of the Specific IEE will be the public information and consultation process. . . .

The Specific IEE will thus eliminate many of the uncertainties inherent in this Generic IEE and it will be a comprehensive document which goes beyond where the traditional IEE ends. The Specific IEE will have benefitted from the receipt of data not available for the Generic IEE (geochemical, ice, and some fisheries studies), from the extensive agency review and public participation in the draft Generic IEE, and from the final Generic IEE which has responded to those reviews and which has identified further information requirements necessary to strengthen the basis of its conclusions. The process leading to the production of the Specific IEE including the review process should insure the document is comprehensive and addresses all concerns. [Underlining added.]

On March 28, 1988 the Minister of Public Works issued a proposal call to seven developers who had

propres au site qui seraient nécessaires à l'évaluation de la proposition précise quand ses détails seraient connus. Les auteurs du rapport y décrivaient aussi le processus d'évaluation en matière d'environnement tel qu'ils l'envisageaient:

[TRADUCTION] Travaux publics Canada examinera les propositions de projet pour s'assurer qu'elles sont acceptables du point de vue de l'environnement et qu'elles sont conformes aux exigences environnementales. Afin de voir leur proposition passer à l'étape suivante, soit l'établissement des prix, les entrepreneurs doivent faire état de leur méthode et démontrer leur engagement à l'égard d'une gestion sûre de l'environnement. . . .

Après qu'auront été présentés les propositions et leurs coûts, Travaux publics Canada choisira l'entrepreneur. À ce moment-là, cet entrepreneur soumettra le projet et les renseignements connexes à l'examen du public. En même temps, l'entrepreneur, avec l'aide de Travaux publics Canada, préparera et soumettra l'EEIS et des directives relatives à la conception et à la construction. Cela donnera au public la possibilité de prendre connaissance de la conception retenue le plus tôt possible et de l'étudier avant de recevoir l'EEIS. On prévoit que des séances d'information publiques auront lieu durant cette période en octobre 1988. De cette façon, l'entrepreneur retenu sera à même d'incorporer les observations du public dans l'EEIS en décembre. [Non souligné dans le texte original.]

Le dernier paragraphe du rapport dit ceci:

#### [TRADUCTION] L'EEI spécifique

L'entrepreneur retenu sera tenu de préparer et de soumettre l'EEIS à l'examen du public et des organismes de réglementation. . . . Les descriptifs d'aspects tels que la surveillance, la planification de la protection, la planification de l'indemnisation et le plan d'intervention, seront beaucoup plus détaillées. Dans les propositions de projet, les entrepreneurs doivent décrire la manière dont ils réaliseront l'EEIS. Constitueront des éléments critiques de la présentation de l'EEIS les processus d'information et de consultation publics. . . .

L'EEI spécifique éliminera donc nombre des incertitudes inhérentes de la présente EEIG et elle sera un document complet qui va au delà de l'EEI typique. On disposera pour effectuer l'EEI spécifique de données non disponibles au moment de l'EEIG (études géochimiques, études relatives à la glace et aux pêcheries), des résultats de l'examen poussé par des organismes de réglementation et de l'apport du public au projet d'EEI générique, ainsi que de l'EEIG finale qui aura répondu à ces examens et qui aura cerné d'autres exigences au chapitre des renseignements nécessaires pour renforcer ses conclusions. Le processus menant à la production de l'EEI spécifique, y compris le processus d'examen, devrait garantir l'exhaustivité du document et tenir compte de toutes les préoccupations. [Non souligné dans le texte original.]

Le 28 mars 1988, le ministre des Travaux publics a lancé un appel de propositions auprès de sept promo-



previously been identified through a screening process which had followed a call for expressions of interest. The seven in question had been determined to be capable of constructing a fixed crossing. The proposal call document, which called for concept designs, is dated March 15, 1988 and it will be referred to by that date.

The proposal call contained detailed requirements respecting the environmental considerations which would have to be addressed in accordance with the factors identified by the GIEE. The description of the environmental requirements set out in the proposal call indicated that many of the project assumptions which were made in developing the GIEE might or might not be valid for a specific developer. The proposal call also indicated that the list of concerns identified by the GIEE were not necessarily exhaustive. It was clearly contemplated that a design specific environmental evaluation would eventually be undertaken. It was also envisaged that the successful developer would be required to prepare an environmental management plan in connection with the project.

The responses to the proposal call which were received related to seven different proposals, one for a tunnel and six for a bridge. The response submitted by SCI contemplated that an environmental evaluation of the final detailed design, once it was prepared, would take place.

It is necessary to describe the activity which was undertaken by government officials during much of this same period of time. An interprovincial-interdepartmental committee of officials was struck early in the process (January or February, 1987) to review, monitor and assess the environmental aspects of a fixed crossing. This was initially called the Environmental Sub-Committee of the Technical Working Group, then the Environmental Evaluation Working Group and later the Environmental Committee (Environmental Committee). It was comprised of representatives from the federal departments of Public Works, Environment, Fisheries and Oceans, and Transport (Canadian Coast Guard), as well as representatives from the departments of Environment of New Brunswick, Nova Scotia and Prince Edward Island.

teurs qui avaient été présélectionnés au moyen d'un appel de déclarations d'intérêt. Les sept en question avaient été jugés capables de construire un pont. Le document de l'appel de propositions, qui sollicitait des soumissions relatives au concept du pont, est daté du 15 mars 1988 et c'est cette date que nous utiliserons pour nous y référer.

L'appel de propositions contenait des exigences détaillées, relatives aux préoccupations en matière d'environnement auxquelles il faudrait répondre, en fonction des facteurs indiqués dans l'EEIG. La description des exigences environnementales énoncées dans l'appel de propositions permettait de croire que nombre des suppositions relatives au projet sur lesquelles reposait l'EEIG pourraient ou non être valables dans le cas d'un promoteur déterminé. L'appel de propositions indiquait en outre que la liste des préoccupations définies par l'EEIG n'était pas nécessairement exhaustive. On envisageait à l'évidence qu'on finirait par faire une évaluation environnementale portant sur le projet retenu. On envisageait de plus que le promoteur choisi serait tenu de préparer un plan de gestion de l'environnement à l'égard du projet.

Les réponses à l'appel de propositions qui ont été reçues consistaient dans sept propositions distinctes, l'une concernant un tunnel et les six autres, un pont. La réponse de SCI prévoyait qu'une fois les plans détaillés dressés, ils feraient l'objet d'une évaluation environnementale.

Il est nécessaire de relater les actions des fonctionnaires pendant la même période. Un comité interprovincial-interministériel a été désigné au début du processus (janvier ou février 1987); il était chargé d'étudier, de surveiller et d'évaluer les aspects environnementaux d'un projet de raccordement. Il a d'abord été appelé le sous-comité de l'environnement du groupe de travail technique, puis le groupe de travail de l'évaluation environnementale et enfin, le comité de l'environnement (comité de l'environnement). Il était formé de représentants des ministères fédéraux des Travaux publics, de l'Environnement, des Pêches et Océans et des Transports (Garde côtière canadienne), ainsi que de représentants des ministères de l'Environnement du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse et de l'Île-du-Prince-Édouard. Un

Another committee was struck to review socio-economic concerns. This was initially called the Regional Industrial Benefits Committee and later just the Socio-Economic Committee. The Environmental Committee and the Socio-Economic Committee were sub-committees of a larger umbrella group, the Project Planning Committee. The conclusions of this Committee were reported to the Minister of Public Works through a project team which had been formed in the Department of Public Works. This team reported through the relevant Assistant Deputy Minister to the Deputy Minister and thus to the Minister of Public Works.

In the spring of 1988 the Environmental Committee assessed the seven proposals which were received in response to the proposal call of March 15, 1988. This was done by reference to the environmental factors identified in the GIEE report. I should note that while the proposal which was filed by SCI in response to the March 15 proposal call was a conceptual design, it contained a certain amount of detail both with respect to the proposed design of the bridge and with respect to environmental considerations. As has been noted, that response also contemplated that an environmental evaluation would be prepared of the final design when it was available. For example, in the response by SCI, of August 19, 1988, to queries from the Environmental Committee the following was said:

Because of the environmentally sensitive nature of the Cape Tormentine area, public access was not provided in our original design. Such access will, however, be facilitated by the addition of suitable vehicle pullouts. The nature and extent of access provided will have to be decided on the basis of a very detailed assessment of the potential impact of public access during the preparation of the specific IEE.

It is the intention of SCI on the above land component of the bridge to control drainage in a manner which prevents uncontrolled release of run-off and leaked hazardous material. A drainage control management program will be developed, incorporating settling basins and/or containment ponds. These concepts will be developed during preparation of the specific IEE.

It was specifically stated in the Eastern Designers and Company report that littoral sediment transport will probably not be affected by the bridge. However that statement was tempered by several provisos. These include the final pier spacing and clearance between berms, and the necessity for more detailed

autre comité a été chargé d'étudier les questions socio-économiques. Il a été appelé d'abord le comité des retombées industrielles régionales, puis le comité socio-économique. Le comité de l'environnement et le comité socio-économique étaient des sous-comités d'un groupe plus large, le comité de gestion du projet. Les conclusions de ce comité étaient communiquées au ministre des Travaux publics par l'entremise d'une équipe de projet qui avait été formée au ministère des Travaux publics. Par l'intermédiaire du sous-ministre adjoint compétent, cette équipe rendait compte au sous-ministre et ainsi au ministre des Travaux publics.

Au printemps de 1988, le comité de l'environnement a étudié les sept propositions qui avaient été reçues en réponse à l'appel de propositions du 15 mars 1988. Cette étude a porté sur les facteurs environnementaux indiqués dans le rapport EEIG. Il convient de remarquer que, bien que la proposition présentée par SCI en réponse à l'appel de propositions du 15 mars ait eu pour objet un concept, elle contenait un certain nombre de détails quant au projet définitif de pont et quant aux aspects environnementaux. Je le répète, cette réponse prévoyait en outre une évaluation environnementale une fois les plans détaillés terminés. Par exemple, dans la réponse de SCI, en date du 19 août 1988, à la demande de renseignements faite par le comité de l'environnement, on peut lire ceci:

[TRADUCTION] À cause de la vulnérabilité du point de vue environnemental de la région de Cape Tormentine, l'accès du public n'a pas été prévu dans notre plan initial. Cet accès sera toutefois facilité par l'ajout d'aires de stationnement suffisantes. La nature et l'étendue de l'accès devront être arrêtées, durant la préparation de l'EEIS, en fonction d'une estimation très détaillée des répercussions possibles de l'accès du public.

Au sujet de cet élément terrestre du pont, SCI a l'intention de régulariser le drainage de manière à empêcher l'évacuation incontrôlée des eaux de ruissellement et des substances dangereuses déversées. Un programme de gestion de la régulation du drainage sera établi, comprenant des cuves de sédimentation et/ou des étangs de rétention. Ces concepts seront élaborés durant la préparation de l'EBI spécifique.

Le rapport d'Eastern Designers and Company dit explicitement que le transport de sédiments côtiers ne sera probablement pas modifié par le pont. Toutefois, cette affirmation a été assortie de plusieurs réserves. Parmi celles-ci, notons l'espacement définitif des piles et le dégagement entre les talus, ainsi que la

bathymetry and sediment characteristics in the nearshore. . . The Eastern Designers and Company study suggests and SCI agrees that physical model studies are required to establish/verify the correct spacings. It is proposed that a study of these possible problems, to confirm that littoral sediment transport will not be affected, be conducted as part of the specific IEE. . . .

On September 30, 1988 it was announced that three of the seven developers had been chosen to compete further (on pricing) for the project. The three proposals were all for a bridge. The background material to the Minister's press communique indicates that after selection of the winning design a specific environmental evaluation of that design would take place.

On January 12, 1989 it was announced that instead of proceeding to a specific environmental evaluation, as had originally been planned, the Minister of Public Works would ask the Minister of Environment to refer the fixed crossing project to an Environmental Assessment Panel pursuant to the Guidelines Order. The Minister stated that this was being done because of the high public concern respecting the potential environmental effects of any such crossing. I should note that the GIEE had indicated that the environmental risks associated with a tunnel were less than those associated with a bridge. Section 13 of the Guidelines Order provides:

13. Notwithstanding the determination concerning a proposal made pursuant to section 12, if public concern about the proposal is such that a public review is desirable, the initiating department shall refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

On April 28, 1989 a Panel was appointed and asked to undertake a review of the potential environmental impacts resulting from the construction of a fixed crossing between Cape Tormentine and Borden. The Panel was given authority to examine the beneficial and harmful effects of a bridge as well as the "effects of other conceptual solutions, including a road tunnel, and the reasons why such conceptual solutions were rejected". The Panel was provided, by the Department of Public Works, with a document, prepared by consultants, entitled Bridge Concept Assessment. The Bridge Concept Assessment docu-

nécessité de sondages bathymétriques plus détaillés et d'études sur les caractéristiques des sédiments près du rivage. . . D'après l'étude d'Eastern Designers and Company, à laquelle souscrit SCI, des études de modélisation physiques doivent être faites pour établir/vérifier les espacements convenables. Pour confirmer que le transport des sédiments côtiers ne sera pas modifié, on propose d'étudier ces problèmes possibles dans le cadre de l'EEI spécifique. . . .

Le 30 septembre 1988, on a annoncé que trois des sept promoteurs avaient été retenus en vue d'un concours relatif à l'établissement des prix. Les trois propositions concernaient un pont. La documentation fournie avec le communiqué de presse du ministre indique qu'après la sélection d'un projet, une évaluation environnementale spécifique de ce projet serait effectuée.

Le 12 janvier 1989, on a annoncé qu'au lieu de faire une évaluation environnementale spécifique, selon ce qui avait d'abord été prévu, le ministre des Travaux publics demanderait au ministre de l'Environnement de soumettre le projet de pont à une commission d'évaluation environnementale conformément au Décret sur les lignes directrices. Le ministre a dit qu'on procédait ainsi en raison des grandes inquiétudes dans le public au sujet des effets qu'un raccordement pourrait avoir sur l'environnement. Il convient de noter que l'EEIG a indiqué qu'un tunnel risquait moins d'entraîner des effets sur l'environnement qu'un pont. L'article 13 du Décret sur les lignes directrices est ainsi conçu:

13. Nonobstant la détermination des effets d'une proposition, faite conformément à l'article 12, le ministère responsable soumet la proposition au Ministre en vue de la tenue d'un examen public par une commission, chaque fois que les préoccupations du public au sujet de la proposition rendent un tel examen souhaitable.

Le 28 avril 1989, une commission a été nommée et chargée d'entreprendre l'examen des répercussions que pourrait avoir sur l'environnement la construction d'un pont entre Cape Tormentine et Borden. La Commission a été investie du pouvoir d'étudier les avantages et les effets néfastes d'un pont, ainsi que les «impacts [TRADUCTION] d'autres solutions de raccordement, notamment au tunnel routier, et les motifs pour lesquels ces solutions avaient été rejetées». Le ministère des Travaux publics a fourni à la Commission un document, rédigé par des consultants, intitulé «Évaluation d'un projet de construction d'un pont».

ment regurgitated much of the descriptive material which was in the GIEE and referred to the proposal call of March 15, 1988.

The Department of Public Works took the position that specific information with respect to the three proposals which at that time was in the hands of Public Works could not be provided to the Panel because that information was confidential: the three developers were still in competition with each other. The Panel was given material which had been obtained since the completion of the GIEE and was told that the project which was eventually chosen would have to meet the environmental concerns set out in the GIEE and the proposal call.

Under the heading "Project Description" in the Bridge Concept Assessment document the following is found:

The "project description" provided below is expressed in terms of the project's requirements. These requirements were articulated in the Proposal Call document, issued on 15 March, 1988, and the subsequent addenda, Nos. 1-6, to which developers responded and against which proposals were evaluated. The development of the requirements, over the period 1986-1988, involved considerable input from a wide range of sources, including:

- . extensive consultation with the public, and federal and provincial departments and agencies;
- . the application of the EARP, particularly in addressing reviewers' comments on the draft GIEE;
- . close adherence to the operating standards of Transport Canada, PWC and the corresponding provincial agencies;
- . the experience of the industry obtained through the consultative process with the private sector and the combined experience of the Delcan-Stone & Webster Joint Venture team; and,
- . a review of other similar operating facilities.

The completion of the GIEE and the Proposal Call documents marked a major achievement in that, with these two documents an extensive public and private sector consultation concerning project viability and standards had been successfully completed. What emerged were two documents, with broad general approval, defining the acceptable limits of any fixed crossing proposal.

In essence the tools needed for the next phase of the process were now ready to be used.

In the following sections, the "generic" bridge project is defined in terms of the requirements of the Proposal Call and the GIEE which the selected developer will be required to follow.

Ce document reprenait pour l'essentiel les descriptions que l'on trouvait dans l'EEIG et renvoyait à l'appel de propositions du 15 mars 1988.

Le ministère des Travaux publics a affirmé que les détails des trois propositions dont disposait alors le Ministère ne pouvaient être communiqués à la Commission parce qu'ils étaient confidentiels: les trois promoteurs étaient des concurrents. La Commission s'est fait remettre des documents qui avaient été obtenus depuis le dépôt de l'EEIG et s'est fait dire que le projet qui serait choisi devrait satisfaire aux exigences en matière d'environnement énoncées dans l'EEIG et dans l'appel de propositions.

Sous la rubrique «Description du projet», dans l'Évaluation d'un projet de construction d'un pont, on peut lire ceci:

La «description de projet» ci-après est présentée en fonction des exigences du projet. Ces exigences ont été énoncées dans le document de l'appel de propositions, émis le 15 mars 1988, et dans les six annexes subséquentes auxquelles les promoteurs ont répondu et à l'égard desquelles l'évaluation des propositions a été effectuée. L'élaboration des exigences faite entre 1986 et 1988 a nécessité une contribution énorme d'un vaste éventail de sources, notamment:

- . une consultation poussée auprès des ministères et organismes fédéraux et provinciaux et du grand public;
- . l'application du PÉEE, en particulier pour aborder les observations des évaluateurs au sujet de l'ÉEIG provisoire;
- . une conformité rigoureuse aux normes de fonctionnement de Transports Canada, de TPC et des organismes provinciaux correspondants;
- . l'expérience de l'industrie obtenue par voie de consultation auprès du secteur privé et l'expérience mixte de la coentreprise formée de Delcan-Stone & Webster; et
- . un examen d'autres installations exploitées par TPC.

La mise au point de l'ÉEIG et de l'appel de propositions a marqué une étape importante puisqu'elle mettait fin avec succès à une consultation poussée auprès des secteurs public et privé au sujet des normes et de la viabilité du projet. De ce processus ont découlé deux documents largement acceptés qui définissaient les limites acceptables de toute proposition de construction d'un raccordement permanent.

Essentiellement, les outils nécessaires à l'étape suivante du processus pouvaient maintenant être utilisés.

Dans les sections qui suivent, on décrit le projet «générique» de pont en fonction des exigences de l'appel de propositions et de l'ÉEIG.

The final specific design will be reassessed by the developer against these requirements and any new ones that may emerge as a result of panel recommendations and other unanticipated "real" project activities. From these the developer will be required to detail the project-specific Environmental Management Plan which must receive final approval before the project proceeds.

The text will reflect the careful planning undertaken to assure technical reliance and environmental sensitivity during all stages of the work.

On August 16, 1989 the Panel wrote to Public Works complaining that the information which had been provided to it was not sufficient to allow for an informed decision:

Having examined the BCA documents ourselves and having considered carefully the opinions of our technical experts, of interested departments of government and of the public, the Panel has concluded that the information submitted to date is not sufficient to support thorough, meaningful discussion of all pertinent issues identified either in the Panel's terms of reference or by participants in the review.

The Panel's conclusions follow serious consideration of the nature of this review as well as of existing documentation. The Northumberland Strait Crossing public review takes place uncharacteristically in the middle of a process which precludes the Panel gaining access to more site-specific information. The Generic Initial Environmental Evaluation referred to a specific initial environmental evaluation process as the means by which project-specific issues would be addressed. That process will not now take place. Also, the "Environmental Management Plans", and the "Environmental Protection Plans" included in the project proposals are not in the public domain and are therefore unavailable to the Panel. In the absence of that information, the Panel concluded that some of the work that would otherwise have fallen to the Specific IEE now rests in the domain of the Panel.

The Panel believes that it must have further information on certain subjects in order to reach conclusions on the following matters:

- (1) Where potential environmental impacts of the proposed fixed crossing have been identified, mitigative measures have been proposed, and residual (i.e., unmitigable) impacts have been described: is the situation acceptable, from the point of view of the mandate of the Panel?
- (2) Where it is impossible to obtain, within a reasonable period of time, sufficient additional information to enable qualified persons to predict the nature of any impacts of the proposed fixed crossing on a particular part of the

Le promoteur réévaluera le projet final en fonction de ces exigences et de toute autre qui pourra découler des recommandations de la commission et d'autres activités «réelles» non prévues au projet. À partir de cela, le promoteur devra dresser en détail le plan de gestion de l'environnement relatif au projet, qui devra recevoir l'approbation finale avant que le projet démarre.

Le texte reflétera la planification méticuleuse qui a été effectuée afin de respecter les aspects techniques et la sensibilité de l'environnement pendant toutes les étapes des travaux.

Le 16 août 1989, la Commission a écrit au ministre des Travaux publics pour se plaindre que les renseignements fournis n'étaient pas suffisants pour prendre une décision éclairée:

[TRADUCTION] Après avoir analysé nous-mêmes les documents relatifs à l'ÉPCP et après avoir examiné soigneusement les opinions de nos experts en techniques, des ministères intéressés et du public, nous avons conclu que les renseignements fournis à ce jour sont insuffisants pour permettre un examen approfondi, utile, de toutes les questions pertinentes énoncées dans le mandat de la Commission ou soulevées par les participants à l'évaluation.

La Commission en est arrivée à ses conclusions après avoir étudié sérieusement la nature de l'évaluation ainsi que la documentation existante. L'examen public du raccordement dans le détroit de Northumberland a lieu, ce qui n'est pas typique, au milieu d'un processus; la Commission est ainsi empêchée d'avoir accès à d'autres renseignements propres à l'emplacement. L'Évaluation environnementale initiale générique disait qu'une évaluation environnementale initiale spécifique permettrait d'examiner les questions touchant le projet particulier. Ce processus a maintenant été abandonné. En outre, les «Plans de gestion de l'environnement» et les «Plans de protection de l'environnement» inclus dans les propositions de projet ne sont pas dans le domaine public et la Commission ne pourra donc pas les consulter. En l'absence de cette information, la Commission a conclu qu'il lui appartient maintenant de faire certains des travaux qui auraient autrement relevé d'une EEI spécifique.

La Commission estime qu'elle doit disposer d'autres renseignements sur certains sujets pour pouvoir tirer des conclusions sur les points suivants:

- (1) Quand des incidences environnementales possibles du projet de raccordement fixe ont été déterminées, que des mesures d'atténuation ont été proposées et qu'un impact résiduel (c'-à-d. qui ne peut pas être atténué) a été décrit: est-ce une situation acceptable, étant donné le mandat de la Commission?
- (2) Quand il est impossible d'obtenir, dans un délai raisonnable, des renseignements supplémentaires suffisants pour permettre à des personnes compétentes de prédire la nature de toutes les incidences du projet de raccordement fixe sur

environment: is the uncertainty of that situation acceptable, from the point of view of the mandate of the Panel?

I wish to advise you that the Panel has also examined the reasons, as stated by your Department, for having eliminated from further consideration the option of a tunnel (either a rail tunnel or a road tunnel) as a fixed crossing. The Panel has concluded that it is not prepared to accept those reasons as a final statement on that subject at this time, and has therefore decided to retain the tunnel option as an item for further consideration and possible discussion during the remainder of this public review. [Underlining added.]

Nine pages of questions followed. The Department of Public Works responded to many of the questions but still refused to provide specific information concerning the three concept designs under consideration.

The Panel's report was made public on August 15, 1990. The Panel agreed that there was a need for an improved transportation link between Prince Edward Island and New Brunswick but concluded that the risk of harmful environmental effects arising from the proposed bridge concept were unacceptable. The Panel recommended that the bridge project not proceed. It noted however that, subject to a favourable independent environmental review, a tunnel concept might be an acceptable transportation link, as could an improved ferry service. A summary of the negative aspects of the project as found by the Panel reads:

The Panel, . . . has . . . identified several potentially harmful effects which, taken together, are cause for serious concern. One of these is the possible delay in ice-out due to the proposed bridge. The Panel believes that the scenario of a one- to two-week ice-out delay carries an unacceptable risk of occurrence. Such a delay could cause physical interference with important fisheries and alter the coastal micro-climate upon which local agriculture depends.

With regard to the marine ecosystem of the Northumberland Strait, the Panel concludes that scouring from bridge-induced nearshore ice causes a risk of increased damage to spawning grounds. The Panel also concludes that an unacceptable risk of loss of lobster production could result from the lowering of water temperatures by bridge-induced ice-out delay. Other concerns include effects of bridge construction on fish migratory patterns and effects of a major accidental spill of hazardous materials during bridge construction and operation.

Regarding the effects on more than 600 Marine Atlantic ferry workers who would become unemployed once the proposal

une partie de l'environnement: l'incertitude de cette situation est-elle acceptable, étant donné le mandat de la Commission?

Je tiens à vous informer que la Commission a également examiné les motifs, donnés par votre Ministère, pour ne pas poursuivre l'étude de la solution de raccordement par un tunnel (soit un tunnel ferroviaire ou un tunnel routier). La Commission a conclu qu'elle n'était pas disposée à tenir ces motifs pour une position définitive à ce sujet à ce moment-ci et a donc décidé de considérer la solution du tunnel comme un point devant être examiné à nouveau et pouvant être discuté durant le reste du présent examen public. [Non souligné dans le texte original.]

Suivaient neuf pages de questions. Le ministère des Travaux publics a répondu à plusieurs des questions, mais a refusé encore de fournir des renseignements précis concernant les trois concepts à l'étude.

Le rapport de la Commission a été rendu public le 15 août 1990. Elle a convenu de la nécessité d'améliorer le service de transport entre l'Île-du-Prince-Édouard et le Nouveau-Brunswick, mais a conclu que le risque d'impacts néfastes sur l'environnement du pont envisagé était inacceptable. La Commission a recommandé que le projet de pont soit abandonné. Elle a cependant fait observer que, sous réserve d'un examen favorable de son évaluation environnementale, un tunnel pourrait être acceptable comme moyen d'assurer la liaison et qu'un service de traversiers amélioré le pourrait lui aussi. La Commission présente un résumé de ce qu'elle tient pour des aspects négatifs du projet:

. . . la Commission a aussi cerné plusieurs impacts éventuellement défavorables, qui, réunis, sont vraiment inquiétants. Par exemple, la débâcle pourrait être retardée par suite de la construction d'un pont. La Commission est d'avis que le risque que la débâcle soit retardée d'une ou deux semaines est beaucoup trop grand. Un retard pareil pourrait perturber gravement d'importantes activités halieutiques et modifier le microclimat côtier dont l'agriculture locale est tributaire.

En outre, l'écosystème marin du détroit de Northumberland est menacé par la construction d'un pont, qui stimulerait la formation de glace près du rivage, laquelle raclerait le fond et risquerait de perturber davantage encore les frayères. La Commission juge en outre inacceptable le risque de baisse de la production de homards qui pourrait résulter de l'abaissement de température de l'eau si la débâcle devait être retardée par un pont. De plus, la construction d'un pont perturberait les routes de migration des poissons, et un déversement majeur de substances dangereuses pendant la construction (ou l'exploitation éventuelle) d'un pont serait désastreuse.

La Commission a conclu qu'il est peu vraisemblable qu'on trouve des solutions socialement acceptables pour dédomma-

became operational, the Panel concludes that socially acceptable solutions would not likely be found for many of those workers.

With respect to the process which had been followed, the Panel wrote:

In its examination of the Northumberland Strait Crossing Project, PWC, as the federal decision-making authority, chose to refer its project for public review after four of seven crossing proposals had been rejected, including the only tunnel proposal. The referral also came before a choice was made from the three remaining proposals.

The Panel believes that the project could have been referred for public review at two other stages in the evolution of the project. A referral could have been made at the time of the Generic Initial Environmental Evaluation, before the call for proposals, when both bridge and tunnel alternatives were open for full examination. PWC could also have referred a specific project for review after selecting one of the three remaining proposals. This would have had the advantage of more specific project information. It would also have had the disadvantage of less flexibility in incorporating recommendations of a panel into the project's final design.

The Panel considers it regrettable that the timing of the referral created a situation in which the Panel could neither examine all alternatives equally, nor review potentially valuable information contained in a specific developer's proposal, including an environmental management plan.

The Panel believes that for a project of this magnitude and complexity, there should be a two-stage panel review—one at the conceptual stage and one at the specific proposal stage. [Underlining added.]

On November 21, 1990 the government issued a public response to the Panel's recommendations, as it is required to do pursuant to paragraphs 33(1)(c), (d) and (e) of the Guidelines Order:

33. (1) It is the responsibility of the initiating department in a public review [conducted by a Panel] to

(c) ... decide, in cooperation with any other department, agency or board of the Government of Canada to whom the recommendations of a Panel are directed, the extent to which the recommendations should become a requirement of the Government of Canada prior to authorizing the commencement of a proposal;

(d) ... ensure, in cooperation with other bodies concerned with the proposal, that any decisions made by the appropriate Ministers as a result of the conclusions and recommendations reached by a Panel from the public review of a proposal are incorporated into the design, construction and

ger une grande partie des employés des traversiers de Marine Atlantic, qui sont plus de 600 et qui se retrouveraient en chômage une fois le pont ouvert.

Quant au processus qui a été suivi, la Commission dit:

TPC, qui est l'organisme fédéral décisionnel dans le cas du Projet de raccordement dans le détroit de Northumberland, a choisi de soumettre la question à un examen public après avoir rejeté quatre des sept propositions reçues, y compris la seule en vue de la construction d'un tunnel. Le renvoi à l'examen a aussi précédé le choix de l'une des trois propositions restantes.

La Commission est d'avis que le projet aurait pu être soumis à un examen public à deux autres étapes de son évolution. Il aurait pu l'être au moment de l'Évaluation environnementale générique initiale, c'est-à-dire avant la demande de propositions, quand toutes les possibilités de construction d'un pont et d'un tunnel auraient pu faire l'objet d'un examen approfondi. TPC aurait aussi pu soumettre un projet précis à l'examen après avoir choisi l'une des trois propositions restantes, ce qui aurait eu l'avantage de lui faire fournir une information plus précise, mais lui aurait laissé moins de latitude pour incorporer les recommandations d'une commission d'évaluation dans la conception finale du projet.

La Commission juge regrettable que la façon dont elle a été saisie de la question l'ait empêchée d'examiner toutes les solutions de façon également approfondie et d'étudier des renseignements—peut-être très valables—contenus dans les propositions des promoteurs y compris un plan de gestion de l'environnement.

La Commission est d'avis que l'évaluation environnementale d'un projet aussi vaste et aussi complexe que celui-ci devrait être soumise deux fois à une commission; la première au stade conceptuel et la seconde après qu'une proposition aurait été retenue. [Non souligné dans le texte original.]

Le 21 novembre 1990, le gouvernement a publié une réponse publique aux recommandations de la Commission, conformément aux prescriptions des alinéas 33(1)c), d) et e) du Décret sur les lignes directrices:

33. (1) Lors d'un examen public [réalisé par une commission], il incombe au ministère responsable:

c) ... de décider, en collaboration avec d'autres ministères, commissions ou organismes fédéraux visés par les recommandations de la commission, de la mesure dans laquelle ces recommandations devraient devenir des exigences fédérales avant d'autoriser la mise en œuvre d'une proposition;

d) ... s'assurer, en collaboration avec d'autres organismes responsables, que les décisions prises par les ministres responsables à la lumière des conclusions et des recommandations qu'a formulées une commission à la suite de l'examen public d'une proposition, sont prises en considération dans

operation of that proposal and that suitable implementation, inspection and environmental monitoring programs are established; . . .

(e) . . . determine in what manner the decisions made under paragraph (c) and those referred to in paragraph (d) are to be made public. [Underlining added.]

The response noted that the Panel had studied a generic bridge concept and not the specific proposals which had been submitted to the Department of Public Works by the developers. It noted that some of the Panel's concerns, therefore, did not apply to the specific proposals which were being considered by Public Works. It stated that those proposals already met or exceeded the environmental standards which had been recommended. The government emphasized that the eventually successful developer would have to prepare a comprehensive environmental management plan with respect to the final proposal before that proposal would proceed. A commitment was given that the developer would be required to obtain the approval of the relevant federal and provincial authorities for this plan and consult with the public in its preparation. The government stated that it did not accept the Panel's recommendation that the bridge project should not proceed but that the issue of ice-out delay, which the Panel had identified as a significant concern, would be studied further. Some explanation was given as to why the government had decided not to accept or act upon the Panel's other recommendations.

A group of independent experts (the Ice Committee) was asked to assess the validity of the modelling which had been done with respect to forecasting ice-out delay and to review the three bridge proposals which were then in the hands of Public Works. The Ice Committee concluded that all three proposals met the two-day ice-out delay over one hundred years criterion which had been stated by the Panel to be acceptable. The Ice Committee's final report was submitted on December 20, 1991. It was made available to the public on January 30, 1992.

On December 20, 1991 the Environmental Committee also reported to Public Works. It had reviewed, again, each of the three concept proposals which were being considered to ensure that they

la conception, la réalisation et l'exploitation de cette proposition et que des programmes appropriés de mise en œuvre, d'inspection et de surveillance environnementale sont établis; . . .

(e) . . . déterminer de quelle façon seront rendues publiques les décisions prises en vertu de l'alinéa c) et celles visées à l'alinéa d). [Non souligné dans le texte original.]

On lit dans cette réponse que la Commission a étudié un concept général de pont et non les propositions précises qui avaient été soumises au ministère des Travaux publics par les promoteurs. On y fait remarquer que certaines des préoccupations de la Commission ne s'appliquaient donc pas aux propositions précises qu'examinait le ministère des Travaux publics. On y dit que ces propositions étaient déjà conformes, voire supérieures, aux normes recommandées en matière d'environnement. Le gouvernement souligne que le promoteur qui sera choisi devra dresser un plan détaillé de gestion de l'environnement, relativement au projet définitif, avant que celui-ci ne soit mis en branle. Suivant l'engagement pris, le promoteur doit faire approuver ce plan par les autorités fédérales et provinciales compétentes et consulter le public au cours de sa préparation. Le gouvernement dit ne pas accepter la recommandation de la Commission que le projet soit abandonné, mais affirme que de nouvelles études seront faites au sujet du risque que la débâcle soit retardée, risque que la Commission a jugé important. La réponse comporte quelques explications relatives à la décision du gouvernement de ne pas accepter les autres recommandations de la Commission ou de ne pas y donner suite.

Un groupe d'experts indépendants (le comité de la glace) a été chargé d'examiner la validité de la modélisation utilisée pour estimer le retard de la débâcle et d'étudier les trois projets de pont soumis au ministère des Travaux publics. Le comité de la glace a conclu que le risque associé aux trois propositions correspondait au retard de deux jours de la débâcle sur une période de 100 ans que la Commission a tenu pour acceptable. Le rapport final du comité de la glace a été remis le 20 décembre 1991. Il a été rendu public le 30 janvier 1992.

Le 20 décembre 1991, le comité de l'environnement a également présenté son rapport au ministère des Travaux publics. Il avait étudié encore une fois chacune des trois propositions relatives à un concept



complied with the environmental criteria which had been established by the GIEE and with the government's response to the Panel report. The report of the Committee was made available to the public. The report stated:

The Environmental Committee unanimously concluded that given the information to date, each of the developers has the capability to construct a bridge in such a way as to create only insignificant or mitigable impacts on the bio-physical environment.

The report also stated that the Environmental Committee intended to ensure that all environmental concerns were appropriately addressed in the successful developer's environmental management plan. The report went on to state:

All three developers were able to convince the Environmental Committee that they are capable of completing an acceptable EMP [Environmental Management Plan]. As part of the process to prepare this Plan, the developer must consult with the public and address legitimate environmental concerns raised during the consultation process. Furthermore, Financial Closing can only occur if the EMP has been reviewed by the Environmental Committee and approved by the Project Implementation Committee.

On January 30, 1992 the Minister of Public Works announced that all three proposals met the environmental criteria developed for the fixed link bridge project which had been established by the government in response to the Panel's report. He announced that they had been reviewed by an interdepartmental/intergovernmental committee of officials who also had concluded that the three proposals met those requirements. The three developers were then invited to submit price bids for their respective proposals.

On May 27, 1992, the respondent Strait Crossing Inc. (SCI) of Calgary was determined to be the developer who was seeking the lowest annual subsidy and on July 17, 1992 the Minister of Public Works announced that negotiations with SCI, as the lowest bidder, would be entered into for the purpose of settling upon a financially acceptable proposal. Financial closing is scheduled for March 31, 1993.

On December 11, 1992, Bill C-110 (the *Northumberland Strait Crossing Act*) received first reading in the House of Commons. The proposed legislation grants authority to the Minister of Public Works, on

de pont afin de s'assurer qu'elles répondaient aux critères environnementaux établis par l'EEIG et par la réponse du gouvernement au rapport de la Commission. Le rapport du comité a été rendu public. On peut y lire ceci:

Le Comité de l'environnement a conclu à l'unanimité qu'à la lumière des renseignements actuellement disponibles, chacun des promoteurs avait la capacité de construire un pont d'une manière qui n'aurait que des conséquences insignifiantes ou atténuables sur le milieu biophysique.

On y lit en outre que le comité de l'environnement a l'intention de voir à ce que le promoteur choisi inscrive dans son plan de gestion de l'environnement des mesures suffisantes au regard de toutes les préoccupations touchant l'environnement. Puis, on trouve ce passage:

Les trois promoteurs ont réussi à convaincre le comité de l'environnement qu'ils pourraient établir un PGE (plan de gestion de l'environnement) acceptable. Dans le cadre du processus visant à élaborer ce plan, les promoteurs doivent consulter la population et répondre aux préoccupations légitimes en matière de protection de l'environnement soulevées durant le processus de consultation. En outre, l'établissement des coûts définitifs ne pourra se faire que si le PGE a été examiné par le comité de l'environnement et approuvé par le comité de mise en œuvre du projet.

Le 30 janvier 1992, le ministre des Travaux publics a annoncé que les trois propositions étaient conformes aux critères environnementaux établis à l'égard du projet de raccordement par le gouvernement en réponse au rapport de la Commission. Il a annoncé qu'un comité de fonctionnaires interministériel/intergouvernemental avait étudié les propositions et conclu que toutes trois satisfaisaient à ces exigences. Les trois promoteurs ont été invités à soumettre des devis estimatifs.

Le 27 mai 1992, on a déterminé que l'intimée Strait Crossing Inc. (SCI) de Calgary était le promoteur qui demandait la subvention annuelle la moins élevée et, le 17 juillet 1992, le ministre des Travaux publics a annoncé que des négociations avec SCI, moins-disant, seraient entamées en vue de la fixation de conditions financières acceptables. La signature de l'accord à ce sujet est fixée au 31 mars 1993.

Le 11 décembre 1992, le projet de loi C-110 (la *Loi sur l'ouvrage de franchissement du détroit de Northumberland*) a franchi l'étape de la première lecture devant la Chambre des communes. Le projet de

behalf of Her Majesty in Right of Canada, to enter into agreements (for example with SCI) respecting the proposed fixed crossing. Relevant sections provide:

4. . . .

(2) The agreements entered into under this section may include

(a) provisions respecting the design, maintenance, financing, development, construction and operation of the crossing;

(b) undertakings in relation to industrial and employment benefits;

(c) provisions respecting the tolls, fees or other charges that may be imposed in respect of the crossing; and

(d) such other terms and conditions as the Minister considers desirable.

. . . .

7. (1) Subject to subsection (2), there shall be paid out of the Consolidated Revenue Fund, for the purpose of paying an annual subsidy in respect of the crossing in accordance with an agreement, in each of the thirty-five fiscal years beginning with the fiscal year determined for that purpose in accordance with the agreement, on the dates set out in the agreement, an amount not exceeding an aggregate sum of forty-two million in 1992 dollars, adjusted, in accordance with the agreement, using the Consumer Price Index.

. . . .

9. The Minister of Transport may, with the approval of the Governor in Council, make regulations prescribing, or prescribing the manner of calculating, the tolls, fees or other charges in respect of the use of the crossing that may be imposed on or after the lease of land and other property referred to in section 6 terminates in accordance with the terms and conditions of the lease.

On December 16, 1992, the Minister of Public Works, on behalf of the Government of Canada, entered into the Northumberland Strait Crossing Project Federal-Provincial Agreement. The Minister was exercising authority which had been granted to him by Order in Council.<sup>3</sup> The other parties to the agreement are the Government of Prince Edward Island and the Government of New Brunswick. That agreement states, in part:

6.(1) Public participation in the Federal Environmental Assessment Process (EARP) was undertaken to the satisfaction of Canada, Prince Edward Island and New Brunswick. Canada, through its Department of Fisheries and Oceans, Environment Canada and Transport Canada, in conjunction with the Provinces of New Brunswick and Prince Edward Island has deemed

<sup>3</sup> P.C. 1992-2600, December 16, 1992.

loi investit le ministre des Travaux publics du pouvoir de conclure, au nom de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, des accords (par exemple, avec SCI) relatifs au projet de raccordement. Les dispositions pertinentes sont ainsi conçues:

4. . . .

(2) Ces accords peuvent prévoir:

a) des dispositions relatives à la conception, au financement, à la construction, à l'entretien et à l'exploitation de l'ouvrage;

b) des engagements relatifs aux retombées industrielles et aux avantages pour l'emploi;

c) des dispositions relatives aux droits qui peuvent être imposés à l'égard de l'ouvrage;

d) les autres mesures que le ministre juge souhaitables.

. . . .

7. (1) Sous réserve du paragraphe (2), est prélevé sur le Trésor, pour le versement annuel d'une subvention, conformément à un accord et aux dates qui y sont fixées, pendant les trente-cinq exercices commençant avec celui déterminé par l'accord, un montant ne dépassant pas, au total, quarante-deux millions de dollars (dollars de 1992) et ajusté, conformément à l'accord, sur la base de l'indice des prix à la consommation.

. . . .

9. Le ministre des Transports peut, par règlement et avec l'agrément du gouverneur en conseil, fixer le montant ou le mode de calcul des droits qui peuvent être imposés pour l'utilisation de l'ouvrage une fois expiré ou terminé le bail des terres ou autres biens immeubles visés à l'article 6.

Le 16 décembre 1992, le ministre des Travaux publics, au nom du gouvernement du Canada, a conclu l'Entente fédérale-provinciale concernant le projet de raccordement dans le détroit de Northumberland. Le ministre exerçait le pouvoir que lui a conféré le Décret<sup>3</sup>. Les autres parties à l'entente sont les gouvernements de l'Île-du-Prince-Édouard et du Nouveau-Brunswick. Voici un extrait de cette entente:

6.(1) La participation publique au processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (PÉEE) fédéral a été entreprise à la satisfaction du Canada, de l'Île-du-Prince-Édouard et du Nouveau-Brunswick. Par l'intermédiaire des ministères des Pêches et Océans, d'Environnement Canada et de Transports Canada, le Canada a estimé, de concert avec

<sup>3</sup> C.P. 1992-2600, 16 décembre 1992.

that a fixed crossing can be constructed in an environmentally acceptable manner.

6.(2) The construction and operation of the Fixed Crossing shall comply with the environmental laws, regulations and relevant environmental codes of practice of the Provinces of New Brunswick and Prince Edward Island and the government of Canada, as well as other specific requirements identified by means of the evaluation conducted under the Federal Environmental Assessment and Review Process (EARP).

10. Prince Edward Island recognizes that Canada has the responsibility for establishment of tolls for the fixed crossing. In exercising this responsibility, Canada has determined to set tolls for the use of the fixed crossing during the term of the operation by the Developer of the fixed crossing by a toll formula as generally described in Appendix "E" hereto. Canada will consult with Prince Edward Island to ensure that such tolls are fair and reasonable.

13.(1) Nothing in this agreement limits in any way the constitutional obligations of Canada as contained in the Terms of Union admitting Prince Edward Island into Canada:

"That the Dominion government shall assume and defray all the charges for the following services, viz: efficient steam service for the conveyance of mails and passengers, to be established and maintained between the Island and the mainland of the Dominion, winter and summer, thus placing the Island in continuous communication with the intercolonial Railway and the railway system of the Dominion".

13.(2) Nothing in this agreement prejudices or limits the right of Prince Edward Island at any time to seek judicial interpretation, by way of declaration or otherwise, of the import of the Terms of Union identified in subsection 13(1) of this Agreement.

13.(3) The parties agree that the fixed crossing will replace the ferry service between Borden, Prince Edward Island, and Cape Tormentine, New Brunswick. Prince Edward Island and Canada acknowledge that Canada is undertaking this fixed crossing with the intention that its responsibilities under the Terms of Union are met. Canada nevertheless acknowledges that it is responsible for ensuring the Province of Prince Edward Island remains in continuous communication with the mainland through the operation of the fixed crossing. The parties also agree to take whatever steps are necessary to give effect to the terms of this subsection.

On December 21, 1992, SCI released a draft environmental management plan. This related not to the final plan for the bridge but to the concept submission of June 13, 1988 and August 1988 which had been filed in response to the proposal call of March 1988. The draft stated:

l'Île-du-Prince-Édouard et le Nouveau-Brunswick, qu'un pont peut être construit d'une manière acceptable du point de vue de l'environnement.

6.(2) La construction et l'exploitation du pont doivent se faire dans le respect des lois, des règlements et des codes relatifs à l'environnement de l'Île-du-Prince-Édouard, du Nouveau-Brunswick et du Canada et dans le respect de toutes autres exigences particulières identifiées au moyen d'une évaluation faite en application du processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (PÉEE).

10. L'Île-du-Prince-Édouard convient que le Canada a la responsabilité d'établir les droits de péages pour le pont. Dans l'exercice de cette responsabilité, le Canada a décidé d'établir des droits pour l'utilisation du pont tant que l'Entrepreneur en assure l'exploitation selon une formule établie de façon générale à l'annexe «E» ci-jointe. Le Canada consultera l'Île-du-Prince-Édouard afin de s'assurer que les droits sont justes et équitables.

13.(1) La présente entente ne restreint en rien les obligations constitutionnelles du Canada consignées aux Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard:

«Que le gouvernement du Canada se chargera des dépenses occasionnées par les services suivants: . . . Un service convenable de bateaux à vapeur, transportant les malles et passagers, qui sera établi et maintenu entre l'Île et les côtes du Canada, l'été et l'hiver, assurant ainsi une communication continue entre l'Île et le chemin de fer intercolonial, ainsi qu'avec le réseau de chemins de fer du Canada».

13.(2) Nulle disposition de la présente entente ne porte détriment ou atteinte au droit de l'Île-du-Prince-Édouard de demander en tout temps aux tribunaux d'interpréter, par jugement déclaratoire ou autrement, le sens des termes cités au paragraphe 13(1) de la présente entente.

13.(3) Les parties conviennent que le pont remplacera le service de traversier entre Borden, Île-du-Prince-Édouard et Cape Tormentine, Nouveau-Brunswick. L'Île-du-Prince-Édouard et le Canada conviennent que le Canada réalise ce pont dans le but de satisfaire à ses obligations conformément aux Conditions de l'adhésion. Néanmoins, le Canada reconnaît qu'il a la responsabilité d'assurer à l'Île-du-Prince-Édouard une communication constante avec le continent par l'exploitation du pont. Les parties conviennent aussi de prendre toutes les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions du présent paragraphe.

Le 21 décembre 1992, SCI a publié un plan provisoire de gestion de l'environnement. Il ne se rapportait pas au plan définitif pour le pont, mais à la proposition relative à un concept de pont du 13 juin 1988 et d'août 1988 qui avait été déposée en réponse à l'appel de propositions de mars 1988. On peut y lire ceci:

At this point in time, only a conceptual design for the bridge is being contemplated. Similarly, construction methodology has only been refined to the conceptual level. Detailed design and construction methods will proceed in earnest for project components, which will commence in the 1993 construction season.

Copies of the draft plan were distributed to public offices throughout Atlantic Canada. SCI established a toll-free number where people could call to make enquiries and request copies of the document. Copies of the plan were also forwarded to special interest groups, including the applicant. Private and public meetings to discuss the plan were held in Atlantic Canada between January 11 and 21, 1993. The Environmental Committee also reviewed the draft.

The supplementary affidavit of J. David Pirie, dated February 5, 1993, filed in support of SCI's position explains the scope of the draft environmental management plan:

The level of design detail in the draft EMP is consistent with the level of detail used in describing the relatively short list of bridge design parameters or assumptions used in the GIEE and the BCA. The level of detail in the draft EMP was appropriate to show the public how SCI's proposal compared with the generic bridge design assumptions. [Underlining added.]

SCI prepared its final environmental management plan which is not appreciably different from the draft plan in so far as the detail concerning the bridge is concerned. That plan contains nine substantive chapters. They are entitled: project description; environmental protection planning; contingency and response planning; environmental orientation and education program; reporting procedures; environmental effects monitoring (EEM); public information and consultation; compensation issues; regulatory approvals, authorizations and permits. The plan describes the bridge project to which it relates:

The following sections provide preliminary details regarding the conceptual design of the major project components, method of construction, and the scheduling and siting of project activities during the pre-construction, construction and operation phases as proposed by SCI.

[TRADUCTION] À ce moment-ci, il n'est question que de la conception générale d'un pont. De la même façon, les méthodes de construction n'ont été définies qu'au stade conceptuel. La conception détaillée et les méthodes de construction seront mises au point consciencieusement à l'égard des éléments du projet, à compter de la saison de construction de 1993.

Des exemplaires du plan provisoire ont été distribués dans des bureaux publics dans toutes les régions des provinces Atlantiques. SCI a établi un numéro sans frais pour permettre aux intéressés de demander des renseignements et des exemplaires du document. Des exemplaires ont été envoyés à des groupes d'intérêts, dont la requérante. Des assemblées privées et publiques, portant sur le plan, ont été tenues dans les provinces de l'Atlantique entre les 11 et 21 janvier 1993. Le comité de l'environnement a aussi étudié le plan provisoire.

On trouve dans l'affidavit supplémentaire de J. David Pirie, en date du 5 février 1993, déposé à l'appui de la thèse de SCI, des explications au sujet de la portée du plan provisoire de gestion de l'environnement:

[TRADUCTION] Le niveau de détail de la conception dans le plan provisoire de gestion de l'environnement est conforme au niveau de détail de la description de la liste relativement brève des paramètres ou hypothèses du concept de pont, utilisée dans l'EBIG et dans l'Évaluation d'un projet de construction d'un pont. Le niveau de détail dans le plan provisoire de gestion de l'environnement était suffisant pour permettre au public de comparer la proposition de SCI avec les hypothèses du concept générique de pont. [Non souligné dans le texte original.]

SCI a dressé son plan définitif de gestion de l'environnement; il n'est pas sensiblement différent du plan provisoire en ce qui a trait au détail du pont. Ce plan contient neuf chapitres, intitulés: description du projet; planification de la protection de l'environnement; plan d'intervention d'urgence; programme d'orientation et d'éducation environnementales; modalités des rapports; surveillance des effets sur l'environnement; information et consultation publiques; questions touchant l'indemnisation; les approbations, autorisations et permis des organismes de réglementation. Le plan décrit le projet de pont auquel il se rapporte:

[TRADUCTION] Les sections qui suivent contiennent des détails préliminaires concernant la conception générale des principaux éléments du projet, la méthode de construction et l'échéancier et l'emplacement des activités du projet durant les étapes des travaux préalables à la construction, de la construction et de l'exploitation, proposées par SCI.

The text of the environmental management plan describes its purpose:

... to outline proposed environmental management activities to be implemented through the life of the proposed project to minimize the potential effects of the project on the environment. The Environmental Management Plan is intended to be a dynamic, life-of-project document which will evolve and be updated to meet the changing needs of the project as it proceeds through the pre-construction, construction and operation phases. [Underlining added.]

This environmental management plan was submitted to the Environmental Committee on February 15, 1993 and must be approved before the financial closing on March 31, 1993 can take place.

On January 4, 1993, SCI submitted for Environmental Committee review a document called a final Environmental Component Report. The purpose of this report is to provide "an environmental review of the project components which differ substantially from or for which there were no specific details available during the federal environmental assessment of the bridge proposal". The report states that mitigation measures and monitoring programs will be provided "to assist the development of a comprehensive EMP (environmental management plan), particularly the detailed aspects of the EMP which will be developed and implemented over the life of the project." As I understand it, this document is part of the documentation required by the environmental assessment regulations of the province of New Brunswick and the province of Prince Edward Island.

The evidence indicates that it is not planned to prepare final designs for the bridge until after financial closing with the federal government is concluded. It is stated that the Ice Committee will review and approve the final design plans before construction commences. It is planned that the Environmental Committee will also be required to approve them. In addition, those plans will have to meet federal and provincial regulations such as those required by section 5 of the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22.

On trouve dans le plan de gestion de l'environnement le but que vise celui-ci:

[TRADUCTION] ... donner un aperçu des activités projetées en matière de gestion de l'environnement qui seront exercées pendant la durée du projet afin de réduire au minimum les répercussions possibles du projet sur l'environnement. Le Plan de gestion de l'environnement est de nature évolutive, conçu pour s'appliquer pendant toute la durée du projet et susceptible de mises à jour au fur et à mesure de l'évolution des besoins du projet durant les étapes des travaux préalables à la construction, de la construction et de l'exploitation. [Non souligné dans le texte original.]

Ce plan de gestion de l'environnement a été soumis au comité de l'environnement le 15 février 1993 et doit être approuvé avant que puisse être signé l'accord relatif aux conditions financières, le 31 mars 1993.

Le 4 janvier 1993, SCI a soumis à l'examen du comité de l'environnement un document appelé rapport final sur l'élément environnement. L'objet de ce rapport est de fournir [TRADUCTION] «une évaluation environnementale des éléments du projet qui diffèrent essentiellement des détails disponibles durant l'évaluation environnementale fédérale de la proposition de pont, ou à l'égard desquels aucun détail n'était fourni». Le rapport dit que des mesures d'atténuation et des programmes de surveillance seront fournis [TRADUCTION] «pour aider à l'élaboration d'un PGE (plan de gestion de l'environnement) complet, en particulier des aspects détaillés du PGE qui seront élaborés et mis en œuvre pendant la durée du projet». Si je ne m'abuse, ce document fait partie de la documentation exigée par les règlements de l'Île-du-Prince-Édouard et du Nouveau-Brunswick relatifs à l'évaluation en matière d'environnement.

Il ressort de la preuve qu'on ne projette pas de dresser les plans définitifs du pont tant qu'un accord n'aura pas été conclu avec le gouvernement fédéral au sujet du financement. On dit que le comité de la glace étudiera et approuvera les plans définitifs du pont avant le début de la construction. On prévoit qu'ils devront aussi être approuvés par le comité de l'environnement. De plus, ces plans devront respecter les règlements fédéraux et provinciaux tels que celui prévu à l'article 5 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22.

Considerations Re: Environmental Issue

It is useful to set out the relevant provisions of the Guidelines Order in a comprehensive fashion:

2. In these Guidelines,

“Environmental Impact Statement” means a documented assessment of the environmental consequences of any proposal expected to have significant environmental consequences that is prepared or procured by the proponent in accordance with guidelines established by a Panel;

“department” means, subject to sections 7 and 8,

(a) any department, board or agency of the Government of Canada, and

(b) any corporation listed in Schedule D to the *Financial Administration Act* and any regulatory body;

“initiating department” means any department that is, on behalf of the Government of Canada, the decision making authority for a proposal;

“Minister” means the Minister of the Environment;

“Office” means the Federal Environmental Assessment Review Office that is responsible directly to the Minister for the administration of the Process;

“Panel” means an Environmental Assessment Panel that conducts the public review of a proposal pursuant to section 21;

“Process” means the Environmental Assessment and Review Process administered by the Office;

“proponent” means the organization or the initiating department intending to undertake a proposal;

“proposal” includes any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility.

*Scope*

3. The Process shall be a self assessment process under which the initiating department shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals for

Facteurs à considérer relatifs à la question de l'environnement

Il est utile d'exposer au long les dispositions pertinentes du Décret sur les lignes directrices:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent aux présentes lignes directrices.

«Bureau» Le Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales chargé d'administrer le processus et relevant directement du Ministre.

«commission» Commission d'évaluation environnementale chargée, en vertu de l'article 21, de réaliser l'examen public d'une proposition.

«énoncé des incidences environnementales» Évaluation détaillée des répercussions environnementales de toute proposition dont les effets prévus sur l'environnement sont importants, qui est effectuée ou fournie par le promoteur en conformité avec les directives établies par une commission.

«ministère» S'entend:

- a) de tout ministère, commission ou organisme fédéraux, ou  
b) dans les cas indiqués, l'une des corporations de la Couronne nommées à l'annexe D de la *Loi sur l'administration financière* ou tout organisme de réglementation.

«ministère responsable» Ministère qui, au nom du gouvernement du Canada, exerce le pouvoir de décision à l'égard d'une proposition.

«Ministre» Le ministre de l'Environnement.

«processus» Le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, administré par le Bureau.

«promoteur» L'organisme ou le ministère responsable qui se propose de réaliser une proposition.

«proposition» S'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions.

*Portée*

3. Le processus est une méthode d'auto-évaluation selon laquelle le ministère responsable examine, le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables, les répercussions environnementales de

which it is the decision making authority are fully considered and where the implications are significant, refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

4. (1) An initiating department shall include in its consideration of a proposal pursuant to section 3

(a) the potential environmental effects of the proposal and the social effects directly related to those environmental effects, including any effects that are external to Canadian territory; and

(b) the concerns of the public regarding the proposal and its potential environmental effects.

(2) Subject to the approval of the Minister and the Minister of the initiating department, consideration of a proposal may include such matters as the general socio-economic effects of the proposal and the technology assessment of and need for the proposal.

5. (1) Where a proposal is subject to environmental regulation, independently of the Process, duplication in terms of public reviews is to be avoided.

(2) For the purpose of avoiding the duplication referred to in subsection (1), the initiating department shall use a public review under the Process as a planning tool at the earliest stages of development of the proposal rather than as a regulatory mechanism and make the results of the public review available for use in any regulatory deliberations respecting the proposal.

*Application*

6. These Guidelines shall apply to any proposal

(a) that is to be undertaken directly by an initiating department;

(b) that may have an environmental effect on an area of federal responsibility;

(c) for which the Government of Canada makes a financial commitment; or

(d) that is located on lands, including the offshore, that are administered by the Government of Canada.

INITIAL ASSESSMENT

*Initiating Department*

10.(1) Every initiating department shall ensure that each proposal for which it is the decision making authority shall be subject to an environmental screening or initial assessment to determine whether, and the extent to which, there may be any potentially adverse environmental effects from the proposal.

(2) Any decisions to be made as a result of the environmental screening or initial assessment referred to in subsection (1)

toutes les propositions à l'égard desquelles il exerce le pouvoir de décision.

4. (1) Lors de l'examen d'une proposition selon l'article 3, le ministère responsable étudie:

a) les effets possibles de la proposition sur l'environnement ainsi que les répercussions sociales directement liées à ces effets, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du territoire canadien; et

b) les préoccupations du public qui concernent la proposition et ses effets possibles sur l'environnement.

(2) Sous réserve de l'approbation du Ministre et du ministre chargé du ministère responsable, il doit être tenu compte lors de l'étude d'une proposition de questions telles que les effets socio-économiques de la proposition, l'évaluation de la technologie relative à la proposition et le caractère nécessaire de la proposition.

5. (1) Si, indépendamment du processus, le ministère responsable soumet une proposition à un règlement sur l'environnement, il doit veiller à ce que les examens publics ne fassent pas double emploi.

(2) Pour éviter la situation de double emploi visée au paragraphe (1), le ministère responsable doit se servir du processus d'examen public comme instrument de travail au cours des premières étapes du développement d'une proposition plutôt que comme mécanisme réglementaire, et rendre les résultats de l'examen public disponibles aux fins des délibérations de nature réglementaire portant sur la proposition.

*Champ d'application*

6. Les présentes lignes directrices s'appliquent aux propositions

a) devant être réalisées directement par un ministère responsable;

b) pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale;

c) pour lesquelles le gouvernement du Canada s'engage financièrement; ou

d) devant être réalisées sur des terres administrées par le gouvernement du Canada, y compris la haute mer.

ÉVALUATION INITIALE

*Le ministère responsable*

10.(1) Le ministère responsable s'assure que chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision est soumise à un examen préalable ou à une évaluation initiale afin de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes qu'elle peut avoir sur l'environnement.

(2) Les décisions qui font suite à l'examen préalable ou à l'évaluation initiale visés au paragraphe (1) sont prises par le

shall be made by the initiating department and not delegated to any other body.

11. For the purposes of the environmental screening and initial assessment referred to in subsection 10(1), the initiating department shall develop, in cooperation with the Office,

- (a) a list identifying the types of proposals that would not produce any adverse environmental effects and that would, as a result, be automatically excluded from the Process; and
- (b) a list identifying the types of proposals that would produce significant adverse environmental effects and that would be automatically referred to the Minister for public review by a Panel.

12. Every initiating department shall screen or assess each proposal for which it is the decision making authority to determine if

- (a) the proposal is of a type identified by the list described under paragraph 11(a), in which case the proposal may automatically proceed;
- (b) the proposal is of a type identified by the list described under paragraph 11(b), in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel;
- (c) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are insignificant or mitigable with known technology, in which case the proposal may proceed or proceed with the mitigation, as the case may be;
- (d) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unknown, in which case the proposal shall either require further study and subsequent rescreening or reassessment or be referred to the Minister for public review by a Panel;
- (e) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are significant, as determined in accordance with criteria developed by the Office in cooperation with the initiating department, in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel; or
- (f) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unacceptable, in which case the proposal shall either be modified and subsequently rescreened or reassessed or be abandoned.

13. Notwithstanding the determination concerning a proposal made pursuant to section 12, if public concern about the proposal is such that a public review is desirable, the initiating department shall refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

14. Where, in any case, the initiating department determines that mitigation or compensation measures could prevent any of the potentially adverse environmental effects of a proposal from becoming significant, the initiating department shall ensure that such measures are implemented.

ministère responsable et ne peuvent être déléguées à nul autre organisme.

11. Aux fins de l'examen préalable et de l'évaluation initiale visés au paragraphe 10(1), le ministère responsable dresse, en collaboration avec le Bureau, les listes suivantes:

- a) une liste des divers types de propositions qui n'auraient aucun effet néfaste sur l'environnement et qui, par conséquent, seraient automatiquement exclus du processus; et
- b) une liste des divers types de propositions qui auraient des effets néfastes importants sur l'environnement et qui seraient automatiquement soumises au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission.

12. Le ministère responsable examine ou évalue chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision, afin de déterminer:

- a) si la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11(a), auquel cas elle est réalisée telle que prévue;
- b) si la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11(b), auquel cas elle est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;
- c) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues, auquel cas la proposition est réalisée telle que prévue ou à l'aide de ces mesures, selon le cas;
- d) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inconnus, auquel cas la proposition est soumise à d'autres études suivies d'un autre examen ou évaluation initiale, ou est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;
- e) si, selon les critères établis par le Bureau, de concert avec le ministère responsable, les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont importants, auquel cas la proposition est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission; ou
- f) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inacceptables, auquel cas la proposition est soit annulée, soit modifiée et soumise à un nouvel examen ou évaluation initiale.

13. Nonobstant la détermination des effets d'une proposition, faite conformément à l'article 12, le ministère responsable soumet la proposition au Ministre en vue de la tenue d'un examen public par une commission, chaque fois que les préoccupations du public au sujet de la proposition rendent un tel examen souhaitable.

14. Le ministère responsable voit à la mise en application de mesures d'atténuation et d'indemnisation, s'il est d'avis que celles-ci peuvent empêcher que les effets néfastes d'une proposition sur l'environnement prennent de l'ampleur.



15. The initiating department shall ensure

(a) after a determination concerning a proposal has been made pursuant to section 12 or a referral concerning the proposal has been made pursuant to section 13, and

(b) before any mitigation or compensation measures are implemented pursuant to section 13,

that the public have access to the information on and the opportunity to respond to the proposal in accordance with the spirit and principles of the Access to Information Act.

16. The initiating department, in consultation with the Office, shall establish written procedures to be followed in order to make a determination under section 12 and shall provide the Office on a regular basis, with information, on its implementation of the Process with respect to the proposals for which it is the decision making authority.

. . .

*Public Review*

20. Where a determination concerning a proposal is made pursuant to paragraph 12(b), (d) or (e) or section 13, the initiating department shall refer the proposal to the Minister for public review.

21. The public review of a proposal under section 20 shall be conducted by an Environmental Assessment Panel, the members of which shall be appointed by the Minister. [Underlining added.]

There was initially some uncertainty as to the nature and scope of application of these guidelines. The jurisprudence has now established that while there is no obligation on the government to accept a Panel's recommendations,<sup>4</sup> assuming the environmental review process proceeds to that stage, a screening or initial assessment by the initiating department in accordance with sections 3, 10 and 12 is mandatory.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> *Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 381 (T.D.), at pp. 403-404; *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1991] 1 F.C. 641 (C.A.), at pp. 665-669; *Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (F.C.T.D.); aff'd F.C.A., Court file No. A-124-91, Pratte J.A., June 6, 1991, not yet reported.

<sup>5</sup> *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Can. Wildlife Fed. Inc. v. Can. (Min. of the Environment)*, [1990] 2 W.W.R. 69 (F.C.A.); aff'd [1989] 3 F.C. 309 (T.D.).

15. Le ministère responsable doit s'assurer

a) après qu'une détermination sur les effets d'une proposition a été faite conformément à l'article 12 ou après qu'une proposition a été soumise au Ministre conformément à l'article 13, et

b) avant la mise en application de mesures d'atténuation et d'indemnisation conformément à l'article 14,

que le public a accès à l'information concernant cette proposition conformément à la Loi sur l'accès à l'information.

16. Le ministère responsable, de concert avec le Bureau, établit par écrit les procédures à suivre pour la détermination des effets d'une proposition selon l'article 12 et fournit régulièrement au Bureau des renseignements concernant l'application du processus aux propositions à l'égard desquelles il exerce le pouvoir de décision.

. . .

*Examens publics*

20. Lorsque les effets d'une proposition ont été déterminés conformément aux alinéas 12b), d) ou e) ou à l'article 13, le ministère responsable soumet la proposition au Ministre pour examen public.

21. L'examen public visé à l'article 20 est réalisé par une commission d'évaluation environnementale dont les membres sont nommés par le Ministre. [Non souligné dans le texte original.]

Au début, la nature et le champ d'application de ces lignes directrices étaient incertains. La jurisprudence a maintenant établi que, si le gouvernement n'est pas obligé d'accepter les recommandations d'une commission<sup>4</sup>, à supposer que cette étape du processus d'examen en matière d'environnement ait été franchie, un examen préalable ou une évaluation initiale par le ministère responsable, en conformité avec les articles 3, 10 et 12, est obligatoire<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> *Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 C.F. 381 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 403 et 404; *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1991] 1 C.F. 641 (C.A.), aux p. 665 à 669; *Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1991), 6 C.E.L.R. (N.S.) 16 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); confirmé C.A.F., n° du greffe A-124-91, le juge Pratte, J.C.A., 6 juin 1991, encore inédit.

<sup>5</sup> *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1990] 2 W.W.R. 69 (C.A.F.); confirmant [1989] 3 C.F. 309 (1<sup>re</sup> inst.).

The dispute between the parties is very simple. The respondents argue that the Guidelines Order has been complied with; the applicant argues that it has not.

The respondents argue that the preparation of the GIEE by the consultants and its subsequent acceptance and adoption by Public Works was a section 12 screening and assessment of "the proposal". That study concluded that the fixed crossing proposal would have insignificant or mitigable environmental impacts, therefore, no referral to an Environmental Assessment Panel was necessary. Nevertheless a referral to a Panel was made pursuant to section 13 of the Guidelines Order. The government rejected the Panel's recommendations, as it is entitled to do, but accepted the criticism relating to the conclusions which had been drawn with respect to ice-out delay. Investigations and further study in that regard were undertaken and the results are being implemented. Consequently, it is stated, the Guidelines Order has been complied with.

It is useful to quote from some of the cross-examination of the Project Manager, James Feltham, given February 18, 1993, with respect to the Minister of Public Works' position:

13. Q. As part of the determination under section 33 [the government's response to the Panel's recommendations], will there be a determination under section 12 of the Environmental Assessment Review Process Guideline order?

A. We don't intend at this time.

14. Q. You say "at this time", is there a circumstance where you foresee making a section 12 determination?

A. Not at this time.

15. Q. And there has been, I take it, a decision that there will be no referrals of the issue of potential effects of the SCI proposal for a fixed link bridge to a panel under the Environmental Assessment Review Guidelines?

A. Not at this time.

16. Q. When was a decision made not to refer this matter or not to undertake a section 12 decision?

A. On the SCI proposal?

Le litige entre les parties est très simple. Les intimés soutiennent que le Décret sur les lignes directrices a été respecté; la requérante affirme le contraire.

Les intimés soutiennent que la préparation de l'EEIG par les consultants et son acceptation ultérieure par le ministère des Travaux publics constituaient un examen et une évaluation de «la proposition» conformes à l'article 12. Selon les conclusions de cette étude, les effets sur l'environnement de la proposition de pont seraient minimes ou pourraient être atténués, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de la soumettre à une commission d'évaluation environnementale. Néanmoins, elle a été soumise à une commission en conformité avec l'article 13 du Décret sur les lignes directrices. Le gouvernement a rejeté les recommandations de la Commission, comme il en a le droit, mais a accepté les critiques relatives aux conclusions qui avaient été tirées quant au retard de la débâcle. Des enquêtes et des études supplémentaires ont été effectuées sur ce sujet et les résultats sont en voie d'être mis en application. Par conséquent, on affirme avoir respecté le Décret sur les lignes directrices.

Il est utile de citer un extrait du contre-interrogatoire du directeur du projet, James Feltham, fait le 18 février 1993, relativement à la position du ministère des Travaux publics:

[TRADUCTION] 13. Q. Dans le cadre de la décision prise en vertu de l'article 33 [la réponse du gouvernement aux recommandations de la Commission], y aura-t-il une détermination en conformité avec l'article 12 du Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement?

R. Nous n'en avons pas l'intention à ce moment-ci.

14. Q. Vous dites «à ce moment-ci», existe-t-il une circonstance à l'égard de laquelle vous prévoiriez une détermination en vertu de l'article 12?

R. Non, pas à ce moment-ci.

15. Q. Et on a décidé, si je comprends bien, de ne pas soumettre à une commission, conformément aux Lignes directrices visant l'évaluation et l'examen en matière d'environnement, la question des effets que la proposition de pont de SCI pourrait avoir?

R. Non, pas à ce moment-ci.

16. Q. Quand a-t-on décidé de ne pas soumettre cette question ou de ne pas faire une détermination en vertu de l'article 12?

R. Sur la proposition de SCI?

17. Q. Yes.

A. The consideration of that decision is still ongoing.

18. Q. By whom?

A. By us and our advisors.

19. Q. "Us" is a compendius [*sic*] term, who is "us"?

A. The Department of Public Works.

20. Q. On what basis is that decision being considered?

A. On the basis of the information provided by the developer, the environmental management plan, the companion documents that are part of the requirements to the environmental management plan, and the review of those documents as they compare with the project that was reviewed by the panel.

21. Q. I take it that if that process discovers that there are significant differences between the risks that were assessed by the panel and the risks presented by the SCI proposal that there will be a section 12 determination?

A. That's a what if, sir, and we have no knowledge of that at this time.

The cross-examination continued:

... there was to be a consideration under section 12 whereby the initiating department was to screen or assess the proposal in question and come to a determination as to which of the categories of section 12 it fulfilled.

MR. PATTILLO [counsel for the respondent Ministers]: Right.

39. MR. FREIMAN [counsel for the applicant]: In order to attempt or to accomplish such a determination, it was necessary in order to be able to determine whether the project fell under section 12(E) to develop criteria in co-operation with Public Works Canada that would define what potentially significant adverse environmental effects were. I am asking Mr. Feltham whether he has a copy of those criteria.

THE DEPONENT: There were no criteria as such developed between us and the FEARO [Federal Environmental Assessment Review Office] office. A FEARO representative was an observer on our project planning committee meetings, and was very much aware of the studies that we had commissioned for the purpose of doing a section 12 determination.

BY MR. FREIMAN:

40. Q. Can you tell me when was there a section 12 determination?

A. At the time of publishing the "Generic Initial Environment Evaluation".

41. Q. What form did that determination take?

A. It took the form of the publication of the "Generic Initial Environment Evaluation" on the project. I believe the date on that publication is March 15th.

17. Q. Oui.

R. La prise de cette décision est encore à l'étude.

18. Q. Par qui?

R. Par nous et nos conseillers.

19. Q. «Nous», c'est un terme large. Qui est «nous»?

R. Le ministère des Travaux publics.

20. Q. Quels éléments seront pris en compte dans cette décision?

R. Les renseignements fournis par le promoteur, le plan de gestion de l'environnement, les documents connexes qui font partie des exigences du plan de gestion de l'environnement, et l'examen de ces documents par rapport au projet examiné par la Commission.

21. Q. Si je comprends bien, si au terme de ce processus, on s'aperçoit qu'il y a des différences importantes entre les risques qui ont été évalués par la Commission et les risques que comporte la proposition de SCI, il y aura une détermination en conformité avec l'article 12?

R. C'est une supposition, Monsieur, et nous n'en savons rien à ce moment-ci.

Plus loin, on trouve dans le contre-interrogatoire:

... il devait y avoir une détermination en vertu de l'article 12 par laquelle le ministère responsable devait examiner ou évaluer la proposition en question et déterminer à quelle catégorie prévue à l'article 12 elle appartenait.

M<sup>c</sup> PATTILLO [avocat des ministres intimes]: C'est exact.

39. M<sup>c</sup> FREIMAN [avocat de la requérante]: Afin de tenter ou de faire une telle détermination, il était nécessaire, pour être en mesure de déterminer si le projet tombait sous le coup de l'alinéa 12e), d'établir des critères, de concert avec Travaux publics Canada, qui définiraient les effets néfastes importants qu'il pourrait avoir sur l'environnement. Je demande à M. Feltham s'il a une copie de ces critères.

LE TÉMOIN: Le Bureau d'examen des évaluations environnementales et nous n'avons pas établi de critères en tant que tels. Un représentant du Bureau a assisté aux réunions de notre comité de gestion du projet en qualité d'observateur et il était bien au courant des études que nous avons commandées en vue d'une détermination en vertu de l'article 12.

M<sup>c</sup> FREIMAN:

40. Q. Pouvez-vous me dire quand a été faite la détermination en vertu de l'article 12?

R. Au moment de la publication de l'«Évaluation environnementale initiale générique».

41. Q. Quelle forme a pris cette détermination?

R. Elle a pris la forme de la publication de l'«Évaluation environnementale initiale générique» relative au projet. Je crois que cette publication est datée du 15 mars.

47. Q. Do I understand then that that letter in effect constitutes the determination that the effects were not significant for a reading of section 12?

A. The letter contains the advice of the consultants that in line with the terms of reference of their commission with us that in their opinion those impacts were insignificant [*sic*], yes. We adopted that as our own position on this project and published this final generic assessment.

48. Q. Can you show me where you adopted that?

A. We adopted it by making this public as the document of fact.

Contrary to Mr. Feltham's position, counsel for the applicant argues that the GIBE is not a section 12 determination with respect to the SCI bridge which is actually going to be built and that a review of a fixed crossing (bridge or tunnel) at the conceptual level does not meet the requirement of the Guidelines Order. Counsel for the applicant argues that a "proposal" for the purposes of the Guidelines Order is meant to be specific and should contain the specific design details of the bridge which it is actually planned to build. Alternatively, he argues that if the study of a link at the conceptual stage does constitute a proposal for the purposes of the Guidelines Order, then the actual design which is finally chosen for construction is a separate and distinct, albeit related, proposal which must also be assessed in accordance with section 12 of the Guidelines Order.

With respect to what constitutes a "proposal" for section 12 purposes, the Department of Public Works defines the "proposal" as the mandate given to it "to study the feasibility of a fixed crossing and to choose the preferred option". The respondents note that a broad definition is given to the word "proposal" in section 2 of the Guidelines Order ("proposal" includes any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility") [underlining added] and that the description of the "proposal" which has been adopted by Public Works accords with that definition. It is argued that the Public Works definition also accords with the admonition in section 3 of the Guidelines Order that "the initiating department shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals for which it is the decision making authority are fully consid-

47. Q. Dois-je comprendre que cette lettre constitue en fait la détermination que les effets n'étaient pas importants au sens de l'article 12?

R. La lettre contient l'avis que nous ont donné nos consultants, conformément à leurs instructions, et selon lequel ces effets étaient peu importants, oui. Nous avons fait nôtre cet avis à l'égard de ce projet et publié cette évaluation générique définitive.

48. Q. Pouvez-vous me montrer où vous avez adopté cela?

R. Nous l'avons adopté en rendant public ce document même.

S'opposant à la thèse de M. Feltham, l'avocat de la requérante affirme que l'EEIG n'est pas une détermination faite en vertu de l'article 12 et relative au pont que SCI va construire, et qu'un examen d'un projet de raccordement fixe (pont ou tunnel) au stade conceptuel ne satisfait pas aux exigences du Décret sur les lignes directrices. L'avocat de la requérante soutient qu'une «proposition», pour l'application du Décret sur les lignes directrices, s'entend d'un projet précis et doit comprendre les détails de la conception du pont qu'on envisage de construire. Subsidiairement, il soutient que, si l'étude d'un ouvrage au stade conceptuel constitue une proposition pour l'application du Décret sur les lignes directrices, la conception même qui sera choisie finalement constitue une proposition distincte, quoiqu'elle se rattache à la première, qui doit elle aussi être évaluée en conformité avec l'article 12 du Décret sur les lignes directrices.

S'agissant de ce qui constitue une «proposition» pour l'application de l'article 12, le ministère des Travaux publics définit le terme «proposition» en fonction du mandat qu'il a reçu: «faire une étude de la viabilité d'un raccordement fixe et choisir la solution optimale». Les intimés font remarquer qu'une définition large est donnée au terme «proposition» à l'article 2 du Décret sur les lignes directrices («"proposition" [s]'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions») [soulignement ajouté] et que la description de la «proposition» qu'a adoptée le ministère des Travaux publics s'accorde avec cette définition. On affirme que la définition de Travaux publics s'accorde aussi avec l'aver-tissement contenu à l'article 3 du Décret sur les lignes directrices: «le ministère responsable examine, le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables,

ered”. [Underlining added.] It is argued that the broad definition of “proposal” adopted by Public Works is consonant with subsection 5(2) which states:

5. . . .

(2) For the purpose of avoiding the duplication referred to in subsection (1), the initiating department shall use a public review under the Process as a planning tool at the earliest stages of development of the proposal rather than as a regulatory mechanism. [Underlining added.]

Also it is argued that Public Works’ actions made eminent sense; they allowed developers to respond to environmental concerns when preparing their initial concept design rather than proceeding through to a final design stage and, after spending a lot of money, find out that that design was not acceptable for environmental reasons.<sup>6</sup>

Counsel for the applicant, on the other hand, argues that as a practical matter, a design for the construction of an environmentally sensitive project must be assessed at a sufficient stage of specificity to allow a complete evaluation to occur. It is argued that the wording, for example, of sections 33 and 34 of the Guidelines Order, makes it clear that the Guidelines

<sup>6</sup> Reference was made to D. Paul Emond, “*The Greening of Environmental Law*”, (1991), 36 *McGill L.J.* 742, at p. 757:

The second trend [in environmental impact assessment] is equally important, although much slower in coming, at least at the public assessment level. Much of the impetus behind both assessments and audits is the desire to anticipate, assess and avoid environmental problems. To this end it makes sense to make decisions about potential impacts and mitigative measures before proceeding. But try as we might, we can never know everything before proceeding. Nor would we want to know everything—the costs are simply too high and the likely benefits too low. It makes sense, therefore, to conduct a more limited assessment or audit of *potential* environmental impacts and a more detailed assessment of *real* or *actual* environmental impacts. This philosophy is reflected in the growing demand that environmental assessment include a monitoring component that involves those who must live with the impacts. . . .

les répercussions environnementales de toutes les propositions à l’égard desquelles il exerce le pouvoir de décision» [soulignement ajouté]. On soutient que la définition large du terme «proposition» adoptée par Travaux publics est compatible avec le paragraphe 5(2) qui dit:

5. . . .

(2) Pour éviter la situation de double emploi visée au paragraphe (1), le ministère responsable doit se servir du processus d’examen public comme instrument de travail au cours des premières étapes du développement d’une proposition plutôt que comme mécanisme réglementaire . . . [Non souligné dans le texte original.]

On soutient en outre que les actions de Travaux publics étaient tout à fait logiques; le Ministère a permis aux promoteurs de répondre aux préoccupations environnementales en préparant leur projet au stade conceptuel plutôt que durant l’étape de conception définitive, leur évitant ainsi de se rendre compte, après avoir engagé des sommes importantes, que cette conception était inacceptable pour des raisons touchant à l’environnement<sup>6</sup>.

En revanche, l’avocat de la requérante soutient qu’en pratique, la conception d’un projet susceptible d’avoir des effets sur l’environnement doit être évaluée à un stade d’avancement suffisant pour qu’une évaluation complète soit possible. On affirme qu’il ressort du libellé, par exemple, des articles 33 et 34 du Décret sur les lignes directrices, que celles-ci s’ap-

<sup>6</sup> On s’est reporté à l’article de D. Paul Emond, «*The Greening of Environmental Law*», (1991), 36 *McGill L.J.* 742, à la p. 757:

[TRADUCTION] La deuxième tendance [dans l’évaluation des impacts environnementaux] est tout aussi importante, encore qu’elle se soit fait jour plus lentement, du moins pour ce qui concerne l’évaluation publique. Pour une grande partie, les examens et les vérifications découlent de la volonté de prévoir, d’évaluer et d’éviter des problèmes environnementaux. À cette fin, il est logique de prendre des décisions au sujet des effets possibles et des mesures d’atténuation avant la réalisation. Mais malgré toute notre bonne volonté, nous ne pouvons jamais tout savoir avant de commencer. Et nous ne tenons pas à tout savoir [ . . . ] les coûts sont simplement trop élevés et les avantages probables trop faibles. Il est donc logique d’effectuer une évaluation ou une vérification plus limitée des impacts environnementaux *possibles* et une évaluation plus détaillée des impacts environnementaux *réels* ou *actuels*. Ce principe se manifeste dans le fait qu’on demande de plus en plus que l’évaluation environnementale comprenne un élément de surveillance qui fait appel à ceux qui doivent subir les impacts . . .

are addressed to specific proposals. Section 34 describes the responsibilities of the “proponent” when a public review takes place, before a Panel, as including, for example, the preparation of an Environmental Impact Statement and the implementation of a public information program. Paragraph 33(1)(a) imposes on the “initiating department” the responsibility of making sure that “the proponent” fulfils its responsibilities. The GIEE describes the process which was envisaged at the time that report was prepared:

The Generic IEB describes the conceptual design of two fixed link alternatives: a bridge and a road tunnel. Much of the detailed design has not been completed, however there is information about the types and locations of activities required to build a bridge or tunnel. Information is also available on the existing natural and human environments.

. . .

After the competitive proposal call, a single developer will be selected to proceed with the project. This developer will prepare the Specific IEB which will include all technical, operational and maintenance information associated with each specific project activity. The selected developer would then be considered the proponent and would be required to obtain environmental approval of the specific design. At that time, Public Works Canada will serve in a project management and watchdog role on behalf of the Government of Canada. [Underlining added.]

It is not disputed that it is preferable to identify potential environmental concerns relating to a project before private sector developers (or public sector developers for that matter) proceed to a final design. It is also desirable to use the process as a planning tool and to avoid duplication. I am not convinced however that it is useful to consider whether the Guidelines Order requires the assessment of proposal at the concept stage or at a more specific design stage. What is required may very well depend on the type of project being reviewed. What does seem clear is that the assessment is required to take place at a stage when the environmental implications can be fully considered (section 3) and when it can be determined whether there may be any potentially adverse environmental effects (subsection 10(1)). In addition, the screening or assessment by the initiating department should take place at a time when both the proposal being assessed and the decision relating thereto,

pliquent à des propositions précises. L'article 34 expose, parmi les tâches du «promoteur» en cas d'examen public mené par une commission, l'élaboration de l'énoncé des incidences environnementales et la mise en œuvre d'un programme d'information publique. L'alinéa 33(1)a impose au «ministère responsable» l'obligation de s'assurer que «le promoteur» s'acquitte de ses responsabilités. L'EEIG décrit le processus qui était envisagé au moment de la rédaction du rapport:

L'IEEI générique décrit la conception générale de deux alternatives de raccordement permanent: un pont et un tunnel routier. On n'a pas terminé la conception détaillée du projet, mais on a des renseignements sur le genre et l'emplacement des activités requises pour construire un pont ou un tunnel. On a également des renseignements sur l'environnement existant naturel et humain.

d

. . .

Après avoir soumis au marché l'appel d'offres de proposition, on choisit un entrepreneur pour continuer le projet. Cet entrepreneur va préparer l'IEEI spécifique qui comprendra tous les renseignements techniques, d'exploitation et d'entretien associés avec chaque activité spécifique du projet. On considère alors que l'entrepreneur choisi est le promoteur et on lui demande d'obtenir l'approbation d'une conception spécifique en matière d'environnement. À ce moment-là, Travaux publics Canada sert de gestionnaire et de surveillant de projet au nom du gouvernement du Canada. [Non souligné dans le texte original.]

f

Tous s'accordent pour dire qu'il est préférable de cerner les effets sur l'environnement que peut avoir un projet avant que les promoteurs du secteur privé (ou du secteur public, quant à cela) ne dressent les plans définitifs. Il est également souhaitable d'utiliser le processus comme instrument de travail au cours de l'étape de la planification et d'éviter le double emploi. Je ne suis cependant pas convaincue qu'il soit utile de décider si le Décret sur les lignes directrices exige l'évaluation de la proposition au stade conceptuel ou durant une autre étape de conception plus détaillée. Ce qui est exigé peut très bien dépendre du type de projet examiné. Ce qui semble clair, c'est que l'évaluation doit être faite durant une étape où les répercussions environnementales peuvent être examinées (article 3) et où il est possible de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement (paragraphe 10(1)). Au surplus, l'examen ou l'évaluation

g

h

i

j

including the grounds on which it is based, can be released to the public.

Sections 15 and 16 of the Guidelines Order state:

15. The initiating department shall ensure

(a) after a determination concerning a proposal has been made pursuant to section 12 or a referral concerning the proposal has been made pursuant to section 13, and

(b) before any mitigation or compensation measures are implemented pursuant to section 13,

that the public have access to the information on and the opportunity to respond to the proposal in accordance with the spirit and principles of the Access to Information Act.

16. The initiating department, in consultation with the Office, shall establish written procedures to be followed in order to make a determination under section 12 and shall provide the Office on a regular basis, with information, on its implementation of the Process with respect to the proposals for which it is the decision making authority. [Underlining added.]

The object is to allow for meaningful and comprehensive public discussion of the potential environmental impacts of the proposed structure being built or activity being engaged in.

In the present case the GIEE did not fully consider the potential environmental implications. The GIEE expressly stated that it was not doing so. It emphasized that an assessment of the specific designs, once they were available, must be undertaken for the purpose of ascertaining whether there were in fact any significant environmental impacts arising from whatever fixed crossing might be constructed.

In addition, at the time of the GIEE, not even the SCI concept proposal, never mind the specific bridge design, was available for public review. This was equally true when the Panel was asked to undertake its review. The Panel regretted the fact that specific design information had not been made available to it and noted that for a proposal of the complexity and magnitude of that in question, a two-stage panel review—one at the conceptual stage and one at the specific proposal stage—should take place.

mené par le ministère responsable doit être réalisé au moment où la proposition à l'étude et la décision s'y rapportant, y compris les motifs qui la fondent, peuvent toutes deux être communiquées au public.

<sup>a</sup> Les articles 15 et 16 du Décret sur les lignes directrices sont ainsi conçus:

15. Le ministère responsable doit s'assurer

<sup>a</sup> après qu'une détermination sur les effets d'une proposition a été faite conformément à l'article 12 ou après qu'une proposition a été soumise au Ministre conformément à l'article 13, et

<sup>b</sup> avant la mise en application de mesures d'atténuation et d'indemnisation conformément à l'article 14,

<sup>c</sup> que le public a accès à l'information concernant cette proposition conformément à la Loi sur l'accès à l'information.

<sup>d</sup> 16. Le ministère responsable, de concert avec le Bureau, établit par écrit les procédures à suivre pour la détermination des effets d'une proposition selon l'article 12 et fournit régulièrement au Bureau des renseignements concernant l'application du processus aux propositions à l'égard desquelles il exerce le pouvoir de décision. [Non souligné dans le texte original.]

<sup>e</sup> Le but visé est de permettre la discussion publique, utile et complète, des impacts environnementaux possibles du projet de construction ou de l'activité.

<sup>f</sup> En l'espèce, l'EEIG n'a pas porté sur toutes les répercussions environnementales possibles. L'EEIG dit expressément que là n'est pas son objet. On y souligne qu'une évaluation des projets précis, une fois qu'ils auront été présentés, doit être entreprise dans le but de vérifier si, de fait, des impacts environnementaux importants découleraient de tout raccordement fixe qui serait construit.

<sup>g</sup> De plus, au moment de la rédaction de l'EEIG, même la proposition de SCI relative au concept de pont ne pouvait être consultée par le public, et encore moins les plans détaillés du pont. La situation était la même quand la Commission a été appelée à réaliser son examen. La Commission a jugé regrettable que <sup>i</sup> ne lui aient pas été fournis des renseignements relatifs à des propositions précises et a fait observer que l'évaluation environnementale d'un projet aussi vaste et aussi complexe que celui-ci devrait être soumise deux fois à une commission; la première <sup>j</sup> au stade conceptuel et la seconde après qu'une proposition aurait été retenue.

The arguments relating to the provisions which state that there is a need for early assessment, that the assessment is to be a planning tool and that duplication is to be avoided, are arguments which themselves, hinge on the meaning given to "proposal". They do not lead to a conclusion that a proposal for the purposes of the Guidelines Order regulations should be given the broad definition for which Public Works argues as opposed to a more specific definition as contended by the applicant. In the present case one returns again and again to the fact that the particular assessment which is referred to by Public Works, as fulfilling the purposes of section 12, contains within itself caveats to the effect that it was not intended to fulfil that role and expressly stipulates that a specific evaluation of the final design must take place.

The respondents argue that if the proposal must be specific then any given project would have to be assessed, first, when the environmental feasibility study was done, then again, for example in this case, when the responses to the proposal call of March 15, 1988 were received, then again on the resubmission of the responses to the proposal call, then again with respect to the very specific design plans which will subsequently be prepared, and, lastly, each time a design change is made. Indeed, the applicant's notice of motion is somewhat ambivalent since it seeks both an order of *mandamus* compelling the respondent Minister of Public Works to make a decision pursuant to section 12 with respect to the proposal call and with respect to the SCI proposal. I consider these to be requests for alternate remedies.

The argument that continual section 12 assessments would be required at every stage of the process is not convincing. It may very well be that continual assessment and reassessment is a convenient way of proceeding but that does not answer the fact that section 12 requires the assessment of a proposal when it is available in a form in which the environmental considerations can be fully considered.

Les arguments relatifs aux dispositions selon lesquelles l'évaluation doit être faite au cours des premières étapes et être utilisée comme un instrument de travail au cours de l'étape de la planification, et selon lesquelles il convient d'éviter le double emploi sont des arguments qui eux-mêmes dépendent du sens du terme «proposition». Ils ne nous amènent pas à conclure qu'il faut donner à ce terme, pour l'application du Décret sur les lignes directrices, l'interprétation large que préconise le ministère des Travaux publics plutôt que la définition plus stricte que la requérante nous exhorte à adopter. En l'espèce, nous revenons sans cesse au fait que, dans l'évaluation spécifique qui, aux dires du ministère des Travaux publics, est conforme aux prescriptions de l'article 12, le lecteur est averti que l'objet de cette évaluation n'est pas de remplir ce rôle et il peut y lire qu'il faudra effectuer une évaluation spécifique de la conception définitive.

Les intimés soutiennent que, si une proposition précise était exigée, il faudrait alors évaluer tout projet, d'abord, au moment où est menée l'étude sur la viabilité du point de vue environnemental, puis à nouveau, comme en l'espèce, au moment où les réponses à l'appel de propositions du 15 mars 1988 ont été reçues, et encore une fois, au moment où les réponses à l'appel de propositions ont été présentées de nouveau, et encore une autre fois, au moment où seront dressés les plans très détaillés de la conception, et enfin, chaque fois qu'une modification serait apportée à la conception. En effet, l'avis de requête de la requérante présente une certaine ambivalence car il demande à la fois une ordonnance de *mandamus* obligeant le ministre des Travaux publics intimé à prendre une décision en vertu de l'article 12 relativement à l'appel de propositions et relativement à la proposition de SCI. Je considère que ce sont des conclusions principale et subsidiaire.

L'argument qui veut que les évaluations prévues à l'article 12 soient exigées à chaque étape du processus n'est pas convaincant. Il se peut bien qu'il soit commode de faire des évaluations et réévaluations continues, mais cela ne répond pas à l'objection que l'article 12 exige qu'une proposition soit évaluée au moment où elle est présentée sous une forme qui permet l'examen approfondi de ses impacts environnementaux.



Counsel for Prince Edward Island suggests that regardless of whatever labels are used, a section 12 screening has been an ongoing *de facto* process during the whole period of time from March 1987 until now. He argues that a *de facto* section 12 determination was made when the Department of Public Works accepted the consultant's GIEE report. He argues that that report recommended that its conclusion be confirmed after the successful developer was chosen and that that is what is in fact happening. He argues, alternatively, that the Department of Public Works made a section 12 determination in September, 1988 when the three proposals were selected from the seven submitted.

Counsel for SCI points out that the screening and assessment process described in sections 3, 10 and 12 of the Guidelines Order is a self-assessment process; there is no standard or definition set out in the Order as to the criteria to be applied in deciding whether and what effects are potentially significant, insignificant, mitigable, unknown or unacceptable; the initiating department has a wide discretion to determine the details of the planning process appropriate to any given proposal; there are few procedural requirements imposed on the initiating department. It is argued that if a paragraph 12(c) determination was not made in March 1988, then, it was made on September 30, 1988 when the Minister of Public Works announced the selection of the three successful developers and that they met the environmental requirements of the GIEE and the environmental requirements of the proposal call.

I initially found these to be very attractive arguments. One is struck by the amount of paper which has been generated and filed and which seems to indicate that a significant amount of study has taken place. On reflection, however, I find I have difficulty in characterizing the activities which have taken place, including the various decisions of the Minister of Public Works to move ahead with the project, as well as the public discussion of SCI's environmental management plan, as a *de facto* section 12 determination. An overriding reason for reaching this conclusion is that Public Works itself has not sought to characterize the ongoing activity in that way. Mr. Feltham's cross-examination makes it clear that the

L'avocat de l'Île-du-Prince-Édouard dit que, peu importe le terme employé pour le désigner, un processus d'évaluation *de facto*, conforme à l'article 12, est en cours depuis mars 1987. Il soutient qu'une détermination *de facto* a été faite en conformité avec l'article 12 au moment où le ministère des Travaux publics a accepté le rapport EEIG des consultants. Il affirme que le rapport recommandait que sa conclusion soit confirmée après que le promoteur aurait été choisi et que c'est ce qui se produit effectivement. Il soutient, subsidiairement, que le ministère des Travaux publics a fait une détermination conformément à l'article 12 en septembre 1988, quand trois propositions ont été sélectionnées parmi les sept présentées.

L'avocat de SCI souligne que le processus d'examen et d'évaluation décrit aux articles 3, 10 et 12 du Décret sur les lignes directrices est une méthode d'auto-évaluation; le décret n'établit pas de norme ou de définition des critères selon lesquels sont déterminées la nature et l'étendue des effets importants, minimales, pouvant être atténués, inconnus ou inacceptables; le ministère responsable exerce un large pouvoir d'appréciation en ce qui a trait aux détails du processus de planification indiqué pour une proposition donnée; les exigences imposées au ministère responsable sur le plan des procédures sont peu nombreuses. L'avocat affirme que, si une détermination n'a pas été faite, conformément à l'alinéa 12c), en mars 1988, alors elle l'a été le 30 septembre 1988, au moment où le ministre des Travaux publics a annoncé que trois promoteurs avaient été choisis et qu'ils satisfaisaient aux exigences environnementales de l'EEIG et de l'appel de propositions.

Au début, j'ai trouvé ces arguments très intéressants. On est frappé par la quantité de documents qui ont été préparés et produits, et qui semble indiquer qu'un nombre considérable d'études ont été effectuées. Toutefois, réflexion faite, j'ai de la difficulté à assimiler à une détermination *de facto*, faite conformément à l'article 12, les activités qui ont été exercées, dont les diverses décisions du ministre des Travaux publics de donner suite au projet, ainsi que la discussion publique du plan de gestion de l'environnement de SCI. Cette conclusion repose sur une raison péremptoire, savoir le fait que le ministère des Travaux publics lui-même n'a pas cherché à qualifier ainsi l'activité en cours. Il ressort nettement du con-

Department's position is that the section 12 assessment was done when the GIEE was published and that the Department did not and does not, in the foreseeable future, intend to conduct a section 12 assessment of the specific SCI proposal.

An argument which counsel repeatedly made was that the conceptual design proposal put forward by SCI in the spring of 1988 and subsequently resubmitted in August of that year was in fact the generic bridge which was studied in the GIEE and, subsequently assessed by the Panel in 1989-1990. To the extent that this is the case, then the study of that proposal is subject to the same qualifications respecting the lack of specific data which were expressed in those reports. All assessment which has gone on since the GIEE seems to have been addressed to this conceptual level consideration.

With respect to the recently prepared environmental management plan, its distribution to the public and availability for comment, the plan expressly states that it is addressed to the conceptual level design. Mr. Pirie's evidence was that it was comparable to the level of detail which appeared in the GIEE. Another reason for not considering the environmental management plan, to be part of a *de facto* section 12 assessment is because that plan is designed to address mitigation methods and techniques rather than undertaking the assessment and classification of the environmental risks which can potentially arise from the project. The management plan addresses mitigation methods and includes the gathering of environmental data to accomplish those purposes. It does not assess and classify the potential environmental impacts of the SCI bridge project.

With respect to the argument that the study by the Panel, its deliberations and report obviated the need for the specific environmental assessment which previously had been contemplated, I cannot conclude that that is so. Public hearings on a generic proposal are not a substitute for a specific evaluation of the actual project which it is planned to construct. If specific design proposals had been referred to the Panel this might be different. It is particularly disturbing, in this case, to find that a generic design was referred to

tre-interrogatoire de M. Feltham que la position du Ministère est que l'évaluation conforme à l'article 12 a été effectuée quand l'EEIG a été publiée et que le Ministère n'avait pas, et n'a toujours pas, l'intention d'effectuer, dans un avenir prévisible, une évaluation de la proposition précise de SCI, conformément à l'article 12.

L'avocat n'a cessé de faire valoir que la proposition relative au concept de pont que SCI a soumise au printemps de 1988, puis présentée de nouveau en août de la même année, était en fait le projet de construction d'un pont qui avait fait l'objet de l'EEIG et qui avait ensuite été examiné par la commission en 1989 et 1990. S'il en est ainsi, les réserves touchant le manque de données précises, qui ont été exprimées dans ces rapports, s'imposent aussi en ce qui concerne l'étude de cette proposition. Toutes les évaluations qui ont été faites depuis l'EEIG semblent avoir porté sur cette proposition au stade conceptuel.

Quant au plan de gestion de l'environnement dressé récemment et au fait que le public y a eu accès et a pu donner ses commentaires à ce sujet, le plan dit textuellement qu'il a pour objet le concept de pont. M. Pirie a témoigné que le niveau de détail y était comparable à celui de l'EEIG. On peut donner une autre raison pour ne pas considérer le plan de gestion de l'environnement comme un élément d'une évaluation *de facto* faite conformément à l'article 12: ce plan vise des méthodes et des techniques d'atténuation et non une évaluation et une classification des risques environnementaux qui peuvent découler du projet. Le plan de gestion porte sur des méthodes d'atténuation et inclut la collecte de données environnementales permettant d'atteindre cet objectif. Il n'évalue pas ni ne classe les impacts environnementaux possibles du projet de pont de SCI.

Quant à l'argument selon lequel l'étude faite par la commission, ses délibérations et son rapport rendaient inutile l'évaluation environnementale spécifique qui avait d'abord été envisagée, je ne peux pas arriver à cette conclusion. Les audiences publiques concernant une proposition au stade conceptuel ne sauraient remplacer une évaluation spécifique du projet précis dont la réalisation est prévue. Si des propositions précises avaient été soumises à la commission, la solution pourrait être différente. Il est particulière-

a panel when the government had access to more detailed information respecting the three concept proposals being considered which was not referred. A lot of time and public funds were spent on the Panel review. (It is estimated that approximately 20 million dollars in total has been spent on the environmental studies and procedures related to this project.) A lot of effort must have been spent both by the Panel members and by those who appeared before it. It seems downright silly and an incredible waste of public funds and people's time to find, at the end of the day, that one of the reasons for which the government rejects the Panel's recommendations is that the Panel did not have before it the detailed information to which the government was privy and which the government had refused to provide to the Panel. Such a result could have been avoided if a referral to a Panel had been made instead at a later stage of the process when the developer whose bid was lowest has been chosen and specific design plans could be made public.

I cannot conclude that the Department of Public Works, as the initiating department, has conducted a section 12 assessment with respect to the SCI bridge proposal as required by the Guidelines Order.

#### Considerations Re: the Constitutional Issue

The particular provision of the Terms of Union which is in issue states:

That the Dominion Government shall assume and defray all the charges for the following services, viz.:—

. . . .

Efficient Steam Service for the conveyance of mails and passengers, to be established and maintained between the Island and the mainland of the Dominion, Winter and Summer, thus placing the Island in continuous communication with the Intercolonial Railway and the railway system of the Dominion;

Counsel for the applicant's argument is simple: a bridge is not an "efficient steam service" (*bateaux à*

ment alarmant de constater, en l'espèce, qu'un concept a été soumis à une commission au moment où le gouvernement disposait, au sujet des trois propositions relatives au concept de pont qui étaient étudiées, d'une information qui était plus précise, mais qu'il n'a pas fournie. L'examen réalisé par la commission a pris beaucoup de temps et nécessité l'engagement de fonds publics importants. (On a estimé qu'environ 20 millions de dollars au total ont été dépensés pour les études environnementales et les procédures reliées au projet.) Beaucoup d'efforts ont dû y être consacrés par les membres de la commission et par ceux qui ont comparu devant elle. Il semble qu'il serait purement et simplement stupide et que cela serait un gaspillage incroyable des fonds publics et une perte de temps de constater, en fin de compte, que si le gouvernement a repoussé les recommandations de la commission, c'est notamment parce que celle-ci ne disposait pas de l'information détaillée qui était en possession du gouvernement et que celui-ci avait refusé de lui communiquer. Pareil résultat aurait pu être évité si la proposition avait été soumise à une commission à une étape ultérieure du processus, au moment où le promoteur moins-disant a été choisi et les plans détaillés du pont pouvaient être rendus publics.

Je ne peux pas conclure que le ministère des Travaux publics, en tant que ministère responsable, a réalisé une évaluation de la proposition de pont de SCI conformément à l'article 12 du Décret sur les lignes directrices.

#### g Facteurs à considérer relatifs à la question constitutionnelle

La disposition des Conditions de l'adhésion qui est en litige est ainsi conçue:

Que le gouvernement du Canada se chargera des dépenses occasionnées par les services suivants:

. . . .

Un service convenable de bateaux à vapeur, transportant les malles et passagers, qui sera établi et maintenu entre l'île et les côtes du Canada, l'été et l'hiver, assurant ainsi une communication continue entre l'île et le chemin de fer Intercolonial, ainsi qu'avec le réseau des chemins de fer du Canada;

L'argument de l'avocat de la requérante est simple: un pont n'est pas un «service convenable de bateaux

vapeur).<sup>7</sup> A discontinuance of the ferry service between Cape Tormentine and Borden would be a breach of the Terms of Union.

The Terms of Union upon which the various provinces entered Canada are part of the Constitution and create constitutional obligations. This is now expressly recognized in the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], see subsection 52(1), paragraph 52(2)(b) and Item 6 of the Schedule to that Act. Prince Edward Island joined confederation pursuant to a United Kingdom Order in Council setting out terms and conditions (the Terms of Union). That Order in Council was given the status of a United Kingdom statute by section 146 of the then *British North America Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (now the *Constitution Act, 1982*). Thus, prior to 1982, amendment would have had to have been accomplished by a statute of the United Kingdom.

The particular provision in issue, while found in a list of items<sup>8</sup> which transfer to the federal govern-

<sup>7</sup> The French version of the Terms of Union is not technically official, the Order in Council having been issued in English only by the United Kingdom Government (Her Majesty in Council) but the French version would appear to have been prepared, in Canada, contemporaneously with the English version, see [*An Act respecting the admission of the Colony of Prince Edward Island as a Province of the Dominion*] S.C. 1873, c. 40.

<sup>8</sup> That the Dominion Government shall assume and defray all the charges for the following services, viz.:—

- The salary of the Lieutenant Governor;
- The salaries of the Judges of the Superior Court and of the District or County Courts when established;
- The charges in respect of the Department of Customs;
- The Postal Department;
- The protection of the Fisheries;
- The provision for the Militia;
- The Lighthouses, Shipwrecked Crews, Quarantine and Marine Hospitals;
- The Geological Survey;
- The Penitentiary;
- Efficient Steam Service for the conveyance of mails and passengers, to be established and maintained between the Island and the mainland of the Dominion, Winter and Summer, thus placing the Island in continuous communication

(Continued on next page)

à vapeur» (*Steam Service*)<sup>7</sup>. L'abandon du service de traversiers entre Cape Tormentine et Borden serait une violation des Conditions de l'adhésion.

Les Conditions de l'adhésion des diverses provinces au Canada font partie de la Constitution et créent des obligations constitutionnelles. Cela est maintenant reconnu dans 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]]; voir le paragraphe 52(1) et l'alinéa 52(2)b), ainsi que le numéro 6 à l'annexe de cette Loi. L'Île-du-Prince-Édouard a adhéré à la Confédération conformément à un arrêté en conseil du Royaume-Uni énonçant les conditions (les Conditions de l'adhésion). Cet arrêté est assimilé à une loi du Royaume-Uni en vertu de l'article 146 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1982*). Ainsi, avant 1982, il n'aurait pu être modifié que par une loi du Royaume-Uni.

Bien que la disposition en litige figure dans une énumération<sup>8</sup>, qui transfère au gouvernement fédéral

<sup>7</sup> La version française des Conditions de l'adhésion n'est pas techniquement officielle, l'arrêté ayant été pris en anglais seulement par le gouvernement du Royaume-Uni (Sa Majesté en conseil), mais la version française semble avoir été rédigée, au Canada, en même temps que la version anglaise, voir *Acte concernant l'admission de la Colonie de l'Île du Prince-Édouard comme Province de la Puissance*, S.C. 1873, ch. 40.

<sup>8</sup> Que le gouvernement du Canada se chargera des dépenses occasionnées par les services suivants:

- Le traitement du lieutenant-gouverneur;
- Les traitements des juges de la Cour Suprême et des juges des cours de district ou de comté, quand ces cours seront établies;
- Les frais d'administration des douanes;
- Le service postal;
- La protection des pêcheries;
- Les dépenses de la milice;
- Les phares, équipages naufragés, quarantaine et hôpitaux de marine;
- L'exploration géologique;
- Le pénitencier;
- Un service convenable de bateaux à vapeur, transportant les malles et passagers, qui sera établi et maintenu entre l'Île et les côtes du Canada, l'été et l'hiver, assurant ainsi une communication continue entre l'Île et le chemin de fer Inter-

(Suite à la page suivante)

ment responsibility for expenditures, which at the time were undertaken by the provincial government, has been recognized to be of a different character from most of the others. This follows from the fact that the federal government's obligation is not only to assume and defray all the charges for but also to establish and maintain an efficient steam service between the Island and the mainland.<sup>9</sup> That this should be so is clear from the history surrounding the adoption of that obligation by the federal government, including its initial non-performance.

Counsel for Prince Edward Island filed a most interesting description of that history. It is found in a text entitled *Canada's Smallest Province: A History of P.E.I.*, John Deyell Company, 1973, chapter 10, "The Transportation Issue, 1873-1973" by Mary K. Cullen. I will reproduce the opening paragraphs [at pages 232-233]:

The insularity and sense of distinctive identity so clearly evident in Prince Edward Island's prolonged opposition to Confederation was principally influenced by Northumberland Strait. Isolating the Island by masses of moving ice for nearly five months of the year, the strait had been a motivating reason for making such a small geographic unit into a separate British colony in 1769. Until 1827, the Island's only winter link with the outside world was a lone courier who carried the mails fortnightly between Wood Islands and Pictou. Subsequently, weekly winter communication was established between Cape Traverse and Cape Tormentine where small ice boats with runners were hauled over the ice. In the 1860's, private steamers were making bi-weekly summer trips to several mainland ports but this frequent intercolonial service had not overcome the Island's special winter handicap. Prince Edward Island opposed Maritime legislative union because she refused to have her representatives sit in a remote parliament and impose taxes for public works from which the Island, in its insular position, could derive little benefit. A similar belief that winter

(Continued from previous page)

with the Intercolonial Railway and the railway system of the Dominion;

The maintenance of telegraphic communication between the Island and the mainland of the Dominion;

And such other charges as may be incident to, and connected with, the services which by the "British North America Act, 1867" (Constitution Act, 1867), appertain to the General Government, and as are or may be allowed to the other Provinces; [Underlining added.]

<sup>9</sup> *R. (Prince Edward Island) v. R. (Canada)*, [1976] 2 F.C. 712 (T.D.); confd [1978] 1 F.C. 533 (C.A.); *Prince Edward Island (Minister of Transportation and Public Works) v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 1 F.C. 129 (C.A.).

la charge de certaines dépenses qui étaient supportées alors par le gouvernement provincial, on a reconnu qu'elle présentait un caractère distinct en comparaison de la plupart des autres. Cela provient du fait que le gouvernement fédéral a l'obligation non seulement de se charger de toutes les dépenses, mais encore d'établir et de maintenir un service convenable de bateaux à vapeur entre l'Île et le continent<sup>9</sup>. Cela ressort clairement de l'historique de l'adoption de cette obligation par le gouvernement fédéral, y compris de son manquement initial à celle-ci.

L'avocat de l'Île-du-Prince-Édouard a déposé une relation très intéressante de ces événements. On la trouve dans un ouvrage de Mary K. Cullen, *Canada's Smallest Province: A History of P.E.I.*, John Deyell Company, 1973, chapitre 10, «The Transportation Issue, 1873-1973». Voici les premiers paragraphes [aux pages 232 et 233]:

[TRADUCTION] L'insularité et le sens de l'identité distincte qui ressortent si nettement de l'opposition prolongée de l'Île-du-Prince-Édouard à la Confédération ont été influencés principalement par le détroit de Northumberland. Isolant l'Île par des masses de glace flottante durant presque cinq mois chaque année, le détroit a été l'un des motifs pour lesquels un territoire aussi petit a été constitué en colonie britannique distincte en 1769. Jusqu'en 1827, la seule liaison de l'Île en hiver avec le monde extérieur a été un courrier assurant le service bimensuel entre Wood Islands et Pictou. Par la suite, une communication hebdomadaire en hiver a été établie entre Cape Traverse et Cape Tormentine par des courriers et des embarcations conçues pour être tirées sur la glace. Durant les années 1860, des bateaux à vapeur privés faisaient des voyages bihebdomadaires pendant l'été à destination de plusieurs ports importants sur le continent, mais ce service intercolonial fréquent n'avait pas permis de surmonter le handicap particulier que représentait l'hiver pour l'Île. L'Île-du-Prince-Édouard s'est opposée à la loi tendant à unir les colonies Maritimes parce qu'elle refusait

(Suite de la page précédente)

colonial, ainsi qu'avec le réseau des chemins de fer du Canada;

L'entretien de communications télégraphiques entre l'Île et la terre ferme du Canada.

Et telles autres dépenses relatives aux services qui, en vertu de l'«Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867» (Loi constitutionnelle de 1867), dépendent du gouvernement général, et qui sont ou pourront être alloués aux autres provinces. [Non souligné dans le texte original.]

<sup>9</sup> *R. (Île-du-Prince-Édouard) c. R. (Canada)*, [1976] 2 C.F. 712 (1<sup>re</sup> inst.); confirmé [1978] 1 C.F. 533 (C.A.); *Île-du-Prince-Édouard (Ministre des Transports et des Travaux publics) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 1 C.F. 129 (C.A.).

isolation would limit many of the advantages of federal union was instrumental in the Island decision not to join Canada in 1867.

When delegates from the first Canadian Cabinet visited Charlottetown in August, 1869 to offer "better terms", lack of winter communications was put forward by the Island Government as one of its outstanding objections to union. Premier R. P. Haythorne explained the inconvenience the Island people experienced "for want of means of getting off and on" and pointed out that this obstacle to union might be obviated by the maintenance of steam navigation between the Island and mainland during the winter season. George Etienne Cartier, one of the negotiators for Canada, felt a strong steamship could be constructed which would keep up year-round communication. In an effort to woo the Island into Confederation, the federal delegation pledged that Canada would assume and defray all charges for "efficient Steam Service for the conveyance of Mails and Passengers, to be established and maintained between the Island and the Dominion, winter and summer, thus placing the Island in continuous communication with the Intercolonial Railway and the Railway system of the Dominion." The "better terms" of 1869 were rejected since the Canadian Government did not also agree to settle the land question to the Island's satisfaction, but the essential communications feature was included in future negotiations. In 1873, when the Island, in extremely straitened circumstances because of railway liabilities, applied for admission to Canada, the communication pledge was incorporated in the terms of union.

The statesmen of Prince Edward Island considered the latter guarantee as a *sine qua non* of the agreement to enter Confederation. They always insisted that one of the principal motives that justified them in giving up their revenue and constitution was the clause in the terms of Confederation which provided for continuous and efficient transportation. It was not a mere matter of sectional privilege but a constitutional right. As the changing direction of the Island economy increased the importance of a mainland connection, the Islanders interpreted their "right" with the greatest imagination. The "conveyance of mails and passengers" was construed to embrace the transport of all kinds of produce and merchandise. Daily communication was the interpretation for "continuous" while "efficient" meant "the best available communication than can be had." Finally, much importance was attached to the phrase "steam service" as opposed to "steam navigation," and successive Island Governments maintained that if steam service could not be provided by boat, it should be furnished in some other way be it by balloons over the Northumberland or a tunnel under the strait.

que ses représentants siégent dans une assemblée éloignée et lèvent des impôts pour des travaux publics dont l'Île, étant donné son insularité, profiterait peu. De même, la croyance que l'isolement en hiver limiterait nombre des avantages de la confédération a joué un rôle dans la décision des îliens de ne pas se joindre au Canada en 1867.

Quand les délégués du premier Cabinet canadien ont visité Charlottetown en août 1869, pour offrir des «conditions plus avantageuses», le gouvernement de l'Île a fait valoir que l'absence de communications en hiver était l'un de ses derniers motifs d'opposition à l'union. Le premier ministre R. P. Haythorne a expliqué l'inconvénient auquel les îliens devaient faire face «à cause de l'absence de moyens de communication» et fait remarquer que cet obstacle à l'union pourrait être franchi si la navigation était possible durant l'hiver entre l'Île et le continent. George Étienne Cartier, l'un des négociateurs du Canada, a estimé que des bateaux à vapeur solides pouvaient être construits, permettant la communication à longueur d'année. Dans un effort pour inciter les îliens à adhérer à la Confédération, la délégation fédérale a promis que le Canada se chargerait de toutes les dépenses relatives à «un service convenable de bateaux à vapeur, transportant les malles et passagers, qui sera établi et maintenu entre l'Île et les côtes du Canada, l'été et l'hiver, assurant ainsi une communication continue entre l'Île et le chemin de fer Intercolonial, ainsi qu'avec le réseau des chemins de fer du Canada». Les «conditions plus avantageuses» de 1869 ont été repoussées parce que le gouvernement du Canada ne s'est pas engagé en outre à régler la question des terrains de manière jugée satisfaisante par l'Île, mais l'élément essentiel des communications a été inscrit à l'ordre du jour des négociations futures. En 1873, quand l'Île, qui était dans la gêne à cause des dettes des chemins de fer, a demandé d'adhérer au Canada, la promesse relative aux communications a été insérée dans les Conditions de l'adhésion.

Les dirigeants de l'Île-du-Prince-Édouard ont tenu cette dernière garantie pour une condition *sine qua non* de l'entente visant son adhésion. Ils ont toujours maintenu que l'un des motifs principaux justifiant la renonciation à leurs recettes et à leur Constitution résidait dans la clause des Conditions de l'adhésion qui portait sur un service de transport convenable et continu. Ce n'était pas une simple question de privilège régional mais un droit constitutionnel. À mesure que la transformation de l'économie de l'Île augmentait l'importance d'une liaison entre elle et le continent, les îliens interprétaient leur «droit» avec une imagination fertile. L'expression «transportant les malles et passagers» a été interprétée comme englobant le transport de tous les genres de denrées et de biens. Selon leur interprétation, la communication «continue» s'entendait de communication quotidienne et «convenable» s'entendait des «meilleurs moyens de communication existants». Finalement, on a attaché beaucoup d'importance à l'expression «*steam service*» (version anglaise) par contraste avec «*steam navigation*» et les gouvernements de l'Île qui se sont succédé ont soutenu que si la communication ne pouvait pas être assurée au moyen de bateaux, elle devait l'être d'une autre manière—soit au moyen de ballons au-dessus du détroit de Northumberland, soit au moyen d'un tunnel.

For many years the Federal Government failed to implement the minimum requirements of the communications clause and at no time did it interpret the guarantee in the same sweeping manner as the Islanders. The efforts of the Island people to secure their constitutional right, as well as a service of increasing economic necessity form a dominant theme in the province's relations with the Canadian Government. Nearly fifty years of persistence was rewarded in 1917, when with the establishment of a car ferry service, interrupted winter communication virtually ceased and Prince Edward Island became an integral part of the transcontinental railway system of Canada. [Footnotes omitted.]

Counsel for the respondents argue that the Terms of Union, being a constitutional document, should be interpreted in accordance with the principle of progressive interpretation. This approach is discussed by Hogg, in his text *Constitutional Law of Canada*.<sup>10</sup> That discussion relates to the interpretation of legislative fields of jurisdiction as between the provincial legislatures and the federal Parliament. It points out that these categories are not to be frozen in the sense in which they would have been understood in 1867. For example, the phrase "undertakings connecting the provinces with any other or others of the provinces" has been interpreted to include interprovincial telephone systems, although the telephone was unknown in 1867. Professor Hogg states: "the words of the Act are to be given a 'progressive interpretation', so that they are continuously adapted to new conditions and new ideas." The progressive interpretation has been adopted in constitutional contexts other than those relating to the division of powers. See, for example, *Attorney General of Quebec v. Blaikie et al.*, [1979] 2 S.C.R. 1016 and *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714. The *Blaikie* case relates to constitutionally entrenched language guarantees and the *Residential Tenancies Act* decision deals with legislative jurisdiction to create administrative tribunals without derogating from the section 96 authority to appoint judges of the Superior Courts which is conferred on the Governor General. The approach has also been held to be applicable when interpreting 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].

<sup>10</sup> Hogg, *Constitutional Law of Canada*, (3rd ed., 1992) Carswell, at p. 413.

Pendant plusieurs années, le gouvernement fédéral n'a pas respecté les exigences minimales contenues dans la clause relative aux communications et, en aucun moment, il n'a interprété la garantie d'une manière aussi large que les îliens. Les efforts des îliens pour faire respecter leur droit et pour assurer un service dont le besoin sur le plan économique allait croissant représentent un sujet dominant des rapports entre la province et le gouvernement canadien. Près de cinquante années de persistance ont été récompensées en 1917, quand un service de bacs ferroviaire a été établi, l'interruption des communications en hiver a presque disparu et l'Île-du-Prince-Édouard a commencé à faire partie intégrante du réseau de chemins de fer transcontinental au Canada. [Renvois omis.]

L'avocat des intimés soutient que les Conditions de l'adhésion, étant un document constitutionnel, doivent être interprétées selon le principe de l'interprétation évolutive. Cette théorie est étudiée par Hogg, dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada*<sup>10</sup>. Son analyse porte sur l'interprétation des champs de compétence législative du Parlement et des assemblées législatives. Hogg souligne que le sens de ces catégories ne doit pas être interprété comme il l'était en 1867. Par exemple, l'expression «entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces» a été interprétée comme s'étendant aux réseaux de téléphone interprovinciaux, bien que le téléphone n'ait pas existé en 1867. Le professeur Hogg dit: [TRADUCTION] «il faut donner aux mots employés dans la Loi une «interprétation évolutive», de sorte qu'ils s'adaptent continuellement aux nouvelles situations et aux nouvelles idées». L'interprétation évolutive a été adoptée dans des contextes constitutionnels autres que ceux touchant le partage des compétences. Voir, par exemple, *Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016 et *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714. L'arrêt *Blaikie* porte sur les garanties des droits linguistiques inscrites dans la Constitution et l'arrêt relatif à la *Loi sur la location résidentielle* concerne la compétence législative pour créer des tribunaux administratifs sans déroger au pouvoir conféré par l'article 96 au gouverneur général en conseil de nommer les juges des cours supérieures. La théorie a été aussi jugée applicable à l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

<sup>10</sup> Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3<sup>e</sup> éd., 1992 Carswell, à la p. 413.

The idea underlying the doctrine of progressive interpretation is that 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]], although undeniably a statute, is not a statute like any other: it is a “constituent” or “organic” statute, which has to provide the basis for the entire government of a nation over a long period of time. An inflexible interpretation, rooted in the past, would only serve to withhold necessary powers from the Parliament or Legislatures.<sup>11</sup>

Thus, I am asked to look at the purpose of the efficient steam service obligation and note that the object to be served is one of putting the Island in continuous communication with the mainland. It is argued that a bridge is a more effective means of doing this today than a ferry service. It is also noted that the wording of the obligation is imprecise and awkward and has already been the subject of progressive interpretation.

With respect to the awkwardness of the wording there is no mention of the word ferry in the English text although as noted above, the contemporary French version used the words “*bateaux à vapeur*”. It was suggested that “steam service” could relate to a railway as well as to a ferry service. In addition, a ferry service does not provide continuous communication. A ferry service is by its nature intermittent. It is argued that a bridge is both more efficient than a ferry service and would provide a more continuous link.

With respect to the progressive interpretation of the obligation which has already taken place:<sup>12</sup> the obligation has been interpreted as requiring the transportation of motor vehicles (not merely passengers without their vehicles) even though automobiles were unknown in 1873; the ferry service for many years has not been a “steam service” at all but is run by diesel; the determination of what is “efficient” is not assessed by reference to what was considered effi-

La doctrine de l’interprétation évolutive repose sur l’idée que la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11* (R.-U.) annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*] [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], encore qu’elle soit indéniablement une loi, n’est pas une loi ordinaire; c’est une loi fondamentale ou organique, qui détermine la forme du gouvernement d’un pays pour longtemps. Une interprétation inflexible, enracinée dans le passé, n’aurait pour effet que de priver le Parlement ou les législatures de pouvoirs nécessaires<sup>11</sup>.

Par conséquent, on me demande de tenir compte de l’objet de l’obligation concernant le service convenable de bateaux à vapeur et de constater que cet objet est d’assurer la liaison continue entre l’Île et le continent. On affirme qu’un pont est un moyen plus convenable à cet égard, de nos jours, qu’un service de traversiers. On fait également observer que l’obligation est énoncée en termes vagues et gauches, et qu’elle a déjà été l’objet d’une interprétation évolutive.

Quant à la rédaction gauche, la version anglaise ne contient pas le mot «traversiers», quoique, je le répète, la version française qui remonte à la même époque comprenne les mots «bateaux à vapeur». On a affirmé que l’expression «*steam service*» pouvait se rapporter aux chemins de fer autant qu’à un service de traversiers. En outre, un service de traversiers n’assure pas une communication continue. Un tel service est par nature intermittent. On soutient qu’un pont non seulement est plus convenable qu’un service de traversiers mais encore plus propre à assurer une communication continue.

Pour ce qui est de l’interprétation évolutive de l’obligation qui s’est déjà fait jour<sup>12</sup>: l’obligation a été interprétée comme exigeant le transport de véhicules à moteur (et non seulement de passagers sans leur véhicule) même si les automobiles étaient inconnues en 1873; pendant nombre d’années, le service de traversiers n’a pas été assuré par des «bateaux à vapeur», mais par des diesels; pour déterminer ce qui est «convenable», on ne se reporte pas à ce qui était

<sup>11</sup> *Ibid.*, at p. 414.

<sup>12</sup> *Supra*, note 9.

<sup>11</sup> *Ibid.*, à la p. 414.

<sup>12</sup> *Supra*, note 9.



cient in 1873 but by reference to what would be considered efficient today.

In addition, the legislative history, particularly the debates of the Prince Edward Island Legislature prior to that province joining Confederation, makes it clear that the Islanders' concern was for a continuous link with the mainland. There is no evidence that bridge technology was advanced enough to make a bridge a viable option at that time but later, in 1885, an Island Senator proposed that a tunnel be built and this was determined to be technologically feasible although it does not appear to have been considered as a serious option by the federal government.

Words and verbal constructs by their very nature are imprecise. Courts are required to interpret the boundaries of the verbal constructs in which legislation and constitutions are framed. The arguments put forward in this case are concerned with the boundaries of legitimate interpretation of a constitutional text by the courts as opposed to what falls outside that domain. In effect, the perennial question is being asked: where does interpretation by a court stop and legislation by a court begin? Some say that all interpretation is legislation. In a sense, that is true but such interpretation is necessary in order to have functional laws.

There is no doubt that constitutional documents must be interpreted in a progressive fashion, in accordance with Lord Sankey's "living tree doctrine".<sup>13</sup> See Mr. Justice Dickson's [as he then was] comments in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at pages 723 and 749-750. Interpreting an "efficient steam service" to include ships run by diesel engines, interpreting an obligation to carry passengers as including passengers plus their vehicles and interpreting "efficient" by reference to contemporary as opposed to 1873 standards of efficiency are all legitimate applications of the progressive approach to constitutional interpretation. What I am asked to do however is of a different character. I am not being asked to interpret the words in accordance with the purpose and object of the provision. I am being asked to take the purpose and object of the

<sup>13</sup> *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.).

tenu pour convenable en 1873, mais à ce qui serait considéré comme tel aujourd'hui.

De plus, il ressort clairement des antécédents législatifs, en particulier des débats de l'assemblée législative de l'Île-du-Prince-Édouard avant son adhésion à la Confédération, que les îliens se préoccupaient d'une liaison continue avec le continent. Rien n'indique que les techniques de construction des ponts aient rendu cette option viable à cette époque, mais plus tard, en 1885, un sénateur de l'Île a proposé le creusement d'un tunnel et le projet a été jugé faisable du point de vue de la technologie, bien qu'il ne semble pas avoir été envisagé sérieusement par le gouvernement fédéral.

Les mots et les locutions sont par nature imprécis. Il incombe aux tribunaux d'interpréter le champ sémantique des locutions employées par le législateur et par le rédacteur de la Constitution. Les arguments avancés en l'espèce portent sur les limites légitimes de l'interprétation des textes constitutionnels par les tribunaux. En effet, c'est l'éternelle question qui se pose: quand le tribunal cesse-t-il d'être l'interprète de la loi pour faire œuvre de législateur? D'aucuns affirment que toute interprétation emporte une action législative. En un sens, cela est vrai mais les lois ne sauraient être efficaces sans une telle interprétation.

Il n'y a pas de doute qu'il convient de donner une interprétation dynamique aux documents constitutionnels conformément à la «doctrine de l'arbre» énoncée par lord Sankey<sup>13</sup>. Voir les observations du juge Dickson [tel était alors son titre] dans l'arrêt *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, aux pages 723, 749 et 750. Interpréter l'expression «service convenable de bateaux à vapeur» comme s'entendant de bateaux à moteur diesel, interpréter l'obligation de transporter les passagers comme incluant celle de transporter en plus leur véhicule et interpréter le mot «convenable» suivant les normes contemporaines plutôt que celles de 1873, ce sont là toutes des applications légitimes de la méthode évolutive d'interprétation de la Constitution. Ce qu'on me demande de faire est toutefois de nature différente. On ne me demande pas d'interpréter les

<sup>13</sup> *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.).

provision (continuous communication with the mainland) and turn them into the operative and central verbal construct. I am not convinced that this is appropriate. When using the progressive approach to constitutional interpretation one is still constrained by the wording of the text. The words must be able to bear the interpretation being put on them.

In this regard, the decision of Chief Justice Iacobucci, speaking for the Federal Court of Appeal, in *Prince Edward Island (Minister of Transportation and Public Works) v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 1 F.C. 129, at pages 135-140, is very pertinent. That case dealt with the argument that the provision of Terms of Union in issue in this case required the federal government to maintain a railway service on Prince Edward Island. Although this is a different aspect of the provision than is in issue in the present case, the approach taken in interpreting the provision is very relevant if not controlling:

More specifically the appellant submits that the two railway related provisions of the Terms of Union (emphasized in the extract above) must be read by keeping in mind that, although they are part of the Constitution, the Terms of Union give effect to a deal made among different colonies. Counsel for the appellant then goes on to say that the Terms were not well drafted, extremely brief, (counsel for the appellant says the Terms are "expressed in less language than is found in, say, a car rental agreement". See appellant's memorandum of argument, para. 37) poorly organized and appear to reflect an attempt by the drafters to model them on the *British Columbia Terms of Union* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 10] concluded two years earlier. Taking all that into account, the appellant argues that the language in the Terms of Union cannot be fairly taken to express clearly their entire agreement on the subject of the Terms of Union in question. Resort must then be had to ascertaining the implied terms of the deal including any terms necessary to give the deal the efficacy the parties must reasonably have intended.

In my view, what the appellant is in effect arguing is that the Terms of Union are not clear on their face as shown by what he calls the poor drafting, brevity, disorganization and the like. To resolve the doubt one must discern an understanding that must be implied from the circumstances at the time and the conduct of the parties since the Terms of Union were approved. I find this approach rather dangerous because it can easily lead to a rewriting of the Terms if not a slanting of the arrangement unjustifiably in favour of one side. But more fundamentally I

mots selon le but de la disposition. On me demande de prendre le but de la disposition (communication continue avec le continent) et d'en faire la locution clef, centrale. Je ne suis pas convaincue que cela soit indiqué. Quand on donne une interprétation évolutive à la Constitution, on doit tout de même s'en tenir au texte. Les mots employés doivent être susceptibles d'être interprétés de la manière choisie.

À cet égard, la décision du juge en chef Iacobucci, au nom de la Cour d'appel fédérale, dans l'affaire *Île-du-Prince-Édouard (Ministre des Transports et des Travaux publics) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 1 C.F. 129, aux pages 135 à 140, est très pertinente. Cette affaire concernait l'argument que la disposition des Conditions de l'adhésion en cause obligeait le gouvernement fédéral à maintenir le service ferroviaire à l'intérieur de l'Île-du-Prince-Édouard. Certes, ce n'est pas le même aspect de la disposition qui est en cause en l'espèce, mais la méthode suivie dans l'interprétation de la disposition est très pertinente, voire déterminante:

Plus particulièrement, l'appellant fait valoir que les deux conditions de l'adhésion relatives aux chemins de fer (soulignées dans l'extrait précité) doivent s'interpréter compte tenu du fait que même si elles font partie de la Constitution, les Conditions de l'adhésion donnent effet à une entente conclue entre différentes colonies. L'avocat de l'appellant souligne alors que les Conditions n'ont pas été bien rédigées, qu'elle sont extrêmement brèves (l'avocat de l'appellant dit que les Conditions sont [TRADUCTION] «moins bien rédigées que celles que l'on trouve, par exemple, dans un contrat de location de voiture»). Voir l'exposé des points d'argument de l'appellant, para. 37), mal agencées et semblent refléter l'intention des rédacteurs de s'inspirer des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 10] établies deux ans plus tôt. Compte tenu de tout cela, l'appellant soutient que l'on ne peut considérer que le libellé des Conditions de l'adhésion exprime véritablement et dans sa totalité l'entente que les rédacteurs ont alors voulu conclure. Il faut donc s'efforcer d'établir les conditions implicites de l'accord, y compris toutes conditions nécessaires pour donner à l'accord l'efficacité que les parties devaient raisonnablement souhaiter.

À mon avis, ce que soutient l'appellant en réalité, c'est que les Conditions de l'adhésion ne sont pas claires à première vue, comme le démontrent ce qu'il appelle leur mauvaise rédaction, leur brièveté, leur mauvais agencement et ainsi de suite. Pour dissiper le doute, il faut découvrir une entente implicite à même les circonstances à l'époque et le comportement des parties depuis l'adoption des Conditions de l'adhésion. Je trouve cette approche plutôt dangereuse car elle peut facilement mener à une nouvelle rédaction des Conditions, voire à un réa-

think the appellant's approach is misguided because what is surely paramount is the meaning to be given to the words chosen by the parties in the Terms of Union.

In this respect, I do not agree that the words chosen were badly expressed or otherwise defective. In fact, I believe the relevant Terms of Union are clear in their intent and meaning and should be taken to express the agreement that was intended by the parties. In other words, there is no need to rely on the rules of statutory construction, extrinsic evidence, or legislative history when the language under consideration is clear.

This Court has held in *R. (Prince Edward Island) v. R. (Canada)* ([1976] 2 F.C. 712 (C.A.)), that this clause of the Terms of Union created a legal duty in favour of the province with respect to a ferry service to be operated continuously—winter and summer—between Prince Edward Island and the mainland.

Also the ferry service, by the use of the words “Efficient Steam Service”, can only mean “ship” according to the normal meaning to be given to such words. (Compare *British Columbia Terms of Union*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 10, s. 4, which provides as follows:

4. The Dominion will provide an efficient mail service, fort-nightly, by steam communication between Victoria and San Francisco, and twice a week between Victoria and Olympia; the vessels to be adapted for the conveyance of freight and passengers.)

In addition, it is also clear that the ferry obligation mentions only mails and passengers and not freight, and if freight were to have been intended it would have been very easy to include the term as was done in the British Columbia Terms of Union. (*Supra*, note 12.) Finally, the word “continuous” refers only to the problem of crossing the Northumberland Strait in Winter and Summer and does not refer to a continuous line of track existing on the Island, on and off the ferry, and then on the mainland. In my view, continuous has a seasonal or temporal meaning rather than a physical significance.

I conclude therefore that the decision and order of the Agency were not contrary to the Prince Edward Island Terms of Union and not thereby beyond the Agency's jurisdiction. In arriving at this conclusion, I rely on the clear meaning of the language employed in the Terms. I recognize that courts have, by the decision of the Privy Council in *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney General for Canada*, been instructed to interpret the constitution

... in a large, liberal and comprehensive spirit considering the magnitude of the subjects with which it purports to deal in very few words. ([1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 137, per Lord Sankey, L.C.)

ménagement qui en fausserait les termes au profit de l'une des parties. Mais, essentiellement, je juge erronée l'approche de l'appelant parce que ce qui importe sûrement le plus, c'est le sens à donner aux mots choisis par les parties dans les Conditions de l'adhésion.

À cet égard, je n'estime pas que les mots choisis sont mal exprimés ou laissent par ailleurs à désirer. De fait, je crois que le sens et l'intention des Conditions pertinentes de l'adhésion sont clairs et que ces dernières expriment l'accord qu'envisaageaient les parties. En d'autres termes, point n'est besoin de recourir aux règles d'interprétation des lois, aux éléments de preuve extrinsèques ou aux antécédents législatifs lorsque le libellé à l'étude est clair.

Cette Cour a jugé dans l'arrêt *R. (Île-du-Prince-Édouard) c. R. (Canada)* ([1976] 2 C.F. 712 (C.A.)) que cette clause des Conditions de l'adhésion créait en faveur de la province l'obligation d'exploiter de façon continue un service de bacs—été comme hiver—entre l'Île-du-Prince-Édouard et le continent.

Aussi le service de bacs, par les mots «Un service convenable de bateaux à vapeur», ne peut désigner qu'un «navire» selon le sens normalement donné à de tels mots. (Comparer avec les *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 10, art. 4, dont voici le libellé:

4. Le Canada établira un service postal effectif semi-mensuel, au moyen de bateaux à vapeur entre Victoria et San Francisco, et bi-hebdomadaire entre Victoria et Olympia; les bateaux à vapeur devant être adaptés au transport du fret et des passagers.)

De plus, il est aussi clair que l'obligation relative au service de bacs ne mentionne que le courrier et les passagers et non le fret, car si on avait voulu comprendre celui-ci, il aurait été bien facile d'inclure le mot, comme on l'a fait dans les Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique. (Voir plus haut, note 12.) Enfin, l'adjectif «continue» ne vise que la traversée du détroit de Northumberland l'été et l'hiver et ne fait pas allusion à une ligne de chemin de fer continue existant sur l'Île, sur le bac et à sa sortie, et ensuite sur le continent. À mon sens, «continue» a un sens saisonnier et temporel plutôt qu'une signification matérielle.

Je conclus par conséquent que la décision et l'arrêté de l'Office n'étaient pas contraires aux Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard et donc qu'ils relevaient de la compétence de l'Office. En tirant cette conclusion, je m'appuie sur le sens clair du libellé des Conditions de l'adhésion. Je reconnais que selon la décision du Conseil Privé dans l'affaire *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, les tribunaux doivent donner à la constitution une interprétation

[TRADUCTION] ... large, libérale et de grande portée compte tenu de l'ampleur des sujets dont elle prétend traiter en peu de mots» ([1930] A.C. 124 (P.C.), à la p. 137, motifs de lord Sankey).

However, Lord Sankey also said:

... the question is not what may be supposed to have been intended, but what has been said. (Ibid.)

I find Lord Sankey's caveat particularly apt to answer the arguments made by counsel for the appellant. (In relying on the clear meaning of the language used in the Terms of Union, I do not wish to imply that I agree with the arguments by counsel for the appellant relating to the rules of construction, extrinsic evidence, and legislative history. Indeed, counsel for CN and the Attorney General have made impressive arguments in response but I have not found it necessary to deal with these arguments in detail because of the clarity of the language in the Terms of Union.) [Underlining added.]

In my view, the words "efficient steam service" simply do not bear an interpretation which means bridge. To conclude otherwise would be to take on a role which more appropriately belongs to the legislators, not to the courts.

The applicants in this case say that the bridge project offends the constitutional Terms of Union not only by replacing the ferry service with a bridge but also by replacing an obligation to provide a public or government run service by a privately operated service. In addition, it is argued that the Terms of Union specifically state that the federal government is to "assume and defray all charges" connected with the service. It is contemplated that tolls will be charged by SCI for the use of the bridge. With respect to this last, tolls for the ferry service have in recent history, at least, always been charged. I do not think I need deal with these two last points given the conclusion I have come to that the discontinuance of the ferry service must be effected by way of constitutional amendment. The two additional considerations, however, add reason to the conclusion that the change contemplated is one which is most appropriately dealt with by constitutional amendment rather than by judicial interpretation.

A constitutional amendment to the Terms of Union is not now difficult to accomplish with respect to the particular provision in issue. The constitutional obligation is of concern only to Prince Edward Island and the federal government. Thus, it is amendable under section 43 of the *Constitution Act, 1982*. All that is required is a resolution of the Prince Edward Island Legislature and a resolution of the House of Com-

Cependant, lord Sankey a dit aussi:

[TRADUCTION] ... la question n'est pas ce que l'on peut supposer que l'on avait en vue, mais ce que l'on a dit (ibid.)

Je trouve que la mise en garde de lord Sankey répond particulièrement bien aux arguments de l'avocat de l'appellant. (Lorsque je m'appuie sur le sens clair du libellé des Conditions de l'adhésion, je ne veux pas laisser entendre que je suis d'accord avec les arguments de l'avocat de l'appellant relativement aux règles d'interprétation, aux éléments de preuve extrinsèques et aux antécédents historiques. En effet, les avocats du CN et du procureur général ont opposé en réponse d'impressionnants arguments, mais je n'ai pas jugé nécessaire d'en traiter en détail en raison de la clarté du libellé des Conditions de l'adhésion.) [Non souligné dans le texte original.]

À mon avis, les mots «service convenable de bateaux à vapeur» ne sont simplement pas susceptibles d'être interprétés comme s'entendant d'un pont. Conclure le contraire serait s'attribuer un rôle qui revient légitimement au législateur, non aux tribunaux.

La requérante en l'espèce dit que le projet de pont porte atteinte aux Conditions de l'adhésion non seulement en remplaçant le service de traversiers par un pont mais encore en substituant un service privé à une obligation d'assurer un service public ou étatique. En outre, on soutient que les Conditions de l'adhésion disent expressément que le gouvernement fédéral «se chargera des dépenses occasionnées» par le service. On prévoit que SCI fera payer des droits à ceux qui emprunteront le pont. À ce propos, on a toujours demandé des droits, du moins à notre époque, à ceux qui montent à bord des traversiers. Je ne pense pas avoir besoin d'étudier ces deux derniers arguments, étant donné que j'ai conclu que l'abandon du service de traversiers nécessite une modification constitutionnelle. Les deux arguments supplémentaires étayaient cependant la conclusion selon laquelle il convient d'apporter le changement envisagé au moyen d'une modification constitutionnelle plutôt que par la voie de l'interprétation judiciaire.

Il n'est pas difficile de modifier les Conditions de l'adhésion en ce qui a trait à la disposition en cause. L'obligation constitutionnelle ne touche que l'Île-du-Prince-Édouard et le gouvernement fédéral. Par conséquent, elle peut être modifiée en conformité avec l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il suffit d'une résolution de l'assemblée législative de l'Île-du-Prince-Édouard et d'une résolution de la

mons and the Senate. The Governor General can then proclaim an amendment in force. This is a far more simple procedure than applies to changes to legislative fields of jurisdiction or to amendment respecting section 96 of the *Constitution Act, 1867*.

The applicant argues that the proposed actions by the respective governments pursuant to the Federal-Provincial Agreement and by the federal government (through the Minister of Public Works), in entering into agreements with SCI for the construction and operation of the bridge, offend not only the provisions of the Terms of Union requiring the establishment and maintenance of an efficient steam service with the mainland but also the provision respecting the protection of the fishery. In so far as these arguments are concerned, they are premised on an interpretation of the relevant provision of the Terms of Union which would prevent the federal government from taking any steps or procedures which had any negative impacts on the fishery, whether it be building harbours or wharves or indeed running a ferry service. I think it is clear that the obligation imposed with respect to the protection of the fishery requires the federal government to assume the financial responsibility for whatever governmental services are provided for the protection of the fishery. It does not, unlike the provision respecting an efficient steam service, impose any positive duty on the federal government. This is clear from the decision in *R. (Canada) v. The Queen (P.E.I.)*, [1978] 1 F.C. 533 (C.A.), where Chief Justice Jaccett stated at page 566:

Certain items, however, appear to contemplate that the Dominion Government will "assume" and "defray all the charges for" certain services (i.e., branches of the public service) theretofore operated by the Colony—e.g., "the Department of Customs", "The Postal Department", "The protection of the Fisheries", "the Militia", "The Geological Survey" and "The Penitentiary". The item here in question—"Efficient Steam Service"—in my view, is different in character from either of those two classes of item. It refers to a service "to be established and maintained . . . Winter and Summer . . .". It does relate to a service but it does not provide for a mere assumption of operations theretofore operated by the Colony to be integrated into the respective national services but it is a requirement that a theretofore non-existent service be "established" and "maintained" in the future.

I am, therefore, of the view that this item in the paragraph in question is different in kind from the other items in that para-

Chambre des communes et du Sénat. Le gouverneur général peut alors proclamer la modification. Cette procédure est beaucoup plus simple que celle qui s'applique aux modifications des sphères de compétence législative ou à une modification concernant l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La requérante soutient que les actions projetées des gouvernements respectifs en vertu de l'entente fédérale-provinciale et du gouvernement fédéral (par l'entremise du ministre des Travaux publics), qui veut conclure des accords avec SCI en vue de la construction et de l'exploitation du pont, violent non seulement les dispositions des Conditions de l'adhésion exigeant l'établissement et le maintien d'un service convenable de bateaux à vapeur entre l'Île et le continent, mais encore la disposition relative à la protection des pêcheries. Ces arguments reposent sur une interprétation de la disposition pertinente des Conditions de l'adhésion qui interdirait au gouvernement fédéral de prendre toute mesure ou d'accomplir toute action qui aurait des répercussions néfastes sur les pêcheries, soit en construisant des ports ou des quais ou même en exploitant un service de traversiers. Je pense que, de toute évidence, l'obligation imposée au gouvernement fédéral relativement aux pêcheries consiste à supporter tous les frais découlant de la fourniture de services publics destinés à protéger les pêcheries. Contrairement à la disposition relative au service convenable de bateaux à vapeur, elle n'impose aucune obligation positive au gouvernement fédéral. Cela ressort clairement de l'arrêt *R. (Canada) c. La Reine (Î.P.É.)*, [1978] 1 C.F. 533 (C.A.), dans lequel le juge en chef Jaccett a dit ceci, à la page 566:

Cependant certains objets paraissent prévoir que le gouvernement fédéral «assumera la responsabilité» et «supportera tous les frais» de certains services (c.-à-d. des divisions de la fonction publique) jusqu' alors administrés par la colonie—par ex. l'«administration des douanes», «Le service postal», «La protection des pêcheries», «la milice», «L'exploration géologique», et «Le pénitencier». À mon avis l'objet en question—«Un service convenable de bateaux à vapeur» est de nature différente de ces deux catégories d'objet. Il se rapporte à un service «qui sera établi et maintenu l'été et l'hiver». Il a effectivement trait à un service, mais il ne prévoit pas que la simple appropriation des opérations jusqu' alors conduites par la colonie doit être intégrée dans les services nationaux respectifs; il constitue plutôt une exigence suivant laquelle un service alors inexistant doit être «établi» et «maintenu» par la suite.

Je suis donc d'avis que l'objet en question diffère en nature des autres objets de l'alinéa (l'objet «communications télégra-

graph (with the possible exception of the “telegraphic communication” item). It is neither the repetition, for greater certainty, of what would follow from entry of the Province into Confederation on the same terms as apply to the other provinces nor is it a taking over of staff and facilities previously operated by the Colony. [Underlining added.]

While I cannot agree that the proposed construction of the bridge will result in a breach of the federal government’s obligation to assume and defray expenses relating to the protection of the fishery, I am persuaded that discontinuing the ferry service would be a breach of the constitutionally guaranteed Terms of Union upon which Prince Edward Island entered confederation.

### Standing

The respondents argue that the applicant does not have standing to bring the present application. It is argued that: (1) the applicant does not meet the criteria for standing established by the decisions *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575 and *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (2) even if the applicant meets the criteria for public interest standing as set out in the *Thorson*, *Borowski* and *Finlay* cases, subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], as amended by S.C. 1990, c. 8, section 5, requires a more specific and particular interest, and the applicant does not possess such; (3) in so far as the constitutional issue is concerned, the obligation under the Terms of Union is owed to the Government of Prince Edward Island, not to individuals or persons, and only the province can sue to have it enforced.

The *Thorson*, *Borowski* and *Finlay* cases and *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265 establish that standing will be granted to a public interest group to challenge the exercise of administrative authority where: a serious issue is raised; the applicant shows a genuine interest as a citizen; there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court. The respondents argue that the applicant has not established the requisite interest because it has filed no material to establish its corporate objects or interest.

phiques» possiblement excepté). Il ne s’agit pas d’une répétition pour plus de certitude de ce que l’entrée de la province dans la Confédération entraînera, aux mêmes conditions applicables aux autres provinces, ni de la prise en charge du personnel et des facilités antérieurement administrés par la colonie.

a [Non souligné dans le texte original.]

Certes, je ne puis convenir que la construction projetée du pont entraînera un manquement à l’obligation du gouvernement fédéral de se charger des frais relatifs à la protection des pêcheries, mais je suis persuadée que l’abandon du service de traversiers porterait atteinte aux Conditions de l’adhésion de l’Île-du-Prince-Édouard à la Confédération, qui sont inscrites dans la Constitution.

### Qualité pour agir

Les intimés soutiennent que la requérante n’a pas la qualité pour agir dans la présente espèce. Ils affirment ce qui suit: premièrement, la requérante ne satisfait pas aux critères relatifs à la qualité pour agir énoncés dans les arrêts *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575 et *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, deuxièmement, même si la requérante satisfaisait aux critères relatifs à la qualité pour agir dans l’intérêt public énoncés dans les arrêts *Thorson*, *Borowski* et *Finlay*, le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], modifiée par L.C. 1990, ch. 8, article 5, exige un intérêt plus précis et particulier, et la requérante ne l’a pas; troisièmement, en ce qui concerne la question constitutionnelle, c’est le gouvernement de l’Île-du-Prince-Édouard qui est le créancier de l’obligation prévue aux Conditions de l’adhésion, ce ne sont pas des individus, et seule la province peut ester en justice pour la faire respecter.

Les arrêts *Thorson*, *Borowski* et *Finlay* et *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265 établissent qu’un groupe d’intérêt public se voit reconnaître la qualité pour contester l’exercice de pouvoirs administratifs s’il remplit les conditions suivantes: il soulève une question sérieuse à trancher; il fait la preuve d’un intérêt véritable à titre de citoyen; il n’existe pas d’autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question au tribunal. Les intimés soutiennent que la société requérante n’a pas établi l’intérêt requis parce qu’elle n’a pas déposé de document

The interests of its members or shareholders cannot be taken to be the interest of the applicant. Reliance is placed on the decision in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236.

The applicant's members are farmers, fishermen, ferry workers and environmentalists resident in Prince Edward Island. There is abundant evidence establishing their individual interests. In my view, as I read the material which has been filed, there is also evidence that the objects of the corporate applicant, include, if not solely relate to, activities directed at opposing the construction of the bridge. In my view, the applicant has proven that it has sufficient interest as set out in the *Thorson, Borowski* and *Finlay* cases.

Counsel for SCI argues that regardless of the nature of public interest standing as defined in the *Thorson, Borowski* and *Finlay* cases, when subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act* was amended by S.C. 1990, c. 8, the legislator chose to accord standing only to persons "directly affected by the matter in respect of which relief is sought."<sup>14</sup> He argues that the words "directly affected" have a very well-defined and long standing meaning in the common law. They have been interpreted as requiring a party to have a special or particular interest different from that held by the public generally. He argues that when the amendment to subsection 18.1(1) was enacted the interpretation which had been given to that wording was known and therefore the legislator clearly intended to restrict public interest standing in subsection 18.1(1). He acknowledges that such restriction is inconsistent with the trend of the law as developed in *Thorson, Borowski* and *Finlay*. At the same time, he argues that it is clear from the wording chosen by the legislator that retraction from or restriction of those decisions was intended, in so far as subsection 18.1(1) is concerned. He notes that the

<sup>14</sup> S. 18.1(1) of the *Federal Court Act* provides:

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

exposant l'objet pour lequel elle a été constituée ou son intérêt. Les intérêts de ses membres ou actionnaires ne sauraient être assimilés à ceux de la requérante. On cite l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

Les membres de la société requérante sont des agriculteurs, des pêcheurs, des employés des traversiers et des écologistes résidents de l'Île-du-Prince-Édouard. Une preuve abondante montre leur intérêt individuel. À mon avis, selon mon interprétation des documents produits, il a été également établi que les objets de la société requérante comprennent, entre autres, des activités visant à faire obstacle à la construction du pont, voire se réduisent à de telles activités. À mon sens, la requérante a prouvé qu'elle a un intérêt suffisant selon les critères exposés dans les arrêts *Thorson, Borowski* et *Finlay*.

L'avocat de SCI soutient que, peu importe la nature de la qualité pour agir dans l'intérêt public définie dans les arrêts *Thorson, Borowski* et *Finlay*, quand le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* a été modifié par L.C. 1990, ch. 8, le législateur a choisi d'accorder la qualité pour agir seulement aux personnes «directement touchées par l'objet de la demande»<sup>14</sup>. Il affirme que le sens des mots «directement touché» est très bien défini, depuis longtemps, en common law. Ils ont été interprétés comme s'entendant de quiconque a un intérêt spécial ou particulier, distinct de celui qu'a le grand public. Il soutient que, lorsque le paragraphe 18.1(1) a été modifié, l'interprétation qui avait été donnée à ce texte était connue et que le législateur avait donc nettement l'intention de restreindre la qualité pour agir dans l'intérêt public en adoptant le paragraphe 18.1(1). Il reconnaît que cette restriction est incompatible avec la tendance du droit manifestée dans les arrêts *Thorson, Borowski* et *Finlay*. Toutefois, il affirme qu'il ressort clairement du libellé du texte de loi que le législateur voulait désavouer ou limiter ces arrêts, en ce qui a trait au paragraphe 18.1(1). Il fait remarquer que, d'ordinaire,

<sup>14</sup> L'art. 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* est ainsi conçu:

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

usual terminology to provide for public interest standing is to state that a party who has a "genuine interest" may bring suit.

I am not convinced that the interpretation for which counsel contends is appropriate with respect to subsection 18.1(1). Prior to the amendments to the *Federal Court Act*,<sup>15</sup> subsection 28(2) of that Act provided "any party directly affected" could apply for judicial review:

28. . . .

(2) Any application under subsection (1) may be made by the Attorney General of Canada or any party directly affected by the decision or order by filing a notice of the application in the Court within ten days from the time the decision or order was first communicated to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to that party by the board, commission or other tribunal, or within such further time as the Court of Appeal or a judge thereof may, either before or after the expiration of those ten days, fix or allow. [Underlining added.]

This provision is commented upon in Thomas A. Cromwell's book *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*, (Carswell, Toronto, 1986), at pages 163-164:

(B) *Who is "directly affected" under section 28(2)?* The application of this standing test requires the Court to traverse a semantic wasteland similar to that encountered in deciding who has an "interest", who suffers "special injury" or who is a "person aggrieved". Not surprisingly, even though there are only a few cases interpreting this aspect of s. 28(2), they are hard to reconcile. For example, in the *John Graham* [(1975), 68 D.L.R. (3d) 110 (F.C.A.)] case, the corporate applicant was held to have standing under s. 28 to challenge a decision of the C.R.T.C. approving the transfer of a majority share interest in a company in which it was a minority shareholder on the basis that the value and earnings for its shares could be affected by the transfer. While this was said to constitute a "direct effect", it seems to be equally arguable that it was "indirect" in that it was not the transfer itself but the possible changes in value and earnings thereafter that would affect the applicant. This direct-indirect conundrum is not resolved by comparison with the *Canadian Telecommunications Union* [(1981), 41 N.R. 243 (F.C.A.)] case. In that case, the Court held that one union did not have standing to seek judicial review of a decision of the Canada Labour Relations Board certifying a rival union as bargaining agent for a certain group of employees. The applicant union argued that the Board's decision, coupled with the creation of a new partnership of employers, placed the rival in a position to challenge the applicant's representation of a group of employees of the new partnership. The Court noted that the

<sup>15</sup> S.C. 1990, c. 8.

le texte de loi accorde la qualité pour agir dans l'intérêt public à la personne qui a un «intérêt véritable».

a Je ne suis pas convaincue qu'il convienne d'appliquer l'interprétation que l'avocat préconise à l'égard du paragraphe 18.1(1). Avant que la *Loi sur la Cour fédérale* ne soit modifiée<sup>15</sup>, le paragraphe 28(2) de cette Loi disposait que «toute partie directement intéressée» pouvait présenter une demande de révision judiciaire:

28. . . .

b (2) Le procureur général du Canada ou toute partie directement intéressée par la décision ou l'ordonnance peut présenter la demande visée au paragraphe (1) en déposant à la Cour un avis en ce sens dans les dix jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de la décision ou ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire que la Cour d'appel ou un de ses juges peut, avant ou après l'expiration de ces dix jours, fixer ou accorder. [Non souligné dans le texte original.]

Dans son ouvrage *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*, Carswell, Toronto, 1986, aux pages 163 et 164, Thomas A. Cromwell fait les observations qui suivent au sujet de cette disposition:

[TRADUCTION] (B) *Qui est une partie «directement intéressée» au sens du paragraphe 28(2)?* L'application de ce critère de la qualité pour agir oblige la Cour à combler un vide sémantique comme celui devant lequel se trouve le tribunal qui doit décider qui a un «intérêt», qui subit un «dommage particulier» ou qui est une «personne lésée». Comme on pouvait s'y attendre, bien qu'un nombre peu élevé de précédents portent sur l'interprétation de cet aspect du par. 28(2), ils sont difficiles à concilier. Par exemple, dans l'arrêt *John Graham* [(1975), 68 D.L.R. (3d) 110 (C.A.F.)], la Cour a jugé que la société appelante avait qualité pour contester, en vertu de l'art. 28, une décision du C.R.T.C. approuvant le transfert de la majorité des actions d'une société dont elle était une actionnaire minoritaire parce que cette décision pouvait influencer sur la valeur de ses actions et sur les gains en découlant. Certes, la Cour a tenu cela pour un «effet direct», mais il semble aussi qu'on puisse soutenir que l'effet était «indirect» car ce n'était pas le transfert lui-même, mais la modification de la valeur et des gains par la suite qui toucherait la requérante. La comparaison avec l'arrêt *Le Syndicat canadien des télécommunications* [(1981), 41 N.R. 243 (C.A.F.)] ne permet pas de sortir du dilemme qui oppose effet direct et effet indirect. Dans cette affaire, la Cour a décidé qu'un syndicat n'avait pas qualité pour demander l'examen judiciaire d'une décision du Conseil canadien des relations du travail accreditant un syndicat concurrent comme agent négociateur d'un certain groupe d'employés. Le syndicat requérant

<sup>15</sup> S.C. 1990, ch. 8.



applicant had been denied the status of an intervenor by the Board and found that it was affected only indirectly by the Board's order. Its desire to protect its competitive position with the other union was not sufficient to give it standing under s. 28. It is not apparent how this effect is indirect while that in *John Graham* is direct. At best, the distinction seems to be one of degree rather than type.

An interesting approach to standing under s. 28(2) was proposed by LeDain J. in the *Canadian Telecommunications Union* case. In his view, the issue of whether the Board's decision directly affected the applicant

involves . . . a determination whether that decision directly affected an interest which the court should recognize as sufficient for standing. The recognition of standing, at least where the interest on which it rests cannot be clearly defined in terms of legal right or obligation, is a matter of judicial discretion. . . .

In the light of this background, I cannot conclude that when Parliament amended the *Federal Court Act* to redress some of the difficulties which had been created by the earlier division of jurisdiction between the Trial Division and the Appeal Division (by sections 18 and 28 respectively) that it intended to limit judicial review under subsection 18.1(1) to the pre-*Thorson, Borowski, Finlay* test. I think the wording in subsection 18.1(1) allows the Court discretion to grant standing when it is convinced that the particular circumstances of the case and the type of interest which the applicant holds justify status being granted. (This assumes there is a justiciable issue and no other effective and practical means of getting the issue before the courts.) In this case, the applicant has demonstrated such interest and the issue is clearly justiciable.

It is argued that the applicant should not be given standing, at least, with respect to the constitutional issue, because there are other ways of getting that issue before the Court. It is argued that the provincial government can bring suit and that it has expressly reserved this right under the Federal-Provincial

a soutenu qu'en raison de la décision du Conseil, conjuguée à la création d'une nouvelle association d'employeurs, le concurrent était mieux placé pour contester le droit de représentation, par le requérant, d'un groupe d'employés de la nouvelle association. La Cour a fait observer que le requérant s'était vu refuser la qualité d'intervenant par le Conseil et a conclu qu'il n'était touché qu'indirectement par la décision du Conseil. Sa volonté de protéger sa position par rapport au syndicat concurrent n'était pas suffisante pour lui donner la qualité pour agir en vertu de l'art. 28. Ce qui fait que cet effet est indirect, alors que l'intérêt dans l'arrêt *John Graham* était direct, ne coule pas de source. La distinction semble être une différence de degré plutôt que de nature.

Le juge LeDain a exprimé un point de vue intéressant sur la question de la qualité pour agir en vertu de l'art. 28(2) dans l'arrêt *Syndicat canadien des télécommunications*. À son avis, la question de savoir si la décision du Conseil touchait directement le requérant

comporte . . . une détermination quant à savoir si cette décision a directement affecté un intérêt que la Cour devrait reconnaître comme suffisant pour que soit reconnue la qualité pour agir. La reconnaissance de la qualité pour agir, du moins dans les cas où l'intérêt sur lequel elle se fonde ne peut être clairement défini en termes d'obligations ou de droits légaux, est une question relevant de la discrétion judiciaire.

Étant donné ce contexte, je ne peux pas conclure que, lorsque le législateur a modifié la *Loi sur la Cour fédérale* afin de supprimer certaines des difficultés qu'avait suscitées le partage des compétences antérieur entre la Section de première instance et la Section d'appel (établi aux articles 18 et 28), il a voulu limiter la révision judiciaire en vertu du paragraphe 18.1(1) au critère défini avant les arrêts *Thorson, Borowski* et *Finlay*. Je suis d'avis que le libellé du paragraphe 18.1(1) attribue à la Cour le pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir quand elle est convaincue que les circonstances particulières de l'espèce et le type d'intérêt qu'a le requérant justifient cette reconnaissance. (À supposer bien sûr qu'il y ait une question réglable par les voies de justice et qu'il n'existe aucun autre moyen efficace et pratique de soumettre la question aux tribunaux.) En l'espèce, la requérante a montré son intérêt et la question est clairement réglable par les voies de justice.

On soutient qu'il n'y a pas lieu de reconnaître à la requérante la qualité pour agir, du moins quant à la question constitutionnelle, parce qu'il existe d'autres moyens de soumettre la question aux tribunaux. On soutient que le gouvernement provincial peut intenter une action et qu'il s'est expressément réservé ce droit

Agreement. This is not convincing. As a party to that agreement, it is highly unlikely that the provincial government would test the constitutionality of the proposed discontinuance of the ferry service. A party should not be denied standing merely because theoretically there are other ways of getting the issue before the Court. The possibility of such other actions being taken has to carry a reasonable degree of probability before standing should be refused on that basis. Such does not exist in this case. While the provincial government can, it is not likely to take action. The applicant has met the requirement that there is no other effective and practical means of getting the matter before the Court, both with respect to the constitutional and the environmental issues.

With respect to the argument that the applicant does not have standing to raise the constitutional issue because only the Government of Prince Edward Island can sue to enforce that obligation, this argument relies on past events and on comments in *R. (Prince Edward Island) v. R. (Canada)*, [1976] 2 F.C. 712 (T.D.), affirmed by [1978] 1 F.C. 533 (C.A.). In so far as past events are concerned, Prince Edward Island has on two occasions presented memorials to the federal government complaining about breaches of the Terms of Union in issue: one in 1901, another in 1912. On both occasions compensation was paid to the provincial government.<sup>16</sup> In so far as the decision in *P.E.I. v. Canada* is concerned, it arose out of a strike of the ferry workers in 1973. This caused the Government of Prince Edward Island to again claim compensation for a breach of the Terms of Union. The province commenced an action for damages in the Federal Court. In reaching his decision that damages could not be awarded, Chief Justice Jackett wrote [at pages 555-556, note 30]:

<sup>16</sup> *An Act to provide for a further annual allowance to the Province of Prince Edward Island*, S.C. 1901, c. 3 and *An Act to ratify and confirm a certain agreement between the Governments of Canada and Prince Edward Island, in respect of Claims for non-fulfillment of the terms of Union*, S.P.E.I. 1901, c. 3. *The Prince Edward Island Subsidy Act, 1912*, S.C. 1912, c. 42.

dans l'Entente fédérale-provinciale. Cela n'est pas convaincant. Il est improbable que le gouvernement provincial, à titre de partie à cet accord, attaque la constitutionnalité de l'abandon projeté du service de traversiers. Il n'y a pas lieu de priver une partie de la qualité pour agir simplement parce qu'en théorie, il existe d'autres moyens de soumettre la question à la Cour. Il faut que la possibilité de prendre ces autres mesures s'apparente raisonnablement à une probabilité pour que la qualité pour agir soit refusée pour cette raison. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Certes, le gouvernement provincial peut engager une poursuite, mais il y a peu de chances qu'il le fasse. La requérante a satisfait à l'exigence selon laquelle il ne doit exister aucun autre moyen efficace et pratique de soumettre la question à la Cour, par rapport tant à la question constitutionnelle qu'à la question de l'environnement.

Quant à l'argument que la requérante n'a pas la qualité pour soulever la question constitutionnelle parce que seul le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard peut tenter une action pour faire respecter cette obligation, il est fondé sur des faits passés et sur des observations tirées de la décision *R. (Île-du-Prince-Édouard) c. R. (Canada)*, [1976] 2 C.F. 712 (1<sup>re</sup> inst.), confirmée par [1978] 1 C.F. 533 (C.A.). En ce qui concerne le passé, l'Île-du-Prince-Édouard a déjà présenté deux mémoires au gouvernement fédéral pour se plaindre de violations des Conditions de l'adhésion en cause: en 1901 et en 1912. Les deux fois, une indemnité a été versée au gouvernement provincial<sup>16</sup>. Quant à l'affaire *Î.-P.-É. c. Canada*, elle découlait d'une grève des employés des traversiers déclenchée en 1973. Cette grève a poussé encore une fois le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard à demander un dédommagement pour l'inexécution des Conditions de l'adhésion. La province a engagé une action en dommages-intérêts devant la Cour fédérale. Décidant qu'il n'y avait pas lieu d'accorder des dommages-intérêts, le juge en chef Jackett a écrit ceci [aux pages 555 et 556, note 30]:

<sup>16</sup> *Loi prévoyant une nouvelle allocation annuelle à la Province de l'Île-du-Prince-Édouard*, S.C. 1901, ch. 3, et *An Act to ratify and confirm a certain agreement between the Governments of Canada and Prince Edward Island, in respect of claims for non-fulfillment of the terms of Union*, S.P.E.I. 1901, ch. 3. *Loi de la Subvention à la Province de l'Île-du-Prince-Édouard*, S.C. 1912, ch. 42.

<sup>30</sup> Compare *Samson v. The Queen* [1957] S.C.R. 832, per Locke J. at p. 841. As a realistic matter, it seems obvious that, just as being joined to the eastern provinces by railway was a *sine qua non* of British Columbia joining the union, so the right to be joined to the mainland by ferry service was a *sine qua non* of Prince Edward Island joining. To my mind, it is inconceivable that when such terms of union were given statutory form, the resultant rights were meant to be of such an empty nature that breach thereof would not give rise to a right to compensation.

That is not to say that an individual who happened to be an inhabitant of the Province at the time of breach has a legal claim to damages for his loss suffered as an individual. I express no opinion on that question but I must express doubt with regard thereto. I am of opinion that the “obligee” is the “Province”—i.e., the mass of inhabitants of the geographical area whoever they may be from time to time. I do not see the obligation to the Province as a joint right of the individuals or as a right held in trust for them as individuals. I see an analogy to the “booty of war” case (*Kinloch v. The Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619 (H.L.)) and to the case of reparations received by a country which is the successful party to a peace treaty.

Chief Justice Jackett dealt in that case only with the right of an individual to “claim to damages for his loss suffered as an individual.” That does not mean that individuals or corporate persons cannot bring an action seeking a declaration and a mandatory order that the constitutional obligations be complied with. The “obligee” may very well be the “Province” but the constitutional obligation is for the benefit of all the people of the province. And perhaps for the benefit also of Canadians from outside the province who wish to go to the Island. If the province alone can sue to enforce the obligation, then, the executive government of the province and the executive of the federal government can agree between themselves to alter a term of union with no recourse by the individuals affected to challenge it.

While one would assume that decisions would not be taken by the respective executive levels which did not reflect the will of their respective constituents (in this case, for example, a plebiscite was held on the Island with respect to the proposed construction of a fixed link) a principle which allows for change by the executive branches of government alone allows for

<sup>30</sup> Voir *Samson c. La Reine* [1957] R.C.S. 832, par le juge Locke à la p. 841. D'un point de vue réaliste, il paraît évident que, de même que la construction d'un chemin de fer pour relier la Colombie-Britannique aux provinces de l'Est était une condition *sine qua non* de son entrée dans l'Union, de même le droit d'être reliée au continent par un service de traversiers était une condition *sine qua non* de l'entrée de l'Île-du-Prince-Édouard. Il me paraît inconcevable que lorsque ces conditions de l'Union ont reçu la forme d'une loi, le législateur ait voulu que les droits qui en découleraient soient dénués de sens au point de ne pas donner lieu à une indemnisation.

Cela ne veut pas dire qu'une personne qui habitait la province à l'époque de l'inexécution ait un droit légal à des dommages-intérêts pour sa perte subie à titre individuel. Je n'exprime aucune opinion à ce sujet, mais quelque doute. Je suis d'avis que l'«obligataire» est la «province», c'est-à-dire la masse des habitants de la région géographique, quels qu'ils puissent être d'une époque à l'autre. Je ne vois pas l'obligation envers la province comme un droit solidaire des personnes ou comme un droit détenu en fiducie pour leur compte en tant qu'individus. Je vois ici une analogie avec le cas de «butin de guerre» (*Kinloch c. The Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619 (C.L.)) et celui des réparations accordées à un pays vainqueur dans un traité de paix.

Le juge en chef Jackett n'a traité dans cette affaire-là que du droit d'une personne «à des dommages-intérêts pour sa perte subie à titre individuel». Cela ne signifie pas que des personnes physiques ou des personnes morales ne peuvent pas tenter une action pour obtenir un jugement déclaratoire et une ordonnance ayant force exécutoire en vue de faire respecter les obligations constitutionnelles. L'«obligataire» peut bien être la «province», mais tous les habitants de la province sont les créanciers de l'obligation constitutionnelle. Et peut-être aussi tous les habitants du pays qui souhaitent se rendre dans l'Île. Si la province seule pouvait ester en justice pour faire procéder à l'exécution de l'obligation, alors le pouvoir exécutif de la province et le pouvoir exécutif du gouvernement fédéral pourraient s'entendre pour modifier une condition de l'adhésion sans que les personnes touchées aient droit de contester la décision.

Certes, on suppose que les pouvoirs exécutifs, fédéral et provincial, s'abstiendraient de prendre des décisions qui ne traduisent pas la volonté de leurs commettants (en l'occurrence, par exemple, un référendum a été organisé dans l'Île relativement au projet de construction d'un raccordement fixe), mais un principe qui autorise le pouvoir exécutif à procéder

amendments to be made which may or may not reflect the will of the people of the province.

I do not think the particular constitutional obligation could have been amended by executive agreement of the two governments before 1982. Section 146 of the *Constitution Act, 1867* gave the Terms of Union the status of a United Kingdom statute. Thus at that time, an amendment would have required an Act of the United Kingdom Legislature. I do not think the 1982 Act changed that protected status. See also, Hogg, *Constitutional Law of Canada*,<sup>17</sup> at page 102 where he talks about the unique terms which operate as legally enforceable provisions to particular provinces.

It is argued that individual persons cannot enforce the ferry service obligation because the Federal-Provincial Agreement and the prospective contracts with SCI are not "laws". If I understand the argument correctly, it is that the Minister of Public Works, in signing the Federal-Provincial Agreement and in the proposed signing of a contract with SCI, has engaged and is about to engage in an administrative act. Subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* states:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

In the first place subsection 52(1) does not say that it is only laws which can offend a constitutional obligation. Subsection 52(1) has two components and the first is that "[t]he Constitution of Canada is the supreme law of Canada". That alone, in my view, guarantees a constitutionally protected status to constitutional obligations. Secondly, it would be inconsistent with the principle that something which cannot be done directly cannot be done indirectly, if the two governments by executive agreement could effect an amendment to a constitutionally protected obligation. Lastly, the Minister of Public Works in signing the Federal-Provincial Agreement was acting under authority of an Order in Council. The agreement with SCI will be entered into pursuant to federal

<sup>17</sup> (3rd ed. 1992), Carswell.

seul à des changements légitimise des modifications qui peuvent ne pas correspondre à la volonté de la population de la province.

Je ne pense pas que l'obligation constitutionnelle particulière aurait pu être modifiée par un accord de l'exécutif de l'un et l'autre gouvernements avant 1982. L'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a érigé les Conditions de l'adhésion en loi du Royaume-Uni. En conséquence, à cette époque, toute modification aurait exigé l'adoption d'une loi par le Parlement du Royaume-Uni. Je ne pense pas que la Loi de 1982 ait changé cette protection. Voir aussi Hogg, *Constitutional Law of Canada*<sup>17</sup>, à la page 102, où il analyse les conditions exceptionnelles qui ont l'effet de dispositions exécutoires pour certaines provinces.

On soutient que les individus ne peuvent pas faire exécuter l'obligation concernant le service de traversiers parce que l'Entente fédérale-provinciale et les contrats futurs avec SCI ne sont pas des «règles de droit». Si je comprends bien cet argument, le ministre des Travaux publics, en signant l'Entente fédérale-provinciale et les contrats futurs avec SCI, accomplit ou se propose d'accomplir un acte administratif. Aux termes du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Tout d'abord, le paragraphe 52(1) ne dit pas que seules des règles de droit peuvent porter atteinte à une obligation constitutionnelle. Le paragraphe 52(1) comprend deux éléments et le premier est: «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada». Cela suffit à mon sens à garantir les obligations constitutionnelles. Ensuite, le principe qui veut qu'on ne puisse faire indirectement ce que l'on ne peut pas faire directement serait battu en brèche si le pouvoir exécutif des deux gouvernements pouvait apporter une modification à une obligation garantie par la Constitution. Enfin, le ministre des Travaux publics, en signant l'Entente fédérale-provinciale, agissait en vertu d'un décret du Conseil. L'entente avec SCI sera conclue en conformité avec une loi fédérale (la *Loi*

<sup>17</sup> Carswell, 3<sup>e</sup> éd., 1992.

legislation (the *Northumberland Strait Crossing Act*). Thus the discontinuance of the ferry will have been effected pursuant to laws and are governed by subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Accordingly, in my view, the applicant has standing to seek enforcement of the constitutional obligation to provide a ferry service between Prince Edward Island and the mainland.

#### Discretionary Remedies and Miscellaneous Considerations

It is argued that the Court should not grant the remedies sought by the applicant in this case because: (1) the applicant delayed in coming to Court; (2) the applicant participated in many of the steps which have already been taken (the EARP Panel discussions, meetings to discuss the environmental management plan) and this lulled the respondents into a false sense of security; (3) there has been so much environmental review, already, that requiring more is just overkill; (4) the actions being challenged are not properly reviewable under subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*; (5) in so far as any remedies based on the constitutional argument is concerned, they are premature since it is not planned to discontinue the ferry until after the bridge is built in 1997.

I am not convinced that delay is a relevant factor. The applicant is challenging a refusal to undertake certain action. It is difficult to determine exactly when a failure to take a positive step occurs. It was open to the Department of Public Works to comply with sections 10 and 12 even as late as January 1993. Also in terms of delay, the draft environmental management plan was not available until December 21, 1992 and public comments were then expected in the early weeks of January 1993. If this process was intended to provide for meaningful public involvement, it did seem to occur with unseemly haste and at a very inconvenient time of the year. It seems that there was some expectation that by this time (i.e., before financial closing) more detailed plans of the bridge would be available for assessment.

sur l'ouvrage de franchissement du détroit de *Northumberland*). Ainsi, l'abandon du service de traversiers sera fait en conformité avec des règles de droit et est assujéti au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, à mon avis, la requérante a la qualité pour demander l'exécution de l'obligation constitutionnelle d'assurer un service de traversiers entre l'Île-du-Prince-Édouard et le continent.

#### Pouvoir d'appréciation du tribunal et arguments divers

On soutient que la Cour ne doit pas accorder la réparation demandée par la requérante en l'espèce parce que: premièrement, elle a tardé à soumettre l'affaire à la Cour; deuxièmement, la requérante a participé à nombre des étapes déjà franchies (débat de la commission dans le cadre du PÉÉE, réunions portant sur le plan de gestion de l'environnement), de sorte que les intimés se sont endormis dans une fausse sécurité; troisièmement, il y a déjà eu tellement d'évaluation environnementale qu'en exiger encore représenterait une sursaturation; quatrièmement, les actions contestées ne donnent pas lieu à révision en vertu du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*; cinquièmement, en ce qui concerne les demandes de réparation fondées sur l'argument constitutionnel, elles sont prématurées car on ne prévoit pas l'abandon du service de traversiers avant la fin des travaux de construction du pont en 1997.

Je ne suis pas convaincue que le retard soit un facteur pertinent. La requérante conteste le refus de prendre certaines mesures. Il est difficile de déterminer exactement à quel moment se produit l'omission d'accomplir une action. Il était loisible au ministère des Travaux publics de respecter les articles 10 et 12 même à un moment aussi tardif qu'en janvier 1993. En outre, quant au laps de temps, le plan de gestion de l'environnement n'a pu être consulté que le 21 décembre 1992 et on s'attendait à ce que le public fasse parvenir ses observations durant les premières semaines de janvier 1993. Si le but de ce processus était de permettre une participation utile du public, il semble avoir été caractérisé par la précipitation et s'être déroulé à un bien mauvais moment de l'année. Il semble que l'on se soit attendu à ce qu'à ce moment (c'est-à-dire avant la conclusion de l'accord

relatif aux conditions financières) des plans plus détaillés du pont pourraient être soumis à l'évaluation.

With respect to the allegations that the respondents will suffer prejudice if the remedies sought are granted, I am not convinced that the respondents will suffer the kind of prejudice which would justify refusing the remedies. This project has taken over seven years to reach its present stage. The respondent, SCI, points to the contractual terms for the construction of the bridge, the arrangements it has made for financing and the prejudice it will suffer if it cannot fully utilize the 1993 construction season. The Governments of Prince Edward Island and New Brunswick are concerned that if the project does not go ahead that they will lose the \$40.8 million and \$20 million respectively which has been promised to provide for development activities in the Borden and Cape Tormentine areas (for example, for upgrading the road systems). They have filed affidavit evidence which predicts that the construction of the bridge will kick-start the Maritime economy and that if the bridge is not built, the New-Brunswick and the Prince Edward Island economies will suffer. Many of these arguments assume that the bridge project will not go ahead if an environmental assessment pursuant to section 12 is ordered or if a constitutional amendment is required to effect discontinuance of the ferry service. It is not unusual to find contracts being renegotiated when circumstances arise which were not initially foreseen, or which were initially foreseen but not taken into account. The renegotiation of contracts to allow for extended completion terms especially government contracts, it seems to me, is very common. I have not been convinced that the prejudice alleged is either so obvious or so drastic as to deny the applicant the remedies it seeks.

With respect to the participation by the applicant and its members in the various public discussions which have occurred, I find counsel for the applicant's argument convincing. It would be strange to find that because members of the applicant had participated in the processes open to them, that they thereby lost their right to require that the legal proce-

<sup>a</sup> Quant aux allégations selon lesquelles les intimés subiront un préjudice si la Cour fait droit à la demande de réparation, je ne suis pas convaincue que les intimés subiront le genre de préjudice qui justifierait le rejet de la demande. Ce projet a mis sept ans pour en arriver au présent stade. L'intimée SCI fait valoir les conditions contractuelles relatives à la construction du pont, les accords qu'elle avait conclus en matière de financement et le préjudice qu'elle subira si elle ne peut pas profiter pleinement de la saison de la construction en 1993. Les gouvernements de l'Île-du-Prince-Édouard et du Nouveau-Brunswick s'inquiètent au sujet de la perte possible des 40,8 millions de dollars et des 20 millions de dollars qui leur ont été promis pour le développement de la région de Borden et de Cape Tormentine (par exemple, pour améliorer l'infrastructure routière). Ils ont déposé une preuve par affidavit qui prédit que la construction du pont va relancer l'économie des Maritimes et que si le pont n'était pas construit, l'économie du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard en subirait le contrecoup. Nombre des arguments reposent sur l'hypothèse que le projet de pont ne sera pas réalisé si une évaluation environnementale faite conformément à l'article 12 est ordonnée ou si une modification à la Constitution est exigée pour l'abandon du service de traversiers. Il n'est pas inhabituel que des contrats soient renégociés quand surgissent des circonstances initialement imprévues, ou qui étaient prévues mais qui n'avaient pas été prises en considération. À mon avis, il est très courant de renégocier des contrats dans le but de stipuler la prorogation de l'exécution, surtout des marchés de l'État. On ne m'a pas convaincue que le préjudice allégué soit si évident ou si grave qu'il faille priver la requérante de la réparation demandée.

<sup>i</sup> Quant à la participation de la requérante et de ses membres aux diverses discussions publiques, je trouve l'argument de l'avocat de la requérante convaincant. Il serait étrange de conclure que, parce que les membres de la société requérante ont participé aux processus auxquels ils avaient accès, ils ont perdu ainsi leur droit d'exiger que la procédure pré-

dures established by the Guidelines Order be complied with.

I have found the third consideration the most difficult to deal with. A reading of the vast quantities of material which have been filed seems to indicate that an enormous amount of environmental study and review has already taken place. One is tempted to conclude, as the respondents argue, that all possible significant environmental effects have been identified, regardless of what the bridge design will finally be, and that these will be taken into account when the bridge is designed to ensure that they are mitigated. Also, the argument that bridges by their nature are environmentally benign is an attractive one. Counsel for the respondents contends that it would be futile and quite superfluous to require more environmental assessment than has already been done.

Counsel for the applicant argues to the contrary. He argues, for example, that baseline studies which were identified as being required in 1987 have still not been done and that features of the bridge proposal, which have only now become public, such as the spacing of the near-shore piers, have not been studied. Also, he argues that the guarantees to the public contained in the Guidelines Order are minimal: the initiating department is left with a great deal of discretion; the government can ignore an Environmental Assessment Panel's recommendation. It is argued that the public have the right to have the minimal procedural mandatory safeguards which are found in the Guidelines Order complied with.

I note that in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, the Trial Judge [[1990] 1 F.C. 248] had refused to grant orders of *mandamus* and *certiorari* with respect to an environmental review, on the ground that such action would be futile and repetitive in the light of the extensive environmental review which had already taken place. The Federal Court of Appeal overruled that decision [[1990] 2 F.C. 18]. This was affirmed by the Supreme Court. At page 80 of the Supreme Court decision, Mr. Justice La Forest, in speaking for the Court, stated:

vue par le Décret sur les lignes directrices soit respectée.

J'ai considéré le troisième argument comme le plus difficile à trancher. L'abondante documentation produite semble indiquer que de très nombreux examens et évaluations en matière d'environnement ont déjà été effectués. On serait tenté de conclure, à l'instar des intimés, que toutes les incidences environnementales importantes ont été examinées, peu importe ce que sera la conception définitive du pont, qu'elles seront prises en compte dans la conception du pont et qu'on veillera à ce qu'elles soient atténuées. En outre, l'argument que les ponts, par nature, ont peu d'effets sur l'environnement est intéressant. L'avocat des intimés prétend qu'il serait futile et tout à fait superflu d'exiger d'autres évaluations environnementales en plus de celles qui ont été réalisées.

L'avocat de la requérante affirme le contraire. Il soutient, par exemple, que des études relatives à l'axe du pont, dont la nécessité était déjà reconnue en 1987, n'ont pas encore été effectuées et que des aspects du projet de construction d'un pont, qui viennent d'être rendus publics, tels que l'espacement des piles près du rivage, n'ont pas été étudiés. De plus, il soutient que des garanties minimales sont données au public dans le Décret sur les lignes directrices: le ministère responsable a un large pouvoir d'appréciation; le gouvernement peut ne pas tenir compte de la recommandation d'une commission d'évaluation environnementale. Il affirme que le public a le droit d'exiger le respect des garanties minimales, sur le plan de la procédure, qu'offre le Décret sur les lignes directrices.

Je ferai remarquer que, dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, le juge de première instance [[1990] 1 C.F. 248] avait refusé de rendre des ordonnances de *mandamus* et de *certiorari* relativement à l'évaluation environnementale parce que cette action serait futile et répétitive étant donné les importantes études environnementales qui avaient déjà été réalisées. La Cour d'appel fédérale a infirmé cette décision [[1990] 2 C.F. 18]. La Cour suprême a confirmé son arrêt. À la page 80 de l'arrêt de la Cour Suprême, le juge La Forest, au nom de la Cour, dit ce qui suit:

In my view this was not a proper ground to refuse a remedy in these circumstances. Prerogative relief should only be refused on the ground of futility in those few instances where the issuance of a prerogative writ would be effectively nugatory. For example, a case where the order could not possibly be implemented, such as an order of prohibition to a tribunal if nothing is left for it to do that can be prohibited; see de Smith, *supra*, at pp. 427-428. It is a different matter, though, where it cannot be determined *a priori* that an order in the nature of prerogative relief will have no practical effect.

What is troubling from the Court's point of view in this case is that, while on reading the material which forms part of the record there appears to have been a great deal of general consideration of the various potential environmental concerns, one is left with the question as to whether specific design features of the bridge, not yet disclosed (or perhaps even yet decided upon) might carry with them significant environmental impacts. The difficulty I have in making a judgment as to whether adequate review has already taken place is that such a judgment requires me to enter into an assessment of the merits of the decisions which have been made, a realm which I think all parties agree is not an appropriate domain for a court on judicial review.<sup>18</sup>

I agree with counsel for the applicant's argument that the mandatory requirements should be strictly complied with. I am not persuaded that because there appears to have been a great deal of environmental study done, I should refuse the relief sought.

In so far as the arguments that this application cannot be entertained pursuant to subsection 18.1(1) because, in so far as the constitutional issue is concerned at least, the signing of the Federal-Provincial Agreement by the Minister of Public Works is not a decision or order of a federal board, commission or tribunal, I am not convinced that this is so. The words "federal board, commission or other tribunal" are defined in section 2 [as am. *idem*, s. 1] of the *Federal*

<sup>18</sup> *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1992] 3 F.C. 42 (T.D.) at p. 48; *Cantwell v. Canada (Minister of the Environment)* (1991), 41 F.T.R. 18 (F.C.T.D.) at p. 27, affd F.C.A., Court File No. A-124-91, June 6, 1991; *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1990] 1 F.C. 595 (T.D.); affd [1991] 1 F.C. 641 (C.A.), at p. 661.

À mon avis, ce motif ne pouvait justifier un refus dans les circonstances. La délivrance d'un bref de prérogative devrait être refusée pour motif de futilité seulement dans les rares cas où sa délivrance serait vraiment inefficace. Par exemple, le cas où l'ordonnance ne pourrait pas être exécutée, savoir une ordonnance de prohibition à l'encontre d'un tribunal s'il ne lui reste rien à faire qui puisse être interdit; voir de Smith, *op. cit.*, aux pp. 427 et 428. Ce n'est pas du tout la même situation lorsque l'on ne peut déterminer *a priori* qu'une ordonnance de la nature d'un bref de prérogative n'aura aucune incidence sur le plan pratique.

Du point de vue de la Cour, une chose est inquiétante en l'espèce: certes, il appert des documents versés au dossier que de nombreuses études à caractère général ont été effectuées sur les diverses préoccupations possibles touchant l'environnement, mais on se demande si des caractéristiques incorporées dans les plans définitifs du pont, qui n'ont pas encore été communiquées (ou qui n'ont peut-être pas encore été arrêtées), pourraient avoir des effets importants sur l'environnement. J'ai de la difficulté à me prononcer sur la question de savoir si un examen suffisant a été fait parce que cela m'oblige à évaluer le bien-fondé des décisions qui ont été prises, domaine qui, de l'aveu de tous, ne ressortit pas à la sphère d'attributions du tribunal qui est saisi d'une demande de révision judiciaire<sup>18</sup>.

Je souscris à l'argument de l'avocat de la requérante qu'il faut respecter rigoureusement les exigences obligatoires. Je ne suis pas convaincue que, parce qu'il semble que d'importantes études environnementales ont été effectuées, je doive refuser d'accorder la réparation demandée.

Quant à l'argument que la Cour ne doit pas connaître de la présente demande en vertu du paragraphe 18.1(1) parce que, du moins en ce qui concerne la question constitutionnelle, la signature de l'Entente fédérale-provinciale par le ministre des Travaux publics n'est pas une décision ou une ordonnance d'un office fédéral, je ne suis pas persuadée que cela soit le cas. Le terme «office fédéral» est défini comme suit à l'article 2 [mod., *idem*, art. 1] de

<sup>18</sup> *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1992] 3 C.F. 42 (1<sup>re</sup> inst.) 42 à la p. 48; *Cantwell c. Canada (Ministre de l'Environnement)* (1991), 41 F.T.R. 18 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) à la p. 27; confirmé C.A.F., n<sup>o</sup> du greffe A-124-91, 6 juin 1991; *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1990] 1 C.F. 595 (1<sup>re</sup> inst.); confirmé [1991] 1 C.F. 641 (C.A.), à la p. 661.



*Court Act* as meaning “any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown” [underlining added]. The Minister of Public Works in signing the Federal-Provincial Agreement fell within that definition and the proposed action of signing contracts with SCI will also fall within that definition.

It is argued that in so far as the constitutional obligation to continue a ferry service is concerned, this application is premature because that service is still running. It is not planned to discontinue it until the bridge is built, probably in 1997. What is more the *Northumberland Strait Crossing Act* is not yet law and courts are reluctant to address questions respecting the constitutionality of prospective legislation which has not been passed. This is not a convincing argument. If a constitutional amendment is needed, it is in everybody’s best interest to be aware of that now rather than later. If the applicant delayed bringing its application forward until 1997, the respondents would certainly be arguing that the Court should refuse relief because of the applicant’s delay.

### Conclusion

In summary, the Department of Public Works has said that the section 12 evaluation for Guidelines Order purposes was done when the GIEE was prepared in March of 1988. It has said that it has not and does not, in the foreseeable future, intend to carry out any other section 12 review. The GIEE, on its own terms, states that it was not intended to and did not fulfil the section 12 requirements. All the documentation of that period, including SCI’s response to the proposal call, was based on the premise that a further and more specific section 12 evaluation of the final design would occur. Also, all the assessments which have been done since that time including the SCI environmental management plan, which was released in recent months have addressed the bridge project at the concept level. Thus, I think the applicant is entitled to an order requiring the Minister of Public Works to have a section 12 assessment undertaken

la *Loi sur la Cour fédérale*: «Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prerogative royale» [soulignements ajoutés]. En signant l’Entente fédérale-provinciale, le ministre des Travaux publics tombe sous le coup de cette définition et l’action projetée, savoir la signature de contrats avec SCI, sera aussi visée par cette définition.

On soutient qu’en ce qui concerne l’obligation constitutionnelle de maintenir le service de traversiers, la présente demande est prématurée, parce que ce service est encore assuré. On ne prévoit pas l’abandonner tant que le pont ne sera pas achevé, probablement en 1997. Fait plus important, la *Loi sur l’ouvrage de franchissement du détroit de Northumberland* n’est pas encore en vigueur et les tribunaux sont peu disposés à étudier des questions relatives à la constitutionnalité de lois futures. Cet argument n’est pas convaincant. Si une modification constitutionnelle est nécessaire, il y va de l’intérêt de tous de le savoir tout de suite plutôt que dans l’avenir. Si la requérante avait retardé sa demande jusqu’en 1997, les intimés auraient sûrement prétendu que la Cour devait refuser d’accorder la réparation à cause du retard de la requérante.

### Conclusion

En résumé, le ministère des Travaux publics a dit que l’évaluation conforme à l’article 12 du Décret sur les lignes directrices a été faite quand l’EEIG a été réalisée en mars 1988. Il a dit qu’il n’avait pas l’intention, et qu’il n’aurait pas l’intention, dans un avenir prévisible, d’effectuer une autre évaluation en conformité avec l’article 12. On peut lire dans l’EEIG qu’elle n’était pas censée satisfaire aux exigences de l’article 12 et qu’elle n’y satisfaisait pas. Toute la documentation de cette période, y compris la réponse de SCI à l’appel de propositions, est basée sur l’idée qu’une autre évaluation, plus détaillée, serait faite, conformément à l’article 12, à l’étape des plans définitifs. Au surplus, toutes les évaluations qui ont été réalisées depuis lors, dont le plan de gestion de l’environnement de SCI, rendu public au cours des derniers mois, ont porté sur un projet de construction d’un pont au stade conceptuel. Par conséquent, je

with respect to the specific design of the bridge which SCI plans to build before irrevocable decisions are taken.

In addition, the proposed discontinuance of the ferry service by Federal-Provincial Agreement contemplates a breach of the constitutional terms on which Prince Edward Island joined Canada. The applicant is entitled to a declaration that such discontinuance, in the absence of a constitutional amendment authorizing it, would breach a term of the *Prince Edward Island Terms of Union*.

pense que la requérante a droit à une ordonnance obligeant le ministre des Travaux publics à mener une évaluation en conformité avec l'article 12, relativement au plan détaillé du pont que SCI projette de construire, avant de prendre des décisions irrévocables.

En outre, en stipulant l'abandon du service de traversiers, les parties à l'Entente fédérale-provinciale envisagent un manquement aux conditions, inscrites dans la Constitution, de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard à la Confédération. La requérante a droit à un jugement déclaratoire portant que cet abandon, en l'absence d'une modification constitutionnelle qui l'autorise, constituerait un manquement à l'une des *Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*.

A-157-91

**Prudential Assurance Company Ltd. and 130850 Canada Inc. (Appellants) (Plaintiffs)**

v.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada, Kintetsu World Express Inc. and S.E.B. Cargo Inc. (Respondents) (Defendants)**

*INDEXED AS: PRUDENTIAL ASSURANCE Co. v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Létourneau J.J.A.—Montréal, March 30; Ottawa, April 16, 1993.

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Trial Judge dismissing action for damages for loss of cargo against air carrier and sufferance warehouse for want of jurisdiction — Sufferance warehouse releasing cargo to third party without requiring proof of authorization — Federal Court having jurisdiction — Federal Court Act, s. 23(b) constituting statutory grant of jurisdiction — Action based on Carriage by Air Act, which incorporates Warsaw Convention as “law of Canada” — Art. 18 covering loss of cargo — Act and Convention federal laws providing relatively complete code for carriage by air.*

*Air law — Sufferance warehouse releasing cargo to absconding third party without proof of authorization — Air carrier and sufferance warehouse liable for damages arising therefrom under Warsaw Convention, Art. 18 — Liability not limited under Art. 25 — Sufferance warehouse aware delivery to unauthorized person likely to preclude cargo coming into hands of rightful owner.*

*Crown — Torts — Upon notification of arrival of imported goods in Canada, cargo owner delivering appropriate documents to Canada Customs for customs clearance — Before could return to obtain delivery of merchandise, unknown third party misrepresenting self as owner’s authorized agent and obtaining delivery of goods — Crown having no legal obligation to cargo owner — Never having physical custody of cargo — According to Warsaw Convention, incorporated into laws of Canada by Carriage By Air Act, only air waybill document of title — Air waybill never in possession of Canada Customs.*

This was an appeal from the trial judgment dismissing the action against defendants Kintetsu World Express Inc. and S.E.B. Cargo Inc. for want of jurisdiction and dismissing the action against the Crown on the merits. 130850 Canada Inc.

A-157-91

**Prudential Assurance Company Ltd. et 130850 Canada Inc. (appelantes) (demanderesses)**

a c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada, Kintetsu World Express Inc. et S.E.B. Cargo Inc. (intimées) (défenderesses)**

b

*RÉPERTORIÉ: PRUDENTIAL ASSURANCE Co. c. CANADA (C.A.)*

Cour d’appel, juges Hugessen, MacGuigan et Létourneau, J.C.A.—Montréal, 30 mars; Ottawa, 16 avril 1993.

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Le juge de première instance avait rejeté l’action en dommages-intérêts intentée contre le transporteur aérien et l’entrepôt d’attente par suite de la perte de marchandises, pour le motif qu’elle n’avait pas compétence — L’entrepôt d’attente avait remis les marchandises à un tiers sans exiger de preuve d’autorisation — La Cour fédérale a compétence — L’art. 23(b) de la Loi sur la Cour fédérale constitue un octroi légal de compétence — Action fondée sur la Loi sur le transport aérien, qui incorpore la Convention de Varsovie à titre de «loi du Canada» — L’art. 18 régit la perte des marchandises — La Loi et la Convention sont des lois fédérales prévoyant un code relativement complet concernant le transport aérien.*

*Droit aérien — L’entrepôt d’attente a remis des marchandises à un tiers inconnu sans preuve d’autorisation — En vertu de l’art. 18 de la Convention de Varsovie, le transporteur aérien et l’entrepôt d’attente sont responsables des dommages en découlant — La responsabilité n’est pas limitée en vertu de l’art. 25 — L’entrepôt d’attente sait que la livraison à une personne non autorisée risque d’empêcher la remise des marchandises au propriétaire légitime.*

*Couronne — Responsabilité délictuelle — Après avoir été avisé de l’arrivée de ses marchandises importées au Canada, le propriétaire des marchandises a remis les documents appropriés à Douanes Canada en vue d’obtenir la mainlevée — Avant que le propriétaire des marchandises ait pu se présenter pour obtenir la livraison des marchandises, un tiers inconnu s’est fait passer pour le mandataire autorisé du propriétaire et a obtenu livraison des marchandises — La Couronne n’a aucune obligation légale envers le propriétaire des marchandises — Elle n’a jamais eu la garde matérielle des marchandises — Selon la Convention de Varsovie, qui a été incorporée dans les lois du Canada par la Loi sur le transport aérien, seule la lettre de transport aérien sert de titre — La lettre de transport aérien n’a jamais été en la possession de la Couronne.*

Il s’agissait d’un appel du jugement de première instance rejetant l’action intentée contre les défenderesses Kintetsu World Express Inc. et S.E.B. Cargo Inc. pour défaut de compétence et rejetant au fond l’action intentée contre Sa Majesté.

(F.M. Electronique) was notified of the arrival at Dorval Airport of its goods from Japan by Kintetsu, its air carrier under the waybill. It delivered the appropriate documents to Canada Customs for customs clearance, but before it could return the next day to obtain delivery of the merchandise, an unknown third party misrepresented himself to the Customs Office and the warehouse as F.M. Electronique's authorized agent and obtained delivery of the goods. Prudential Assurance Company Ltd. compensated F.M. Electronique under an insurance contract and was subrogated to the rights of its insured. The Trial Judge dismissed the action against Kintetsu and S.E.B. Cargo (the sufferance warehouse) for want of jurisdiction and rejected the allegation of negligence by the customs officer in not requiring proof of identification because Canada Customs did not assume any legal obligation to F.M. Electronique and there was no causal connection between any fault by Crown employees and the loss suffered. The Crown never had the cargo in its possession.

The issues were whether the Federal Court had jurisdiction over Kintetsu and S.E.B. Cargo and if so, whether they were liable; and whether the Crown was liable.

*Held*, the appeal against Kintetsu World Express Inc. and S.E.B. Cargo Inc. should be allowed; the appeal against the Crown should be dismissed.

The Federal Court had jurisdiction over Kintetsu and S.E.B. Cargo. The three requirements for Federal Court jurisdiction set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.* are: (1) a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament; (2) an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction; and (3) the law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in *Constitution Act, 1867*, section 101. The first requirement was met by *Federal Court Act*, paragraph 23(b), which explicitly establishes concurrent jurisdiction in the Court over the subject-matter of aeronautics as well as over undertakings extending beyond the limits of a province. The appellants' case was based on the *Carriage by Air Act*, although not specifically pleaded. A party needs to plead only the material facts upon which its case is based, not the applicable law. That Act provides that the "provisions of the Warsaw Convention . . . have the force of law in Canada in relation to any carriage by air to which the Convention applies". The Warsaw Convention is thus "a law of Canada", and satisfies the third requirement for Federal Court jurisdiction. Article 18 of the Convention provides that the carrier is liable for damage sustained in the event of the loss of cargo during the carriage by air, which is defined to include the period during which the cargo is in charge of the carrier, whether at an aerodrome or on board an aircraft. Since the sufferance warehouse of S.E.B. Cargo and the Canada Customs premises are located within the aerodrome, Article 18 of the Warsaw Convention explicitly covers the loss of the cargo. With respect to the second requirement for Federal Court jurisdiction, the *Carriage by Air Act*

130850 Canada Inc. (F.M. Électronique) a été avisée par Kintetsu, le transporteur aérien en vertu de la lettre de transport aérien, de l'arrivée de ses marchandises à l'aéroport de Dorval. Elle a remis les documents pertinents à Douanes Canada en vue du dédouanement, mais avant qu'elle ait pu de nouveau se présenter le lendemain pour obtenir livraison des marchandises, un tiers inconnu s'était fait passer, au bureau de douane et à l'entrepôt, pour le mandataire autorisé de F.M. Électronique et avait obtenu livraison des marchandises. Prudential Assurance Company Ltd. a versé une indemnité à F.M. Électronique en vertu d'un contrat d'assurance et a été subrogée aux droits de l'assurée. Le juge de première instance a rejeté l'action intentée contre Kintetsu et S.E.B. Cargo (l'entrepôt d'attente) pour défaut de compétence et a rejeté l'allégation selon laquelle le préposé aux douanes s'était montré négligent en omettant d'exiger une preuve d'identification, parce que Douanes Canada n'avait aucune obligation légale envers F.M. Électronique et qu'il n'existait pas de lien de causalité entre la faute des préposés de la Couronne et la perte subie. La Couronne n'avait jamais eu les marchandises en sa possession.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence sur Kintetsu et S.E.B. Cargo et, dans l'affirmative, si ces derniers étaient responsables; il s'agissait également de savoir si la Couronne était responsable.

*Arrêt*: l'appel contre Kintetsu World Express Inc. et S.E.B. Cargo Inc. doit être accueilli; l'appel contre la Couronne doit être rejeté.

La Cour fédérale avait compétence sur Kintetsu et S.E.B. Cargo. Dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, trois conditions ont été énoncées, en ce qui concerne la compétence de la Cour fédérale: (1) il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral; (2) il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence; et (3) la loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La première condition est remplie par l'alinéa 23b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui établit expressément la compétence concurrente de la Cour en matière d'aéronautique ainsi qu'en matière d'ouvrages s'étendant au-delà des limites d'une province. La cause de l'appelante était fondée sur la *Loi sur le transport aérien*, bien que cette Loi n'ait pas expressément été invoquée. Une partie n'a qu'à plaider les faits importants sur lesquels l'affaire est fondée, et non le droit applicable. Cette Loi prévoit que «les dispositions de la convention [de Varsovie] . . . ont force de loi au Canada relativement à tout transport aérien auquel s'applique la convention». La Convention de Varsovie est donc «une loi du Canada», de sorte que la troisième condition permettant de conclure à la compétence de la Cour fédérale est remplie. L'article 18 de la Convention prévoit que le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de perte de marchandises pendant le transport aérien, qui est défini comme comprenant la période pendant laquelle les marchandises se trouvent sous la garde du transporteur, que ce soit dans un aéroport ou à bord d'un aéronef. Étant donné que l'entrepôt d'attente de S.E.B. Cargo

and the incorporated Warsaw Convention are federal laws which provide a relatively complete code for carriage by air. A claim made exclusively under federal law is not necessary for jurisdiction, so long as the claim is determined to some material extent by federal law.

The Trial Judge correctly held that the Crown had no legal obligation to F.M. Electronique. The appellants admitted the Crown never had physical custody of the cargo, but argued that the Crown had custody of documents belonging to F.M. Electronique which were equivalent to documents of title. Article 16 of the Convention requires the consignor to attach to the air waybill such documents as are necessary to meet the formalities of customs, *octroi* or police before the cargo can be delivered to the consignee. The consignor is liable to the carrier for any damage occasioned by the absence, insufficiency or irregularity of any such information or documents, unless the damage is due to the fault of the carrier or his agents. Canada Customs was alleged to have the responsibilities of a bailor or custodian while the documents were temporarily in their possession for verification, during which time they were stolen through misdelivery on the part of the Crown. The Convention makes it clear that it is only the waybill itself which functions as the document of title. The air waybill was never placed in the custody of Canada Customs and therefore the appellants' objection to the Trial Judge's reasons for decision could not be maintained.

The liability of Kintetsu and S.E.B. is established by Article 18 of the Convention. Limitation of liability is available only in the circumstances provided by Article 25 of the Convention. It does not apply if the damage resulted from an act or omission of the carrier done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result, and provided that, in the case of such act or omission of a servant or agent, it is also proved that he was acting within the scope of his employment. S.E.B. Cargo had the onus of taking such care as to ensure proper delivery, and from the facts it was concluded that S.E.B. Cargo not only must have been, but was aware that delivery to an unauthorized person was very likely to preclude the cargo's coming into the hands of its rightful owner. It was no defence to maintain that it had no special instructions from F.M. Electronique as to delivery of its cargo or that it was S.E.B. Cargo's practice always to deliver goods on the mere production of a customs release. S.E.B. Cargo was not only a sufferance warehouse having responsibility to the Crown not to deliver goods without a release, but was first of all a warehouse, owing a duty to consignees not to yield up their cargo without proper authorization. There was no evidence of a custom in the industry to surrender cargo on the production of a release, but only of this particular warehouse. To deliver cargo without requiring authorization is to act at

et les locaux de Douanes Canada sont situés dans l'aérodrome, l'article 18 de la Convention de Varsovie vise expressément la perte des marchandises. Quant à la deuxième condition, la *Loi sur le transport aérien* et la Convention de Varsovie qui y est incorporée sont des lois fédérales établissant un code relativement complet en ce qui concerne le transport aérien. Il n'est pas nécessaire de présenter une réclamation exclusivement en vertu de la loi fédérale pour que la Cour soit compétente, dans la mesure où la réclamation est déterminée dans une mesure assez large par le droit fédéral.

a Le juge de première instance a eu raison de statuer que la Couronne n'avait aucune obligation légale envers F.M. Électronique. Les appelantes ont admis que la Couronne n'avait jamais matériellement eu la garde des marchandises, mais elle ont soutenu que la Couronne avait la garde des documents appartenant à F.M. Électronique, qui étaient l'équivalent du titre. L'article 16 de la Convention exige que l'expéditeur joigne à la lettre de transport aérien les documents qui, avant la remise de la marchandise au destinataire, sont nécessaires à l'accomplissement des formalités de douane. L'expéditeur est responsable envers le transporteur de tous dommages qui pourraient résulter de l'absence, de l'insuffisance ou de l'irrégularité de ces renseignements et pièces, sauf le cas de faute de la part du transporteur ou de ses préposés. Il a été allégué que Douanes Canada avait les responsabilités d'un dépositaire ou d'un gardien, pendant que les documents étaient temporairement en sa possession en vue de la vérification, période pendant laquelle ils ont été volés par suite de la livraison défectueuse de la part de la Couronne. La Convention montre clairement que seule la lettre de transport aérien elle-même sert de titre. La lettre de transport aérien n'a jamais été confiée à la garde de Douanes Canada, et l'objection formulée par les appelantes contre les motifs de la décision du juge de première instance ne pouvait donc pas être retenue.

La responsabilité de Kintetsu et de S.E.B. est établie par l'article 18 de la Convention. La limite de responsabilité ne peut être invoquée que dans les cas visés à l'article 25 de la Convention. Elle ne s'applique pas si le dommage résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur ou de ses préposés fait, soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérairement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement, pour autant que, dans le cas d'un acte ou d'une omission d'un préposé, la preuve soit également apportée que ceux-ci ont agi dans l'exercice de leurs fonctions. Il incombait à S.E.B. Cargo de faire preuve de la diligence nécessaire pour assurer la livraison convenable, et il a été conclu, à partir des faits, que S.E.B. Cargo devait non seulement savoir, mais aussi qu'elle savait que la livraison à une personne non autorisée empêcherait fort probablement la remise des marchandises au propriétaire légitime. S.E.B. Cargo ne pouvait faire valoir qu'elle n'avait reçu aucune instruction spéciale de la F.M. Électronique au sujet de la livraison de ses marchandises ou qu'elle avait toujours l'habitude de livrer les marchandises sur simple production d'une formule de dédouanement. S.E.B. Cargo exploitait non seulement un entrepôt d'attente ayant la responsabilité, envers la Couronne, de ne pas livrer les marchandises sans mainlevée, mais aussi, et avant tout, un entrepôt qui avait l'obligation, envers les consignataires, de ne pas

one's own peril. Since S.E.B. Cargo was acting within its authority from Kintetsu, Kintetsu could not escape from the malfeasance of its agent acting in the course of its authority.

*Federal Court Act*, section 41 does not provide for prejudgment interest, but case law has established a successful party's right thereto. There was no negation of interest in the contract. Since there is no provision in the *Federal Court Act* as to the rate of prejudgment interest, Article 1056c of the *Civil Code of Lower Canada* applied. It provides that there may be added to the interest award an indemnity computed by applying a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 28 of the Act respecting the Ministère du Revenu over the legal interest rate. In order to place the appellants in the situation they would have been in if the loss had not occurred, they should be awarded the higher rate, to be determined on a reference unless the parties can agree on the appropriate rate.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31, s. 28. <sup>e</sup>
- 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.
- Carriage by Air Act*, R.S.C. 1970, c. C-14 [now R.S.C., 1985, c. C-26], s. 2(1). <sup>f</sup>
- Civil Code of Lower Canada*, art. 1056c.
- Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*. Signed at Warsaw, October 12, 1929 [R.S.C., 1985, c. C-26, Schedule I], Arts. 5, 10, 11, 13, 16, 18, 22, 25. <sup>g</sup>
- Crown Liability Act*, R.S.C., 1985, c. C-50.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 23(b),(c), 41, 52(b)(i).
- Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*. Signed at Warsaw on 12 October 1929 (The Hague, September 28, 1955) [R.S.C., 1985, c. C-26, Schedule III]. <sup>h</sup>

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575; (1979), 99 D.L.R. (3d) 623 (C.A.); *R. v. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 F.C. 344; (1985), 16 D.L.R.

remettre les marchandises sans autorisation appropriée. Il n'existait aucune preuve selon laquelle la coutume dans le secteur était de remettre les marchandises sur production d'une mainlevée, mais uniquement au sujet de cet entrepôt particulier. En livrant les marchandises sans exiger d'autorisation, <sup>a</sup> l'entrepreneur agit à ses risques et périls. Étant donné que S.E.B. Cargo agissait dans les limites des pouvoirs conférés par Kintetsu, Kintetsu ne pouvait pas se soustraire au méfait de son mandataire agissant dans les limites de ses pouvoirs.

L'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne prévoit pas l'intérêt avant jugement, mais la jurisprudence a établi que la partie qui a gain de cause y a droit. Le contrat ne stipulait pas qu'aucun intérêt ne serait octroyé. Étant donné que la *Loi sur la Cour fédérale* ne contient aucune disposition au sujet du taux de l'intérêt avant jugement, l'article 1056c du *Code civil du Bas-Canada* s'applique. Cette disposition prévoit qu'il peut être ajouté au montant accordé une indemnité calculée en appliquant à ce montant un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 28 de la *Loi du ministère du Revenu* sur le taux légal d'intérêt. Pour placer les appelantes dans la situation dans laquelle elles auraient été si la perte ne s'était pas produite, il fallait octroyer le taux le plus élevé, qui devait être fixé au moyen d'un renvoi, à moins que les parties ne s'entendent à ce sujet. <sup>d</sup>

#### 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.
- Code civil du Bas-Canada*, art. 1056c.
- Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*. Signée à Varsovie le 12 octobre 1929 [L.R.C. (1985), ch. C-26, annexe I], art. 5, 10, 11, 13, 16, 18, 22, 25.
- Loi du ministère du Revenu*, L.R.Q., ch. M-31, art. 28.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 23b, c), 41, 52b)(i).
- Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), ch. C-50.
- Loi sur le transport aérien*, S.R.C. 1970, ch. C-14 [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-26], art. 2(1).
- Protocole portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*. Signé à Varsovie le 12 octobre 1929 (La Haye, 28 septembre 1955) [L.R.C. (1985), ch. C-26, annexe III].

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575; (1979), 99 D.L.R. (3d) 623 (C.A.); *R. c. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 C.F. 344; (1985), 16 D.L.R.

(4th) 615; [1985] 1 CTC 40; 85 DTC 5045; 56 N.R. 358 (C.A.); *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.*, [1959] A.C. 576 (H.L.); *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 F.C. 305; (1987), 17 C.I.P.R. 68; 16 C.P.R. (3d) 193; 79 N.R. 305.

## CONSIDERED:

*Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *Wilder v. Canada*, [1988] 2 F.C. 465; [1988] 2 C.T.C. 77; (1988), 88 DTC 6393 (C.A.); *Swiss Bank Corp. v. Air Canada*, [1982] 1 F.C. 756; (1981), 129 D.L.R. (3d) 85 (T.D.); affd [1988] 1 F.C. 71; (1987), 44 D.L.R. (4th) 680; 83 N.R. 224 (C.A.); *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; (1989), 48 C.C.C. (3d) 129; 69 C.R. (3d) 289; 13 M.V.R. (2d) 161; 98 N.R. 19; 35 O.A.C. 1; *R. v. Waite*, [1989] 1 S.C.R. 1436; (1989), 48 C.C.C. (3d) 1; 69 C.R. (3d) 323; 13 M.V.R. (2d) 236; 98 N.R. 69; 35 O.A.C. 51; *R. v. Anderson*, [1990] 1 S.C.R. 265; [1990] 2 W.W.R. 481; (1990), 64 Man. R. (2d) 161; 53 C.C.C. (3d) 4811; 75 C.R. (3d) 50; 19 M.V.R. (2d) 161; 105 N.R. 143; *R. v. Hundal*, No. 22358, judgment dated 11/3/93, S.C.C., not yet reported.

## REFERRED TO:

*R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; (1991), 67 C.C.C. (3d) 193; 8 C.R. (4th) 145.

## AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, rev. 4th ed., St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1968, "gross negligence".  
*Corpus Juris Secundum*, 13 C.J.S. Carriers §417.  
 Gwertzman, M. J. *The Law of Transportation in its Relation to Transportation Insurance*, Larchmont, New York: McCade Press, 1950.  
 Magdelénat, Jean-Louis. *Air Cargo; Regulation and Claims*, Toronto: Butterworths, 1991.  
 Shawcross, C. N. and K. M. Beaumont. *Air Law*, 4th ed. by Peter Martin, London: Butterworths, 1983.

APPEAL from trial judgment ((1991), 43 F.T.R. 147). Appeal against Kintetsu World Express Inc. and S.E.B. Cargo Inc. allowed; appeal against Crown dismissed.

## COUNSEL:

*Jean El Masri* for appellants (plaintiffs).

*Marie Nichols* for respondent (defendant) Her Majesty the Queen.

*Beryl Baron* for respondent (defendant) Kintetsu World Express Inc.

(4th) 615; [1985] 1 CTC 40; 85 DTC 5045; 56 N.R. 358 (C.A.); *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.*, [1959] A.C. 576 (H.L.); *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 C.F. 305; (1987), 17 C.I.P.R. 68; 16 C.P.R. (3d) 193; 79 N.R. 305.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454; (1988), 50 D.L.R. (4th) 44; 17 F.T.R. 240; 84 N.R. 163 (C.A.); *Wilder c. Canada*, [1988] 2 C.F. 465; [1988] 2 C.T.C. 77; (1988), 88 DTC 6393 (C.A.); *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*, [1982] 1 C.F. 756; (1981), 129 D.L.R. (3d) 85 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1988] 1 C.F. 71; (1987), 44 D.L.R. (4th) 680; 83 N.R. 224 (C.A.); *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; (1989), 48 C.C.C. (3d) 129; 69 C.R. (3d) 289; 13 M.V.R. (2d) 161; 98 N.R. 19; 35 O.A.C. 1; *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436; (1989), 48 C.C.C. (3d) 1; 69 C.R. (3d) 323; 13 M.V.R. (2d) 236; 98 N.R. 69; 35 O.A.C. 51; *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265; [1990] 2 W.W.R. 481; (1990), 64 Man. R. (2d) 161; 53 C.C.C. (3d) 4811; 75 C.R. (3d) 50; 19 M.V.R. (2d) 161; 105 N.R. 143; *R. c. Hundal*, n° 22358, jugement en date du 11-3-93, C.S.C., encore inédit.

## DÉCISION CITÉE:

*R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; (1991), 67 C.C.C. (3d) 193; 8 C.R. (4th) 145.

## DOCTRINE

*Black's Law Dictionary*, rev. 4th ed., St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1968, «gross negligence».  
*Corpus Juris Secundum*, 13 C.J.S. Carriers §417.  
 Gwertzman, M. J. *The Law of Transportation in its Relation to Transportation Insurance*, Larchmont, New York: McCade Press, 1950.  
 Magdelénat, Jean-Louis. *Air Cargo; Regulation and Claims*, Toronto: Butterworths, 1991.  
 Shawcross, C. N. et K. M. Beaumont. *Air Law*, 4th ed., par Peter Martin, London: Butterworths, 1983.

APPEL interjeté contre le jugement de première instance ((1991), 43 F.T.R. 147). Appel contre Kintetsu World Express Inc. et S.E.B. Cargo Inc. accueilli; appel contre la Couronne rejeté.

## i AVOCATS:

*Jean El Masri* pour les appelantes (demandereses).

*Marie Nichols* pour l'intimée (défenderesse) Sa Majesté la Reine.

*Beryl Baron* pour l'intimée (défenderesse) Kintetsu World Express Inc.

## SOLICITORS:

*McDougall, Caron*, Montréal, for appellants (plaintiffs).

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent (defendant) Her Majesty the Queen.

*Baron & Abrams*, Montréal, for respondent (defendant) Kintetsu World Express Inc.

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

MACGUIGAN J.A.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division rendered on January 25, 1991, and reported at (1991), 43 F.T.R. 147, in which: (1) the appellants' action against the respondent Kintetsu World Express Inc. ("Kintetsu") was dismissed with costs; (2) their action against the respondent S.E.B. Cargo Inc. ("S.E.B. Cargo") was dismissed without costs,<sup>1</sup> the dismissal in both cases being on the grounds of lack of jurisdiction in the Federal Court; and (3) the appellants' action against Her Majesty the Queen in Right of Canada ("The Crown") was dismissed on the merits, with costs. The Trial Judge reserved the appellants' right to bring actions in the provincial courts against Kintetsu and S.E.B. Cargo.

The case arises out of the importation of 7,000 electronic units from Japan to Canada by the appellant 130850 Canada Inc. ("F.M. Electronique"). On February 9, 1987, F.M. Electronique (a business with only two employees) received notice from Kintetsu its air carrier under the air waybill,<sup>2</sup> that its goods had arrived at Dorval Airport. F.M. Electronique accordingly delivered the appropriate documents to Canada Customs for customs clearance, and returned on the following day to collect the official release (no duties were payable), with the intention of then proceeding to the sufferance warehouse of S.E.B. Cargo to obtain

<sup>1</sup> The respondent S.E.B. Cargo, being apparently insolvent, did not participate in the trial, and hence was awarded no costs by the Trial Judge.

<sup>2</sup> Kintetsu may also be described as a freight forwarder. As J.-L. Magdelénat states in *Air Cargo; Regulation and Claims*, Toronto: Butterworths, 1991, at p. 32, "The forwarding agent and the carrier are one" (except in French law). C. N. Shawcross and K. M. Beaumont, *Air Law*, ed. P. Martin, 4th ed., vol. 1, 1983, at par. 257, make a further distinction between a contracting carrier and an acting carrier.

## PROCUREURS:

*McDougall, Caron*, Montréal, pour les appelantes (demandereses).

*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimée (défenderesse) Sa Majesté la Reine.

*Baron & Abrams*, Montréal, pour l'intimée (défenderesse) Kintetsu World Express Inc.

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel du jugement que la Section de première instance a prononcé le 25 janvier 1991, lequel est publié à (1991), 43 F.T.R. 147 et dans lequel: (1) l'action intentée par les appelantes contre l'intimée Kintetsu World Express Inc. («Kintetsu») a été rejetée avec dépens; (2) l'action intentée par les appelantes contre l'intimée S.E.B. Cargo Inc. («S.E.B. Cargo») a été rejetée sans frais<sup>1</sup>, le rejet dans les deux cas étant fondé sur le motif que la Cour fédérale n'avait pas compétence; et (3) l'action intentée par les appelantes contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada («la Couronne») a été rejetée au fond, avec dépens. Le juge de première instance a réservé aux appelantes le droit d'intenter des actions contre Kintetsu et S.E.B. Cargo devant les tribunaux provinciaux.

L'affaire résulte de l'importation de 7 000 appareils électroniques du Japon au Canada par l'appelante 130850 Canada Inc. («F.M. Électronique»). Le 9 février 1987, F.M. Électronique (entreprise ne comptant que deux employés) a été avisée par Kintetsu, le transporteur aérien en vertu de la lettre de transport aérien<sup>2</sup>, que ses marchandises étaient arrivées à l'aéroport de Dorval. Un représentant de F.M. Électronique a donc remis les documents pertinents à Douanes Canada en vue du dédouanement et s'est de nouveau présenté le lendemain pour obtenir la mainlevée officielle (aucun droit n'était payable), dans

<sup>1</sup> L'intimée S.E.B. Cargo, qui était apparemment insolvable, n'a pas pris part au procès; le juge de première instance n'a donc pas adjugé de dépens en sa faveur.

<sup>2</sup> Kintetsu peut également être décrite comme un transitaire. Comme J.-L. Magdelénat le dit dans *Air Cargo; Regulation and Claims*, Toronto: Butterworths, 1991, à la p. 32, [TRADUCTION] «Le commissionnaire de transport et le transporteur ne sont qu'un» (sauf en droit français). Dans C. N. Shawcross et K. M. Beaumont, *Air Law*, éd. P. Martin, 4<sup>e</sup> éd., vol. 1, 1983, au par. 257, on fait une autre distinction entre le transporteur contractant et le véritable transporteur.



delivery of the merchandise. However, an unknown third party had got there first, misrepresenting himself to the Customs Office and the warehouse as the authorized agent of F.M. Electronique, thereby obtaining delivery of all the goods.

The appellant Prudential Assurance Company Ltd. ("Prudential") compensated the appellant \$18,715.74 under a contract of insurance (the claim was for \$18,905 less a deductible amount) and was subrogated to the rights of F.M. Electronique, with which it joined to sue the respondents jointly and severally.

## I

The first question which arises is the preliminary issue as to Federal Court jurisdiction over Kintetsu and S.E.B. Cargo.

The essential requirements to support a finding of jurisdiction in the Federal Court were restated in a much quoted passage by McIntyre J. in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. at al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 766, as follows:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be "a law of Canada" as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

Although the respondent Kintetsu nominally contested the presence of all three requirements in the case at bar, in my opinion there can be no serious issue that the first requirement, *viz.* a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament has been met. Paragraph 23(b) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, explicitly establishes concurrent jurisdiction in the Court over the subject-matter of aeronautics, as well as over undertakings extending beyond the limits of a province, as follows:

23. Except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned, the Trial Division has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made, or a remedy is

l'intention de se rendre ensuite à l'entrepôt d'attente de S.E.B. Cargo pour obtenir livraison de la marchandise. Toutefois, un tiers inconnu l'avait devancé, s'était fait passer, au bureau de douane et à l'entrepôt, pour le mandataire autorisé de F.M. Électronique, obtenant ainsi livraison de toutes les marchandises.

L'appelante Prudential Assurance Company Ltd. («Prudential») a versé à l'appelante une indemnité de 18 715,74 \$ en vertu d'un contrat d'assurance (la demande était de 18 905 \$, moins une franchise) et a été subrogée aux droits de F.M. Électronique, à laquelle elle s'est jointe pour poursuivre les intimées conjointement et solidairement.

## I

Il convient de trancher d'abord la question préliminaire de la compétence de la Cour fédérale sur Kintetsu et S.E.B. Cargo.

Les conditions essentielles pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale ont été énoncées de nouveau dans un passage souvent cité du jugement prononcé par le juge McIntyre dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 766:

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'intimée Kintetsu a nommé contesté l'existence des trois conditions en l'espèce, mais à mon avis, il ne peut être sérieusement contesté que la première condition, à savoir l'attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral, est remplie. L'alinéa 23b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, établit expressément la compétence concurrente de la Cour en matière d'aéronautique ainsi qu'en matière d'ouvrages s'étendant au delà des limites d'une province:

23. Sauf attribution spéciale de cette compétence par ailleurs, la Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans tous les cas—opposant notamment des administrés—de demande de réparation ou

sought under an Act of Parliament or otherwise in relation to any matter coming within any of the following classes of subjects, namely,

- (b) aeronautics; and
- (c) works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province.

In *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575, this Court upheld a claim for damages as a result of the loss of cargo in air transportation brought under the federal *Carriage by Air Act*, R.S.C. 1970, c. C-14 [now R.S.C., 1985, c. C-26]. The Trial Judge distinguished the *Bensol* case on the basis that that Act had been specifically pleaded, unlike in the case at bar.

Such a distinction is clearly untenable. It is established law that a party needs to plead only the material facts on which its case is based, not the applicable law: *R. v. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 F.C. 344 (C.A.), at pages 351-352. The absence in the pleadings of reference to federal legislation is therefore irrelevant.

The *Carriage by Air Act* is in fact the source of the appellants' case. The key provision incorporates the whole of the Warsaw Convention of 1929 on International Carriage by Air and the Amending Protocol of 1955, to both of which Canada and Japan are parties, as follows:

2. (1) The provisions of the Convention set out in Schedule I, in so far as they relate to the rights and liabilities of carriers, passengers, consignors, consignees and other persons and subject to this section, have the force of law in Canada in relation to any carriage by air to which the Convention applies, irrespective of the nationality of the aircraft performing that carriage.

(2) Subject to this section, the provisions of the Convention set out in Schedule I, as amended by the Protocol set out in Schedule III, in so far as they relate to the rights and liabilities of carriers, passengers, consignors, consignees and other persons, have the force of law in Canada in relation to any carriage by air to which the Convention as so amended applies, irrespective of the nationality of the aircraft performing that carriage.

(3) The Governor in Council may from time to time, by proclamation published in the *Canada Gazette*, certify who are the High Contracting Parties to the Convention, in respect of what territories they are respectively parties, to what extent

d'autre recours exercé sous le régime d'une loi fédérale ou d'une autre règle de droit en matière:

- a b) d'aéronautique;
- c) d'ouvrages reliant une province à une autre ou s'étendant au-delà des limites d'une province.

Dans *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575, cette Cour a confirmé une demande en dommages-intérêts résultant de la perte de marchandises assujetties au transport aérien, laquelle était fondée sur la *Loi sur le transport aérien fédérale*, S.R.C. 1970, ch. C-14 [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-26]. Le juge de première instance a distingué l'arrêt *Bensol* pour le motif que cette Loi avait expressément été invoquée, contrairement à ce qui se produit en l'espèce.

Cette distinction est clairement insoutenable. Il est établi en droit qu'une partie n'a qu'à plaider les faits importants sur lesquels l'affaire est fondée, et non le droit applicable: *R. c. Imperial General Properties Limited*, [1985] 1 C.F. 344 (C.A.), aux pages 351 et 352. L'absence, dans les plaidoiries, de la mention de la loi fédérale n'est donc pas pertinente.

La cause de l'appelante est en fait fondée sur la *Loi sur le transport aérien*. La principale disposition incorpore toute la Convention de Varsovie de 1929 sur le transport aérien international ainsi que le Protocole modificateur de 1955, auxquels le Canada et le Japon sont parties:

2. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les dispositions de la convention reproduite à l'annexe I, dans la mesure où elles se rapportent aux droits et responsabilités des personnes concernées par le transport aérien—notamment les transporteurs, les voyageurs, les consignateurs et les consignataires—, ont force de loi au Canada relativement à tout transport aérien auquel s'applique la convention, indépendamment de la nationalité de l'aéronef en cause.

(2) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les dispositions de la convention reproduite à l'annexe I et modifiée par le protocole figurant à l'annexe III, dans la mesure où elles se rapportent aux droits et responsabilités des personnes concernées par le transport aérien, ont force de loi au Canada relativement à tout transport aérien auquel s'applique la convention ainsi modifiée, indépendamment de la nationalité de l'aéronef en cause.

(3) Le gouverneur en conseil peut, par proclamation publiée dans la *Gazette du Canada*, attester l'identité des hautes parties contractantes à la convention, les territoires à l'égard desquels elles sont respectivement parties, la mesure dans laquelle elles

they have availed themselves of the Additional Protocol to the Convention and who are the parties to the Protocol set out in Schedule III, and any such proclamation is, except in so far as it has been superseded by a subsequent proclamation, conclusive evidence of the matters so certified.

The language of subsection 2(1), in providing that “[t]he provisions of the Convention . . . have the force of law in Canada in relation to any carriage by air to which the Convention applies” are a particularly broad legislative mandate. The Warsaw Convention is thus in all respects “a law of Canada”, thus satisfying the third requirement for Federal Court jurisdiction.

The applicable provision of the Convention as to the liability of a carrier is Article 18, which reads in part as follows:

*Article 18*

(1) The carrier is liable for damage sustained in the event of the destruction or loss of, or of damage to, any registered baggage or any cargo, if the occurrence which caused the damage so sustained took place during the carriage by air.

(2) The carriage by air within the meaning of the preceding paragraph comprises the period during which the baggage or cargo is in charge of the carrier, whether in an aerodrome or on board an aircraft, or, in the case of a landing outside an aerodrome, in any place whatsoever.

Since the sufferance warehouse of S.E.B. Cargo as well as the premises of Canada Customs are located within the aerodrome, Article 18 explicitly covers the loss of the cargo in the case at bar.

With respect to the second requirement for Federal Court jurisdiction, *viz.*, a nourishing body of federal law, it is important to note the dictum by Wilson J. for the Supreme Court in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, at pages 330-331, that the second and third elements of the jurisdictional test often overlap:

While there is clearly an overlap between the second and third elements of the test for Federal Court jurisdiction, the second element, as I understand it, requires a general body of federal law covering the area of the dispute, *i.e.*, in this case the law relating to Indians and Indian interests in reserve lands, and the third element requires that the specific law which will be resolute of the dispute be “a law of Canada” within the meaning of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. No difficulty arises in meeting the third element of the test if the dispute is to be determined on the basis of an existing federal statute. As

se sont prévaluées des dispositions du protocole additionnel de la convention, ainsi que l’identité des parties au protocole figurant à l’annexe III. Une telle proclamation fait foi de son contenu tant qu’elle n’a pas été remplacée par une proclamation subséquente.

Le libellé du paragraphe 2(1), qui prévoit que les «dispositions de la convention . . . ont force de loi au Canada relativement à tout transport aérien auquel s’applique la convention» confère un mandat législatif particulièrement étendu. La Convention de Varsovie est donc à tous les égards «une loi du Canada», de sorte que la troisième condition pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale est remplie.

La disposition applicable à la Convention, en ce qui concerne la responsabilité du transporteur, est l’article 18, qui est en partie libellé comme suit:

*Article 18*

(1) Le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de destruction, perte ou avarie de bagages enregistrés ou de marchandises lorsque l’événement qui a causé le dommage s’est produit pendant le transport aérien.

(2) Le transport aérien, au sens de l’alinéa précédent, comprend la période pendant laquelle les bagages ou marchandises se trouvent sous la garde du transporteur, que ce soit dans un aéroport ou à bord d’un aéronef ou dans un lieu quelconque en cas d’atterrissage en dehors d’un aéroport.

Étant donné que l’entrepôt d’attente de S.E.B. Cargo ainsi que les locaux de Douanes Canada sont situés dans l’aéroport, l’article 18 vise expressément la perte des marchandises en l’espèce.

Quant à la deuxième condition, à savoir un ensemble de règles de droit fédérales qui sert de fondement, il importe de noter la remarque incidente que Madame le juge Wilson a faite, au nom de la Cour suprême, dans l’arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, aux pages 330 et 331, soit que les deuxième et troisième éléments du critère de compétence se chevauchent souvent:

Bien qu’il y ait nettement un chevauchement entre les deuxième et troisième éléments du critère applicable pour établir la compétence de la Cour fédérale, le deuxième, tel que je le comprends, exige qu’il existe un ensemble de règles de droit fédérales applicables à l’objet de la contestation, en l’espèce le droit relatif aux Indiens et à leurs intérêts dans les terres des réserves, et le troisième, que la loi spécifique qui servira à trancher le litige soit «une loi du Canada» au sens de l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On n’aura aucune difficulté à respecter le troisième élément du critère si le litige doit être

will be seen, problems can, however, arise if the law of Canada which is relied on is not federal legislation but so-called "federal common law" or if federal law is not exclusively applicable to the issue in dispute.

This point is particularly apposite in the case at bar, because a reading of the *Carriage by Air Act* and the incorporated Warsaw Convention makes it clear that federal law here provides a relatively complete code for carriage by air. This will become even more apparent in the discussion of limitation of liability, *infra*. The appellants also referred the Court to considerable jurisprudence from other countries to the same effect.

The decision of this Court in *Bensol* established that, even if the validity of the subrogation in favour of the insurance company is not governed by federal law, a claim made exclusively under federal law is not necessary for jurisdiction so long as the claim is determined to some material extent by federal law.<sup>3</sup>

No argument was raised in this case as to federal constitutional jurisdiction to enact the whole of the Warsaw Convention, but in any event such a contention might not be successful in this Court in the light of the concurring reasons by Le Dain J.A. (at pages 583-584) to the effect that federal constitutional jurisdiction extends to the whole of air transportation.

<sup>3</sup> With all due respect to the Trial Judge's opinion to the contrary, I am not of the view that the holding in *Bensol* was rejected by this Court in its rejection of "intertwining" in *Varnam v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454 (C.A.) and *Wilder v. Canada*, [1988] 2 F.C. 465 (C.A.). Intertwining was rejected because it did not supply an independent basis of jurisdiction. In *Bensol* and in the case at bar there is such an independent jurisdictional basis. As this Court said in *Varnam*, at p. 461: "no degree of intertwining could be great enough to create jurisdiction where it is not granted by the statute, just as none could be small enough to remove jurisdiction where the statute gives it."

tranché en fonction d'un texte de loi fédéral existant. Comme on le verra, des problèmes peuvent cependant surgir si la loi du Canada invoquée est non pas un texte de loi fédéral mais ce qu'on appelle de la «*common law* fédérale», ou si la loi fédérale n'est pas la seule applicable à la question en litige.

Ce point est particulièrement pertinent en l'espèce, car la lecture de la *Loi sur le transport aérien* et de la Convention de Varsovie qui y est incorporée montre clairement que la loi fédérale en l'espèce établit un code relativement complet en ce qui concerne le transport aérien. Cela deviendra encore plus évident lorsque nous examinerons ci-dessous la question de la limite de responsabilité. Les appelantes ont également reporté la Cour à une jurisprudence abondante d'autres pays dans ce sens.

La décision que cette Cour a rendue dans *Bensol* a établi que, même si la validité de la subrogation en faveur de la compagnie d'assurance n'est pas régie par la loi fédérale, il n'est pas nécessaire de présenter une réclamation exclusivement en vertu de la loi fédérale pour que la Cour soit compétente, dans la mesure où la réclamation est déterminée dans une mesure assez large par le droit fédéral<sup>3</sup>.

Aucun argument n'a été invoqué en l'espèce au sujet de la compétence constitutionnelle fédérale d'adopter la Convention de Varsovie dans son ensemble, mais cette prétention ne serait de toute façon peut-être pas retenue dans cette Cour, compte tenu des motifs concordants prononcés par le juge Le Dain, J.C.A., (aux pages 583 et 584), à savoir que la compétence constitutionnelle fédérale s'étend au transport aérien dans son ensemble.

<sup>3</sup> Malgré tout le respect que j'ai pour l'opinion du juge de première instance, je ne souscris pas à son avis que la décision rendue dans *Bensol* a été rejetée par cette Cour lorsqu'elle a rejeté la notion de «lien» dans les arrêts *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454 (C.A.), et *Wilder c. Canada*, [1988] 2 C.F. 465 (C.A.). Le lien a été rejeté parce qu'il ne conférait pas de fondement indépendant de compétence. Toutefois, dans *Bensol* et dans cette affaire, il existe pareil fondement indépendant de compétence. Comme cette Cour l'a dit dans l'arrêt *Varnam*, à la p. 461: «aucun lien ne saurait être assez étroit pour conférer à cette Cour une compétence que ne prévoit pas la loi, tout comme aucun lien ne saurait être suffisamment tenu pour retirer à la Cour la compétence que lui donne la loi».

I must therefore conclude that the Trial Judge was in error in dismissing the action against Kintetsu and S.E.B. Cargo on the ground of want of jurisdiction.

## II

With respect to the appellants' claim against the Crown, based on the *Crown Liability Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, I set out in full the reasons for decision of the Trial Judge (at pages 153-156):

The legal basis of the plaintiffs' action against Her Majesty the Queen is the **Crown Liability Act**, which states in s. 3:

“3(1) The Crown is liable in tort for the damages for which, if it were a private person of full age and capacity, it would be liable

(a) in respect of a tort committed by a servant of the Crown; or

(b) in respect of a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property.”

It must first be determined whether Her Majesty had any legal obligation to F.M. Electronique.

As I said in **Danzas**, (T-2259-82 (p. 14); affirmed in A-621-85) citing Cattanach, J., in **Keystone** ([1982] 1 F.C. 487), the function of the customs is to secure the Crown's revenue, not to provide services to the public. No contractual or legal obligation existed in the case at bar between F.M. Electronique and the Crown. In short, the only allegation of negligence made against the customs employees was made under the **Crown Liability Act** and consisted in giving a customs release to an individual without the latter having formally identified himself by a card or by producing a power of attorney.

Can any liability be ascribed to Her Majesty on account of the fault of one of her servants?

It was admitted by both sides that this case arose out of a delict committed by an unknown third party, who falsely represented himself at the customs counter as an authorized agent of F.M. Electronique so as to obtain the customs release, which he used to go and get the goods from S.E.B. Cargo. . . .

It should also be noted that the customs office never had the said goods in its possession throughout this operation. On their arrival in Montreal the goods carried by Kintetsu Express Inc. went directly to S.E.B. Cargo Inc., where they were warehoused. Moreover, these electronic units were not subject to customs duties.

The plaintiffs however alleged that the customs officers committed two major errors, namely:

Je dois donc conclure que le juge de première instance a commis une erreur en rejetant l'action contre Kintetsu et S.E.B. Cargo pour le motif qu'il n'avait pas compétence.

## II

Quant à la réclamation présentée par les appelantes contre la Couronne, laquelle est fondée sur la *Loi sur la responsabilité de l'État*, L.R.C. (1985), ch. C-50, j'énonce au complet les motifs de la décision du juge de première instance (aux pages 153 à 156):

L'action des demanderesse contre Sa Majesté la Reine a pour fondement juridique la **Loi sur la responsabilité de l'État** qui à son article 3 déclare:

«3(1) En matière de responsabilité civile délictuelle, l'État est assimilé à une personne physique, majeure et capable, pour:

a) les délits civils commis par ses préposés;

b) les manquements aux obligations liées à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde de biens.»

Il importe d'abord de voir si Sa Majesté avait une quelconque obligation légale envers F.M. Electronique.

Le rôle des douanes, comme je l'ai dit dans **Danzas** (T-2259-82 (p. 14); confirmé dans A-621-85), en citant le juge Cattanach dans **Keystone** ([1982] 1 C.F. 487), est d'assurer des recettes à la Couronne et non pas de fournir des services au public. Il n'existait en l'occurrence aucune relation contractuelle ou légale entre F.M. Electronique et la Couronne. En somme, la seule négligence reprochée aux préposés des douanes l'est en vertu de la **Loi sur la responsabilité de l'État**, et aurait consisté à remettre à un individu une mainlevée douanière sans que ce dernier ne se soit formellement identifié au moyen d'une carte ou n'ait produit une procuration.

Une responsabilité quelconque peut-elle être imputée à Sa Majesté du fait d'une faute de ses préposés?

Il est admis de part et d'autre qu'à l'origine de cette affaire, un délit a été commis par un tiers inconnu qui s'est fausement présenté au comptoir des douanes comme un mandataire autorisé de F.M. Electronique pour obtenir la mainlevée douanière dont il s'est servi pour aller quérir la marchandise chez S.E.B. Cargo. . . .

Il faut aussi souligner que jamais, durant toute cette opération, le service des douanes n'a eu en sa possession ladite marchandise. Dès son arrivée à Montréal, la marchandise transportée par Kintetsu Express Inc. s'est retrouvée directement chez S.E.B. Cargo Inc. où elle a été entreposée. De plus, ces unités électroniques n'étaient pas sujettes à des droits de douane.

Les demanderesse reprochent cependant deux fautes principales aux agents de douane, à savoir:

(a) making an incorrect entry in the computer for 1,855 Japanese yen instead of 1,855,000, which gave the receipt a value of \$16.11 instead of \$16,105;

(b) failing to ask the self-styled representative of F.M. Electronique for proof of identification.

The court considers that a mistaken entry in the computer has no direct bearing on clearance of the goods through customs to an unauthorized third party. Whether the receipt amounted to \$16.11 or \$16,105 is unimportant since in these particular circumstances no customs duty was payable. The function of the customs office was limited in the case at bar to giving the customs release.

The allegation of negligence by the customs officer in not requiring proof of identification by the self-styled representative of F.M. Electronique also cannot be accepted. The chief of commercial operations at Dorval, Alex Paquet, explained Customs Canada's policy in this regard: in general customs officers do not have to ask an individual who comes to the counter for proof of identification. It is only in cases of doubt that, in their discretion, they may ask an individual for identification or to provide a power of attorney. In the case at bar Mrs. Riendeau, who apparently served the alleged representative of F.M. Electronique, did not think it necessary to ask this individual for a power of attorney. There was nothing to suggest that there might have been an information leak at F.M. Electronique and that the person who appeared to clear the goods was not duly authorized to do so. A false proof of identity or false power of attorney could in any case have been presented and the result would have been the same.

The Crown thus cannot be held liable for the loss suffered by F.M. Electronique, first, because Customs Canada assumed no legal obligation to this plaintiff, and second, because no fault by Her Majesty's employees was shown to have any causal connection with the loss suffered by the plaintiffs. The damage was due primarily to an information leak by an unknown perpetrator.

The Federal Court has also recognized in *Kathy Zien (R. v. Zien)* (1986), 64 N.R. 282; 26 D.L.R. (4th) 121, A-1506-84) and *Economic Trading (Economic Trading Ltd. v. R., [1969] 1 Ex.C.R. 401)* that the Crown cannot be held liable as a depository when it did not have the goods which were the subject of the action in its possession at any time. In the case at bar, the Crown never had possession of the 7,000 electronic units.

For these reasons, as the plaintiffs have not proven:

1. that the Crown had the said electronic units in its possession,
2. a legal obligation by the Crown to the plaintiffs,
3. acts of faults by officers of the Crown, and
4. a direct cause-and-effect relationship between the acts alleged and the damage suffered,

a) d'avoir fait une fausse entrée dans l'ordinateur pour 1,855 yen japonais au lieu de 1,855,000 ce qui donnait une valeur à l'acquitté de 16,11 \$ au lieu de 16 105 \$;

b) d'avoir négligé de demander une preuve d'identification au soi-disant représentant de F.M. Electronique.

La Cour estime qu'une entrée erronée dans l'ordinateur n'a aucun lien direct avec le dédouanement de la marchandise en faveur d'un tiers non autorisé. Que la valeur à l'acquitté ait été de 16,11 \$ au lieu de 16 105 \$ constitue un élément sans importance puisqu'en l'occurrence, aucun droit de douanes n'était payable. Le rôle du service des douanes se limitait, en l'instance, à accorder la mainlevée douanière.

Quant à la prétendue négligence par l'officier des douanes d'exiger une preuve d'identification du soi-disant représentant de F.M. Electronique, elle ne peut non plus être retenue. Le chef des opérations commerciales à Dorval Alex Paquet a expliqué la politique de Douanes Canada à cet égard: les agents douaniers n'ont pas, règle générale, à demander des pièces d'identification à un individu qui se présente au comptoir. C'est seulement en cas de doute qu'ils peuvent, à leur discrétion, demander à un individu de s'identifier ou de fournir une procuration. Dans la présente affaire, Mme Riendeau qui aurait servi le prétendu représentant de F.M. Electronique n'a pas jugé nécessaire de demander une procuration à cet individu. Rien ne permettrait de croire qu'il y avait eu un vol d'informations chez F.M. Electronique et que cette personne qui se présentait pour le dédouanement de la marchandise n'était pas dûment autorisée. À la limite, une fausse preuve d'identité ou une fausse procuration auraient pu être présentées que le résultat en eût été le même.

La Couronne ne peut donc être tenue responsable du préjudice subi par F.M. Electronique d'une part parce que Douanes Canada n'assumait aucune obligation légale à l'égard de cette demanderesse et d'autre part parce qu'il n'a pas été démontré de fautes de la part des préposés de Sa Majesté ayant un lien de causalité avec le préjudice subi par les demanderesse. Le dommage est d'abord imputable à un vol d'informations dont l'auteur est inconnu.

La Cour fédérale a par ailleurs reconnu dans les arrêts *Kathy Zien (R. c. Zien)* (1986), 64 N.R. 282; 26 D.L.R. (4th) 121, A-1506-84) et *Economic Trading (Economic Trading Ltd. c. R., [1969] 1 Ex. C.R. 401)* que la Couronne ne peut être déclarée responsable à titre de dépositaire lorsqu'en aucun moment elle n'a eu en sa possession la marchandise qui fait l'objet du litige. La Couronne, dans la présente cause, n'a jamais pris possession des 7,000 unités électroniques.

Pour ces raisons, considérant que les demanderesse n'ont pas prouvé:

1. que la Couronne avait eu en sa possession lesdites unités électroniques
2. d'obligation légale de la Couronne envers les demanderesse
3. d'actes fautifs de la part des agents de la Couronne
4. de lien direct de cause à effet entre les actes reprochés et le dommage subi

the plaintiffs' action against Her Majesty the Queen is dismissed with costs.

I am in complete agreement with the learned Trial Judge that the Crown had no legal obligation to F.M. Electronique, generally for the reasons given by him. Indeed, the law was changed in 1986 to remove customs officers' previous requirement to check powers of attorney (transcript of evidence, December 4, 1990, p.m., at page 81).

The appellants admitted that the Crown never had physical custody of the cargo, but argued that the Crown had custody of documents belonging to F.M. Electronique which were equivalent to documents of title. In particular, the appellants referred to a document (Appeal Book, at page 99) required by Article 16(1) of the Warsaw Convention to be attached to the air waybill. Article 16(1) reads as follows:

*Article 16*

(1) The consignor must furnish such information and attach to the air waybill such documents as are necessary to meet the formalities of customs, octroi or police before the cargo can be delivered to the consignee. The consignor is liable to the carrier for any damage occasioned by the absence, insufficiency or irregularity of any such information or documents, unless the damage is due to the fault of the carrier or his agents.

Canada Customs was alleged to have the responsibilities of a bailor or custodian while the documents were temporarily in their possession for verification, during which time they were stolen through misdelivery on the part of the Crown.

However, it seems apparent to me from a reading of the Convention that it is only the air waybill itself which functions as the document of title. Section 3 of the Chapter II of the Convention (Articles 5 through 16) is entitled "Air Waybill", and although the loss of an air waybill does not affect the existence or the validity of the contract of carriage (Article 5(2)), an air waybill is nonetheless established in Articles 10 and 11 as *prima facie* evidence of a contract, with the consignor responsible for its correctness, and in Article 13(1) the carrier is required to hand over to the

l'action des demandereses contre Sa Majesté la Reine est rejetée avec dépens.

Je partage entièrement l'avis du savant juge de première instance que la Couronne n'avait aucune obligation légale envers F.M. Électronique, généralement pour les motifs qu'il a exprimés. De fait, le droit a changé en 1986 de façon à supprimer la condition antérieure selon laquelle les agents des douanes devaient vérifier la procuration (transcription de la preuve, 4 décembre 1990, après-midi, à la page 81).

Les appelantes ont admis que la Couronne n'avait jamais matériellement eu la garde des marchandises, mais elles ont soutenu que la Couronne avait la garde des documents appartenant à F.M. Électronique, qui étaient l'équivalent du titre. En particulier, les appelantes ont cité un document (dossier conjoint, à la page 99) qui devait, selon l'article 16(1) de la Convention de Varsovie, être annexé à la lettre de transport aérien. L'article 16(1) est ainsi libellé:

*Article 16*

(1) L'expéditeur est tenu de fournir les renseignements et de joindre à la lettre de transport aérien les documents qui, avant la remise de la marchandise au destinataire, sont nécessaires à l'accomplissement des formalités de douane, d'octroi ou de police. L'expéditeur est responsable envers le transporteur de tous dommages qui pourraient résulter de l'absence, de l'insuffisance ou de l'irrégularité de ces renseignements et pièces, sauf le cas de faute de la part du transporteur ou de ses préposés.

Il a été allégué que Douanes Canada avait les responsabilités d'un dépositaire ou d'un gardien, pendant que les documents étaient temporairement en sa possession en vue de la vérification, période pendant laquelle ils ont été volés par suite de la livraison défectueuse de la part de la Couronne.

Toutefois, la lecture de la Convention montre, me semble-t-il, que seule la lettre de transport aérien elle-même sert de titre. La section 3 du chapitre II de la Convention (articles 5 à 16) est intitulée «Lettre de transport aérien» et, bien que la perte d'une lettre de transport aérien n'affecte ni l'existence ni la validité du contrat de transport (article 5(2)), la lettre de transport aérien fait néanmoins foi, jusqu'à preuve contraire, en vertu des articles 10 et 11, de la conclusion d'un contrat, l'expéditeur étant responsable de son exactitude; de plus, selon l'article 13(1), le trans-

consignee the air waybill along with delivering the cargo:

*Article 10*

(1) The consignor is responsible for the correctness of the particulars and statements relating to the cargo which he inserts in the air waybill.

(2) *The consignor will be liable for all damage suffered by the carrier or any other person by reason of the irregularity, incorrectness or incompleteness of the said particulars and statements.*

*Article 11*

(1) The air waybill is *prima facie* evidence of the conclusion of the contract, of the receipt of the cargo and of the conditions of carriage.

(2) The statements in the air waybill relating to the weight, dimensions and packing of the cargo, as well as those relating to the number of packages, are *prima facie* evidence of the facts stated; those relating to the quantity, volume and condition of the cargo do not constitute evidence against the carrier except so far as they both have been, and are stated in the air waybill to have been, checked by him in the presence of the consignor, or relate to the apparent condition of the cargo.

. . .

*Article 13*

(1) Except in the circumstances set out in the preceding Article, the consignee is entitled, on arrival of the cargo at the place of destination, to require the carrier to hand over to him the air waybill and to deliver the cargo to him, on payment of the charges due and on complying with the conditions of carriage set out in the air waybill.

The air waybill itself was never placed in the custody of Canada Customs, and I am therefore of the opinion that the appellants' objection to the Trial Judge's reasons for decision cannot be maintained.

III

With respect to the liability of Kintetsu and S.E.B. Cargo, consistently with his refusal of jurisdiction the Trial Judge made no findings. Since the relevant evidence, however, is all in the record, this is an appropriate case for this Court, being so empowered by subparagraph 52(b)(i) of the *Federal Court Act*, to come to the conclusion the Trial Judge would have reached if he had considered the matter.

porteur est tenu de remettre au destinataire la lettre de transport aérien et de lui livrer la marchandise:

*Article 10*

(1) L'expéditeur est responsable de l'exactitude des indications et déclarations concernant la marchandise qu'il inscrit dans la lettre de transport aérien.

(2) *Il supportera la responsabilité de tout dommage subi par le transporteur ou toute autre personne à raison de ses indications et déclarations irrégulières, inexactes ou incomplètes.*

*Article 11*

(1) La lettre de transport aérien fait foi, jusqu'à preuve contraire, de la conclusion du contrat, de la réception de la marchandise et des conditions du transport.

(2) Les énonciations de la lettre de transport aérien, relatives au poids, aux dimensions et à l'emballage de la marchandise ainsi qu'au nombre des colis, font foi jusqu'à preuve contraire; celles relatives à la quantité, au volume et à l'état de la marchandise ne font preuve contre le transporteur qu'autant que la vérification en a été faite par lui en présence de l'expéditeur, et constatée sur la lettre de transport aérien, ou qu'il s'agit d'énonciations relatives à l'état apparent de la marchandise.

. . .

*Article 13*

(1) Sauf dans les cas indiqués à l'article précédent, le destinataire a le droit, dès l'arrivée de la marchandise au point de destination, de demander au transporteur de lui remettre la lettre de transport aérien et de lui livrer la marchandise contre le paiement du montant des créances et contre l'exécution des conditions de transport indiquées dans la lettre de transport aérien.

La lettre de transport aérien elle-même n'a jamais été confiée à la garde de Douanes Canada, et j'estime donc que l'objection formulée par les appelantes contre les motifs de la décision du juge de première instance ne peut pas être retenue.

III

Quant à la responsabilité de Kintetsu et de S.E.B. Cargo, le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion puisqu'il a refusé d'exercer sa compétence. Toutefois, étant donné que la preuve pertinente est entièrement versée au dossier, il s'agit d'un cas dans lequel il convient que cette Cour, puisqu'elle est autorisée à le faire par le sous-alinéa 52(b)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale*, tire la conclusion que le juge de



Since the law is covered by the statutory code of the *Carriage by Air Act*, the liability of the respondents Kintetsu and S.E.B. Cargo is established by Article 18 as set out, *supra*, which makes a carrier "liable for damage sustained in the event of the . . . loss of . . . any cargo," provided that the loss took place during the carriage by air, defined to include the period during which the cargo is in charge of the carrier or its agent in an aerodrome.

The defence pleaded was as to the limitation of liability for loss of cargo, the amount of which is provided by Article 22(2) of the Convention, as restated by the 1955 Protocol of The Hague. However, such a limitation of liability is available only in the circumstances provided by Article 25, as restated by the 1955 Protocol. Article XIII of the Protocol, amending Article 25 of the Convention, reads as follows:

*Article XIII*

In Article 25 of the Convention—paragraphs (1) and (2) shall be deleted and replaced by the following:

"The limits of liability specified in Article 22 shall not apply if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the carrier, his servants or agents, done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result; provided that, in the case of such act or omission of a servant or agent, it is also proved that he was acting within the scope of his employment."

Since it is common ground that there was no intent to cause damage on the part of the respondent, the only questions to be addressed are whether S.E.B. Cargo's actions were "done . . . recklessly and with knowledge that damage would probably result" and whether S.E.B. Cargo was acting within the scope of its employment by Kintetsu.

It was submitted by the appellants that the misdelivery without verification was done recklessly, with knowledge that damage would probably result from the wrong person's getting the cargo, and that S.E.B. Cargo was obviously acting within the scope of its

première instance aurait tirée s'il avait examiné l'affaire.

Étant donné que le droit est régi par le code figurant dans la *Loi sur le transport aérien*, la responsabilité des intimées Kintetsu et S.E.B. Cargo est établie par l'article 18 énoncé ci-dessus, qui rend le transporteur «responsable du dommage survenu en cas de . . . perte.. de marchandises» à condition que la perte ait été subie pendant le transport aérien, défini comme comprenant la période pendant laquelle les marchandises sont confiées à la garde du transporteur ou de son mandataire à l'aérodrome.

Le moyen de défense plaidé visait la limite de responsabilité en cas de perte de marchandise, dont le montant est prévu par l'article 22(2) de la Convention, qui a de nouveau été énoncé dans le Protocole de La Haye de 1955. Toutefois, cette limite de responsabilité ne peut être invoquée que dans les cas visés à l'article 25, qui a de nouveau été énoncé dans le Protocole de 1955. L'article XIII du Protocole, modifiant l'article 25 de la Convention, est ainsi libellé:

*Article XIII*

À l'article 25 de la Convention—les alinéas (1) et (2) sont supprimés et remplacés par la disposition suivante:

«Les limites de responsabilité prévues à l'article 22 ne s'appliquent pas s'il est prouvé que le dommage résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur ou de ses préposés fait, soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérairement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement, pour autant que, dans le cas d'un acte ou d'une omission de préposés, la preuve soit également apportée que ceux-ci ont agi dans l'exercice de leurs fonctions.»

Étant donné qu'il est reconnu que l'intimée n'avait pas l'intention de causer un dommage, les seules questions à trancher sont de savoir si les actions de S.E.B. Cargo ont été «fai[tes] . . . témérairement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement» et si S.E.B. Cargo agissait dans l'exercice de ses fonctions auprès de Kintetsu.

Les appelantes ont soutenu que la livraison défectueuse sans vérification a été faite témérairement, avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement du fait que la mauvaise personne recevrait les marchandises, et que S.E.B. Cargo agissait de

employment, its function being precisely the proper delivery of the cargo to F.M. Electronique.<sup>4</sup>

On its side, Kintetsu contended that its only decision in the matter was to select a bonded warehouse to receive and warehouse imported goods, hardly an act which by any standard would be defined as an act of gross negligence. It also argued that it was limited by law in its choice of warehouses for imported goods. However, on this latter point, even if I were to assume, without deciding, that such a limitation on Kintetsu's freedom of action were relevant, the testimony of the Canada Customs representative was to the effect that there were twenty-four such sufferance warehouses at Dorval at the time (transcript of evidence, December 4, 1990, p.m., at page 13)<sup>5</sup> and therefore a great deal of discretion on its part as to choice of warehouse.

The appellants relied on the decision of Walsh J. in *Swiss Bank Corp. v. Air Canada*, [1982] 1 F.C. 756 (T.D.), upheld generally by this Court, [1988] 1 F.C. 71. This decision was said to be consistent with the law as normally applied to all carriers in cases of misdelivery as illustrated in "Carriers", *Corpus Juris Secundum*, 13 C.J.S. Carriers §417, and M. J. Gwertzman, *The Law of Transportation in its Relation to Transportation Insurance*, s. 94-96.

<sup>4</sup> Kintetsu went so far in its memorandum of fact and law as to argue that the Trial Judge had "properly concluded" that the theft in question was a theft of information. In my opinion, the Trial Judge came to no such conclusion, or indeed to any factual conclusion on this branch of the case. Rather, in the context of holding that Crown employees had no causal connection with the appellants' loss, he commented (at p. 156) that "The damage was due primarily to an information leak by an unknown perpetrator." This was a reflection on the source of the problem, not a conclusion as to liability.

<sup>5</sup> It is true that John McBurnie, a witness for Kintetsu, testified that he was aware of only three bonded warehouses: transcript of evidence, December 4, 1990, a.m., at p. 93. But he had less reason to be aware of the true situation than the Canada Customs representative, Alex Paquet.

toute évidence dans l'exercice de ses fonctions, qui consistaient précisément à effectuer la livraison convenable des marchandises à F.M. Électronique<sup>4</sup>.

De son côté, Kintetsu a soutenu que sa seule décision consistait à choisir un entrepôt de douane où les marchandises importées seraient reçues et entreposées, acte qui peut difficilement être normalement qualifié de faute lourde. Elle a également soutenu que la loi lui imposait certaines restrictions, lorsqu'il s'agissait de choisir des entrepôts pour des marchandises importées. Toutefois, sur ce dernier point, même si je supposais, sans me prononcer, que les limites auxquelles la liberté d'action de Kintetsu était assujettie sont pertinentes, le représentant de Douanes Canada a témoigné qu'il y avait, à ce moment-là, vingt-quatre entrepôts d'attente à Dorval (transcription de la preuve, 4 décembre 1990, après-midi, à la page 13<sup>5</sup>) et que Kintetsu avait donc une grande latitude quant au choix de l'entrepôt.

Les appelantes se sont appuyées sur la décision rendue par le juge Walsh dans *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*, [1982] 1 C.F. 756 (1<sup>re</sup> inst.), laquelle a d'une façon générale été confirmée par cette Cour dans [1988] 1 C.F. 71. On a dit que cette décision était compatible avec le droit qui s'appliquait normalement à tous les transporteurs dans les affaires de livraison défectueuse, tel qu'illustré dans «Carriers», *Corpus Juris Secundum*, 13 C.J.S. Carriers §417 et M. J. Gwertzman, *The Law of Transportation in its Relation to Transportation Insurance*, s. 94 à 96.

<sup>4</sup> Dans son Exposé des faits et du droit, Kintetsu est allée jusqu'à soutenir que le juge de première instance avait [TRANSCRIPTION] «eu raison de conclure» que le vol en question était un vol d'informations. À mon avis, le juge de première instance n'a pas tiré pareille conclusion, ou en fait quelque conclusion de fait au sujet de cet aspect de l'affaire. En statuant qu'il n'existait aucun lien de causalité entre les préposés de l'État et la perte subie par les appelantes, il a plutôt fait remarquer (à la p. 156) que «[l]e dommage [était] d'abord imputable à un vol d'informations dont l'auteur [était] inconnu». Il s'agissait d'une réflexion au sujet de la source du problème, et non d'une conclusion au sujet de la responsabilité.

<sup>5</sup> Il est vrai que John McBurnie, témoin de Kintetsu, a déclaré qu'il était au courant de l'existence de trois entrepôts de douane seulement: transcription de la preuve, 4 décembre 1990, avant-midi, à la p. 93. Cependant, il avait moins de raisons d'être au courant de la véritable situation que le représentant de Douanes Canada, Alex Paquet.

*Swiss Bank Corp. v. Air Canada* was a case of loss of a parcel of bank notes in the course of air transport. Walsh J. held at trial, following the French Court of Cassation, that an objective test was necessary to determine whether the fault of the carrier or its employees was intentional or reckless, before concluding that on the facts there that the fault was intentional. In light of his finding as to the existence of intention, this Court did not find it necessary to consider the question of recklessness.

In domestic criminal law, where the concept of recklessness has to be more precise, since much more is at stake, the primary issue as to whether the standard is subjective or objective is not yet settled. In *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392 and *R. v. Waite*, [1989] 1 S.C.R. 1436, the Supreme Court split over the kind of *mens rea* required for a conviction of criminal negligence. In *R. v. Anderson*, [1990] 1 S.C.R. 265, at page 271, Sopinka J. speaking for a unanimous Court, did not attempt to resolve the issue, but noted that "A finding that the impugned conduct is a marked departure from the standard [of an ordinary prudent person] is accordingly, central to both the objective and subjective approaches." He accordingly concluded that in that case a conclusion of recklessness could not be drawn on either basis.

In its recent decision in *R. v. Hundal* (No. 22358, March 11, 1993 [not yet reported]) the Supreme Court had to consider the *mens rea* required for the Criminal Code offence of dangerous driving in the light 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]] requirement (section 7) of an element of fault for an offence carrying the possibility of imprisonment. Cory J. held for the Court that a modified objective test rather than a subjective test was all that was required, so that it was unnecessary for criminal liability to establish that the particular accused was aware of the consequences of his or her driving as a pure subjective intent would have required.

Dans *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*, un colis de billets de banque avait été perdu pendant le transport aérien. Le juge Walsh a statué à l'instruction, en suivant l'avis exprimé par la Cour de cassation française, qu'il fallait se fonder sur un critère objectif pour déterminer si la faute du transporteur ou de ses employés était intentionnelle ou résultait de leur témérité, avant de conclure que, d'après les faits de l'affaire, la faute était intentionnelle. Compte tenu de cette conclusion au sujet de l'existence de l'intention, cette Cour n'a pas jugé nécessaire d'examiner la question de la témérité.

Selon le droit pénal interne, en vertu duquel la notion de la témérité doit être plus précise, étant donné que l'enjeu est beaucoup plus important, la question primordiale de savoir si la norme à appliquer est subjective ou objective n'est pas encore réglée. Dans *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, et dans *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436, la Cour suprême était partagée au sujet du genre de *mens rea* requise pour que la négligence criminelle soit reconnue. Dans *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265, à la page 271, le juge Sopinka, au nom de la Cour à l'unanimité, n'a pas tenté de régler la question, mais a fait remarquer que: «La conclusion que la conduite reprochée constitue une dérogation marquée à la norme [d'une personne raisonnablement prudente] est donc le point central de la méthode objective aussi bien que de la méthode subjective». Il a donc conclu que dans cette affaire-là, il était impossible de conclure à la témérité sur un fondement ou l'autre.

Dans la décision qu'elle a récemment rendue dans *R. c. Hundal* (n° 22358, 11 mars 1993 [encore inédit]), la Cour suprême devait examiner la *mens rea* requise dans le cas d'une infraction de conduite dangereuse fondée sur le Code criminel, à la lumière de l'exigence 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]] (article 7) selon laquelle une infraction susceptible de donner lieu à l'emprisonnement devait comporter un élément de faute. Le juge Cory a statué au nom de la Cour que seul un critère objectif modifié, plutôt qu'un critère subjectif, était requis, de sorte qu'aux fins de la responsabilité pénale, il n'était pas nécessaire d'établir que l'accusé en cause était au

In my view it is unnecessary for the present decision to get into the refinements of domestic criminal law as to recklessness. Whatever the criminal law standard of recklessness, the civil law interpretation of the various concepts of negligence (including recklessness as used in that context) is arguably objective: see, e.g., the view of La Forest J., a partisan of a subjective component for recklessness in a criminal context, in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at page 210. Moreover, the issue in the case at bar was argued on the basis of so-called gross negligence or gross fault by Kintetsu. The very definition of "gross negligence" cited by Kintetsu, from *Black's Law Dictionary*, rev. 4th ed., 1968 incorporates the concept of "such a gross want of care and regard for the rights of others as to justify the presumption of wilfulness and wantonness," where the emphasized words indicate the adoption of an objective standard.

In any event, I am persuaded that the result would be the same in the case at bar whether the standard of recklessness be subjective or objective. S.E.B. Cargo had the onus of taking such care as to ensure proper delivery, and it can be concluded from the facts that it not only must have been but was aware that delivery to an unauthorized person was very likely to preclude the cargo's coming into the hands of its rightful owner. In other words, the result is so obvious that it would be the same whether taken subjectively or objectively. As Lord Denning put it in *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.*, [1959] A.C. 576 (H.L.) at page 586:

It is perfectly clear law that a shipowner who delivers without production of the bill of lading does so at his peril. The contract is to deliver, on production of the bill of lading, to the person entitled under the bill of lading.

It is no defence for the respondents to maintain that they had no special instructions from F.M. Electronique as to delivery of its cargo or that it was S.E.B. Cargo's custom always to deliver goods on the mere production of a customs release. S.E.B. Cargo

courant des conséquences de sa conduite comme il aurait fallu le faire dans le cas d'une intention purement subjective.

À mon avis, en l'espèce, il est inutile d'examiner les subtilités du droit pénal interne quant à la témérité. Quelle que soit la norme de témérité en droit pénal, l'interprétation en droit civil des diverses notions de négligence (y compris la notion de témérité utilisée dans ce contexte) est probablement objective: voir, par ex., l'avis exprimé par le juge La Forest, qui était partisan d'un élément subjectif de témérité dans un contexte pénal, dans *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la page 210. En outre, la question en l'espèce a été débattue sur la base de la soi-disant négligence grossière ou faute lourde commise par Kintetsu. La définition même de la «négligence grossière» citée par Kintetsu, tirée du *Black's Law Dictionary*, 4<sup>e</sup> éd. rév., 1968, incorpore la notion de [TRADUCTION] «manque si flagrant de diligence et d'égard pour les droits des autres que cela justifie la présomption d'acte intentionnel et malveillant», les mots soulignés indiquant l'adoption d'une norme objective.

Quoi qu'il en soit, je suis convaincu que le résultat serait le même en l'espèce, et ce, que la norme de témérité soit subjective ou objective. Il incombait à S.E.B. Cargo de faire preuve de la diligence nécessaire pour assurer la livraison convenable, et il peut être conclu, à partir des faits, qu'elle devait non seulement savoir, mais aussi qu'elle savait que la livraison à une personne non autorisée empêcherait fort probablement la remise des marchandises au propriétaire légitime. En d'autres termes, le résultat est si évident qu'il serait le même, et ce, subjectivement ou objectivement. Comme lord Denning l'a dit dans *Sze Hai Tong Bank Ltd. v. Rambler Cycle Co. Ltd.*, [1959] A.C. 576 (H.L.), à la page 586:

[TRADUCTION] Il est parfaitement clair en droit qu'un propriétaire de navire qui livre les marchandises sans que le connaissement ait été produit le fait à ses risques et périls. Le contrat consiste à livrer les marchandises, sur production du connaissement, à la personne qui y a droit en vertu du connaissement.

Les intimées ne peuvent pas faire valoir qu'elles n'avaient reçu aucune instruction spéciale de F.M. Électronique au sujet de la livraison de ses marchandises ou que S.E.B. Cargo avait toujours l'habitude de livrer les marchandises sur simple production

was not only a sufferance warehouse having responsibility to the Crown not to deliver goods without a release. It was also, and first of all, a warehouse, owing a duty to consignees not to yield up their cargo without proper authorization. Even if I were to assume, without deciding, that a custom on the part of the sufferance warehouse industry to surrender cargo on the production of a release, without more, were a justification, there is no evidence whatsoever on the record here as to the custom of the industry, but only of this particular warehouse. For it to deliver cargo without requiring authorization is to act at its own peril.

A final argument attempted by Kintetsu was that the Trial Judge concluded that the thief or thieves would have equally had false documents which would have, in the ordinary course of carrying on of the trade, satisfied any standards of identity. What the Trial Judge actually said (at page 155) was as follows:

A false proof of identity or false power of attorney could in any case have been presented and the result would have been the same.

Quite apart from the fact that the Trial Judge was dealing with the liability of the Crown, not of Kintetsu, there is not a shred of evidence in the case as to what the defrauder had in his possession at the time. A speculative hypothesis cannot take the place of the fundamental obligation of exercising due diligence.

Since there can be no reasonable question that S.E.B Cargo was acting within its authority from Kintetsu, Kintetsu therefore cannot escape from the malfeasance of its agent acting in the course of its authority.

#### IV

The only remaining issue is as to interest. Section 41 of the *Federal Court Act* makes no provision for pre-judgment interest but this Court established in *Algonquin Mercantile Corp. v. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 F.C. 305, a successful party's right to

d'une formule de dédouanement. S.E.B. Cargo exploitait non seulement un entrepôt d'attente ayant la responsabilité, envers la Couronne, de ne pas livrer les marchandises sans mainlevée, mais aussi, et avant tout, un entrepôt qui avait l'obligation, envers les consignataires, de ne pas remettre les marchandises sans autorisation appropriée. Même si je supposais, sans me prononcer sur ce point, que le fait que, dans le secteur des entrepôts d'attente, on a l'habitude de remettre les marchandises sur simple production d'une mainlevée constitue une justification, il n'existe en l'espèce absolument aucune preuve au sujet de la coutume dans le secteur, mais uniquement au sujet de cet entrepôt particulier. En livrant les marchandises sans exiger d'autorisation, l'entreposeur agit à ses risques et périls.

Enfin, Kintetsu a tenté de soutenir que le juge de première instance avait conclu que le voleur ou les voleurs auraient de toute façon eu de faux documents qui auraient satisfait toute norme d'identification, dans le cadre ordinaire de l'exploitation de l'entreprise. En fait, le juge de première instance a dit ceci (aux pages 155 et 156):

À la limite, une fausse preuve d'identité ou une fausse procuration auraient pu être présentées que le résultat en eût été le même.

Indépendamment du fait que le juge de première instance examinait la question de la responsabilité de la Couronne, et non de Kintetsu, il n'existe pas la moindre preuve en l'espèce au sujet des documents que le fraudeur avait en sa possession au moment pertinent. Une hypothèse conjecturale ne peut pas remplacer l'obligation fondamentale voulant qu'il faut faire preuve de diligence.

Étant donné qu'il ne peut pas raisonnablement être contesté que S.E.B. Cargo agissait dans les limites des pouvoirs conférés par Kintetsu, Kintetsu ne peut donc pas se soustraire au méfait de son mandataire agissant dans les limites de ses pouvoirs.

#### IV

La seule question qu'il reste à trancher est celle de l'intérêt. L'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne prévoit pas l'intérêt avant jugement, mais cette Cour a établi, dans *Algonquin Mercantile Corp. c. Dart Industries Canada Ltd.*, [1988] 2 C.F. 305, que

prejudgment interest. Indeed, in *Swiss Bank Corp. v. Air Canada*, *supra*, this Court reversed the Trial Judge for not allowing prejudgment interest. Pratte J.A. wrote for the majority (at page 79):

Apart from exceptional cases, the Convention limits the carrier's liability significantly. In view of the generality of the language of paragraph 18(1), I think one has to conclude that in the rare cases in which such liability is not limited, the authors of the Convention intended the victim to be compensated in full for the damage sustained. That means that he is to receive compensation which will place him in the situation he would have been in if the loss had not occurred: that is, in a case like the one at bar in which the goods lost consisted of a sum of money, the victim must receive in addition to the amount lost the interest he would undoubtedly have earned if the loss had not taken place. I therefore consider that the Convention gave the respondent the right to claim interest on the sum of money lost from the date on which delivery would ordinarily have been made to the date of the judgment. That being so, contrary to what the Trial Judge held, the provisions of the contract of carriage could not divest him of this right. Under paragraph 23(1) of the Convention, such provisions are null and void.

In the case at bar, there is no negation of interest in the contract.

Since there is no provision in the *Federal Court Act* as to the rate of prejudgment interest, it is necessary to have recourse to provincial law. The *Quebec Civil Code of Lower Canada* provides in article 1056c as follows:

**Art. 1056c.** The amount awarded by judgment for damages resulting from an offence or a quasi-offence shall bear interest at the legal rate as from the date when the action at law was instituted.

There may be added to the amount so awarded an indemnity computed by applying to the amount, from such date, a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 28 of the Act respecting the Ministère du Revenu R.S.Q., chapter M-31 over the legal interest rate.

In order to place the appellants in the situation they would have been in if the loss had not occurred, they should be awarded the higher rate.

The rate by which the legal rate from February 10, 1987, to the date of judgment should be increased in accordance with the provisions of article 1056c should be determined on a reference, unless the parties can agree on the appropriate amount among themselves.

la partie qui a gain de cause a droit à l'intérêt avant jugement. De fait, dans *Swiss Bank Corp. c. Air Canada*, précité, cette Cour a infirmé la décision du juge de première instance de ne pas octroyer d'intérêt avant jugement. Le juge Pratte, J.C.A., a déclaré ceci, au nom de la majorité (à la page 79):

La Convention, sauf dans des cas exceptionnels, limite considérablement la responsabilité du transporteur. Il me semble qu'il en faut déduire, étant donné la généralité des termes de l'alinéa 18(1), que dans les rares cas où cette responsabilité n'est pas limitée, les auteurs de la Convention ont voulu que la victime soit complètement indemnisée du dommage subi. Cela suppose qu'elle reçoive une indemnité qui la replace dans la situation qui aurait été la sienne si la perte n'avait pas eu lieu; c'est dire que, dans un cas comme celui-ci où les marchandises perdues consistent en une somme d'argent, la victime doit recevoir, en plus de la somme perdue, les intérêts qu'elle aurait certainement gagnés si la perte n'avait pas eu lieu. Je suis donc d'avis que la Convention donnait à l'intimée le droit de réclamer les intérêts sur la somme d'argent perdue depuis le jour où la livraison aurait normalement dû avoir lieu jusqu'à la date du jugement. Cela étant, les stipulations du contrat de transport ne pouvaient, contrairement à ce qu'a décidé le premier juge, lui faire perdre ce droit. En effet, de pareilles stipulations sont, d'après l'alinéa 23(1) de la Convention, nulles et de nul effet.

En l'espèce, le contrat ne stipule pas qu'aucun intérêt ne sera octroyé.

Étant donné que la *Loi sur la Cour fédérale* ne contient aucune disposition au sujet du taux de l'intérêt avant jugement, il faut recourir à la loi provinciale. Le *Code civil du Bas-Canada* du Québec prévoit ceci, à l'article 1056c:

**Art. 1056c.** Le montant accordé par jugement pour dommages résultant d'un délit ou d'un quasi-délit porte intérêt au taux légal depuis la date de l'institution de la demande en justice.

Il peut être ajouté au montant ainsi accordé une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de ladite date, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 28 de la Loi du ministère du Revenu (L.R.Q., chapitre M-31) sur le taux légal d'intérêt.

Pour placer les appelantes dans la situation dans laquelle elles auraient été si la perte ne s'était pas produite, il faudrait octroyer le taux le plus élevé.

Le taux par lequel le taux légal, à compter du 10 février 1987 jusqu'à la date du jugement, devrait être augmenté conformément aux dispositions de l'article 1056c devrait être fixé au moyen d'un renvoi, à moins que les parties ne s'entendent à ce sujet.

V

In the result, the appeal against the defendants Kintetsu and S.E.B. Cargo must be allowed, the decision of the Trial Division of January 25, 1991, set aside in relation to those defendants, which are jointly and severally ordered to pay the appellants the sum of \$18,715.74, with prejudgment interest from February 10, 1987, to the date of judgment, and interest at the legal rate thereafter, the rate of prejudgment interest to be determined on a reference to the Senior Prothonotary, unless the parties can themselves agree on the amount. The appellants should have their costs both on appeal and at trial against the defendant Kintetsu. The appeal against the Crown must be dismissed with costs.

HUGESSEN J.A.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

V

Par conséquent, l'appel contre les défenderesses Kintetsu et S.E.B. Cargo doit être accueilli, la décision rendue par la Section de première instance le 25 janvier 1991, infirmée en ce qui concerne ces défenderesses, auxquelles il est ordonné de verser conjointement et solidairement aux appelantes la somme de 18 715,74 \$, avec intérêt avant jugement, à compter du 10 février 1987 jusqu'à la date du jugement, et l'intérêt au taux légal par la suite, le taux de l'intérêt avant jugement devant être fixé au moyen d'un renvoi devant le protonotaire en chef, à moins que les parties ne s'entendent à ce sujet. Les dépens sont adjugés aux appelantes en appel et en première instance contre la défenderesse Kintetsu. L'appel contre la Couronne doit être rejeté avec dépens.

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

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

A-785-91

**Ting Ting Cheung and Karen Lee by her  
Litigation Guardian, Ting Ting Cheung  
(Appellants)**

v.

**The Minister of Employment and Immigration  
(Respondent)**

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

Court of Appeal, Mahoney, Stone and Linden J.J.—  
Toronto, March 26; Ottawa, April 1, 1993.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Con-  
vention refugees — Appeal from Board's decision woman and  
second child not Convention refugees — Appellant facing  
forced sterilization under China's one-child policy after birth  
of second child — Second child already deprived of medical  
care, facing deprivation of education, employment opportuni-  
ties and food if returned to China — Appeal allowed — Women  
in China with one child and faced with forced sterilization con-  
stitute particular social group — Forced sterilization of women  
such extreme violation of basic human rights as to constitute  
persecution — Second child Convention refugee in own right  
— Second children constitute particular social group facing  
deprivations amounting to persecution.*

These were appeals from the Immigration and Refugee  
Board's finding that the appellants did not have a well-founded  
fear of persecution and could not claim Convention refugee  
status. The alleged persecution was forced sterilization under  
China's one-child policy. The appellant Ting Ting Cheung had  
a son in 1984. Over the next two years she underwent three  
abortions. In 1986, she moved to another province so that the  
local authorities would not learn that she was again pregnant.  
She gave birth to a daughter, who has already been denied the  
normal medical attention given to young children, and will be  
deprived of food subsidies, education and employment oppor-  
tunities if returned to China. Upon her return, the local authori-  
ties took the appellant away to be sterilized, but the procedure  
had to be postponed for medical reasons. The appellant left the  
province before the procedure was again attempted and eventu-  
ally came to Canada. It was accepted that the appellant  
would be sterilized if returned to China. The Board's decision  
focused on the general aim of the one-child policy, i.e. the  
modernization of China. It held that there was no persecutory  
intent and that the policy was a law of general application. The  
first issue was whether a well-founded fear of forced steriliza-  
tion under China's one-child policy constituted a well-founded  
fear of persecution for reasons of membership in a particular

A-785-91

**Ting Ting Cheung et Karen Lee représentée par  
sa tutrice à l'instance, Ting Ting Cheung  
(appelantes)**

a

c.

**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration  
(intimé)**

b

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

Cour d'appel, juges Mahoney, Stone et Linden,  
J.C.A.—Toronto, 26 mars; Ottawa, 1<sup>er</sup> avril 1993.

c

d

e

f

*Citoyenneté et immigration — Statut au Canada — Réfugiés  
au sens de la Convention — Appel d'une décision de la Com-  
mission selon laquelle une femme et son second enfant  
n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention — L'appe-  
lante faisait face à la stérilisation forcée en application de la  
politique chinoise de l'enfant unique après la naissance de son  
second enfant — Ce dernier, qui s'est déjà vu refuser des soins  
médicaux, faisait face à une privation d'éducation, de chances  
d'emploi et de vivres s'il retournait en Chine — Appel accueilli  
— Les femmes en Chine ayant un enfant et faisant face à la  
stérilisation forcée constituent un groupe social — La stérilisa-  
tion forcée des femmes constitue une violation des droits fon-  
damentaux de la personne telle qu'elle constitue de la persé-  
cution — Le second enfant est personnellement un réfugié au  
sens de la Convention — Les seconds enfants constituent un  
groupe social faisant face à des privations qui équivalent à de  
la persécution.*

g

h

i

j

Il est interjeté appel de la décision par laquelle la Commis-  
sion de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que les  
appelantes n'avaient pas raison de craindre d'être persécutées,  
et ne pouvaient revendiquer le statut de réfugié au sens de la  
Convention. La persécution alléguée est la stérilisation forcée  
en application de la politique chinoise de l'enfant unique. En  
1984, l'appelante Ting Ting Cheung a eu un fils. Au cours des  
deux années suivantes, elle s'est fait avorter à trois reprises. En  
1986, elle est allée vivre dans une autre province pour que les  
autorités locales n'apprennent sa nouvelle grossesse. Elle a  
donné naissance à une fille, qui s'est déjà vu refuser les soins  
médicaux normaux prodigués à de jeunes enfants et qui serait  
privée de vivres et de chances d'éducation et d'emploi si elle  
retournait en Chine. Au retour de l'appelante, les autorités  
locales l'ont emmenée en vue d'une stérilisation, mais la pro-  
cédure devait être ajournée pour des raisons médicales. L'ap-  
pelante a quitté la province avant qu'on n'entame de nouveau  
la procédure, et elle est en fin de compte venue au Canada. Il  
est reconnu que l'appelante serait stérilisée si elle retournait en  
Chine. La décision de la Commission s'est concentrée sur le  
but général visé par la politique de l'enfant unique, c'est-à-dire  
la modernisation de la Chine. La Commission a décidé qu'il  
n'existait aucune intention de persécution, et que cette poli-



social group. Deciding that question necessitated a determination as to whether women in China who have more than one child and are faced with forced sterilization constitute a social group within the definition of Convention refugee, and whether forced sterilization constitutes persecution. The second issue was whether a second child, born in contravention of the one-child policy, qualifies for refugee status.

*Held*, the appeals should be allowed.

The Board misconstrued the law by focusing on the general aim of the one-child policy, rather than examining the methods used to enforce it. The Board decision ignored the severity of the intrusiveness of sterilization to a person's mental and physical integrity, and wrongly required that a "persecutory intent" be present, whereas a persecutory effect will suffice.

Women in China who have one child and are faced with forced sterilization satisfy enough of the criteria set out in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mayers* to constitute a particular social group. They share similar social status and hold a similar interest which is not held by their government. They are identified by a purpose which is so fundamental to their human dignity that they should not be required to alter it on the basis that interference with a woman's reproductive liberty is a basic right "rank[ing] high in our scale of values".

Forced sterilization in the context of China's one-child policy constitutes persecution. Forced sterilization of Chinese women who have had a child is not a law of general application. It is a practice that affects a limited and well-defined group of people and does not have general application. It is not universally applied throughout China. It is mainly conducted by local authorities, not the central government, but even where the state does not directly participate in the persecution of an individual, the victim of such persecutory treatment may still fall within the definition of Convention refugee. Even if accepted as a law of general application, that would not prevent a claim to Convention refugee status where the law is applied in such a way as to constitute persecution. The appellant's fear extended beyond the consequences of the law of general application (i.e. economic penalties) to include extraordinary treatment in her case (forced sterilization). Furthermore, if the punishment is so Draconian as to be completely disproportionate to the objective of the law, it may be viewed as persecutory, regardless of whether the intent of the punishment is persecution. The forced sterilization of women is a fundamental violation of basic human rights. It is an unacceptable violation of security of the person, and is cruel, inhuman and degrading treatment. The practice of forced sterilization of women is such an extreme violation of basic human rights as to be persecutory, even though thought to advance the

tique était une règle d'application générale. La première question qui se pose est de savoir si la crainte fondée de stérilisation forcée en application de la politique chinoise de l'enfant unique constitue une crainte fondée de persécution du fait de l'appartenance à un groupe social. Pour trancher cette question, il faut déterminer si les femmes en Chine qui ont plus d'un enfant et qui font face à la stérilisation forcée constituent un groupe social selon la définition de réfugié au sens de la Convention, et si la stérilisation forcée constitue de la persécution. La seconde question est de savoir si un second enfant, né contrairement à la politique de l'enfant unique, peut obtenir le statut de réfugié.

*Arrêt*: les appels doivent être accueillis.

La Commission a mal interprété le droit en se concentrant sur le but général visé par la politique de l'enfant unique, plutôt que d'examiner les méthodes utilisées pour appliquer cette politique. La décision de la Commission n'a pas tenu compte de la mesure dans laquelle la stérilisation porte atteinte à l'intégrité mentale et physique d'une personne, et elle a eu tort d'exiger l'existence d'une «intention de persécution», alors qu'un effet de persécution suffit.

Les femmes en Chine qui ont un enfant et qui font face à la stérilisation forcée satisfont suffisamment aux critères dégagés dans l'affaire *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mayers* pour constituer un groupe social. Elles partagent le même statut social et ont un intérêt similaire que ne partage pas leur gouvernement. Elles ont en commun une fin si essentielle à leur dignité humaine qu'elles ne devraient pas être obligées de la modifier pour le motif que l'ingérence dans la liberté de procréation d'une femme est un droit fondamental «qui se situe en haut de notre échelle de valeurs».

La stérilisation forcée dans le contexte de la politique chinoise de l'enfant unique constitue de la persécution. La stérilisation forcée des femmes chinoises qui ont eu un enfant n'est pas une règle d'application générale. Il s'agit d'une pratique qui touche un groupe limité et bien défini de personnes et ne reçoit pas une application générale. La stérilisation forcée n'est pas universellement appliquée dans toute la Chine. Ce sont les autorités locales, plutôt que le gouvernement central, qui s'en occupent principalement, mais, même si l'État ne participe pas directement à la persécution d'un individu, la victime d'une telle persécution peut tout de même relever de la définition de réfugié au sens de la Convention. Même si la stérilisation forcée était acceptée comme une règle d'application générale, ce fait n'empêcherait pas une revendication du statut de réfugié au sens de la Convention lorsque la règle s'applique de manière à constituer de la persécution. La crainte de l'appelante s'étend au-delà des conséquences de la règle d'application générale (c.-à-d. des pénalités économiques) pour inclure un traitement extraordinaire dans son cas (la stérilisation forcée). De plus, si la punition est si draconienne au point d'être complètement disproportionnée avec l'objectif de la règle, on peut y voir de la persécution et ce, indépendamment de la question de savoir si le but de la punition est la persécution. La stérilisation forcée des femmes est une violation essentielle des droits fondamentaux de la personne. Elle est une violation inacceptable de la

modernization of China. The appellant had a well-founded fear of persecution.

The appellant's second child may claim Convention refugee status in her own right. She is a member of a particular social group, second children, and as such would suffer such severe and concerted discrimination as to amount to persecution.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(c)(i) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 17).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).  
*Universal Declaration of Human Rights*, U.N. Gen. Ass. Res. 217 A (III), Dec. 10, 1948, Arts. 3, 5.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mayers*, [1993] 1 F.C. 154 (C.A.); *Padilla v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.); *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; (1986), 31 D.L.R. (4th) 1; 185 A.P.R. 273; 61 Nfld. & P.E.I.R. 273; 8 C.H.R.R. D/3773; 13 C.P.C. (2d) 6; 71 N.R. 1.

##### DISTINGUISHED:

*Canada (Attorney General) v. Ward*, [1990] 2 F.C. 667; (1990), 67 D.L.R. (4th) 1; 10 Imm. L.R. (2d) 189; 108 N.R. 60 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*I. (R.R.) (Re)*, [1992] C.R.D.D. No. 87 (Q.L.); *H. (W.I.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 15 (Q.L.); *Surujpal v. Minister of Employment and Immigration* (1985), 60 N.R. 73 (F.C.A.); *Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 605 (C.A.); *T. (S.N.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 30 (Q.L.); *A. (W.R.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 98 (Q.L.).

#### AUTHORS CITED

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*, Butterworths: Toronto, 1991.

APPEALS from The Immigration and Refugee Board's finding appellants did not have a well-founded fear of persecution therefore, were not Convention refugees. Appeals allowed.

sécurité de la personne et constitue un traitement cruel, inhumain et dégradant. La pratique consistant à forcer les femmes à subir une stérilisation forcée viole à ce point leurs droits humains fondamentaux qu'elle constitue de la persécution, même si son objet était de promouvoir la modernisation de la Chine. L'appelante avait raison de craindre d'être persécutée.

Le second enfant de l'appelante peut personnellement revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention. Elle est membre d'un groupe social, c'est-à-dire le groupe des seconds enfants, et, en tant que tel, elle ferait l'objet d'une discrimination si grave et si concertée qu'elle s'assimilerait à la persécution.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Déclaration universelle des droits de l'homme*, N.U. Ass. Gén. Rés. 217 A (III), 10 déc., 1948, Art. 3, 5.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 52c(i) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 17).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada (Ministre de L'Emploi et de l'Immigration) c. Mayers*, [1993] 1 C.F. 154 (C.A.); *Padilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.); *E. (M<sup>me</sup>) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; (1986), 31 D.L.R. (4th) 1; 185 A.P.R. 273; 61 Nfld. & P.E.I.R. 273; 8 C.H.R.R. D/3773; 13 C.P.C. (2d) 6; 71 N.R. 1.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Canada (Procureur général) c. Ward*, [1990] 2 C.F. 667; (1990), 67 D.L.R. (4th) 1; 10 Imm. L.R. (2d) 189; 108 N.R. 60 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*I. (R.R.) (Re)*, [1992] D.S.S.R. n° 87 (Q.L.); *H. (W.I.) (Re)*, [1989] D.S.S.R. n° 15 (Q.L.); *Surujpal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1985), 60 N.R. 73 (C.A.F.); *Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 605 (C.A.); *T. (S.N.) (Re)*, [1989] D.S.S.R. n° 30 (Q.L.); *A. (W.R.) (Re)*, [1989] D.S.S.R. n° 98 (Q.L.).

#### DOCTRINE

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*, Butterworths: Toronto, 1991.

APPELS de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a statué que les appelantes n'avaient pas raison de craindre d'être persécutées, et qu'elles n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. Appels accueillis.

## COUNSEL:

*M. Pia Zambelli* for appellants.  
*John Vaissi-Nagy* for respondent.

## SOLICITORS:

*Hoppe, Jackman, Zambelli & Associés*, Montréal, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

LINDEN J.A.: The main issue in this appeal is whether a well-founded fear of forced sterilization under China's one-child policy may constitute a well-founded fear of persecution for reasons of membership in a particular social group. Also at issue is whether a second child, born in contravention of the one-child policy, may qualify for refugee status.

FACTS

The appellants, Ting Ting Cheung and her young daughter, Karen Lee, came to Canada and had a refugee hearing on August 10, 1990. In 1984, Ms. Cheung had given birth to a baby boy. Following the birth of her son, she relied on an intra-uterine device as a method of birth control in compliance with China's one-child policy. As a result of complications leading to extreme bleeding during her menstrual cycle, Ms. Cheung was forced to abandon use of the I.U.D. Over the course of the next two years, the appellant became pregnant and had abortions three times. Although sterilization was urged upon her by her doctor, the appellant did not undergo that procedure. It appears that her husband, who lived and worked in Hong Kong, was opposed to her sterilization.

In 1986, Ms. Cheung became pregnant again. This time, she decided against having another abortion. Instead, she moved to her in-laws' residence in Pun Yu so that the authorities where she lived in Guangzhou would not learn about her pregnancy. If it had been discovered that she was pregnant she would have been forced to again have another abortion.

## AVOCATS:

*M. Pia Zambelli* pour les appelantes.  
*John Vaissi-Nagy* pour l'intimé.

## a PROCUREURS:

*Hoppe, Jackman, Zambelli & Associés*, Montréal, pour les appelantes.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Dans le présent appel, il s'agit principalement de savoir si une crainte fondée de stérilisation forcée en application de la politique chinoise de l'enfant unique constitue une crainte fondée de persécution pour des motifs d'appartenance à un groupe social. Il s'agit également de déterminer si un second enfant, né contrairement à la politique de l'enfant unique, peut obtenir le statut de réfugié.

LES FAITS

Les appelantes Ting Ting Cheung et sa jeune fille, Karen Lee, sont venues au Canada et ont eu une audience sur le statut de réfugié tenue le 10 août 1990. En 1984, M<sup>me</sup> Cheung avait donné naissance à un garçon. Après la naissance de son fils, elle a recouru au dispositif intra-utérin comme méthode de contrôle de naissance conformément à la politique de l'enfant unique de la Chine. En raison de complications donnant lieu à une hémorragie extrême au cours de son cycle menstruel, M<sup>me</sup> Cheung a dû renoncer au D.I.U. Au cours des deux années suivantes, l'appelante est devenue enceinte et s'est fait avorter à trois reprises. Bien que son médecin ait insisté pour qu'elle se fasse stériliser, l'appelante n'a pas adopté cette solution. Il semble que son mari, qui vivait et travaillait à Hong Kong, s'est opposé à sa stérilisation.

En 1986, M<sup>me</sup> Cheung est encore une fois devenue enceinte. Cette fois, elle a décidé de ne pas se faire avorter de nouveau. Au lieu d'un avortement, elle est allée vivre chez ses beaux-parents à Pun Yu, pour que les autorités du lieu où elle vivait à Guangzhou n'apprennent pas sa grossesse. Si on avait découvert qu'elle était enceinte, on l'aurait forcée à se faire avorter de nouveau.

After giving birth to her second child, Karen Lee, Ms. Cheung returned to Guangzhou. She was unable to bring her new daughter with her. Ms. Cheung's second child was not born in a hospital and was denied the normal medical attention given to young children. The appellant indicated that, as a second child, Karen Lee would not be given food subsidies, would receive low-grade education, and might not even be able to register for school. This evidence was confirmed in the documentary material.

Shortly after returning to Guangzhou, the Family Planning Bureau came to Ms. Cheung's home and took her away to be sterilized. However, because she was suffering from an infection, the doctor determined that he would be unable to proceed with the operation for six months. Before the six months was up, the appellant fled Guangzhou in order to avoid being sterilized. She again moved in with her in-laws in Pun Yu. She became pregnant once again, but had yet another abortion in Pun Yu.

Over the next three years, Ms. Cheung returned periodically to Guangzhou to visit her son who remained there with his grandparents. In 1989, while visiting Guangzhou, the appellant participated in three demonstrations supporting the pro-democracy movement. Shortly afterwards, following the crackdown in China, the Public Security Bureau visited her parents' home on a number of occasions. It is unclear, however, whether these visits were in connection to Ms. Cheung or to her brother who participated in demonstrations in Beijing. In any event, it was shortly thereafter that the appellant came to Canada.

It was accepted by the Board that the appellant would be sterilized if she were forced to return to China. Additional penalties faced by Ms. Cheung if she were returned to China, may include imprisonment, perhaps at a camp for ideological re-education.

#### THE REASONS OF THE BOARD

Based on these facts, the Board determined that Ting Ting Cheung did not have a well-founded fear of persecution and therefore could not claim Conven-

Après avoir donné naissance à son second enfant, Karen Lee, M<sup>me</sup> Cheung est retournée à Guangzhou. Elle n'a pu emmener avec elle sa fille nouveau-née. Le second enfant de M<sup>me</sup> Cheung n'est pas né dans un hôpital et s'est vu refuser les soins médicaux normaux prodigués à de jeunes enfants. L'appelante a fait savoir que, en tant que second enfant, Karen Lee n'aurait pas droit à des vivres, recevrait une éducation de catégorie inférieure, à supposer qu'elle puisse s'inscrire à l'école. Cela a été confirmé dans la preuve documentaire.

Peu de temps après le retour de M<sup>me</sup> Cheung à Guangzhou, le Bureau de la planification familiale est venu chez elle et il l'a emmenée en vue d'une stérilisation. Toutefois, étant donné qu'elle souffrait d'une infection, le médecin a décidé qu'il ne pourrait procéder à l'opération avant six mois. Avant la fin de cette période de six mois, l'appelante a fui Guangzhou afin d'éviter d'être stérilisée. Elle a encore déménagé à Pun Yu pour vivre avec ses beaux-parents. Elle est de nouveau devenue enceinte, mais elle a eu un autre avortement à Pun Yu.

Au cours des trois années suivantes, M<sup>me</sup> Cheung est retournée périodiquement à Guangzhou pour voir son fils qui y est resté avec ses grands-parents. En 1989, alors qu'elle était en visite à Guangzhou, l'appelante a participé à trois manifestations pour appuyer le mouvement pro-démocratique. Peu de temps après, par suite de la répression en Chine, le Bureau de la sécurité publique s'est rendu chez ses parents un certain nombre de fois. On ne sait pas si ces visites se rapportaient à M<sup>me</sup> Cheung ou à la participation de son frère aux manifestations organisées à Beijing. Quoi qu'il en soit, c'est peu de temps après que l'appelante est venue au Canada.

La Commission a accepté le fait que l'appelante serait stérilisée si elle était forcée à retourner en Chine. Les peines additionnelles auxquelles ferait face M<sup>me</sup> Cheung si on la renvoyait en Chine pourraient comprendre l'emprisonnement, peut-être dans un camp de rééducation idéologique.

#### LES MOTIFS DE LA COMMISSION

Se fondant sur ces faits, la Commission a décidé que Ting Ting Cheung n'avait pas une crainte fondée de persécution et ne pouvait donc revendiquer le sta-

tion refugee status. The core of the Board's reasons were as follows:

I do not read in the evidence a persecutory intent on the part of the Chinese government, simply a desperate desire to come to terms with the situation that poses a major threat to its modernization plans. It is not a policy born out of caprice, but out of economic logic.

While the central government's stated approach is that of persuasion, the evidence indicates that the coercion has been used by local authorities, who have been charged with implementing this policy. Such coercion has taken the form of steep fines, career setbacks, loss of certain privileges and involuntary abortion and sterilization. These dis-incentives, which have varied from province to province, have been accomplished by incentives to those couples adhering to government guidelines. The possibility of coercion in the implementation of this policy is not sufficient, in my view, to make it one of persecution.

It is a policy that amounts to a law of general application whose clear objective is not persecution, but general population control . . . .

I do not perceive the Chinese one-child policy to be subterfuge for some persecutive purpose and while I sympathise with those who must bow to it, I do not feel it is my purpose to tell the Chinese government how to run its economic affairs. Even though the claimant faces the possibility of being sterilized if she is returned to China, since this violation of her personal integrity is simply the implementation of a law of general application and cannot be related to one of the five Convention grounds, I do not see it falling within the gambit (*sic*) of the Convention refugee division.

In my view, the Board's ruling misconstrued the law by focusing on the general aim of the one-child policy of the government, which may well make sense for China, rather than examining the methods used to enforce that policy. In so doing, the Board ignored the severity of the intrusiveness of sterilization to a person's mental and physical integrity. It also wrongly required that a "persecutory intent" be present, whereas a persecutory effect suffices. (See Hathaway, *The Law of Refugee Status*, at page 125).

tut de réfugié au sens de la Convention. Voici l'essentiel des motifs de la Commission:

[TRADUCTION] Je ne vois dans la preuve aucune intention de persécution de la part du gouvernement chinois, mais simplement le désir désespéré de venir à bout de la situation qui compromet beaucoup ses plans de modernisation. Il ne s'agit pas d'une politique née d'un caprice, mais d'une logique économique.

*b*

Bien que l'approche déclarée du gouvernement central soit une approche de persuasion, il ressort de la preuve que les autorités locales, qui sont chargées de l'application de cette politique, ont recouru à la coercition. Cette coercition a pris la forme de fortes amendes, d'atteintes à la carrière, de privation de certains privilèges, d'avortement et de stérilisation forcés. Ces mesures de dissuasion, qui varient de province en province, se réalisent à l'aide de primes d'encouragement destinées aux couples qui adhèrent aux lignes directrices gouvernementales. La possibilité de coercition dans la mise en œuvre de cette politique ne suffit pas, à mon avis, à en faire une politique de persécution.

Il s'agit d'une politique qui équivaut à une règle d'application générale dont l'objectif clair est, non pas la persécution, mais le contrôle général de la population . . . .

Je ne perçois pas la politique chinoise de l'enfant unique comme un subterfuge en vue d'une persécution quelconque, et, bien que je comprenne le point de vue de ceux qui doivent s'y soumettre, j'estime qu'il ne m'appartient pas de dire au gouvernement chinois la façon dont il doit gérer ses affaires économiques. Lors même que la demanderesse pourrait être stérilisée si elle retournait en Chine, puisque cette violation de son intégrité personnelle est simplement la mise en œuvre d'une règle d'application générale et ne saurait se rapporter à l'un des cinq motifs prévus par la Convention, je ne crois pas que cela relève de la section du statut de réfugié.

À mon avis, la Commission a, dans sa décision, mal interprété le droit en se concentrant sur le but général visé par la politique gouvernementale de l'enfant unique, qui peut très bien se comprendre en Chine, plutôt que d'examiner les méthodes utilisées pour appliquer cette politique. En agissant de la sorte, la Commission n'a pas tenu compte de la mesure dans laquelle la stérilisation porte atteinte à l'intégrité mentale et physique d'une personne. Elle a également eu tort d'exiger l'existence d'une [TRADUCTION] «intention de persécution», alors qu'un effet de persécution suffit (voir Hathaway, *The Law of Refugee Status*, à la page 125).

DECISION

The *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] defines "Convention refugee" in subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1] as follows:

2. (1) In this Act,

. . .

"Convention refugee" means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of the person's nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person's former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country . . .

The main issue before this Court is whether a well-founded fear of forced sterilization under China's one-child policy constitutes a well-founded fear of persecution for reasons of membership in a particular social group. This issue can be broken into two sub-issues, the first being whether women in China who have more than one child and are faced with forced sterilization constitute a social group within the meaning of the definition of a Convention refugee. The second sub-issue addresses the question of whether forced or coerced sterilization constitutes persecution.

(a) Membership in a Social Group

I will begin with the question of whether women in China who have more than one child and are faced with forced sterilization constitute a social group within the meaning of the definition of a Convention refugee. There is very little jurisprudence directly addressing the meaning of the phrase "membership in a particular social group". The only two cases by the Federal Court of Appeal on this issue are *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1990] 2 F.C. 667 (leave to appeal to the Supreme Court granted) and *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mayers*, [1993] 1 F.C. 154. The facts of our case correspond more directly with those in *Mayers*, *supra*. Indeed, as was determined in *Mayers*, *supra*, at page

DÉCISION

Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1] définit en ces termes l'expression «réfugié au sens de la Convention»:

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

. . .

«réfugié au sens de la convention» Toute personne:

a) qui, craignant avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

La Cour a principalement à trancher la question de savoir si la crainte fondée de stérilisation forcée, en application de la politique chinoise de l'enfant unique, constitue une crainte fondée de persécution du fait de l'appartenance à un groupe social. Cette question peut se diviser en deux sous-questions, la première étant de savoir si les femmes en Chine qui ont plus d'un enfant et qui font face à une stérilisation forcée, constituent un groupe social selon la définition de réfugié au sens de la Convention. La seconde sous-question consiste à savoir si la stérilisation forcée ou contrainte constitue de la persécution.

a) Appartenance à un groupe social

J'aborde tout d'abord la question de savoir si les femmes en Chine qui ont plus d'un enfant et qui font face à la stérilisation forcée, constituent un groupe social selon la définition de réfugié au sens de la Convention. Il existe très peu de décisions portant sur le sens de l'expression «appartenance à un groupe social». Les deux seules décisions de la Cour d'appel fédérale abordant ce sujet sont *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1990] 2 C.F. 667 (autorisation de pourvoi devant la Cour suprême accordée) et *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mayers*, [1993] 1 C.F. 154. Les faits de l'espèce correspondent plus directement à ceux de l'affaire *Mayers* précitée. En fait, ainsi qu'il a été décidé dans l'affaire

162, the facts on which the decision in *Ward* was based “are so different from the present as to render particular conclusions and *dicta* entirely inapposite.” Accordingly, the *Ward* decision is of little help in deciding Ms. Cheung’s appeal.

The *Mayers* case does give us some assistance. In *Mayers*, Mahoney J.A. (Heald J.A. concurring) stated [at page 169]:

In conclusion, in my opinion, the adjudicator cannot be said to have erred in law by implicitly concluding that the Refugee Division might find “Trinidadian women subject to wife abuse” to be a particular social group and fear of that abuse, given the indifference of the authorities, to be persecution.

Mahoney J.A. did not go so far as to conclude that Trinidadian women subject to wife abuse are a particular social group with a well-founded fear of persecution, as he was not called upon to make such a determination. In concurring reasons, Chief Justice Isaac agreed with the majority on the issue of whether Trinidadian women in the circumstances described may constitute a social group with a well-founded fear of persecution within the definition of Convention refugee. The Chief Justice stated [at page 157]:

I agree with my colleague that the adjudicator cannot be said to have erred in law by concluding that the Refugee Division might find “Trinidadian women subject to wife abuse” to be a particular social group, and fear of that abuse, given the indifference of the authorities, to be persecution.

In *Mayers*, *supra*, Mahoney J.A. indicated [at page 165] that the following criteria may be a useful basis for consideration in constructing a test for being a particular social group:

(1) a natural or non-natural group of persons with (2) similar shared background, habits, social status, political outlook, education, values, aspirations, history, economic activity or interests, often interests contrary to those of the prevailing government, and (3) sharing basic, innate, unalterable characteristics, consciousness, and solidarity or (4) sharing a temporary but voluntary status, with the purpose of their association being so fundamental to their human dignity that they should not be required to alter it.

*Mayers* précitée, à la page 162, les faits sur lesquels la décision *Ward* reposait «diffèrent des faits de l’espèce au point de rendre les conclusions particulières et les remarques incidentes tout à fait non pertinentes». En conséquence, la décision *Ward* n’aide guère à trancher l’appel de M<sup>me</sup> Cheung.

L’affaire *Mayers* nous est effectivement utile. Le juge Mahoney, J.C.A., s’y est prononcé en ces termes (le juge Heald, J.C.A., souscrivant aux motifs) [aux pages 169 et 170]:

En conclusion, selon moi, on ne peut pas dire que l’arbitre a commis une erreur de droit en concluant implicitement que la section du statut de réfugié pouvait estimer que les «Trinidiennes victimes de violence conjugale» constituaient un groupe social et que la crainte de mauvais traitements, vu l’indifférence des autorités, constituait de la persécution.

Le juge Mahoney, J.C.A., n’est pas allé jusqu’à conclure que les Trinidiennes victimes de violence conjugale constituent un groupe social qui craint avec raison d’être persécuté, puisqu’on ne lui a pas demandé de rendre une telle décision. Dans ses motifs concourants, le juge en chef Isaac s’est dit d’accord avec la majorité sur la question de savoir si les Trinidiennes se trouvant dans les circonstances décrites peuvent constituer un groupe social qui craint avec raison d’être persécuté selon la définition de réfugié au sens de la Convention. Le juge en chef a déclaré [à la page 157]:

Je conviens avec mon collègue que l’on ne peut pas dire que l’arbitre a commis une erreur de droit en concluant que la section du statut de réfugié pouvait estimer que les «Trinidiennes victimes de violence conjugale» constituaient un groupe social et que la crainte de mauvais traitements, vu l’indifférence des autorités, constituait de la persécution.

Dans l’affaire *Mayers* précitée, le juge Mahoney, J.C.A., a indiqué [à la page 165] que les critères suivants aident à formuler les conditions essentielles à la constitution d’un groupe social:

(1) groupe naturel ou non de personnes (2) qui partagent des antécédents, des habitudes, un statut social, des vues politiques, une instruction, des valeurs, des aspirations, une histoire, des activités ou des intérêts économiques similaires, souvent des intérêts contraires à ceux du gouvernement au pouvoir et (3) qui partagent des caractéristiques, une conscience et une solidarité inaltérables, innées et fondamentales ou (4) qui partagent un statut temporaire mais volontaire, afin que leur association soit si essentielle à leur dignité humaine qu’elles ne devraient pas être obligées de la modifier.

It is clear that women in China who have one child and are faced with forced sterilization satisfy enough of the above criteria to be considered a particular social group. These people comprise a group sharing similar social status and hold a similar interest which is not held by their government. They have certain basic characteristics in common. All of the people coming within this group are united or identified by a purpose which is so fundamental to their human dignity that they should not be required to alter it on the basis that interference with a woman's reproductive liberty is a basic right "rank[ing] high in our scale of values" (*E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388 [at page 434]).

I find, therefore, that women in China who have more than one child, and are faced with forced sterilization because of this, form a particular social group so as to come within the meaning of the definition of a Convention refugee (*I. (R.R.) (Re)*, [1992] C.R.D.D. No. 87 (Q.L.)). This does not mean, of course, that all women in China who have more than one child may automatically claim Convention refugee status. It is only those women who also have a well-founded fear of persecution as a result of that who can claim such status.

#### (b) Persecution

Having concluded that the claimant comes within a category enumerated in the definition of a Convention refugee, namely membership in a particular social group, it remains to be determined whether Ms. Cheung has a well-founded fear of persecution based on that. The question here is whether forced or strongly coerced sterilization in the context of China's one-child policy constitutes persecution. The Board concluded that forced sterilization in that context was not persecution. I disagree for several reasons.

While the one-child policy is generally applicable in China, the forced sterilization of Chinese women who have had a child is not a law of general application (*H. (W.I.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 15 (Q.L.)). This is a practice that affects a limited and well-defined group of people and does not have general

Il est clair que les femmes en Chine qui ont un enfant et qui font face à la stérilisation forcée satisfont suffisamment aux critères ci-dessus pour être considérées comme formant un groupe social. Elles forment un groupe partageant le même statut social et ont un intérêt similaire que ne partage pas leur gouvernement. Elles ont en commun certaines caractéristiques fondamentales. Toutes celles qui entrent dans ce groupe poursuivent ou ont en commun une fin si essentielle à leur dignité humaine qu'elles ne devraient pas être obligées de la modifier pour le motif que l'ingérence dans la liberté de procréation d'une femme est un droit fondamental qui «se situe en haut dans notre échelle de valeurs» (*E. (M<sup>me</sup>) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388 [à la page 434]).

Je conclus donc que les femmes en Chine qui ont plus d'un enfant et qui, de ce fait, font face à la stérilisation forcée forment un groupe social, de manière à être visées par la définition de réfugié au sens de la Convention (*I. (R.R.) (Re)*, [1992] D.S.S.R. n° 87 (Q.L.)). Bien entendu, cela ne veut pas dire que toutes les femmes en Chine qui ont plus d'un enfant peuvent automatiquement réclamer le statut de réfugié au sens de la Convention. Seules les femmes qui craignent également avec raison d'être persécutées par suite de cette situation qui peuvent revendiquer un tel statut.

#### b) Persécution

Ayant conclu que la demanderesse relève d'une catégorie énumérée dans la définition de réfugié au sens de la Convention, c'est-à-dire qu'elle appartient à un groupe social, il reste à déterminer si M<sup>me</sup> Cheung craint avec raison d'être persécutée de ce fait. La question en l'espèce est de savoir si la stérilisation forcée ou fermement imposée, dans le contexte de la politique chinoise de l'enfant unique, constitue de la persécution. La Commission a conclu que la stérilisation forcée, dans ce contexte, n'était pas de la persécution. Je ne suis pas d'accord et ce, pour plusieurs raisons.

Bien que la politique de l'enfant unique s'applique généralement en Chine, la stérilisation forcée de femmes chinoises qui ont eu un enfant n'est pas une règle d'application générale (*H. (W.I.) (Re)*, [1989] D.S.S.R. n° 15 (Q.L.)). Il s'agit d'une pratique qui touche un groupe limité et bien défini de personnes et



application. What is more, the documentary evidence indicates that forced sterilization is not universally applied throughout China. There are many exceptions. Forced sterilization and forced abortions are mainly conducted by local authorities rather than by the central government. In fact, these practices may even come into conflict with official policies of the Chinese government. In any event, where the state does not directly participate in the persecution of an individual, the persecutory treatment of that person may still fall within the definition of Convention refugee (*Surujpal v. Minister of Employment and Immigration* (1985), 60 N.R. 73 (F.C.A.); *Zalzali v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 605 (C.A.)).

Even if forced sterilization were accepted as a law of general application, that fact would not necessarily prevent a claim to Convention refugee status. Under certain circumstances, the operation of a law of general application can constitute persecution. In *Padilla v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.), the Court held that even where there is a law of general application, that law may be applied in such a way as to be persecutory. In *Padilla*, the Court ruled that a Board must consider extra-judicial penalties which might be imposed. Similarly, in our case, the appellant's fear is not simply that she may be exposed to the economic penalties authorized by China's one-child policy. That may well be acceptable. Rather, the appellant, in this case, genuinely fears forced sterilization; her fear extends beyond the consequences of the law of general application to include extraordinary treatment in her case that does not normally flow from that law (*I. (R.R.) (Re)*, [1992] C.R.D.D. No. 87 (Q.L.)). Furthermore, if the punishment or treatment under a law of general application is so Draconian as to be completely disproportionate to the objective of the law, it may be viewed as persecutory. This is so regardless of whether the intent of the punishment or treatment is persecution. Cloaking persecution with a veneer of legality does not render it less persecutory. Brutality in furtherance of a legitimate end is still brutality.

ne reçoit pas une application générale. Qui plus est, il ressort de la preuve documentaire que la stérilisation forcée n'est pas universellement appliquée dans toute la Chine. Il existe beaucoup d'exceptions. Ce sont les autorités locales, plutôt que le gouvernement central, qui s'occupent principalement de la stérilisation et des avortements forcés. En fait, ces pratiques peuvent entrer en conflit même avec les politiques officielles du gouvernement chinois. Quoi qu'il en soit, même si l'État ne participe pas directement à la persécution d'un individu, celle dont il est victime peut tout de même relever de la définition de réfugié au sens de la Convention (*Surujpal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1985), 60 N.R. 73 (C.A.F.); *Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 605 (C.A.)).

Même si la stérilisation forcée était acceptée comme une règle d'application générale, ce fait n'empêcherait pas nécessairement une revendication du statut de réfugié au sens de la Convention. Dans certains cas, l'effet d'une règle d'application générale peut constituer de la persécution. Dans l'affaire *Padilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.), la Cour a statué que même lorsqu'il y a une règle d'application générale, son mode d'application peut constituer de la persécution. Dans l'affaire *Padilla*, la Cour a décidé qu'une commission doit examiner les pénalités extra judiciaires qui pourraient être imposées. De même, en l'espèce, la crainte de l'appelante ne réside pas simplement dans le fait qu'elle peut s'exposer aux pénalités économiques autorisées par la politique chinoise de l'enfant unique. Cela peut très bien être acceptable. Plus exactement, l'appelante à l'instance craint vraiment la stérilisation forcée; sa crainte s'étend au-delà des conséquences de la règle d'application générale pour inclure un traitement extraordinaire dans son cas qui ne découle normalement pas de cette règle (*I. (R.R.) (Re)*, [1992] D.S.S.R. n° 87 (Q.L.)). De plus, si la punition ou le traitement imposés en vertu d'une règle d'application générale sont si draconiens au point d'être complètement disproportionnés avec l'objectif de la règle, on peut y voir de la persécution, et ce, indépendamment de la question de savoir si le but de la punition ou du traitement est la persécution. Camoufler la persécution sous un vernis de légalité ne modifie pas son

The forced sterilization of women is a fundamental violation of basic human rights. It violates Articles 3 and 5 of the United Nations *Universal Declaration of Human Rights*. This declaration was adopted and proclaimed by the General Assembly resolution 217 A (III), December 10, 1948. Articles 3 and 5 read as follows:

*Article 3*

Everyone has the right to life, liberty and security of person.

. . .

*Article 5*

No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

The forced sterilization of a woman is a serious and totally unacceptable violation of her security of the person. Forced sterilization subjects a woman to cruel, inhuman and degrading treatment. In a strongly worded judgment, in the context of a mentally disabled person, the Supreme Court of Canada has recently forbidden non-therapeutic sterilization as a "serious intrusion on the basic rights of the individual" [at page 432]; as "in every case a grave intrusion on the physical and mental integrity of the person" [at page 434]; and, as a "grave intrusion on a person's rights [leading to] certain physical damage" [at page 431] (*E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388). There are few practices that could be more intrusive and more brutal than forced sterilization. I have no doubt, then, that the threat of forced sterilization can ground a fear of persecution within the meaning of Convention refugee under the *Immigration Act* (*T. (S.N.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 30 (Q.L.); *H. (W.I.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 15 (Q.L.); *I. (R.R.) (Re)*, [1992] C.R.D.D. No. 87 (Q.L.); *A. (W.R.) (Re)*, [1989] C.R.D.D. No. 98 (Q.L.)). If, for example, rather than forced sterilization, the policy was to put to death every child subsequently born to a one-child family, no one could possibly deny that the law was persecutory. There is a point at which cruel treatment becomes persecution regardless of whether it is sanctioned by law; the forced sterilization of women is so

caractère. La brutalité visant une fin légitime reste toujours de la brutalité.

La stérilisation forcée des femmes est une violation essentielle des droits fondamentaux de la personne. Elle va à l'encontre des articles 3 et 5 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* des Nations Unies. Cette déclaration a été adoptée et proclamée par l'Assemblée générale dans sa résolution 217 A(III) du 10 décembre 1948. Ces articles 3 et 5 sont ainsi rédigés:

*Article 3*

Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de la personne.

. . .

*Article 5*

Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

La stérilisation forcée d'une femme est une violation grave et totalement inacceptable de la sécurité de sa personne. La stérilisation forcée soumet une femme à des traitements cruels, inhumains et dégradants. Dans un arrêt rédigé en termes énergiques où il s'agissait d'une personne handicapée, la Cour suprême du Canada a récemment interdit la stérilisation non thérapeutique parce qu'elle constitue une «atteinte . . . grave des droits fondamentaux d'une personne» [à la page 432], «dans chaque cas, une grave atteinte à l'intégrité physique et mentale de la personne» [à la page 434], et une «grave atteinte au droit d'une personne [conduisant au] préjudice physique certain» [à la page 431] (*E. (M<sup>me</sup>) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388). Il existe peu de pratiques qui pourraient être plus abusives et plus brutales que la stérilisation forcée. Je suis donc certain que la menace de stérilisation forcée peut engendrer une crainte de persécution selon la définition de réfugié au sens de la Convention figurant dans la *Loi sur l'immigration* (*T. (S.N.) (Re)*, [1989] D.S.S.R. n° 30 (Q.L.); *H. (W.I.) (Re)*, [1989] D.S.S.R. n° 15 (Q.L.); *I. (R.R.) (Re)*, [1992] D.S.S.R. n° 87 (Q.L.); *A. (W.R.) (Re)*, [1989] D.S.S.R. n° 98 (Q.L.)). Si, par exemple, au lieu de la stérilisation forcée, la politique consistait à mettre à mort tous les cadets, personne ne nierait que la règle ait un caractère de persécution. Il y a un seuil au-delà duquel un traitement cruel devient de la persécution, indépen-

intrusive as to be beyond that point. This is not merely an “economic affair” as the Board suggested in its reasons, nor is it “purely regulatory,” as counsel for the Minister argued. The practice of forcing women to undergo sterilization is such an extreme violation of their basic human rights as to be persecutory, even though this was thought to advance the modernization of China.

#### KAREN LEE CHEUNG

The Board also erred in its treatment of the minor appellant. As a minor child dependent on Ms. Cheung, Karen Lee may also claim the benefit of such status on the principle of family unity. Moreover, if Karen Lee were sent back to China, she would, in her own right, experience such concerted and severe discrimination, including deprivation of medical care, education and employment opportunities and even food, so as to amount to persecution. She was poignantly described as a “black-market person,” denied the ordinary rights of Chinese children. As such, she is a member of a particular social group, that is, second children. Karen Lee has already experienced certain deprivations and may be subject to further persecution should she be returned to China.

#### CONCLUSION

Based on these findings, the appeal of Ting Ting Cheung and her minor daughter Karen Lee should be allowed. The Board erred in deciding that Ms. Cheung did not have a well-founded fear of persecution on the basis of membership in a particular social group. In my view, it should have decided that she was a refugee. I also conclude that, like her mother, Karen Lee has a well-founded fear of persecution and should have been permitted to remain in Canada as a Convention refugee in her own right.

Accordingly, this appeal will be allowed. There being no problems as to the credibility of the adult claimant, nor any factual questions that need to be

damment de la question de savoir s’il est sanctionné par la loi; la stérilisation forcée des femmes est si abusive qu’elle dépasse ce seuil. Il ne s’agit simplement pas d’une [TRADUCTION] «affaire économique» comme l’a prétendu la Commission dans ses motifs, ni d’une question [TRADUCTION] «purement réglementaire» comme l’a soutenu l’avocat du ministre. La pratique consistant à forcer les femmes à subir une stérilisation viole à ce point leurs droits humains fondamentaux qu’elle constitue de la persécution, même si son objet était de promouvoir la modernisation de la Chine.

#### KAREN LEE CHEUNG

La Commission a également eu tort dans le traitement qu’elle a réservé à l’appelante mineure. En tant qu’enfant mineure à la charge de M<sup>me</sup> Cheung, Karen Lee peut également prétendre à un tel statut compte tenu du principe de l’unité familiale. De plus, si on renvoyait Karen Lee en Chine, elle ferait l’objet, personnellement, d’une discrimination si concertée et si grave, dont la privation de soins médicaux, d’instruction et de chances d’emploi et même de nourriture, qu’elle s’assimilerait à la persécution. On l’a décrite de façon poignante comme une [TRADUCTION] «personne du marché noir» qui se voit refuser les droits ordinaires dont bénéficient les enfants chinois. En tant que telle, elle est membre d’un groupe social, c’est-à-dire le groupe des seconds enfants. Karen Lee a déjà connu certaines privations, et elle pourrait être persécutée de nouveau si on la renvoyait en Chine.

#### CONCLUSION

Compte tenu de ces conclusions, l’appel interjeté par Ting Ting Cheung et par sa fille mineure Karen Lee devrait être accueilli. La Commission a eu tort de décider que M<sup>me</sup> Cheung n’avait pas une crainte de persécution fondée du fait de son appartenance à un groupe social. J’estime qu’elle aurait dû conclure que M<sup>me</sup> Cheung était une réfugiée. Je conclus également que Karen Lee, comme sa mère, craint avec raison d’être persécutée et aurait dû être autorisée à rester, de son propre chef, au Canada en tant que réfugiée au sens de la Convention.

Par ces motifs, l’appel sera accueilli. Comme la crédibilité de la demanderesse adulte ne soulève pas de problèmes et que la Commission n’a aucune ques-

resolved by the Board, this Court will exercise its discretion under subparagraph 52(c)(i) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 17) and declare both appellants to be Convention refugees.

MAHONEY J.A.: I agree.

STONE J.A.: I agree.

tion factuelle à trancher, la Cour exerce le pouvoir discrétionnaire qu'elle tient du sous-alinéa 52c)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7) pour déclarer les deux appelantes réfugiées au sens  
<sup>a</sup> de la Convention.

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

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

T-21-93

T-21-93

**John Frankie** (*Applicant*)**John Frankie** (*requérant*)

v.

c.

**The Commissioner of Corrections** (*Respondent*)

a

**Le commissaire aux services correctionnels** (*intimé*)*INDEXED AS: FRANKIE v. CANADA (COMMISSIONER OF CORRECTIONS) (T.D.)*

b

*RÉPERTORIÉ: FRANKIE c. CANADA (COMMISSAIRE AUX SERVICES CORRECTIONNELS) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Reed J.—Ottawa, February 16 and 25, 1993.

Section de première instance, juge Reed—Ottawa, 16 et 25 février 1993.

*Parole — Inmate recommitted to custody and parole suspended, but not yet revoked on date Corrections and Conditional Release Act coming into force — Statutory release date governed by s. 138(2) — Determined by calculating forward from date inmate first recommitted to custody i.e. parole suspended — Arriving after two thirds of remaining sentence as originally imposed spent in custody.*

c

*Libération conditionnelle — Détenu réincarcéré, sa libération conditionnelle étant suspendue mais non encore révoquée à la date d'entrée en vigueur de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Date de la libération d'office régie par l'art. 138(2) — Déterminée en prenant comme point de départ la date à laquelle le détenu a été réincarcéré, c.-à-d. la date de la suspension de sa libération conditionnelle — Le point d'arrivée est le moment où le détenu a purgé les deux tiers de la partie de la peine, initialement imposée, qui lui restait à subir.*

d

This was an application for a declaration that the respondent credit to the unexpired portion of the applicant's sentence the earned remission standing to his credit on November 1, 1992 in calculating his statutory release date. The applicant's parole was suspended and he was returned to custody on April 28, 1992. At the time of his release on parole and the suspension thereof, he was subject to the *Penitentiary Act* and the *Parole Act*, both of which were repealed by the *Corrections and Conditional Release Act*, which was proclaimed in force on November 1, 1992. The applicant's parole was revoked on November 13, 1992. His situation was governed by the *Corrections and Conditional Release Act*, section 138. Subsection 138(1) provides that where parole is revoked, the offender shall be recommitted to custody and "shall serve the portion of the term of imprisonment that remained unexpired on the day on which the parole or statutory release was . . . revoked". Subsection 138(2) provides that "an offender whose parole has been revoked is not eligible for statutory release until after serving two thirds of the unexpired portion of the sentence after being recommitted to custody under subsection 138(1)". Subsection 224(1) provides that "any parole granted . . . under the former Act shall, on and after the commencement day, be dealt with as if it had been granted or authorized under Part II". In *Marcotte v. Deputy Attorney General of Canada et al.*, [1976] 1 S.C.R. 108, the Supreme Court held that the phrase "the portion of his original term of imprisonment that remained unexpired at the time his parole was granted" in *Parole Act*, subsection 16(1) was calculated by excluding therefrom statutory remission credited to the inmate at the time his parole had been granted.

e

Il s'agit d'une requête en vue d'obtenir un jugement déclarant que l'intimé doit, aux fins du calcul de la date de libération d'office du requérant, soustraire de la peine qui lui reste à purger la réduction de peine méritée à son actif au 1<sup>er</sup> novembre 1992. La libération conditionnelle du requérant ayant été suspendue, il a été remis en détention le 28 avril 1992. Au moment de l'octroi puis de la suspension de sa libération conditionnelle, il était assujéti à la *Loi sur les pénitenciers* ainsi qu'à la *Loi sur la libération conditionnelle*, lesquelles ont toutes deux été abrogées par la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Cette dernière Loi est entrée en vigueur par proclamation le 1<sup>er</sup> novembre 1992. La libération conditionnelle du requérant a été révoquée le 13 novembre 1992. Sa situation est régie par l'article 138 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Le paragraphe 138(1) dispose que dès révocation de sa libération conditionnelle, le délinquant est réincarcéré et «purgé la peine qui restait à courir avant que sa libération ne soit révoquée». Le paragraphe 138(2) prévoit que «le délinquant dont la libération conditionnelle . . . est révoquée n'a pas droit à la libération d'office avant d'avoir purgé les deux tiers de la partie de la peine qui lui restait à purger au moment de sa réincarcération.» Aux termes du paragraphe 224(1), «[i] est donné suite, après l'entrée en vigueur, aux libérations conditionnelles et permissions de sortir accordées sous le régime de la loi antérieure comme si elles l'avaient été sous le régime de la partie II». Dans l'arrêt *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada et autre*, [1976] R.C.S. 108, la Cour suprême a conclu que «la partie de sa période originaires d'emprisonnement qui n'était pas encore expirée au moment de l'octroi de cette libération», selon la formule utilisée au paragraphe 16(1) de la *Loi sur la libération conditionnelle*, se calculait en

f

g

h

i

j

*Held*, declaration granted to an effect other than that sought.

The *Marcotte* interpretation of the phrase "the portion of [the] original term of imprisonment that remained unexpired" given by the Supreme Court in *Marcotte* should not be adopted for the purposes of the *Corrections and Conditional Release Act*. Because the *Penitentiary Act* expressly provided for forfeiture of statutory remission in certain circumstances, the Court was not willing to find that forfeiture could also occur in other circumstances, e.g. on revocation of parole. The new system provides a firm statutory release date for an offender once two thirds of a sentence has been served. While not subject to being "earned", the statutory release date can be deferred, cancelled or revoked. In the *Corrections and Conditional Release Act*, "statutory release" means release from imprisonment subject to supervision before the expiration of an offender's sentence. Subsections 99(2), 127(6), 128(1) envisage that, when either parole or statutory release is cancelled, an inmate will be returned to custody to serve the rest of the sentence of imprisonment which was initially imposed by the Court subject to the establishment of a new statutory release date. This new statutory release date is determined by calculating forward from the time the inmate was first recommitted to custody (i.e. had his parole or statutory release suspended) and arrives after two thirds of the remaining sentence has been spent in custody.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 99, 127, 128, 138, 213, 214, 224.  
*Parole Act*, S.C. 1958, c. 38.  
*Parole Act*, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 25 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 34, s. 7).  
*Penitentiary Act*, R.S.C., 1985, c. P-5, s. 25 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 34, s. 10).  
*Penitentiary Act*, S.C. 1960-61, c. 53, s. 24.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Marcotte v. Deputy Attorney General of Canada et al.*, [1976] 1 S.C.R. 108; (1974), 51 D.L.R. (3d) 259; 19 C.C.C. (2d) 257; 3 N.R. 613.

APPLICATION for a declaration that the respondent credit to the unexpired portion of the applicant's sentence the earned remission standing to his credit

excluant la réduction statutaire à l'actif du détenu au moment où la libération conditionnelle lui a été octroyée.

*Jugement*: jugement déclaratoire accordé dans un sens autre que celui recherché.

a L'interprétation que la Cour suprême a donnée, dans l'arrêt *Marcotte*, au passage «la peine qui restait à courir avant que sa libération ne soit révoquée» n'est pas celle qu'il convient de retenir aux fins de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Les dispositions de la *Loi sur les pénitenciers* prévoyant expressément la perte de la réduction de peine statutaire en certaines circonstances, la Cour n'était pas disposée à conclure que cette perte pouvait également survenir dans d'autres circonstances, telle la révocation de la libération conditionnelle. Le nouveau régime prévoit que le délinquant obtient sa libération d'office à une date ferme, soit après avoir purgé les deux tiers de sa peine. Quoiqu'elle ne soit pas susceptible d'être «méritée», la date de libération d'office peut être reportée, annulée ou révoquée. Dans la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, l'expression «libération d'office» s'entend de la mise en liberté sous surveillance avant l'expiration de la peine que purge le détenu.

b Les paragraphes 99(2), 127(6) et 128(1) prescrivent qu'en cas d'annulation soit de la libération conditionnelle soit de la libération d'office, le détenu sera remis en détention pour purger le reste de la peine d'emprisonnement que la Cour lui avait initialement imposée, sous réserve de la fixation d'une nouvelle date de libération d'office. Pour déterminer cette nouvelle date, on prendra comme point de départ celle à laquelle le détenu a été réincarcéré (c.-à-d. la date de suspension de sa libération conditionnelle ou d'office). La nouvelle date est celle où le détenu a purgé les deux tiers de la partie de la peine qui lui restait à subir.

#### f LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la libération conditionnelle*, L.R.C. (1985), ch. P-2, art. 25 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 34, art. 7).  
*Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.C. 1958, ch. 38.  
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 99, 127, 128, 138, 213, 214, 224.  
*Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. (1985), ch. P-5, art. 25 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 34, art. 10).  
*Loi sur les pénitenciers*, S.C. 1960-61, ch. 53, art. 24.

#### JURISPRUDENCE

##### i DISTINCTION FAITE AVEC:

*Marcotte c. Sous-procureur général du Canada et autres*, [1976] R.C.S. 108; (1974), 51 D.L.R. (3d) 259; 19 C.C.C. (2d) 257; 3 N.R. 613.

j REQUÊTE visant à obtenir un jugement déclaratoire portant que l'intimé doit, aux fins du calcul de la date de libération d'office du requérant, soustraire

on November 1, 1992 in calculating his statutory release date. Declaration granted to an effect other than that sought.

COUNSEL:

*Elizabeth A. Thomas* for applicant.  
*Arnold S. Fradkin* for respondent.

SOLICITORS:

*Elizabeth A. Thomas*, Kingston, Ontario for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

REED J.: The issue in this case is the proper interpretation of section 138 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, as it applies to an inmate who was in custody and had had his parole suspended on the date that that Act came into force but whose parole was not revoked until some time after that date.

The applicant was released on full parole on May 9, 1991. His parole was suspended and he was returned to custody on April 28, 1992. At the time of his release on parole and the suspension thereof, he was governed by the *Penitentiary Act*, R.S.C., 1985, c. P-5 and the *Parole Act*, R.S.C., 1985, c. P-2. The *Parole Act* and the *Penitentiary Act* were repealed by the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, sections 213 and 214. The *Corrections and Conditional Release Act* was proclaimed in force on November 1, 1992. The applicant's parole was revoked on November 13, 1992.

Under section 25 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 34, s. 10] of the *Penitentiary Act*, as it existed prior to November 1, 1992, inmates earned fifteen days a month remission if their behaviour in the institution was "industrious". This meant that approximately one third of an inmate's sentence could be the object of earned remission. Under section 25 [as am. *idem.*, s. 7] of the *Parole Act*, R.S.C., 1985, c. P-2, as it existed immediately prior to Nov-

de la peine qui lui reste à purger la réduction de peine méritée à son actif au 1<sup>er</sup> novembre 1992. Un jugement déclaratoire est accordé, mais son contenu est autre que ce qui avait été demandé.

a

AVOCATS:

*Elizabeth A. Thomas* pour le requérant.  
*Arnold S. Fradkin* pour l'intimé.

b

PROCUREURS:

*Elizabeth A. Thomas*, Kingston (Ontario), pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

c

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

d

LE JUGE REED: La présente instance soulève la question de l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 138 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, dans le cas d'un détenu incarcéré dont la libération conditionnelle, suspendue à l'entrée en vigueur de cette Loi, n'a été révoquée qu'ultérieurement.

e

f

Le requérant a obtenu sa libération conditionnelle totale le 9 mai 1991. Cette libération ayant été suspendue, il a été remis en détention le 28 avril 1992. Au moment de l'octroi puis de la suspension de sa libération conditionnelle, il était assujéti à la *Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. (1985), ch. P-5, ainsi qu'à la *Loi sur la libération conditionnelle*, L.R.C. (1985), ch. P-2. Ces deux lois ont été abrogées par la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, articles 213 et 214. Cette dernière Loi est entrée en vigueur par proclamation le 1<sup>er</sup> novembre 1992. La libération conditionnelle du requérant a été révoquée le 13 novembre 1992.

g

h

i

Aux termes de l'article 25 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 34, art. 10] de la *Loi sur les pénitenciers*, version antérieure au 1<sup>er</sup> novembre 1992, le détenu bénéficiait de quinze jours de réduction de peine pour chaque mois de participation assidue au programme de l'établissement. Il en résultait qu'environ un tiers de la peine d'un détenu pouvait faire l'objet d'une réduction méritée. Aux termes de l'article 25 [mod., *idem.*, art. 7] de la *Loi sur la libération*

j

ember 1, 1992, an inmate who had his parole revoked forfeited any earned remission he had at that date. The Parole Board could however recredit the inmate with either part or all of this:

25. . . .

(2) Subject to subsection (3) and section 26.1 of the *Penitentiary Act*, where any parole is revoked, the paroled inmate shall, whether the inmate was sentenced or granted parole before or after the coming into force of this subsection, serve the portion of the term of imprisonment that remained unexpired at the time parole was granted, including any statutory and earned remission, less

(a) any time spent on parole after October 14, 1977;

(b) any time during which the inmate's parole was suspended and the inmate was in custody;

(c) any remission earned after October 14, 1977 and applicable to a period during which the inmate's parole was suspended and the inmate was in custody; and

(d) any earned remission that stood to the credit of the inmate on October 15, 1977.

(3) Subject to the regulations and subsection 25(7) and section 26.1 of the *Penitentiary Act*, the Board or a provincial parole board may recredit the whole or any part of the statutory and earned remission that

(a) stood to the credit of an inmate at the time parole was granted; and

(b) in the case of a revocation of day parole, the inmate earned while on that day parole. [Underlining added.]

It is clear that if this applicant's parole had been revoked prior to November 1, 1992, his earned remission would have been automatically revoked unless the Board reccredited him with some or all of it.

Prior to October 15, 1977, subsection 16(1) (later subsection 25(2) [R.S.C., 1985, c. P-2]) of the *Parole Act* [S.C. 1958, c. 38] provided:

16. (1) Where the parole granted to an inmate has been revoked, he shall be recommitted to the place of confinement to which he was originally committed to serve the sentence in respect of which he was granted parole, to serve the portion of

*conditionnelle*, L.R.C. (1985), ch. P-2, version au 1<sup>er</sup> novembre 1992, le détenu dont la libération conditionnelle était révoquée perdait toute réduction de peine méritée dont il bénéficiait à cette date. La Commission des libérations conditionnelles pouvait toutefois lui réattribuer tout ou partie des réductions ainsi perdues:

25. . . .

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et de l'article 26.1 de la *Loi sur les pénitenciers*, le détenu dont la libération conditionnelle a été révoquée doit, même s'il a été condamné ou a obtenu sa libération conditionnelle avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, purger la peine d'emprisonnement qui restait à courir au moment de l'octroi de sa libération conditionnelle, y compris toute réduction de peine légale ou méritée, dont sont soustraites:

a) la période de libération conditionnelle écoulee après le 14 octobre 1977;

b) la période de détention occasionnée par la suspension de sa libération conditionnelle;

c) les réductions de peine méritées après le 14 octobre 1977 pour la période de détention occasionnée par la suspension de sa libération conditionnelle;

d) les réductions de peine méritées qui étaient à son actif le 15 octobre 1977.

(3) Sous réserve des règlements et du paragraphe 25(7) et de l'article 26.1 de la *Loi sur les pénitenciers*, la Commission ou une commission provinciale des libérations conditionnelles peut réattribuer à l'actif d'un détenu tout ou partie des réductions de peine, légales et méritées, suivantes:

a) celles dont il bénéficiait au moment où la libération conditionnelle lui a été accordée;

b) en cas de révocation du régime de semi-liberté, celles qu'il a méritées pendant qu'il bénéficiait de ce régime. [Je souligne.]

Il va de soi que si la libération conditionnelle du requérant avait été révoquée avant le 1<sup>er</sup> novembre 1992, sa réduction de peine méritée aurait été automatiquement révoquée, à moins que la Commission ne la lui ait réattribuée en tout ou en partie.

Antérieurement au 15 octobre 1977, le paragraphe 16(1) (devenu le paragraphe 25(2) [L.R.C. (1985), ch. P-2]) de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* [S.C. 1958, ch. 38] disposait:

16. (1) Lorsque la libération conditionnelle octroyée à un détenu a été révoquée, celui-ci doit être envoyé de nouveau au lieu d'incarcération où il a été originairement condamné à purger la sentence à l'égard de laquelle il s'est vu octroyer la libé-



his original term of imprisonment that remained unexpired at the time his parole was granted. [Underlining added.]<sup>1</sup>

In *Marcotte v. Deputy Attorney General of Canada et al.*, [1976] 1 S.C.R. 108, the Supreme Court held that the phrase “the portion of his original term of imprisonment that remained unexpired at the time his parole was granted”, in subsection 16(1), was to be calculated by excluding therefrom statutory remission standing to the inmate’s credit at the time his parole had been granted. Counsel for the applicant argues that a similar interpretation should be given to subsection 127(5) and section 138 of the *Corrections and Conditional Release Act*.

The *Corrections and Conditional Release Act* replaced the system in which an inmate earned remission and then lost it, for example, on commission of a disciplinary offence or when one’s parole was revoked. The new system provides for a firm statutory release date for an offender. This occurs once two thirds of a sentence has been served. Subsection 127(3) of the Act states with respect to persons sentenced for offences committed after the Act comes into force:

127. . . .

(3) . . . the statutory release date of an offender . . . is the day on which the offender completes two thirds of the sentence.

Subsection 127(2) states that the statutory release date for an inmate sentenced with respect to an offence committed before the Act comes into force is calculated by adding together:

127. (2)

(a) any remission, statutory or earned, standing to the offender’s credit on that day [November 1, 1992]; and

(b) the maximum remission that could have been earned on the balance of the sentence pursuant to the *Penitentiary Act*

<sup>1</sup> S. 16(1) as quoted is from S.C. 1958, c. 38. It was amended by S.C. 1968-69, c. 38, s. 102, which became s. 20(1) in R.S.C. 1970, c. P-2, and remained in effect until October 15, 1977 when S.C. 1976-77, c. 53, s. 31 came into effect.

ration conditionnelle, afin qu’il y purge la partie de sa période originaire d’emprisonnement qui n’était pas encore expirée au moment de l’octroi de cette libération. [Je souligne.]<sup>1</sup>

Dans l’arrêt *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada et autre*, [1976] 1 R.C.S. 108, la Cour suprême a conclu que «la partie de sa période originaire d’emprisonnement qui n’était pas encore expirée au moment de l’octroi de cette libération», au paragraphe 16(1), devait être calculée en excluant la réduction statutaire qui était à l’actif du détenu au moment où la libération conditionnelle lui a été octroyée. L’avocat du requérant soutient qu’une interprétation analogue devrait être conférée au paragraphe 127(5) et à l’article 138 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*.

La *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* a remplacé le régime en vertu duquel le détenu obtenait une réduction méritée puis la perdait, par exemple, s’il commettait une infraction disciplinaire ou si sa libération conditionnelle était révoquée. Le nouveau régime prévoit que le délinquant obtient sa libération d’office à une date ferme, soit après avoir purgé les deux tiers de sa peine. Le paragraphe 127(3) prescrit ce qui suit dans le cas de l’individu condamné pour une infraction commise après l’entrée en vigueur de la Loi:

127. . . .

(3) La date de libération d’office d’un individu condamné . . . est celle où il a purgé les deux tiers de sa peine.

Quant au détenu condamné pour une infraction commise avant l’entrée en vigueur de la Loi, le paragraphe 127(2) dispose que la date de sa libération d’office est calculée en combinant:

127. (2)

a) la réduction de peine, légale ou méritée, dont il bénéficie à l’entrée en vigueur [1<sup>er</sup> novembre 1992];

b) la réduction maximale de peine à laquelle il aurait eu droit sur la partie de la peine qui lui restait à subir en vertu

<sup>1</sup> L’art. 16(1), tel que cité, est tiré de S.C. 1958, ch. 38. Il a été modifié par S.C. 1968-69, ch. 38, art. 102, qui est devenu l’art. 20(1) dans S.R.C. 1970, ch. P-2, et il est resté en vigueur jusqu’au 15 octobre 1977 au moment de l’entrée en vigueur de S.C. 1976-77, ch. 53, art. 31.

or the *Prisons and Reformatories Acts*, as those Acts read immediately before that day.

While the statutory release date is not subject to being “earned” as was previously the case under the earned remission system, the statutory release date can be deferred, if the Parole Board determines that it is in the public interest to do so, or cancelled or revoked for a breach of the conditions of the release.

In the case of an inmate who was on parole on the day the *Corrections and Conditional Release Act* came into force but who subsequently had his or her parole revoked, subsection 127(5) of that Act provides:

127. . . .

(5) . . . the statutory release date of an offender who is on parole or who is subject to mandatory supervision under the *Parole Act* on the day on which this section comes into force, and whose parole or release subject to mandatory supervision is revoked on or after that day, is the day on which the offender completes two thirds of the unexpired portion of the sentence after being recommitted to custody . . . . [Underlining added.]

The Act does not expressly deal with a person who was under suspension of parole at the time the Act came into force although section 138 addresses generally the situation of individuals who have their parole or statutory release revoked under that Act:

138. (1) Where the parole or statutory release of an offender is terminated or revoked, the offender shall be recommitted to custody and shall serve the portion of the term of imprisonment that remained unexpired on the day on which the parole or statutory release was terminated or revoked.

(2) . . . an offender whose parole or statutory release has been revoked is not eligible for statutory release until after serving two thirds of the unexpired portion of the sentence after being recommitted to custody under subsection (1). [Underlining added.]

Subsection 224(1) of the *Corrections and Conditional Release Act* states:

224. (1) Any parole granted or temporary absence authorized under the former Act shall, on and after the commencement day, be dealt with as if it had been granted or authorized under Part II of this Act.

de la *Loi sur les pénitenciers* et de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, dans leur version à cette entrée en vigueur.

Quoique la date de libération d’office ne soit pas susceptible d’être «méritée» comme c’était le cas sous le précédent régime, cette date peut être reportée si la Commission décide qu’il y va de l’intérêt public, ou la libération annulée ou révoquée en cas de violation des conditions qui y étaient rattachées.

Dans le cas d’un détenu qui bénéficiait d’une libération conditionnelle à l’entrée en vigueur de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, mais dont la libération a été subsequmment révoquée, le paragraphe 127(5) dispose:

127. . . .

(5) . . . la date de libération d’office du délinquant qui bénéficiait, à l’entrée en vigueur du présent article, d’une libération conditionnelle ou d’une liberté surveillée—au sens de la *Loi sur la libération conditionnelle*—qui est révoquée ultérieurement est celle à laquelle il a purgé, après sa réincarcération . . . les deux tiers de la partie de la peine qui lui restait alors à subir. [Je souligne.]

Il n’est pas expressément question, dans la Loi, de l’individu qui faisait l’objet d’une suspension de sa libération conditionnelle à l’entrée en vigueur, bien que l’article 138 traite de façon générale de la situation des délinquants dont la libération conditionnelle ou d’office est révoquée en vertu de la Loi:

138. (1) Dès révocation ou cessation de sa libération conditionnelle ou d’office, le délinquant est réincarcéré et purge la peine qui restait à courir avant que sa libération ne soit révoquée ou qu’il n’y soit mis fin.

(2) . . . le délinquant dont la libération conditionnelle ou d’office est révoquée n’a pas droit à la libération d’office avant d’avoir purgé les deux tiers de la partie de la peine qui lui restait à purger au moment de sa réincarcération. [Je souligne.]

Le paragraphe 224(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* dispose:

224. (1) Il est donné suite, après l’entrée en vigueur, aux libérations conditionnelles et permissions de sortir accordées sous le régime de la loi antérieure comme si elles l’avaient été sous le régime de la partie II de la présente loi.

Thus, the present applicant's situation is governed by section 138 of the *Corrections and Conditional Release Act*.

As has been noted, counsel for the applicant argues that the *Marcotte* decision makes it clear that when sentence remission is granted by statute, that remission cannot be taken away from an inmate without express statutory direction to this effect and that, in addition, the Supreme Court in the *Marcotte* decision interpreted the phrase "the portion of [the] original term of imprisonment that remained unexpired" as excluding therefrom any time which had been credited as statutory remission. (At the time in question, only statutory remission was in issue because earned remission was not subject to forfeiture, see *Penitentiary Act*, S.C. 1960-61, c. 53, s. 24.) It is argued that the decision in *Marcotte* leads to the conclusion that the time described by the phrase "the portion of the term of imprisonment that remained unexpired on the day on which the parole . . . was . . . revoked" in subsection 127(5) and section 138 of the *Corrections and Conditional Release Act* must be calculated by excluding therefrom any earned remission standing to the inmate's credit on the day parole is revoked. As I understand counsel's argument, this pertains whether an inmate is in the situation of the present applicant, in that his parole was suspended before but revoked after the Act came into force, or is an inmate who has his parole granted, suspended and revoked all after the coming into force of the Act.

I recognize that at first sight, the phrasing of subsection 16(1) of the old *Parole Act* is similar to the phrasing of section 138 of the new *Corrections and Conditional Release Act*. I am not, however, willing to accept that the interpretation of the phrase, in the context of the old *Parole Act* is one which should be adopted for the purposes of the *Corrections and Conditional Release Act*.

As I read the *Marcotte* decision, the Supreme Court's reasoning in that case depended heavily on the fact that provisions of the *Penitentiary Act*

Ainsi, la situation ayant donné lieu à la présente requête est régie par l'article 138 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*.

Comme je l'ai indiqué précédemment, l'avocat du requérant soutient qu'il ressort clairement de l'arrêt *Marcotte* que lorsque la réduction de peine est accordée par la loi, cette réduction ne peut être retirée au détenu sans disposition expresse et que, de plus, la Cour suprême a interprété les mots «la partie de sa période originaire d'emprisonnement qui n'était pas encore expirée au moment de l'octroi de cette libération» comme excluant toute période créditée à titre de réduction méritée. (À l'époque en question, seule la réduction statutaire était en cause parce que la réduction méritée n'était pas susceptible d'être retirée, voir la *Loi sur les pénitenciers*, S.C. 1960-61, ch. 53, art. 24). On allègue que l'arrêt *Marcotte* mène à la conclusion que la période décrite dans le passage «la peine qui restait à courir avant que sa libération ne soit révoquée», au paragraphe 127(5) et à l'article 138 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, doit être calculée en excluant la réduction de peine méritée qui était à l'actif du détenu au moment de la révocation de sa libération conditionnelle. Si j'ai bien saisi l'argument de l'avocat, ce calcul s'applique, que le détenu se trouve dans la situation du requérant en l'espèce, savoir que sa libération conditionnelle a été suspendue avant mais révoquée après l'entrée en vigueur de la Loi, ou qu'il s'agisse d'un détenu dont la libération conditionnelle a été octroyée, suspendue et révoquée après l'entrée en vigueur de la Loi.

Je reconnais qu'à première vue, le texte du paragraphe 16(1) de l'ancienne *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* est similaire à celui de l'article 138 de la nouvelle *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Toutefois, je ne suis pas prête à accepter que l'interprétation du passage en cause, dans le contexte de l'ancienne *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, soit celle qu'il convienne de retenir aux fins de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*.

Il appert, à la lecture de l'arrêt *Marcotte*, que le raisonnement de la Cour suprême dans cette affaire reposait en grande partie sur le fait que les disposi-

expressly provided for forfeiture of statutory remission on commission of a disciplinary offence or when the inmate was convicted of the offence of escape or attempting to escape. In the light of provisions which expressly provided for forfeiture of statutory remission in certain circumstances, the Court was not willing to find that forfeiture could also occur in other circumstances, e.g., on revocation of parole.

With respect to the forfeiture of statutory remission on revocation of parole, Mr. Justice Dickson [as he then was] wrote in the *Marcotte* decision, at page 112:

Turning to s. 16 of the *Parole Act*, where parole has been revoked the inmate is recommitted to serve the portion of his original term of imprisonment that remained unexpired at the time his parole was granted. If, as I conceive it, the statutory remission is truly credited upon the person being received into a penitentiary, then, unless forfeited in whole or in part pursuant to s. 22(3) or (4) of the *Penitentiary Act*, that credit must be taken into account in computing the unexpired portion of the original term of imprisonment.

At pages 114-115:

The legislative history supports the foregoing conclusion. If one examines the *Penitentiary Act* R.S.C. 1952, c. 206, s. 69, it will be seen that provision was made there for a convict earning remission not exceeding six days for every month of good conduct and in addition, when the convict had at his credit seventy-two days of remission, he might be allowed, for every subsequent month during which his conduct and industry were satisfactory, 10 days' remission per month. Subsection (4) of s. 69 then provided:

(4) Every convict who escapes, attempts to escape, breaks prison, attempts to break prison, breaks out of his cell, or makes any breach therein with intent to escape, or assaults any officer or servant of the penitentiary, or being the holder of a licence under the Ticket of Leave Act, forfeits such licence, shall forfeit the whole of the remission which he has earned. (Emphasis added.)

A licence under the *Ticket of Leave Act* was the equivalent of parole, 1958 (Can.), c. 38, s. 24. The significance of the earlier legislation, in my opinion, lies in the fact that under that legislation there was express provision for forfeiture of remission on forfeiture of a licence under the *Ticket of Leave Act*, but when the legislation was changed and the present ss. 22 to 25 of the *Penitentiary Act* were enacted, the provision was not carried forward into the new legislation. It is, therefore, I think,

tions de la *Loi sur les pénitenciers* prévoyaient expressément la perte de la réduction de peine statutaire en cas d'infraction disciplinaire ou de culpabilité d'évasion ou de tentative d'évasion. En présence, donc, de dispositions prévoyant expressément les circonstances où il pouvait y avoir perte de la réduction statutaire, la Cour n'était pas disposée à conclure que cette perte pouvait également survenir dans d'autres circonstances, telle la révocation de la libération conditionnelle.

Quant à la perte de la réduction légale de peine sur révocation de la libération conditionnelle, le juge Dickson [tel était alors son titre] a écrit ceci dans l'arrêt *Marcotte*, à la page 112:

Passons à l'art. 16 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, selon lequel lorsque la libération conditionnelle octroyée à un détenu a été révoquée, celui-ci doit purger la partie de sa période originale d'emprisonnement qui n'était pas encore expirée au moment de l'octroi de sa libération. Si, comme je le conçois, la réduction statutaire est véritablement créditée au détenu dès sa réception à un pénitencier, alors, à moins qu'il n'y ait eu déchéance en tout ou en partie conformément aux par. (3) et (4) de l'art. 22 de la *Loi sur les pénitenciers*, on doit tenir compte de ce crédit en calculant la partie de la période originale d'emprisonnement qui n'est pas expirée.

Et aux pages 114 et 115:

L'historique de la législation appuie la conclusion ci-dessus. Si l'on examine la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1952, c. 206, art. 69, on verra qu'on y dispose qu'un détenu peut gagner une remise de peine n'excédant pas six jours pour chaque mois de bonne conduite et qu'en plus, lorsque le détenu a à son crédit une remise de peine de soixante-douze jours, il peut obtenir pour chaque mois subséquent durant lequel il continue à donner satisfaction par sa conduite et son application une remise de dix jours pour chaque mois qui suit. Le par. (4) de l'art. 69 prescrit ensuite:

(4) Tout détenu qui s'évade, tente de s'évader, effectue ou tente un bris de prison, s'échappe par bris de sa cellule, ou fait à sa cellule quelque dégradation dans le but de s'échapper, ou qu'il se livre à des voies de fait sur un fonctionnaire ou préposé du pénitencier, ou qui, étant porteur d'un permis prévu par la *Loi sur la libération conditionnelle*, est déchu de ce permis, perd toute la remise de peine par lui gagnée. (Les soulignés sont de moi.)

Un permis octroyé selon la *Loi sur les libérations conditionnelles* équivalait à une libération conditionnelle, 1958 (Can.), c. 38, art. 24. L'importance du texte législatif antérieur réside, à mon avis, dans le fait que dans ce texte législatif il y avait une disposition expresse relative à la perte de remise de peine dans le cas de déchéance du permis octroyé en vertu de la *Loi sur les libérations conditionnelles* mais lorsque la loi a été modifiée et que les présents art. 22 à 25 de la *Loi sur les pénitenciers*

fair to conclude that Parliament did not intend any forfeiture by ss. 22 to 25 of the new legislation and that nothing in these sections affects the plain and ordinary meaning of the words used in s. 16(1) of the *Parole Act* (the earlier counterpart of which was s. 9(1) of the *Ticket of Leave Act*).

In the *Corrections and Conditional Release Act* however, I note that “statutory release” means release from imprisonment subject to supervision before the expiration of an offender’s sentence [underlining added] (subsection 99(1)).

Subsection 99(2) provides:

99. . . .

(2) For the purposes of this Part, a reference to the expiration according to law of the sentence of an offender shall be read as a reference to the day on which the sentence expires, without taking into account

(a) any period during which the offender could be entitled to statutory release; or

(b) any remission that stands to the credit of the offender on the coming into force of this section.

Subsection 127(6) provides that:

127. . . .

(6) An offender who is entitled to be released on statutory release may choose to remain in custody for all or any portion of the sentence the offender is serving. [Underlining added.]

Subsection 128(1) provides:

128. (1) An offender who is released on parole . . . continues, while entitled to be at large, to serve the sentence of imprisonment until its expiration according to law. [Underlining added.]

Thus, it seems clear to me from reading these provisions, and other sections of the Act which provide, for example, for the granting of parole and the cancellation of statutory release, that what is envisaged, when either parole or statutory release is cancelled, is that an inmate will be returned to custody to serve the rest of the sentence of imprisonment which was initially imposed by the Court subject to the establishment of a new statutory release date. This new statutory release date is determined by calculating forward from the time the inmate was first recommit-

tenciers ont été adoptés, la disposition n’a pas été reproduite dans la nouvelle loi. Par conséquent, je pense qu’il est juste de conclure que le Parlement n’a pas voulu inclure aucune mesure de déchéance dans les art. 22 à 25 de la nouvelle loi et que rien dans ces articles ne peut toucher le sens clair et ordinaire des mots employés au par. (1) de l’art. 16 de la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus* (dont le par. (1) de l’art. 9 de la *Loi sur les libérations conditionnelles* était antérieurement l’équivalent).

Dans la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, je note que l’expression «libération d’office» s’entend de la «[m]ise en liberté sous surveillance . . . avant l’expiration de la peine que purge le détenu» [soulignements ajoutés] (paragraphe 99(1)).

Le paragraphe 99(2) prescrit:

99. . . .

(2) Pour l’application de la présente partie, la mention de l’expiration légale de la peine que purge un délinquant s’entend du jour d’expiration de la peine compte non tenu de la libération d’office à laquelle il pourrait avoir droit, ni des réductions de peine à son actif lors de l’entrée en vigueur du présent article.

Le paragraphe 127(6) prévoit que:

127. . . .

(6) Le délinquant ayant droit à la libération d’office peut la refuser et rester en détention jusqu’à l’expiration de sa peine. [Je souligne.]

Le paragraphe 128(1) prescrit:

128. (1) Le délinquant qui bénéficie d’une libération conditionnelle . . . continue, tant qu’il a le droit d’être en liberté, de purger sa peine d’emprisonnement jusqu’à l’expiration légale de celle-ci. [Je souligne.]

À la lecture de ces dispositions et d’autres articles de la Loi, visant, par exemple, l’octroi de la libération conditionnelle ou l’annulation de la libération d’office, il me semble donc clair que ce qui est prévu, en cas d’annulation soit de la libération conditionnelle soit de la libération d’office, c’est que le détenu sera remis en détention pour purger le reste de la peine d’emprisonnement que la Cour lui avait initialement imposée, sous réserve de la fixation d’une nouvelle date de libération d’office. Pour déterminer cette nouvelle date, on prendra comme point de départ celle à

ted to custody (i.e., had his parole or statutory release suspended). The new date arrives after two thirds of the remaining sentence has been spent in custody.

The interpretation of section 138 urged by counsel for the applicant, does not fit with the scheme of the Act as a whole. For example, once an inmate had reached his first statutory release date, having served two thirds of his sentence, he could never be taken back into custody as a result of the cancellation of either his statutory release or parole because "the term of imprisonment that remained unexpired", would have to be calculated by guaranteeing to the inmate release on the date calculated under subsection 127(3). This would not make sense in terms of the overall scheme of the Act.

Thus, I am not persuaded that the applicant is guaranteed a statutory release date, on revocation of his parole, calculated by crediting him with earned remission which had been accumulated prior to the revocation of his parole and, then, once that is subtracted from his sentence, requiring him to serve two thirds of the remaining time in custody. In my view, his statutory release date is governed by subsection 138(2) and is determined by calculating two thirds of time remaining, that is, starting from the date he was taken into custody and his parole suspended (April 28, 1992) and ending with the date of his sentence of imprisonment as originally imposed by the Court. Two thirds of that period of time must be spent in custody before the inmate can again be released pursuant to the statutory release provisions.

laquelle le détenu a été réincarcéré (c.-à-d. la date de suspension de sa libération conditionnelle ou d'office). La nouvelle date est celle où le détenu a purgé les deux tiers de la partie de la peine qui lui restait à subir.

L'interprétation de l'article 138 que préconise l'avocat du requérant ne concorde pas avec l'économie générale de la Loi. Ainsi, les deux tiers de sa peine ayant été purgés et la première date fixée pour sa libération d'office étant arrivée, le détenu ne pourrait jamais être remis en détention pour cause d'annulation de sa libération conditionnelle ou d'office parce que «la peine qui restait à courir» devrait être calculée de manière à lui garantir une mise en liberté à la date fixée conformément au paragraphe 127(3). Or, cela serait illogique compte tenu de l'économie générale de la Loi.

Aussi, je ne suis pas convaincue que le requérant ait droit, advenant la révocation de sa libération conditionnelle, à une date de libération d'office calculée en prenant en compte la réduction de peine méritée accumulée antérieurement à cette révocation et qu'il doive alors, soustraction faite de la réduction, purger les deux tiers de la période qui reste à courir. À mon avis, la date de sa libération d'office est assujettie au paragraphe 138(2) et est déterminée en calculant les deux tiers de la période qui reste, c'est-à-dire en prenant comme point de départ la date de son incarcération et de la suspension de sa libération conditionnelle (28 avril 1992) jusqu'à l'expiration de la peine initialement imposée par la Cour. Le détenu doit purger les deux tiers de cette période avant de pouvoir être à nouveau mis en liberté en application des dispositions relatives à la libération d'office.

**Sonny Dass** (*Applicant*)

T-1112-92

v.

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

*INDEXED AS: DASS v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)*

Trial Division, Rothstein J.—Winnipeg, January 27; Ottawa, February 25, 1993.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Not open to Immigration Department to refuse to continue processing permanent residence application where applicant convicted of criminal offences after issuance of order in council allowing application to be made from within Canada — Department may proceed under Immigration Act, s. 27(1)(d) for removal.*

The applicant, a Trinidadian, arrived in Canada as a visitor in December 1988 and married a Canadian in March 1989. In April, in order to be allowed to apply for permanent residence from within Canada, he requested an exemption on compassionate and humanitarian grounds from the provisions of subsection 9(1) of the *Immigration Act*. In May 1989, a report was sent to the Governor in Council recommending that his application be granted, with the mention: "Appears to meet requirements. Landing is recommended."

In November 1989, four criminal charges were laid against the applicant in relation to a domestic dispute involving violence. This came to the attention of the Immigration Department in March 1990. The order in council granting him his exemption was issued in April 1990. He was convicted on all four counts in March 1991. In January 1992, the applicant was advised that the Department was "unable to continue processing your application".

This was an application pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act* for *certiorari* quashing that decision, and for *mandamus* ordering the Minister to issue the necessary documents showing that the applicant has permanent residence in Canada.

*Held*, the application for *certiorari* should be granted. The application for *mandamus* should issue requiring the respondent to process the application for landing and permanent residence while the applicant remains in Canada.

The case turns on the fact that the convictions were subsequent to the order in council. The words "Appear to meet requirements. Landing is recommended" did not mean that the Department was leaving open the question of an applicant

**Sonny Dass** (*requérant*)

T-1112-92

c.

**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
(*intimé*)

*RÉPERTORIÉ: DASS c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Rothstein—Winnipeg, 27 janvier; Ottawa, 25 février 1993.

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Le ministère de l'Immigration ne peut refuser de poursuivre l'instruction de la demande de résidence permanente dans le cas où le demandeur a été déclaré coupable d'infractions criminelles après la promulgation du décret l'autorisant à faire sa demande pendant qu'il se trouvait au Canada — Le Ministère peut engager la procédure de renvoi en application de l'art. 27(1)d de la Loi sur l'immigration.*

Le requérant, citoyen de Trinité-Tobago, arrive au Canada en décembre 1988 en qualité de visiteur et épouse une Canadienne en mars 1989. En avril, afin de pouvoir faire sa demande de résidence permanente pendant qu'il séjourne au Canada, il invoque les raisons d'ordre humanitaire pour demander à être exempté de l'application du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration*. En mai 1989, un rapport est soumis au gouverneur en conseil pour recommander l'accueil de sa demande, avec la mention: [TRADUCTION] «Remplit apparemment les conditions. Nous recommandons de lui accorder le droit d'établissement».

En novembre 1989, le requérant est inculpé sous quatre chefs d'accusation par suite d'actes de violence dans une dispute conjugale. Le ministère de l'Immigration en est informé en mars 1990. Le décret lui accordant la dispense est promulgué en avril 1990. Le requérant est déclaré coupable de tous les quatre chefs d'accusation en mars 1991. En janvier 1992, le Ministère l'informe qu'«il nous est impossible de poursuivre l'instruction de votre demande».

Il s'agit en l'espèce d'une demande introduite en application de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, en ordonnance de *certiorari* pour infirmer cette décision, et en ordonnance de *mandamus* pour contraindre le ministre à délivrer les documents nécessaires attestant que le requérant a résidence permanente au Canada.

*Jugement*: la Cour accueille la requête en *certiorari* et rendra une ordonnance de *mandamus* pour contraindre l'intimé à instruire la demande de droit d'établissement et de résidence permanente pendant que le requérant se trouve au Canada.

La solution du litige est centrée sur le fait que les déclarations de culpabilité étaient postérieures au décret. Les mots «Remplit apparemment les conditions. Nous recommandons de lui accorder le droit d'établissement» ne signifient pas que le

meeting the requirements of the Act in order to take account of subsequent events. There was no evidence that the information upon which the recommendation for the order in council was based was inaccurate. Once officials in the Department indicate that an applicant has met the requirements of the *Immigration Act* and an order in council is issued, a person acquires the right to be landed and a right to permanent residency status irrespective of subsequent events such as the withdrawal of sponsorship by a wife even though such sponsorship was a condition of the application leading to the order in council. This was not a matter of inaccuracies of past facts or assumptions about a state of circumstances that existed at the time when, and upon which, the Department made its request and recommendation for an order in council.

It may be that in other circumstances, the Department, in its request for an order in council, could leave open for subsequent determination whether or not an applicant meets the requirements of the *Immigration Act*. It would then be up to the Governor in Council to decide whether to grant it or not.

The decision herein was not to be taken as condoning the criminal offences which the applicant had committed. When a permanent resident is convicted of a serious criminal offence, it is open to the Department to commence proceedings under paragraph 27(1)(d) of the *Immigration Act* which would lead to his removal.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 264.1(1)(a) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 38), 267(1).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1), 27 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 30, s. 4), 83(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).

*Immigration Visa Exemption Regulations No. 7, 1990*, SOR/90-252.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Sivacilar v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 57 N.R. 57 (F.C.A.); *Dawson v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 21 F.T.R. 212; 6 Imm. L.R. (2d) 37 (F.C.T.D.).

##### DISTINGUISHED:

*Ferrerya v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 56 F.T.R. 270 (F.C.T.D.); *John v. Minister of*

Ministère laisse pendant la question de savoir si le demandeur remplit les conditions prévues à la Loi, et ce afin d'être en mesure de prendre en compte les événements subséquents. Il n'y a aucune preuve que les renseignements motivant la recommandation relative au décret fussent inexacts. Une fois que les fonctionnaires responsables du Ministère ont affirmé que le demandeur a rempli toutes les conditions prévues à la *Loi sur l'immigration* et qu'un décret a été pris, l'intéressé acquiert le droit d'établissement ainsi que le statut de résident permanent peu importe les événements subséquents, par exemple le retrait du parrainage de sa femme, bien que ce parrainage fût une condition de la demande donnant lieu au décret. Il ne s'agissait pas d'inexactitudes dans les faits antérieurs ou dans les présomptions relatives à un état de choses qui existait au moment où le Ministère faisait sa recommandation et sa demande de décret, et sur lesquels il s'est fondé pour faire cette recommandation.

Il se peut qu'en d'autres circonstances, le Ministère, dans sa demande de décret, puisse laisser de côté pour solution ultérieure, la question de savoir si le demandeur satisfait ou non aux conditions prévues à la *Loi sur l'immigration*. Ce serait alors au gouverneur en conseil de décider s'il y a lieu ou non de prendre ce décret.

La décision en l'espèce ne doit pas être interprétée comme signifiant l'approbation des infractions criminelles commises par le requérant. Lorsqu'un résident permanent est jugé coupable d'un crime grave, il est loisible au Ministère d'engager la procédure prévue à l'alinéa 27(1)d) de la *Loi sur l'immigration*, qui pourrait aboutir à son renvoi hors du pays.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 264.1(1)(a) (édité par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 38), 267(1).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1), 27 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 4), 83(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

*Règlement de dispense du visa—Immigration n° 7, 1990*, DORS/90-252.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Sivacilar c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 57 N.R. 57 (C.A.F.); *Dawson c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 21 F.T.R. 212; 6 Imm. L.R. (2d) 37 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Ferrerya c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 56 F.T.R. 270 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *John v. Minister of*



*Employment and Immigration*, T-2463-89, judgment dated 10/4/90, Addy J., F.C.T.D., not reported.

*Employment and Immigration*, T-2463-89, jugement en date du 10-4-90, le juge Addy, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publié.

APPLICATION, under section 18.1 of the *Federal Court Act*, for *certiorari* and *mandamus* (1) quashing the decision of an Immigration official, on the basis of criminal convictions subsequent to the issuance of an order in council allowing the applicant's application for permanent residence to be made from within Canada, not to continue processing the application and (2) ordering the issuance of the necessary documents. Application allowed.

DEMANDE, introduite en application de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, en ordonnance de *certiorari* et ordonnance de *mandamus* (1) pour infirmer la décision d'un agent d'immigration de ne pas poursuivre l'instruction de la demande de résidence permanente par suite de condamnations pénales postérieures à la promulgation du décret autorisant le requérant à faire cette demande pendant qu'il séjournait au Canada, et (2) pour forcer la délivrance des documents nécessaires. Demande accueillie.

COUNSEL:

*David Matas* for applicant.  
*Brian H. Hay* for respondent.

AVOCATS:

*David Matas* pour le requérant.  
*Brian H. Hay* pour l'intimé.

SOLICITORS:

*David Matas*, Winnipeg, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

PROCUREURS:

*David Matas*, Winnipeg, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

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

ROTHSTEIN J.: This is an application made pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] for:

LE JUGE ROTHSTEIN: La Cour est saisie en l'espèce d'une demande introduite en application de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)] et par laquelle le requérant conclut à ce qui suit:

1. *Certiorari* quashing the decision as signed by Immigration Counsellor I. Pawlosky, Canada Immigration Centre, Winnipeg, in a letter dated January 2, 1992 not to continue processing the application for landing of the applicant, Sonny Dass.
2. *Mandamus* ordering the respondent, the Minister of Employment and Immigration, to issue the necessary documents showing that the applicant has permanent residence in Canada.

1. Ordonnance de *certiorari* pour infirmer la décision, signée par le conseiller d'immigration I. Pawlosky, du Centre d'immigration du Canada à Winnipeg, de ne pas donner suite à la demande de droit d'établissement du requérant Sonny Dass, laquelle décision était communiquée à ce dernier par lettre en date du 2 janvier 1992;
2. Ordonnance de *mandamus* pour contraindre l'intimé, savoir le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, à délivrer les documents nécessaires attestant que le requérant a résidence permanente au Canada.

CHRONOLOGY OF EVENTSDecember 6, 1988

Mr. Dass, a national of Trinidad, arrived in Canada as a visitor. <sup>a</sup>

March 31, 1989

Mr. Dass married Violet Rosaline Wiesner in Winnipeg. <sup>b</sup>

April 9, 1989

Mr. Dass requested an exemption on compassionate and humanitarian grounds from the provisions of subsection 9(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. The exemption would entitle him to apply for permanent residence while within Canada. The normal procedure is that such application must be made before a person enters Canada. <sup>c</sup>

May 18, 1989

Sandra Luhowy of the Canada Immigration Centre in Winnipeg wrote Mr. Dass advising him that the Winnipeg Immigration Office had formed the opinion that there were humanitarian and compassionate grounds to request that the Governor in Council allow him to become a permanent resident while he remained in Canada. <sup>e</sup>

May 25, 1989

Ms. Luhowy submitted a report to the Governor in Council indicating that Mr. Dass was requesting that he "be processed under espousal program." The request form also included the following notation: "Appears to meet requirements. Landing is recommended." <sup>f</sup>

July 20, 1989

Ms. Luhowy telexed Trinidad and Tobago as follows:

"Subject has been accepted for permanent residence in Canada under espousal program. Would appreciate if you would medically examine 2 single children in Trinidad and provide results . . ."

CHRONOLOGIE DES ÉVÉNEMENTSLe 6 décembre 1988

M. Dass, citoyen de Trinité-Tobago, arrive au Canada en qualité de visiteur.

Le 31 mars 1989

M. Dass épouse Violet Rosaline Wiesner à Winnipeg.

Le 9 avril 1989

M. Dass invoque les raisons d'ordre humanitaire pour demander à être exempté de l'application du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. Cette exemption lui permettrait de demander la résidence permanente pendant qu'il séjourne au Canada. Selon la procédure normale, l'intéressé doit faire la demande avant d'entrer au Canada. <sup>d</sup>

Le 18 mai 1989

Sandra Luhowy du Centre d'immigration du Canada à Winnipeg écrit à M. Dass pour l'informer que le Bureau d'immigration de Winnipeg avait conclu qu'il y avait des raisons d'ordre humanitaire pour demander au gouverneur en conseil de lui accorder la résidence permanente pendant qu'il séjourne au Canada. <sup>e</sup>

Le 25 mai 1989

Mme Luhowy soumet au gouverneur en conseil un rapport indiquant que M. Dass demande [TRADUCTION] «l'instruction de son dossier dans le cadre du programme des conjoints». La formule de demande porte également l'observation suivante: [TRADUCTION] «Remplit apparemment les conditions. Nous recommandons de lui accorder le droit d'établissement». <sup>h</sup>

Le 20 juillet 1989

Mme Luhowy envoie à Trinité-Tobago le message télex suivant:

[TRADUCTION] «Demande de résidence permanente au Canada de l'intéressé a été approuvée dans le cadre du programme des conjoints. Prière de faire passer visite médicale à deux enfants célibataires à la Trinité et de nous en communiquer les résultats . . .»

November 11, 1989

Apparently as a result of a domestic dispute on this date, Mr. Dass is charged with:

- a) Count 1—assault with a weapon under subsection 267(1) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46].
- b) Count 2—possession of a weapon dangerous to the public peace under section 87 of the *Criminal Code*.
- c) Counts 3 & 4—two counts of uttering threats to kill under paragraph 264.1(1)(a) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st. Supp.), c. 27, s. 38] of the *Criminal Code*.

March 6, 1990

The criminal charges came to the attention of Ms. Luhowy. In the information that came to her attention there is a suggestion (apparently incorrect) that the charges under the first two counts were stayed. Upon checking as to whether the marriage was intact, Violet Dass said that the couple were together and she wished to continue sponsoring Mr. Dass.

April 26, 1990

Order in council P.C. 1990-748 [*Immigration Visa Exemption Regulations No. 7, 1990, SOR/90-252*] is issued exempting Mr. Dass (and others) from the application of subsection 9(1) of the *Immigration Act*.

March 20, 1991

Mr. Dass is convicted on all four counts under the *Criminal Code*.

September 10, 1991

A report pursuant to section 27 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4] of the *Immigration Act* is prepared by I. K. Pawlosky, an immigration counsellor and sent to the Deputy Minister of Employment and Immigration.

September 24, 1991

Immigration Counsellor Pawlosky writes to Director, Immigration Manitoba Region, requesting per-

Le 11 novembre 1989

Par suite d'une dispute conjugale ce jour même, M. Dass fait l'objet des inculpations suivantes:

- a) Chef d'accusation 1—agression armée, paragraphe 267(1) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46].
- b) Chef d'accusation 2—possession d'arme dans un dessein dangereux à la paix publique, article 87 du *Code criminel*.
- c) Chefs d'accusation 3 et 4—deux chefs de menaces de mort, alinéa 264.1(1)(a) [édicteé par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 38] du *Code criminel*.

Le 6 mars 1990

Mme Luhowy est mise au courant de ces inculpations; on lui apprend aussi (manifestement à tort) que les deux premières ont été suspendues. Priée de dire si le mariage est intact, Violet Dass répond que le couple demeure ensemble et qu'elle veut continuer à parrainer la demande de M. Dass.

Le 26 avril 1990

Le décret C.P. 1990-748 [*Règlement de dispense du visa—Immigration N° 7, 1990, DORS/90-252*] est promulgué qui dispense M. Dass (entre autres) de l'application du paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration*.

Le 20 mars 1991

M. Dass est déclaré coupable de tous les quatre chefs d'accusation visés au *Code criminel*.

Le 10 septembre 1991

I. K. Pawlosky, conseiller d'immigration, rédige un rapport conformément à l'article 27 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 4] de la *Loi sur l'immigration* et le soumet au sous-ministre de l'Emploi et de l'Immigration.

Le 24 septembre 1991

Le conseiller d'immigration Pawlosky écrit au directeur régional de l'immigration pour le Manitoba

mission to issue a Minister's permit to Mr. Dass to allow him to remain in Canada until he is able to apply for rehabilitation.

December 17, 1991

Director, Case Research and Case Processing, Department of Employment and Immigration, writes to Director, Immigration Manitoba Region, disagreeing that a Minister's permit should be issued.

December 30, 1991

Deputy Minister of Employment and Immigration directs that an inquiry be held pursuant to subsection 27(3) of the *Immigration Act*.

January 2, 1992

Immigration Counsellor Pawlosky writes Mr. Dass advising that a Minister's permit has not been approved, that "we are unable to continue processing your application", that a direction for an inquiry has been signed and that Mr. Dass would be informed of the date and time he must appear for the inquiry.

#### ANALYSIS

Counsel for the applicant argues that the plaintiff is entitled to a landing document. He says that order in council P.C. 1990-748 was issued by the Governor in Council after the Minister was aware of the criminal charges against Mr. Dass and therefore a landing document should be issued. He argues that the Minister may not undertake proceedings to revoke Mr. Dass's landing on the grounds of his subsequent conviction on these charges because the order in council was issued in full knowledge of the charges. Alternatively, counsel for the applicant argues that even if the Minister is intent on removing Mr. Dass from Canada, Mr. Dass is entitled to the procedure afforded permanent residents.

Counsel for the respondent argues that the issuance of the order in council does not confer landing status or permanent resident status on Mr. Dass. The basis for this position is that the official in the Department of Employment and Immigration who made the

pour demander la permission de délivrer un permis ministériel à M. Dass, afin que celui-ci puisse demeurer au Canada jusqu'à ce qu'il soit en mesure de demander la réhabilitation.

*a*

Le 17 décembre 1991

Le directeur, Recherche et traitement des cas, ministère de l'Emploi et de l'Immigration, écrit au directeur régional de l'Immigration pour le Manitoba, pour lui dire qu'il s'oppose à la délivrance d'un permis ministériel.

*b*

Le 30 décembre 1991

Le sous-ministre de l'Emploi et de l'Immigration ordonne la tenue d'une enquête en application du paragraphe 27(3) de la *Loi sur l'immigration*.

*c*

Le 2 janvier 1992

Le conseiller d'immigration Pawlosky écrit à M. Dass pour l'informer que la délivrance d'un permis ministériel n'a pas été approuvée, qu'«il nous est impossible de poursuivre l'instruction de votre demande», qu'un ordre d'enquête a été signé et que M. Dass sera informé de la date et de l'heure où il doit comparaître à l'enquête.

#### *f* ANALYSE

L'avocat du requérant soutient que celui-ci a droit à l'autorisation d'établissement; que le gouverneur en conseil a pris le décret C.P. 1990-748 après que le ministre eut été mis au courant de l'inculpation de M. Dass et qu'en conséquence, il faut délivrer l'autorisation d'établissement; qu'il n'est pas loisible au ministre d'engager la procédure pour révoquer le droit d'établissement de M. Dass en raison de sa condamnation subséquente parce que le décret a été pris alors que l'inculpation était connue; et enfin, subsidiairement, que même si le ministre entend renvoyer M. Dass hors du Canada, celui-ci a droit à la procédure réservée aux résidents permanents.

L'avocat de l'intimé soutient de son côté que la prise du décret ne confère à M. Dass ni le droit d'établissement ni le statut de résident permanent, par ce motif que l'agent du ministère de l'Emploi et de l'Immigration qui en faisait la demande au gouver-

request to the Governor in Council only wrote on the request form: “Appears to meet requirements” (emphasis mine) and that it remained open to the Department, notwithstanding the issuance of the order in council, to refuse to continue processing Mr. Dass’ permanent residence application.

Counsel for the applicant relies on *Sivacilar v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 57 N.R. 57 (F.C.A.). At page 59 Hugessen J.A. states:

The document submitted to the Governor in Council requesting special authority contains, as I have indicated, in two separate places a formal assertion, endorsed by a senior immigration officer, that all the requirements of the Act have been met. The document is a request for authority to admit the applicant notwithstanding subsection 9(1). Upon the adoption of the order in council P.C. 1983-2469, the applicant became a person with the right to come into or remain in Canada. He had acquired the right to be landed and nothing remained to be done in the granting of landing to him. His wife’s subsequent purported withdrawal of the sponsorship was accordingly without effect.

For this reason, therefore, I will allow the application and set aside the departure notice issued to the applicant.

In *Dawson v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 21 F.T.R. 212 (F.C.T.D.), Teitelbaum J., after referring to the above passage from *Sivacilar*, and after confirming that in that case the immigration officials had represented that “all other requirements had been met” states at page 224:

I therefore find that the applicant, Alphonsus Liguori Dawson, had acquired the right to be granted permanent residency in Canada as a landed immigrant when the Governor in Council’s decree was published. I find that the wife’s purported withdrawal of sponsorship is of no effect. I order the respondent, the Minister of Employment and Immigration, to process the application filed by the applicant and to grant to him permanent residency in Canada.

The respondent is hereby prohibited from ordering the applicant’s removal from Canada which was ordered for August 21, 1988.

These cases seem to stand for the proposition that once officials in the Department of Employment and Immigration indicate that an applicant has met the requirements of the *Immigration Act* and an order in council is issued, such as order in council P.C. 1990-748 in this case, a person acquires a right to be landed and a right to permanent residency status irre-

neur en conseil a seulement écrit sur la formule de demande: «Remplit apparemment les conditions» [non souligné dans le texte] et qu’il était loisible au Ministère de refuser, malgré le décret, de poursuivre l’instruction de la demande de résidence permanente de M. Dass.

L’avocat du requérant cite l’arrêt *Sivacilar c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1984), 57 N.R. 57 (C.A.F.), où le juge Hugessen, J.C.A., a conclu en ces termes, à la page 59:

Comme je l’ai indiqué, le document soumis au gouverneur en conseil pour demander une autorisation spéciale contient, à deux endroits distincts, l’affirmation officielle, approuvée par un agent d’immigration supérieur, que toutes les conditions de la Loi ont été remplies. Dans ce document, il est demandé l’autorisation d’admettre le requérant malgré le paragraphe 9(1). Le décret en conseil C.P. 1983-2469 une fois adopté, le requérant est devenu une personne ayant droit d’entrer au Canada et d’y demeurer. Il avait acquis le droit d’être reçu et il ne restait aucune formalité à remplir pour lui octroyer le droit d’établissement. Le fait que, par la suite, sa femme ait prétendu retirer son parrainage n’affectait aucunement ce droit.

Par ces motifs, j’accueillerais donc la demande et j’annulerais l’avis d’interdiction de séjour émis au requérant.

Dans *Dawson c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration* (1988), 21 F.T.R. 212 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Teitelbaum, après avoir cité le passage ci-dessus de l’arrêt *Sivacilar* et rappelé que dans cette cause, les responsables de l’immigration avaient constaté que «toutes les autres conditions avaient été remplies», a rendu la décision suivante en page 224:

Je conclus donc que le requérant, Alphonsus Liguori Dawson, avait déjà acquis le droit d’obtenir la résidence permanente au Canada à titre d’immigrant reçu au moment où le décret du gouverneur en conseil a été publié. J’estime que le fait que sa femme ait prétendu retirer son parrainage n’affecte aucunement ce droit. J’ordonne à l’intimé, le ministre de l’Emploi et de l’Immigration, de traiter la demande déposée par le requérant et de lui accorder la résidence permanente au Canada.

La Cour interdit donc à l’intimé d’enjoindre au requérant de quitter le Canada le 21 août 1988, date fixée pour son renvoi.

Ces deux précédents semblent poser pour principe qu’une fois que les fonctionnaires responsables du ministère de l’Emploi et de l’Immigration ont affirmé que le demandeur a rempli toutes les conditions prévues à la *Loi sur l’immigration* et qu’un décret a été pris, comme le décret C.P. 1990-748 en l’espèce, l’intéressé acquiert le droit d’établissement ainsi que

spective of subsequent events e.g., withdrawal of sponsorship by a wife even though such sponsorship was a condition of the application leading to the order in council.

Counsel for the respondent relies upon two decisions of this Court. In *John v. Minister of Employment and Immigration*, Court file T-2463-89 dated April 10, 1990, not reported, Addy J. states:

The request for special authority to be exempted from the requirement of a visa and for permission to remain in Canada from the 23rd of July 1987 until the 22nd of July 1988 and which was granted by the Governor General in Council, did not, as in many other similar cases, contain a statement from the Immigration Authorities that these requirements of the Act and of the Regulations had been complied with. On the contrary the statement was to the effect that it appeared that the applicant might meet those requirements.

On applying for permanent residence on April 20, 1987 the applicant made a false declaration by stating that he had never been convicted of a criminal offence and, more importantly, that he had never been ordered to leave Canada, when in fact, in addition to having been convicted of possession of marijuana, he had previously been arrested and forcibly deported to Trinidad in October, 1980 pursuant to a deportation order which had been issued against him. No consent to return to Canada had ever been given pursuant to section 55(1) (formerly 57(1)).

It would be improper for the Court to prevent the Immigration authorities from carrying out their statutory authority to hold an inquiry.

The motion is dismissed with costs.

In *Ferrerya v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 56 F.T.R. 270 (F.C.T.D.) a decision of Reed J. on September 8, 1992, an order in council exempting the applicant from the requirements of subsection 9(1) of the *Immigration Act* was issued based on sponsorship by his wife. It was subsequently determined by the Minister's officials that the applicant had entered into the marriage "primarily for the purpose of gaining permanent residence in Canada as a member of the family class and not with the intention of residing permanently with your spouse" and that the applicant was therefore "not eligible for sponsorship" (see pages 271-272). At page 273, the learned Judge states:

As I understand it, the Department of Immigration, after the decisions in *Sivacilar* and *Dawson*, changed its practice. Instead of determining an application on its merits in anticipa-

le statut de résident permanent peu importe les événements subséquents, par exemple le retrait du parrainage de sa femme, bien que ce parrainage fût une condition de la demande donnant lieu au décret.

a

L'avocat de l'intimé invoque deux décisions de cette Cour. Dans *John v. Minister of Employment and Immigration*, numéro du greffe T-2463-89, en date du 10 avril 1990, non publié, le juge Addy a prononcé

b

en ces termes:

[TRADUCTION] La demande de dispense spéciale du visa et d'autorisation de demeurer au Canada du 23 juillet 1987 jusqu'au 22 juillet 1988, laquelle a été accueillie par le gouverneur en conseil, ne porte pas, à l'opposé des cas semblables, la mention par les autorités de l'immigration que les conditions prévues à la Loi et au règlement d'application sont remplies. Au contraire, la mention qui y figure indique que le demandeur semble avoir rempli ces conditions.

c

d

En faisant sa demande de résidence permanente le 20 avril 1987, le requérant a faussement déclaré qu'il n'avait jamais été déclaré coupable d'un crime et, ce qui est plus important encore, qu'il n'avait jamais fait l'objet d'une mesure d'expulsion du Canada, alors qu'en fait, il avait été condamné pour possession de marijuana et expulsé de force à la Trinité en octobre 1980 par suite d'une mesure d'expulsion prise à son égard. Il n'a jamais bénéficié de l'autorisation de retour visée au paragraphe 55(1) (le paragraphe 57(1) ancien).

e

f

Il n'y a pas lieu pour la Cour d'interdire aux autorités de l'immigration de tenir une enquête conformément à leur obligation légale.

La requête est rejetée avec dépens.

g

Dans *Ferrerya c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1992), 56 F.T.R. 270 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), décision rendue par Madame le juge Reed le 8 septembre 1992, un décret fut pris pour dispenser le requérant des conditions prévues au paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'immigration*, parce que sa demande était parrainée par sa femme. Les collaborateurs du ministre se sont aperçus par la suite que le requérant avait contracté mariage «principalement dans le but d'obtenir la résidence permanente au Canada à titre de membre de la catégorie de la famille plutôt qu'avec l'intention de cohabiter en permanence avec [son] épouse» et qu'il n'était donc «pas admissible au parrainage» (pages 271 et 272). En page 273, Madame le juge Reed a fait cette observation:

i

j

D'après ce que j'ai pu comprendre, le ministère de l'Immigration a changé sa pratique à cet égard consécutivement aux décisions *Sivacilar* et *Dawson*. En effet, plutôt que de prendre

tion of a s. 9(1) waiver being given, the practice was adopted of indicating only that the applicant might fulfil the requirements of the Act.

There was no final determination of this applicant's application made on the merits, prior to the s. 9(1) waiver being given. Therefore, I cannot conclude that that waiver, according to the applicant, any right to permanent residence status.

*John and Ferrerya, supra*, seem to stand for the proposition that, where the Department of Employment and Immigration, when submitting a recommendation and request for an order in council, has not made a conclusive determination that an applicant has met the requirements of the *Immigration Act* for landing or permanent residency and later determines that the recommendation was based upon misrepresentations by the applicant, or that facts relied upon by the Department were not accurate, the issuance of an order in council does not confer the right to be landed or to be a permanent resident.

In the case at bar the Department's recommendation for an order in council exempting Mr. Dass from the requirements of subsection 9(1) states: "Appears to meet requirements. Landing is recommended." The order in council was subsequently issued, presumably based on the request and recommendation of the Department which included these comments.

I have no difficulty accepting that the words "Appears to meet requirements" leaves it open to the Department to verify the accuracy of information provided by an applicant, or to determine the *bona fides* of a marriage before confirming conclusively that all requirements had been met. In *John, supra*, it was found that an applicant had misrepresented information about his former criminal convictions and deportation. In *Ferrerya, supra*, upon investigation, it was found that a marriage was not *bona fides*. These are matters of inaccuracies of past facts or assumptions about a state of circumstances that existed at the time when, and upon which, the Department made its request and recommendation for an order in council.

une décision au fond sur une demande en tenant pour acquis qu'une exemption serait accordée en vertu du paragraphe 9(1), on a adopté une pratique suivant laquelle on indiquait seulement que le requérant satisferait peut-être aux exigences de la Loi.

a

Or, en l'espèce, aucune décision n'a été prise au fond sur la demande du requérant avant que l'exemption ne lui soit accordée en vertu du paragraphe 9(1). Je ne puis en conséquence conclure que cette exemption conférerait au requérant le droit au statut de résident permanent.

b

Les décisions *John et Ferrerya, supra*, semblent poser pour principe que si, en soumettant la recommandation et la demande de décret, le ministère de l'Emploi et de l'Immigration n'a pas définitivement conclu que le requérant remplit toutes les conditions prévues à la *Loi sur l'immigration* pour le droit d'établissement et le statut de résident permanent et que, par la suite, le Ministère s'aperçoive que cette recommandation était basée sur des fausses déclarations du requérant, ou que les faits sur lesquels il s'est fondé ne sont pas véridiques, la prise du décret ne confère ni le droit d'établissement ni le statut de résident permanent.

c

En l'espèce, la recommandation faite par le Ministère qu'un décret soit pris pour exempter M. Dass des conditions du paragraphe 9(1) porte cette mention: «Remplit apparemment les conditions. Nous recommandons de lui accorder le droit d'établissement». Le décret a été pris par la suite, fondé de toute évidence sur la demande et la recommandation du Ministère où figure cette mention.

d

Je n'ai aucun mal à conclure que par les mots «Remplit apparemment les conditions», le Ministère s'est réservé le droit de vérifier l'exactitude des renseignements fournis par le demandeur, ou pour vérifier l'authenticité du mariage avant de confirmer définitivement que toutes les conditions sont remplies. Dans *John, supra*, il a été jugé que le requérant avait fait des fausses déclarations sur ses condamnations criminelles et son expulsion antérieures. Dans *Ferrerya, supra*, il a été jugé après enquête qu'il n'y avait pas de mariage authentique. Il s'agissait d'inexactitudes dans les faits antérieurs ou dans les présomptions relatives à un état de choses qui existait au moment où le Ministère faisait sa recommandation et sa demande de décret, et sur lesquels il s'est fondé pour faire cette recommandation.

e

f

g

However, I do not think that the words "Appears to meet requirements. Landing is recommended" mean that the Department is leaving open the question of an applicant meeting the requirements of the Act in order to take account of subsequent events.

In the case at bar, there is no evidence that the information upon which the recommendation for the order in council was based was inaccurate.<sup>1</sup> Rather, it is the subsequent conviction of Mr. Dass that caused the Department to refuse to continue to process his application for landing and permanent residency. I am of the opinion that Mr. Dass' subsequent conviction is analogous to the withdrawal of sponsorship by the wives in *Sivacilar* and *Dawson, supra*. As the withdrawal of sponsorship was found not to affect the right to landing documents in those cases, I am of the view that the subsequent criminal convictions here should not affect the issuance of landing documents or the processing of the permanent residency application in this case.

I come to this conclusion on the basis of the specific wording of the request for the order in council in this case. It may be that in other circumstances the Department, in its request for order in council, could leave open for subsequent determination whether or not an applicant meets the requirements of the *Immigration Act*. Whether or not an order in council based on an inconclusive recommendation of that form would be granted, would be for the Governor in Council to decide.

In the result, I find that the Department did determine that Mr. Dass had met the requirements of the Act, and that landing was recommended. Upon the issuance of order in council P.C. 1990-748 he became a person with a right to remain in Canada. He

<sup>1</sup> In the March 6, 1990 internal memo of the Department, there is an indication that the more serious charges against Mr. Dass had been stayed when, in fact, Mr. Dass was ultimately convicted of all four charges, including the more serious ones. However, nothing in the material before me indicates how this misinformation was given to the Department or that the Department, had correct information been given to it, would have taken steps to hold up the issuance of the order in council.

Je ne pense cependant pas que les mots «Remplit apparemment les conditions. Nous recommandons de lui accorder le droit d'établissement» signifient que le Ministère laisse pendante la question de savoir si le demandeur remplit les conditions prévues à la Loi, et ce afin d'être en mesure de prendre en compte les événements subséquents.

En l'espèce, il n'y a aucune preuve que les renseignements motivant la recommandation relative au décret étaient inexacts<sup>1</sup>. En fait, c'est la condamnation subséquente de M. Dass qui a poussé le Ministère à refuser de poursuivre l'instruction de sa demande de droit d'établissement et de résidence permanente. À mon avis, la condamnation subséquente de M. Dass rappelle le retrait du parrainage par l'épouse dans les causes *Sivacilar* et *Dawson, supra*. Tout comme il a été jugé que le retrait du parrainage n'affectait pas le droit à l'autorisation d'établissement dans ces cas, j'estime en l'espèce que les condamnations subséquentes ne devaient avoir aucun effet sur la délivrance de l'autorisation d'établissement ou sur l'instruction de la demande de résidence permanente.

Je suis parvenu à cette conclusion à la lumière de la formulation expresse du décret en l'espèce. Il se peut qu'en d'autres circonstances, le Ministère, dans sa demande de décret, puisse laisser de côté pour solution ultérieure, la question de savoir si le demandeur satisfait ou non aux conditions prévues à la *Loi sur l'immigration*. Qu'il faille ou non prendre un décret sur la foi d'une recommandation non concluante de ce genre, c'est au gouverneur en conseil de décider.

En conséquence, je conclus que le Ministère a effectivement constaté que M. Dass satisfaisait aux conditions prévues à la Loi, et que l'octroi du droit d'établissement a été recommandé. Dès la promulgation du décret C.P. 1990-748, il a acquis le droit de

<sup>1</sup> Une note de service interne du Ministère, en date du 6 mars 1990, indique que les chefs d'accusation les plus graves contre M. Dass ont été suspendus alors qu'en fin de compte, il a été déclaré coupable de tous les quatre chefs, y compris les plus graves. Cependant, rien dans les documents versés au dossier n'indique de quelle façon ce renseignement a été communiqué au Ministère ou si celui-ci, eût-il reçu les renseignements exacts, aurait pris des mesures pour arrêter la promulgation du décret.



had acquired a right to be landed and nothing remained to be done in the granting of landing to him.

For this reason I am of the opinion that refusal of the Department to continue to process Mr. Dass' application for landing and permanent residence was not consistent with the effect of the Department's prior determination that the applicant appeared to meet requirements and with the issuance of the order in council.

I am not unmindful of the fact that Mr. Dass has been convicted of a serious offence under the *Criminal Code* and that the offence relates to domestic violence. As I understand the evidence, one of the offences of which Mr. Dass was convicted was subsection 267(1) of the *Criminal Code*. It states:

267. (1) Every one who, in committing an assault,

(a) carries, uses or threatens to use a weapon or an imitation thereof, or

(b) causes bodily harm to the complainant,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

The finding in this case is concerned with due process. It relates to the documentation and procedures pertaining to applications for landing and permanent residence. In deciding this case, I am not to be taken as condoning or turning a blind eye to Mr. Dass' convictions. The order in this case will not entitle Mr. Dass to remain in this country indefinitely as if the criminal convictions never took place. In the case of a permanent resident having been convicted of a serious criminal offence, such as one under subsection 267(1) of the *Criminal Code*, it is open to the Department to commence proceedings under paragraph 27(1)(d) of the *Immigration Act* which could lead to Mr. Dass having to leave Canada at some future time.

The application for *certiorari* is granted quashing the decision of the respondent not to process Mr. Dass' application for permanent residency and an order of *mandamus* will issue requiring the respondent to process the application of Mr. Dass for land-

demeurer au Canada. Il a acquis le droit d'être immigrant reçu et il ne restait plus rien à faire pour ce qui était de lui octroyer le droit d'établissement.

Pour cette raison, j'estime que le refus du Ministère de poursuivre l'instruction de sa demande de droit d'établissement et de résidence permanente n'était compatible ni avec sa conclusion antérieure que le demandeur remplissait apparemment les conditions requises ni avec la promulgation du décret.

Je ne prends pas à la légère le fait que M. Dass a été déclaré coupable d'une infraction grave au *Code criminel* et que cette infraction était un crime de violence au foyer. Selon les preuves produites, l'une des infractions dont M. Dass a été déclaré coupable est prévue au paragraphe 267(1) du *Code criminel*, comme suit:

267. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, en se livrant à des voies de fait, selon le cas:

a) porte, utilise ou menace d'utiliser une arme ou une imitation d'arme;

b) inflige des lésions corporelles au plaignant.

Ce qui est en jeu en l'espèce, c'est la régularité procédurale en matière de documentation et de procédures relatives aux demandes de droit d'établissement et de résidence permanente. En prononçant sur cette affaire, je n'approuverai ni les agissements de M. Dass ni ne fermerai les yeux sur ses condamnations. Mon ordonnance n'aura pas pour effet de donner à M. Dass le droit de demeurer indéfiniment dans ce pays comme si ses condamnations criminelles n'avaient jamais eu lieu. Dans le cas du résident permanent jugé coupable d'un crime grave comme celui que punit le paragraphe 267(1) du *Code criminel*, il est loisible au Ministère d'engager la procédure prévue à l'alinéa 27(1)d) de la *Loi sur l'immigration*, laquelle procédure pourrait aboutir à l'expulsion de M. Dass du Canada à un moment donné à l'avenir.

La Cour accueille la requête en *certiorari* en infirmant la décision de ne pas donner suite à la demande de résidence permanente de M. Dass, et rendra une ordonnance de *mandamus* pour contraindre l'intimé à instruire la demande de droit d'établissement et de

ing and permanent residency while he remains in Canada. Costs to the applicant.

At the conclusion of argument in this case, counsel brought to my attention subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act* which came into force February 1, 1993 [SI/93-16]. It states:

83. (1) A judgment of the Federal Court—Trial Division on an application for judicial review with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be appealed to the Federal Court of Appeal only if the Federal Court—Trial Division has at the time of rendering judgment certified that a serious question of general importance is involved and has stated that question.

Both counsel suggested that this decision could raise a serious question of general importance. Since this case was heard on January 27, 1993, and judgment was reserved, counsel were concerned that subsection 83(1) could become operative as of February 1, 1993, and that in order to appeal, the Trial Division Judge making the decision would have to certify and state the question for consideration by the Federal Court of Appeal. However, on February 1, 1993, the Chief Justice of this Court issued the following direction with respect to this and five other cases:

#### DIRECTION No. 20

PURSUANT TO section 118 of *An Act to amend the Immigration Act and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 49 ("the Act") and because I consider that it is in the interest of the administration of justice to do so,

#### I HEREBY DIRECT:

1. that section 117 of the Act shall not apply to those applications for judicial review listed in the schedule annexed hereto and forming part of this direction, all of which have been commenced at the Trial Division pursuant to section 82.1 of the *Immigration Act*, as that section read immediately before the coming into force of section 73 of the Act, and had been set down for hearing before that date;

2. that each of those applications shall be heard and disposed of by the Trial Division as an application for judicial review under section 82.1 of the *Immigration Act*, as though section 73 of the Act had not been enacted; and

résidence permanente de M. Dass, pendant que celui-ci se trouve au Canada. Le requérant aura droit à ses dépens.

À la clôture de l'argumentation en l'espèce, les avocats ont porté à mon attention le nouveau paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*, qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1993 [TR/93-16]. En voici le texte:

83. (1) Le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale rendu sur une demande de contrôle judiciaire relative à une décision ou ordonnance rendue, une mesure prise ou toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application—règlements ou règles—ne peut être porté en appel devant la Cour d'appel fédérale que si la Section de première instance certifie dans son jugement que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

Les avocats de part et d'autre estiment que cette décision pourrait poser une question grave de portée générale. Étant donné que l'affaire fut entendue le 27 janvier 1993 après quoi le jugement a été réservé, ils pensaient que le paragraphe 83(1) pouvait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1993 et que pour qu'un appel soit possible, le juge de la Section de première instance qui rend la décision aurait à certifier et à énoncer la question à soumettre à Cour d'appel fédérale. Cependant, le 1<sup>er</sup> février 1993, le juge en chef de cette Cour a donné la directive suivante au sujet de l'affaire en instance et de cinq autres:

#### DIRECTIVE No 20

CONFORMÉMENT À l'article 118 de la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1992, ch. 49 (la «Loi»), et parce que j'estime dans l'intérêt de l'administration de la justice d'agir ainsi,

#### J'ORDONNE QUE:

1. les demandes de contrôle judiciaire énumérées à l'annexe ci-jointe, laquelle fait partie de la présente directive, qui ont toutes été formées devant la Section de première instance conformément à l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration*, dans sa version à la date de l'entrée en vigueur de l'article 73 de la Loi, et à l'égard desquelles une date d'audition avait été fixée à cette date, soient soustraites à l'application de l'article 117 de la Loi;

2. ces demandes soient instruites par la Section de première instance de la même façon que les demandes de contrôle judiciaire formées en vertu de l'article 82.1 de la *Loi sur l'immigration*, comme si l'article 73 de la Loi n'avait pas été adopté;

3. that The *Federal Court Rules* and the practice and procedures of the Trial Division shall apply to those applications for judicial review.

Section 73 of chapter 49 enacted subsection 83(1) of the *Immigration Act*. By direction no. 20, with respect to this case, subsection 83(1) is to be treated as if it had not been enacted.

Since subsection 83(1) does not apply in this case, it will be open to counsel to take such further action as either of them may consider advisable.

3. les *Règles de la Cour fédérale*, la pratique et les procédures de la Section de première instance s'appliquent à ces demandes de contrôle judiciaire.

L'article 73 du chapitre 49 met en vigueur le paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration*. Par application de la directive n° 20, le paragraphe 83(1) est considéré comme n'ayant pas été adopté à l'égard de l'affaire en instance.

Puisque le paragraphe 83(1) ne s'applique pas, il est loisible aux avocats de part et d'autre de prendre les dispositions que l'un ou l'autre estime nécessaires.



# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.*

*A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ACCESS TO INFORMATION

Motion by Information Commissioner for order deleting him as respondent and dismissing application for review brought under Access to Information Act, s. 41—Applicant requesting access to copy of tape recordings of hearings held at Edmonton—Tape recording not in Transport Canada files—Applicant requesting Information Commissioner to investigate matter to determine whether record destroyed, transferred or hidden—Commissioner rejecting complaint as thorough search for recordings conducted by Department—Access to Information Act, ss. 37(5), 41, 42(1), 48, 49, 50 establishing mechanism for review of wrongful refusals to disclose—Present application going far beyond scope of Access to Information Act to review actions of those improperly refusing access—Information Commissioner having no authority to express dissatisfaction with departmental treatment of matter and to require new investigation or conduct own—Court should not intervene when complaint against public body not refusal to fulfil statutory obligations but only manner of carrying out obligations, unless public body acting in bad faith or for improper motives—Motion granted—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 37, 41, 42, 48, 49, 50.

WELLS v. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT) (T-1729-92, Jerome A.C.J., order dated 19/4/93, 8 pp.)

Appeals from orders of A.C.J. dismissing review proceedings under Access to Information Act, s. 44 (*Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1992), 52 F.T.R. 22 (F.C.T.D.))—Appellant manufacturer of drug products Minocin and Methotrexate—Huge investment of time and money—Required to provide Health Protection Branch (HPB), Department of National Health and Welfare with confidential information (product monographs, related information) to obtain approval for public distribution—Product monograph, setting out information required for safe and effective use of drug, must be released by manufacturer at request of health care professional once notice of compliance issued—Appellant always treating required information as confidential—Appellant (1) submitting respondent failing to comply with notice requirements in Act; (2) submitting having insufficient proof of requesters' qualifications to request and receive information; (3) argues decision to grant or deny access improperly delegated to departmental officials; (4) appeals from orders—Appeals dismissed—(1)

## ACCESS TO INFORMATION—Continued

Statutory notice requirements not complied with—Appellant contending mandatory duty to give notice within stipulated time limits because of "shall" in relevant provisions, and failure to do so rendering decisions void—Also contending statute should be strictly construed as interferes with right of confidentiality in information furnished—No general rule "shall" mandatory—When provision relating to performance of public duty, and case such that to hold null and void acts done in neglect of duty would work serious general inconvenience, or injustice to persons having no control over those entrusted with duty and not promoting main object of Act, provision interpreted as directory: *Montreal Street Railway Company v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.)—Statutory notice provisions involving performance of public duties by respondent—Act not providing penalty for failure to give notices in time—Notice provisions to provide defined time frame within which request for information should be processed, and to allow requester to file complaint with Information Commissioner—To interpret notice provisions as mandatory would result in denial of release of information to requesters and would only cause filing of second request and timely compliance—Not promoting main object of provisions—Requesters would be penalized by respondent's error even though not objecting to own late notices—(2) As to requesters' qualifications, Act gives right of access to every Canadian citizen and permanent resident—Access to Information Act Extension Order, No. 1 extending right to all individuals and corporations present in Canada—Access Coordinator in HPB satisfied requesters qualified—All requesters having Canadian address and telephone—Neither Act nor Regulations stipulating nature or sufficiency of proof required to show requester's qualifications—Proof should be such as to reasonably satisfy respondent requester qualified under Act—Cannot be complete absence of evidence—Although evidence sparse, Access Coordinator not wrong in deciding requesters fulfilled statutory qualifications—(3) Recommendations for release submitted to Director of Access to Information, Deputy Minister, Minister—"I approve the recommendation" appearing over Minister's signature on each application—Decision-making authority retained by Minister under Access to Information Act Delegation Order—Even though departmental officials examined requests and considered objections against release of information, decisions to grant or deny access made by Minister—Common sense dictates Minister will be guided by officials, particularly Deputy

## ACCESS TO INFORMATION—Concluded

Minister—(4) Information contained in product monograph not confidential as widely distributed to health officials—As to proposed release of information relating to drug submissions for Minocin, A.C.J. rejecting claim for exemption from disclosure under s. 20—Fact some information proposed to be disclosed consisting of “trade secrets” and other information treated by appellant and HPB as confidential as submitted to comply with Food and Drug Act not *ipso facto* exempting information from disclosure under Access to Information Act—Respondent’s submissions well-founded—Proposing to release only information already in public domain—Rights of secrecy and confidentiality falling away with release of product monograph—No basis under s. 20 to interfere with orders—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 4, 7(a), 9(1), 17, 20, 25, 27(1),(4), 28(1), 44, 68—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-23, s. 11—Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27—Access to Information Act Extension Order No.1., SOR/89-207, s. 2.

CYANAMID CANADA INC. V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (A-294-92, Stone J.A., judgment dated 23/10/92, 19 pp.)

## AGRICULTURE

Appeal from denial of application for order staying show cause proceedings to determine whether respondents’ egg marketing licences should be suspended or revoked for violations of conditions of licences pending disposition of action seeking declaration provisions of Act and Regulations unconstitutional—Motions Judge holding proceedings properly brought and Agency simply acting as required by law—Substituting stay of execution of decision to which proceedings would lead if effect of decision to suspend or revoke licences—Appeal allowed—Motions Judge wrongly exercised discretion—Improper to allow Agency to proceed and then enjoin it from enforcing decision should it determine licences be revoked or suspended—Would render show cause proceedings meaningless—Three requirements set out by Supreme Court for granting of interlocutory injunctions and stays in constitutional cases in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110 not satisfied—Questions of standing and possibility of success not addressed—No evidence of irreparable harm as respondents not establishing losses not quantifiable—Motions Judge giving no indication as to how viewed public interest—Failed to consider grant of stay allowing respondents to continue to break law, without regard to effect on other egg producers and on scheme as whole—Mere contention Charter rights might be affected insufficient to allow someone to continue to act in disregard of rule of law—Farm Products Marketing Agencies Act, R.S.C., 1985, c. F-4—Canadian Egg Licensing Regulations, 1987, SOR/87-242 (as am. by SOR/88-488).

PINEVIEW POULTRY PRODUCTS LTD. V. CANADA (EGG MARKETING AGENCY) (A-1117-92, Marceau J.A., judgment dated 3/2/93, 4 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

## EXCLUSION AND REMOVAL

Application to stay deportation order pending disposition of application for leave to appeal decision insufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant positive recommendation pursuant to Immigration Act, s. 114(2) and that removal of applicant to take place although minor children not under order of removal—Applicant coming to Canada to escape abusive husband—Arriving alone, but children joining her over years—Refugee claim found not to have credible basis—Deportation order issued—Government of Canada agreeing to pay for removal of applicant and entire family if requested—Application dismissed—As challenge to humanitarian and compassionate determination may be construed as indirect challenge to deportation order (*Membreno-Garcia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 3 F.C. 306 (T.D.)), inappropriate to dismiss application based upon no direct challenge to deportation order—Absence of evidence applicant victim of domestic violence if returns to Dominica—While affidavit evidence admissible on stay application, affidavit herein given little weight as consisting of hearsay upon hearsay, some assertions relating to events that may have occurred or might occur in Dominica—Application of criteria in *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.A.)—Applicant establishing neither serious issue nor irreparable harm—No issue of separation of parent and child since Minister offering to pay for passage of applicant’s children to Dominica—Question of whether children will apply to remain in Canada in own right on humanitarian and compassionate grounds and disposition of such applications remote and speculative—Applicant’s situation must be dealt with on own merits and not on possible future events—Applicant also raising issue of whether Canada bound to recognize abuse of women and children as ground for implementing s. 114(2)—While domestic violence and extent to which victims receive protection from appropriate authorities in countries of origin serious matter, must be evidence applicant victim of abuse and no protection afforded in country of origin—Evidence not indicating Dominica country in which domestic violence condoned or where no recourse for victims of domestic violence—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 332(1)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 12.

HARPER V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (93-T-41, Rothstein J., order dated 4/3/93, 10 pp.)

*Immigration Inquiry Process*

Application for leave, judicial review of decision applicant failing to establish at first level hearing credible basis for Convention refugee claim, stay of execution of exclusion order pursuant to R. 1909—Stay granted—Immigration Act, s. 32.1 enacted to prevent execution of removal order if applicant found to have credible basis to Convention refugee claim—S. 32.1 defining claimant as person claiming to be Convention refugee and whose claim referred to Refugee Division—As only Credible Basis Tribunal can refer claimant to Refugee Division, Credible Basis Tribunal not part of Refugee Division

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

—Convention refugee applicant not passing Credible Basis Tribunal determined not to be Convention refugee—Filing application for leave to review credible basis decision not changing fact determined not to be Convention refugee—Enforcement of deportation while legal proceedings continuing not violating Charter, ss. 7, 15—R. 1909 inapplicable to stay of exclusion order—Applies to judgments or orders of Federal Court—Jurisdiction to grant stay found in inherent jurisdiction in deciding issues relating to applications for leave pursuant to Immigration Act, s. 82.1—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 32.1 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 23), 82.1 (as am. *idem*, s. 73)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1909—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15.

BALLIE V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-529-93, Teitelbaum J., order dated 30/3/93, 7 pp.)

Application for judicial review of decision not to extend Minister's permit and requesting applicant to depart from Canada—Applicant married to Canadian citizen—Permit issued so as not to separate couple while application for permanent residence processed—When applicant attending at Employment and Immigration offices to apply for extension of Minister's permit and of work permit, advised request could not be considered because lacked passport and therefore reportable under Immigration Act, s. 27—Decision not to extend permit because not living with wife verbally communicated to applicant when returned to Immigration Centre—Applicant informed by letter permit would not be extended as Department aware couple not living together and of opinion marriage entered into solely to gain permanent residence in Canada—Applicant and wife swearing always lived together—Applicant alleging fairness dictates same procedure should apply whether decision made concerning extension, renewal or cancellation of Minister's permit and fairness requiring opportunity to respond to objections to extension, renewal or cancellation before decision made—Application dismissed—Court not persuaded applicant unaware of immigration officer's concern about marriage arrangements nor that applicant not having opportunity to respond before decision not to extend permit granted—Process followed by respondent's representatives fair—Immigration Act, s. 83(1) providing any judgment of Trial Division on application for judicial review appealable only if Trial Division certifying serious question of general importance involved and stating question at time judgment rendered—Federal Court Immigration Rules, 1993, R. 18 providing Court shall not render judgment in application for judicial review without giving parties opportunity to request judge certify serious question of general importance involved—Applicant submitting whether procedures described in Immigration Manual for dealing with renewal or extension of Minister's permit should, out of fairness to applicant, be same as those set out for dealing with cancellation as such question—Question stated by applicant not raised by facts of case—No serious question of general importance raised—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.1 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73), 83(1) (as am. *idem*)—Federal Court Immigration Rules,

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

1993, SOR/93-22 R. 18—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as am. by SOR/92-43, s. 19).

KAGAI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-1352, MacKay J., order dated 26/3/93, 19 pp.)

### *Inadmissible Persons*

Appeal from Immigration Appeal Board's decision respondent's brother "dependant" under Immigration Regulations 1978, s. 2(1)(a)—Respondent sponsoring application of father, mother and brother, citizens of India, for permanent residence in Canada—Brother born on April 15, 1964—Application for permanent residence in Canada received by Canadian immigration officials in New Delhi on April 15, 1985—Interpretation Act, s. 25(1) not applying to determination of date or time as of which person deemed to have attained another full year of age—Brother being 21 years of age before application for landing and visas made—Appeal allowed—Immigration Regulations 1978, SOR/78-172, s. 2(1) (as am. by SOR/84-850, s. 1).

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) V. BRAR (A-1106-87, Stone J.A., judgment dated 25/3/93, 4 pp.)

### IMMIGRATION PRACTICE

Motion for order to strike out application for leave to appeal as application record not properly perfected in accordance with Federal Court Immigration Rules, 1993, R. 10—Under Federal Court Immigration Rules in effect when application for leave to commence proceedings to set aside decision no credible basis for Convention refugee status filed, time limit for filing affidavits and written submissions in support of application expired February 8, 1993—Application record filed on expiry date containing application for leave, deportation order, written submissions of argument, affidavit—Affidavit describing in detail proceedings and evidence before Tribunal—Under new Rules coming into effect February 1, 1993 providing application record not required to be filed until 30 days after written reasons of Tribunal received or if no written reasons within 30 days of being notified of that fact—Chief Justice issuing directions application for leave presently before Trial Division to be governed *mutatis mutandis* by new Rules—Respondent submitting (1) applicant intending to rely on transcript of hearing and requesting it be forwarded to Federal Court Registry without delay; (2) applicant not serving respondent with record containing written reasons given by Tribunal; (3) respondent cannot effectively address applicant's submissions without reference to actual transcript—Motion dismissed—(1) No evidence R. 20 letter ever sent by Registry to obtain record—Applicant unaware of whether transcript prepared as obtaining tapes of proceeding and preparing affidavit therefrom—(2) Neither old nor new Rules requiring provision of transcript to Court and parties before application for leave to commence proceedings decided—Also when Tribunal's decision given and when leave to appeal application filed, Tribunal not obliged to give written reasons—*Mutatis mutandis* signifying while new Rules apply generally to existing applications,

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

to be adapted when necessary to allow meshing of old with new—Leave to appeal application properly perfected by filing of application record containing significant description of challenged decision—(3) Respondent could have sought transcript himself, or could have obtained copies of tapes of proceedings—When extension of time sought, both parties should seek copies of tapes so as to be able to assure Court some merit to dispute—Federal Court Immigration Rules, SOR/89-26, RR. 4 (as am. by SOR/91-698, s. 3), 9(4)(b) (as am. *idem*, s. 7), 23(3)—Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, RR. 10, 20.

RASCANU V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-2151, Reed J., order dated 1/4/93, 9 pp.)

### JUDICIAL REVIEW

Applications to set aside decisions of adjudicator respondents' claims to refugee status had credible basis—Adjudicator erred in deciding respondents' claims had credible basis solely because of delays involved in procedure leading to decisions—Applications allowed.

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) V. FRANÇOIS (A-366-92, A-367-92, Hugessen J.A., judgment dated 19/3/93, 3 pp.)

### Leave Requirements

Application for judicial review to compel respondents' officials to process and finalize application for landing under Immigration Act—Applicant facing charges of aggravated assault, attempted murder and extortion—Immigration Act, ss. 19(1), 46.04 barring admission to Canada of persons convicted of serious offences under Criminal Code—Applicant not yet convicted of any offence, must be accorded presumption of innocence—Respondent compelled to do nothing but stay applicant's request for admission—Granting of admission depending on applicant's acquittal of pending charges—Leave to institute judicial review denied—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3), 46.04 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14).

TAEI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (IMM-1089-93, Muldoon J., order dated 31/3/93, 5 pp.)

Application for leave to commence s. 18.1 proceeding to have immigration officer's decision reviewed and set aside—First ground of application for leave unauthorized subdelegation of Governor in Council's authority under Immigration Act, s. 114(2)—Case law and doctrine as to appropriate procedure to be followed under s. 114(2) reviewed—Administrative fairness requiring request for exemption from requirement of s. 9 be processed by local immigration officials: *Jimenez-Perez v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 1 F.C. 183 (C.A.)—Minister entitled to act through duly authorized officer of Department—Argument as to unauthorized subdele-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

gation unfounded—Applicants seeking to have respondent's written representations struck out as not filed within time frame allowed by Federal Court Immigration Rules, s. 17(2)—Applicants' written representations filed and served on June 4, 1992—Respondent's written representations filed and served on June 25, 1992—Exactly 20 clear days between filing of parties' written submissions as required by Rules, s. 17(2)—Delay in dealing with applicant's claim for refugee status said to constitute breach of Charter, s. 7—Applicant required to demonstrate both prejudice resulting from delay and delay unreasonable—No evidence applicants prejudiced by delay—Delay in being notified of immigration officer's decision not factor demonstrating bias or lack of fairness—No evidence supporting allegation of bias on part of decision-maker—Immigration officer not required to provide applicants with list of criteria permitting successful humanitarian and compassionate review—Decision made not of judicial nature—Decision-making process discretionary and open-ended—No information on record explaining why humanitarian and compassionate grounds would justify granting of landing from within Canada—No description of factual basis underpinning application for leave—Application for leave dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 114(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 29; c. 29, s. 14; S.C. 1990, c. 38, s. 1)—Federal Court Immigration Rules, SOR/91-698, s. 17(2).

MARAJ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (92-T-595, Reed J., order dated 17/3/93, 17 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### Citizens

Citizenship Act, s. 14(5) requiring notice of appeal from decision of citizenship judge to be filed within sixty days after day on which application under s. 14(2) approved or notice mailed or given s. 14(1)—Court lacking jurisdiction to extend 60-day time limit—S. 14 mandatory—Limits of jurisdiction construed strictly as Court's jurisdiction under Citizenship Act purely statutory—Failure to adhere to 60-day rule not irrevocable loss of rights—Appellant may reapply to citizenship court at any time—Appeal quashed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 14(5).

ARAUJO (RB) (T-1581-92, Joyal J., decision dated 20/4/93, 3 pp.)

## COPYRIGHT

### INFRINGEMENT

Motion to strike statement of claim as revealing no cause of action—Plaintiff alleging first publication of artistic work different than one in which work first created—No difference between English and French provisions of Copyright Act, s. 5(1)—Fact Convention of Berne would require Canada to



**COPYRIGHT—Continued**

act differently not amending Canadian legislation—Motion granted—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 5(1).

MILLIKEN & CO. v. INTERFACE FLOORING SYSTEMS (CANADA) INC. (T-3016-92, Giles A.S.P., order dated 15/4/93, 3 pp.)

**INJUNCTIONS**

Application for interlocutory injunction restraining defendants from certain activities pending trial of copyright and patent infringement action—Plaintiffs manufacture and sell scrambling/descrambling system (VideoCipher) by which satellite transmissions carrying television programming, including pay TV, encrypted prior to transmittal and decrypted upon reception—VideoCipher Key Index, comprehensive program necessary for operation of descrambler, subject of Canadian copyright—Computer software, used to implement control instructions for operation of VideoCipher descrambler, also subject of Canadian copyright—Computer programs and Key Index together make possible sophisticated security system designed to permit reception and descrambling of encrypted transmissions by authorized descrambling devices—Plaintiffs obtained *ex parte* interim injunction and Anton Piller order authorizing seizure of certain “pirate” devices capable of receiving and descrambling telecommunications signals broadcast by plaintiff First Choice—Alleging until execution of Anton Piller order, defendants manufacturing descrambler devices by copying or duplicating Unit Seeds (starting point for sequence of “keys” providing access to audio and video portions of programming scrambled to prevent unauthorized viewing) from valid VideoCipher units and inserting them into defendants’ devices—Software alleged to infringe plaintiffs’ copyrighted computer programs—Defendants contesting copyright, patent validity—Application of tripartite test for interlocutory injunction in *Turbo Resources Ltd. v. Petro-Canada Inc.*, [1988] 3 F.C. 235 (C.A.)—(1) Plaintiffs establishing number of serious issues concerning copyright and patent interests—(2) If injunction not awarded pending trial, plaintiffs will suffer irreparable harm—Cases where *prima facie* infringement based on obvious copying of industrial designs or copyrights distinguished—Infringement of copyright *per se* not constituting irreparable harm where validity of copyright in issue—Applying principle in *Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.), where validity challenged, must be clear finding of irreparable harm, based on factors other than copying found or admitted, to warrant interlocutory injunction—Continuing distribution and sales of defendants’ descramblers will place devices in hands of consumers which plaintiffs, even if successful at trial, will be unable to locate or effectively restrain from unauthorized reception of encrypted satellite broadcasts—Will compromise security of plaintiffs’ VideoCipher system and interests of those who use it on ongoing basis—Loss to plaintiffs’ reputation and continuing monetary losses will be almost impossible to assess with any precision—Any substantial damages that may be awarded in favour of plaintiffs at trial for intervening period unlikely to be recoverable from defendants—(3) Balance of convenience favouring grant of injunction—Although defendants will suffer harm if injunction now awarded, no basis to conclude injunction would put them out of business—Continuing in business despite interim injunction and materials held under Anton

**COPYRIGHT—Concluded**

Piller order—If injunction now awarded, and defendants’ devices ultimately found not to constitute infringement of proprietary interests, harm to corporate defendants’ fledgling enterprises seeking to get established in highly competitive market may not be readily addressed in damages—Constitutes irreparable harm—Market for sale of descrambling devices to permit unauthorized reception of satellite broadcasting likely limited by amendments to Radiocommunication Act (S.C. 1991, c. 11) making it offence to receive encrypted television signals without authorization—Injunction itself may not adversely affect defendants’ lawful opportunity to market devices without authorization—Plaintiffs undertaking to meet any damages caused to defendants if injunction now awarded, but trial finding defendant not infringing plaintiffs’ proprietary interests—Defendants merely undertaking to maintain account of all devices sold pending trial if injunction refused—Application allowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 469.

TITAN LINKABIT CORP. v. S.E.E. SEE ELECTRONIC ENGINEERING INC. (T-129-91, MacKay J., order dated 3/3/93, 25 pp.)

**CROWN****TORTS**

Damages—Appeal from Trial Division judgment ((1989) 90 D.T.C. 6116) regarding seizure on February 5, 1990 and judicial sale by Minister of National Revenue, for failure to pay taxes, of land located in province of Quebec and held in undivided co-ownership by debtor Smith and respondent Lovell—Writ and minutes of seizure served on debtor Smith but not on respondent Lovell, who owed no taxes to Crown—Land sold on July 11, 1984 to other respondent (Turchetta) for \$15,894 in sheriff’s sale made without Lovell’s knowledge—Latter sued Crown to vacate seizure and sale of land and claimed damages—Turchetta filed counterclaim and also claimed damages from Crown—Trial Judge allowed Lovell’s action in part and Turchetta’s counterclaim—Crown appealed from judgment, saying Lovell’s claim for damages prescribed—Lovell’s argument sale should be vacated in its entirety properly dismissed by Trial Judge—Crown had no duty to first obtain division of land—Entirely legal for Crown to attach Smith’s portion and have it sold by Court—Lovell only had necessary legal interest to challenge part of sale affecting his own share—Trial Judge could only conclude judicial sale of Lovell’s undivided share invalid—Solution to question of partial invalidation of sale to be found in Civil Code of Lower Canada—Under Civil Code, art. 1518, eviction can be only partial even in case of judicial sale—Lovell’s cross-appeal to vacate sale in its entirety dismissed—On recovery of damages, Crown’s liability admitted—Lovell’s action for damages against Crown can only be quasi-delictual in nature—No legal connection between Lovell and Crown other than latter’s fault in seizing and selling immovable property—Instant case governed by Quebec rules of law regarding prescription—Action for delictual liability prescribed after two years (Civil Code, art. 2261(2)) and starting-point of prescription time right of action arises—Final wrongful act occurred at latest on July 11, 1984, date of sheriff’s sale—Action brought on February 22, 1988, well beyond

**CROWN—Concluded**

two-year deadline—Trial Judge erred in finding Lovell did not learn of seizure until December 24, 1986—Lovell lacked diligence as he should have solved mystery in 1981, or at latest by end of 1985—Action to recover damages brought in 1988 therefore prescribed—Crown disputed decision of Trial Judge to award, in addition to half selling price, half difference between selling price and present value of land—Remedy covered by Civil Code, art. 1587 on forced sales separate and apart from remedy created in art. 1586 and allows recovery of damages other than those awarded under art. 1586—Party to whom property awarded treated as buyer for purposes of arts. 1586 and 1587—Prosecuting creditor distinct from debtor and not subject to same obligations—Under Civil Code, art. 1531, warranty against latent defects not applicable in sales under process of execution: buyer purchases at own risk—As to warranty against eviction, has action only for price paid and for interest and costs—Other action preserved by art. 1587 delictual action which buyer can bring against prosecuting creditor in event of fault by latter—Trial Judge erred in allowing Turchetta to claim additional value of half land from which evicted—Amount of damages victim entitled to claim comprises what is immediate and direct consequence of wrongful act—Courts and scholarly commentary have established damage must be “direct” and “certain”—Damage will cease to be direct when victim discovers wrongful act and does not try to minimize injury he will sustain—Through Crown’s wrongful act Turchetta sustained loss and entitled to be reimbursed for half selling price and half taxes paid since sale—Situation different as to additional value of which allegedly deprived—Loss of land’s additional value had no qualitatively sufficient causal relationship with wrongful act committed—Appeal allowed in part, trial judgment varied—Civil Code of Lower Canada, arts. 1056, 1073, 1074, 1075, 1511, 1514, 1518, 1586, 1587, 1591, 2232, 2261.

LOVELL v. CANADA (A-20-90, Décaré J.A., judgment dated 25/2/93, 30 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****EXCISE TAX ACT**

Plaintiff purchased Dash-8 aircraft in 1985 for use in connection with activities in oil and gas fields located in remote areas of northern Alberta and British Columbia—Claiming purchase of plane exempt from federal sales tax because plane used for purpose described in Excise Tax Act, s. 6(b)(i) (aircraft purchased for use exclusively in provision of air services directly related to exploration and development of natural resources)—Plane flying regularly scheduled routes to remote areas to fly crews in and out of oil and gas fields—Explanation of oil and gas field activities—Use of secondary or enhanced recovery system to increase production of oil well—Aircraft used to transport employees involved with maintenance and operation of equipment used in secondary and enhanced recovery systems, data collection activities, operation and maintenance of equipment for lifting and treating reservoir fluids, new construction of roads, flow lines, capital additions to equipment, installation of new equipment, Mobil management employees who decided where and when to develop field also

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

used aircraft, employees of Mobil contractors who worked in areas in question and employees of Rainbow Pipeline (company responsible for transporting crude to Edmonton) for fee—Friends, relatives of Mobil employees carried on “space available” basis—Meaning of “exploration and development”—“And” used disjunctively, not conjunctively—Exploration and development two distinct activities—May be great deal of exploration leading to no development—Development activity separated in time from exploration also qualifies under s. 6(b)(i)—Nothing in overall scheme of Part XVII or in specific categories listed in s. 6(b) indicating passenger and freight service, if directly related to development of natural resources, outside s. 6(b)(i)—Transporting family, friends, Rainbow employees for fee, casual and incidental use—Not removing aircraft from s. 6(b)(i)—S. 6(b)(i) applies to “natural resources” in general, not just petroleum industry—Natural resources including water to blueberries—Effect of *Bridges Brothers Limited v. D.M.N.R. for Customs and Excise* (1985), 85 DTC 5285 (F.C.A.) on interpretation of “development” in context of oil and gas fields—S. 6(b)(i) not intended to cover “development” in broadest sense, i.e. including all processing of natural gas and oil, even at refinery stage—Term interpreted by reference to category of natural resources to which referable—Definition of “development” in *Glossary of Geology and Related Sciences* pertinent: work done to open up mine or ore body as opposed to actual extraction of ore—In so far as exploitation of mineral resources concerned, development of oil or gas field involving work done to open up “ore” body i.e. give access to oil or gas, but not including on-going operation of facilities used to extract oil or gas, once facilities put in place—Development not including treatment or processing of oil and gas in field before transmission to refinery—Not including operation of secondary and enhanced recovery systems once installed—Suggestion oil and gas having no commercial value until reaches well head or until processed in field before being placed in pipeline not accepted—Insufficient to simply disprove defendant’s assumptions—Burden of proof on plaintiff to prove use of aircraft within s. 6(b)(i)—Plaintiff not meeting burden of proving Dash-8 purchased “for use exclusively in provision of ... air services directly related to” development of oil and gas fields—Plaintiff simply asserting employees transported on plane worked both at operating existing facilities and involved with any new construction—Not trying to establish employees would have spent more time involved in development work than in on-going operation of facilities—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, Schedule III, Part XVII (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 24, s. 21), s. 6(b)(i) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 40).

MOBIL OIL CANADA, LTD. v. CANADA (T-832-88, Reed J., judgment dated 10/2/93, 20 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

S. 28 application against decision of Review Tribunal constituted under Canadian Human Rights Act (CHRA)—Review Tribunal upholding earlier decision of Tribunal respondent victim of discriminatory practice proscribed by CHRA, s. 5(b)—Respondent, citizen of Iran, found not to be admissible for landing in Canada on medical grounds under Immigration Act,

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

s. 19(1)(a)(ii)—Disability only prohibited ground of discrimination and adverse differentiation in provision of service by reason thereof only discriminatory practice in play—Review Tribunal dealing with appeal on basis of record of Tribunal—Both Acts requiring proof on balance of probabilities—For jurisdiction to arise under CHRA, provision must have been applied in discriminatory fashion—Question for decision under CHRA whether, in carrying out duties, medical officers engaged in discriminatory practice not likewise *bona fide* justified—No evidence supporting finding respondent victim of discriminatory practice in processing of application—Tribunal without jurisdiction to make finding and award it did—Review Tribunal erring in law in failing to set decision aside—Application allowed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 5, 15—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ANVARI (A-399-91, Mahoney J.A., judgment dated 6/4/93, 8 pp.)

Application to review and set aside decision of Canadian Human Rights Tribunal in accordance with Canadian Human Rights Act—Respondent honourably released from Armed Forces on medical grounds on October 29, 1984—Filed complaint with Tribunal in question, saying Armed Forces acted contrary to Canadian Human Rights Act, ss. 7(a) and 10—After reviewing oral evidence at length and based on Act, ss. 3, 7 and 10, Tribunal concluded at time of release respondent had neither epilepsy nor temporal lobe partial epilepsy and release was prohibited and discriminatory practice within meaning of Act—Tribunal committed denial of natural justice by granting plaintiff relief without first giving Armed Forces opportunity to present evidence and make submissions in this regard—Tribunal not required to allow preliminary application by Armed Forces for further particulars of Commission's position, since such information not necessary to presentation of full and ample defence—Tribunal erred in thinking in circumstances of case at bar could find there had been discriminatory practice within meaning of Act merely because on weighing evidence it concluded respondent not suffering from epilepsy or partial temporal lobe epilepsy at time of discharge—If Armed Forces right in thinking respondent possibly suffered from epilepsy, action taken by it in response to belief perfectly justified and even necessary on clear grounds of safety—Respondent victim not of discrimination but of medical mistake—Armed Forces not imprudent in arriving at diagnosis and requirement vehicle driver not be subject to epileptic trouble *bona fide*—Application allowed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 7, 10, 15, 50.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BEAULIEU (A-687-91, Marceau J.A., judgment dated 25/2/93, 14 pp.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION**

Accounting treatment of contingent profit commissions paid to insurance brokers—Such commissions contingent on insurance company's profitability on policies sold by broker—Plaintiff reporting contingent profit commissions in fiscal year

**INCOME TAX—Continued**

actually received payment i.e. 1984—On reassessment Minister adding commissions to income for fiscal year earned i.e. 1983—Usual industry practice to report contingent profit commissions on cash basis—Plaintiff submitting insurance brokers unable to calculate such commissions as brokers and companies sometimes recognize premiums in different years, different formulae used by different companies, reserves under sole control of company—Brokers rely on companies to calculate contingent profit commissions—Whether reasonable estimate could be made of contingent profit commissions as of date of financial statements—Appeal allowed—Plaintiff could not make reasonable estimate of contingent profit commissions at financial year end in absence of information acquired subsequent to financial statement date—Plaintiff's fiscal year not same as insurance companies'—Unreasonable to expect plaintiff to keep separate set of books solely to estimate contingent profit commissions—Necessary to rely on actual information provided by insurance companies—Zero not reasonable estimate—While accounting method used for income tax purposes should most accurately reflect profit, does not require mere guessing as to contingent profit commissions at financial year end or keeping books open past fiscal year end until contingent profit commissions ascertained—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 9(1), 12(1)(b) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 4).

STEVENSON & HUNT INSURANCE BROKERS LTD. v. CANADA (T-461-88, Rothstein J., judgment dated 26/2/93, 19 pp.)

**Deductions**

Appeal from reassessment for 1979 taxation year—Minister reclassifying Canadian exploration expenses to cost of acquisition of depreciable property of prescribed class—Costs incurred for exploration, drilling and tunnelling in development of Cardinal River Coal Underground Mine (CRC underground mine)—Income Tax Act, s. 66.1(6)(a)(iii) defining "Canadian exploration expense" as any expense incurred to determine existence, location, extent or quality of mineral resource in Canada, excluding expenses reasonably related to mine or to potential or existing extension of mine that has come into production in reasonable commercial quantities—S. 66.1(6)(a)(iii.1) extending definition to expenses to bring mineral resource in Canada into production and incurred prior to commencement of production from resource in reasonable commercial quantities—Plaintiff open pit mining coal from Jewel Coal Seam in CRC surface mine—CRC surface mine producing mineral resource in reasonable commercial quantities by 1979—Plaintiff incurred expenses to develop underground mine located in same ore body as CRC surface mine—Aware of existence of deeper ore body from deep drilling from surface prior to opening of CRC surface mine, but knew little about quality of coal, dimensions of Jewel Seam, quantity of coal economically recoverable by underground mining until well after surface mining operations underway—Appeal allowed and reassessment vacated—S. 66.1(6)(a)(iii) and (iii.1) providing separate definitions for "Canadian exploration expense"—Two definitions not relating solely to whether expenses incurred in relation to "new mine" or "new resource"—Providing for different sorts of expenditures, defined by purposes for which incurred, in two different phases in exploration for and development of mining projects—S. 66.1(6)(a)(iii)

**INCOME TAX—Continued**

expenses incurred to determine existence, location, extent or quality of mineral resource, including coal deposit in Canada, but not including expenses related to mine or extension thereof coming into production in reasonable commercial quantities—Includes expenses incurred in preliminary activities undertaken to assess existence of ore body or coal deposit warranting in economic terms development of mine to recover marketable minerals or coal—Need not be related to “new mine” in sense of leading to development of new mine for may not ultimately prove feasible, but may not be related to existing mine, or extension of mine already coming into production in reasonable commercial quantities—Preliminary expenses incurred in assessing Jewel Seam for underground mining only Canadian exploration expenses if underground mine project separate from, and not extension of, surface mining operations—Expenses incurred in development of underground mine only Canadian exploration expenses if resource underground mine designed to bring into production determined to be resource not earlier yielding production in reasonable commercial quantities from surface mining operations—Reference to cases dealing with what constituted mine to suggest factors to be considered in determining whether particular mine workings constitute mine separate from existing mine already in production in reasonable commercial quantities—Expenses incurred on underground mine relating to mine separate and apart from other operations of CRC—Preliminary exploratory expenses incurred in relation to underground mine not related to mine, or to potential or existing extension of mine coming into production in reasonable commercial quantities—Constituting Canadian exploration expenses within s. 66.1(6)(a)(iii)—S. 66.1(6)(a)(iii.1) expenses incurred after preliminary exploration work concluded and decision to proceed with mining project made—Relate to development of project to bring mineral resource in Canada into production, and incurred prior to commencement of production from resource in reasonable commercial quantities—Within industry, development expenses would be committed only when reserve considered to be likely to produce satisfactory profit from production as result of planned investment in specific project—Expenses incurred in development of underground mine, after decision to proceed with project, to bring into production portion of coal deposit defined for extraction by mine incurred prior to production in reasonable commercial quantities—Constituting Canadian exploration expense within s. 66.6(1)(a)(iii.1)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 66.1(6)(a) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 36; 1979, c. 5, s. 20).

ORO DEL NORTE, S.A. v. CANADA (T-1947-86, MacKay J., judgment dated 2/4/93, 44 pp.)

Appeal from tax assessment disallowing certain business expenses for taxation years 1984 and 1985—Taxpayer's business enjoying only marginal returns over several years, having no reasonable expectation of profit—Under Income Tax Act, s. 18(1), no deduction allowed unless made or incurred to produce income from business or property—Concept of “reasonable expectation of profit” examined in tax cases—Whether taxpayer has reasonable expectation of profit objective determination to be made from all facts: *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480—List of criteria not exhaustive—Test of reasonable expectation of profit not prospective but retrospective—Business not being conducted not business—No reason-

**INCOME TAX—Concluded**

able expectation of profit when business ceased operating—Issue of “use of or benefit to a taxpayer” not material element in determining whether business loss allowable as deduction—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 18(1), 248(1).

POTULICKI v. CANADA (T-2148-89, Joyal J., judgment dated 15/4/93, 9 pp.)

**PATENTS****INFRINGEMENT**

Application to dismiss action for infringement brought by plaintiff on ground disclosed no reasonable cause of action and frivolous or vexatious—Plaintiff made no allegation and submitted no evidence patent granted by Commissioner of Patents for his invention—Action as brought premature and should be dismissed—Patent Act, s. 55 makes granting of patent essential condition in determining period during which inventor entitled to reasonable compensation—Expressly provides if patent granted on date application open for inspection, act would have been infringement—So long as patent not granted by Commissioner of Patents, plaintiff cannot claim and assert exclusive right to invention and defendant could not defend itself from action for infringements of what is only application for patent, which may or may not be granted—Not in interests of justice to suspend ordinary course of proceedings until patent granted—Application allowed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 55 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 21), 57.

PREMIER TECH LTÉE v. ÉQUIPEMENTS TARDIF INC. (T-283-93, Denault J., order dated 24/3/93, 5 pp.)

**PRACTICE**

Appeal from *ex parte* order for service *ex juris* on Northern Telecom Inc. (NTI), U.S. company, on ground material facts on which plaintiff relied deficient—Patent and trade mark infringement action alleging conspiracy between defendants—NTI requesting plaintiff to provide it with manufacturing drawings to assess plaintiff's product—Drawings forwarded to Northern Telecom Ltd. in Canada—Plaintiff subsequently aware of infringing product in Canada manufactured by Dasco—Plaintiff alleging acts of defendants business practices contrary to honest industrial or commercial usages contrary to Trade-marks Act, s. 7(e)—Appeal allowed—No facts substantiating allegation NTI involved in infringement in Canada of plaintiff's patents—Evidence not raising arguable or reasonable cause of action—Reliance on s.7(e) of doubtful value—*Bousquet v. Barmish*, A-958-91, judgment dated 19/1/93, F.C.A., not yet reported, holding s. 7(e) unconstitutional—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 307, 419—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 7(e).

PLUG-IN STORAGE SYSTEMS, INC. v. DASCO DATA PRODUCTS LTD. (T-551-92, Joyal J., order dated 1/4/93, 6 pp.)

Application for order adding Merck companies (Merck) as respondents in Apotex' application for judicial review to compel Minister to issue notice of compliance for several new

**PATENTS—Concluded**

drugs, including enalapril for which Merck patentee, exclusive licensee—Application for order consolidating Merck's application for judicial review to restrain Minister from issuing such notice of compliance with Apotex' application for judicial review—Applications allowed—Apotex' application raising important and complex legal question concerning duty or authority of Minister to issue notice of compliance for enalapril—Determination of issue involving consideration of retrospective applicability of Patent Act Amendment Act, 1992 and Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—Given priority accorded to interests of patentee under new legislative scheme, Merck's position in opposing issuance of notice of compliance to Apotex strengthened if Act and Regulations apply—As interests of Attorney General and Minister of National Health and Welfare differ from those of Merck, could not say would adequately represent interests or advance arguments applicable to Merck's situation—Given complexity of issue, clear legal interest of Merck companies in outcome, and necessity of ensuring effective and complete adjudication of matter, Merck companies added as respondents—As two judicial review applications involving same facts and raising common legal issue, applications consolidated—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 1716—Patent Act Amendment Act, 1992, S.C. 1993, c. 2—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

APOTEX INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-3099-92, McGillis J., order dated 18/3/93, 5 pp.)

MERCK & CO., INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-427-93, McGillis J., order dated 18/3/93, 5 pp.)

**PRACTICE****COSTS**

Action for damages sustained when plaintiff fell on stairs to main entrance to administration building at Pearson International Airport—Action dismissed for failure to establish fall attributable to defendant—Burden of proof remained on plaintiff as lack of any evidence to substantiate allegation of disrepair—Claims officer employed by Transport Canada to investigate injury claims at airport interviewed witnesses and examined site, but did not prepare written report re: condition of repair of area, or results of interviews—Not interviewing superintendent of building who could have produced inspection reports, availability of which could have ended matter saving parties and Court considerable expense, time and effort—Because of claims officer's irresponsible attitude Court deviating from custom of awarding costs to successful party.

MERCER v. CANADA (T-2199-88, Rouleau J., judgment dated 1/4/93, 6 pp.)

Appeal from Trial Division order (*Canada v. Meyer* (1991), 44 F.T.R. 15) dismissing application to strike out plaintiff's claim and to dismiss action with costs—Appeal without merit—Costs awarded to Crown on solicitor and client basis as

**PRACTICE—Continued**

appeal entirely lacking in merit and brought not to obtain justice, but to delay resolution of litigation.

CANADA v. MEYER (A-1090-91, Marceau J.A., judgment dated 11/2/93, 1 p.)

**DISMISSAL OF PROCEEDINGS***Want of Prosecution*

Application for dismissal for want of prosecution—Plaintiff leasing lands from defendant for agricultural purposes—Land said to be unfit for agriculture due to pre-existing weed problem known to defendant—Plaintiff claiming damages for loss of crop income during years 1975, 1976 and 1977 and for loss of income for remainder of lease term—Statement of claim filed in Federal Court on December 13, 1979—Defendant claiming recovery of \$11,805.75 of outstanding lease payments from plaintiff—Defendant's counsel writing to plaintiff's counsel on June 8, 1992 to indicate appropriateness of motion for dismissal for want of prosecution—Notice of motion for dismissal filed on October 26, 1992—Plaintiff making preliminary objection June 8, 1992 letter not notice contemplated by R. 440(2)—Letter having effect intended by Rule: plaintiff's counsel promptly proposed to discuss how matter could be proceeded with—Preliminary objection relative to compliance with R. 440(2) dismissed—Principles applicable to motion for dismissal for want of prosecution set out in *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 229 (C.A.)—Whether delay inordinate, inexcusable, defendants likely to be seriously prejudiced by delay—Delay inordinate herein—Some of delay explained, some not—No reasons given for delay of three years to retain expert—Nothing done by defendant's counsel from November 1984 to December 1987 to insist plaintiff proceed or motion for dismissal would be presented—No evidence of plaintiff losing interest in case—Part of delay explained—Part unexplained not causing defendant to move for dismissal—Serious prejudice to defendant important consideration in application for dismissal—Onus on defendant to establish serious prejudice—No direct evidence witnesses not available and not able to revive memories after reviewing relevant documents and discussing matter with counsel—No serious prejudice to defendant arising from delay—Case to be decided on merits—Application dismissed on terms—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 440(2).

DYKER v. CANADA (T-6119-79, Rothstein J., order dated 5/3/93, 18 pp.)

**RES JUDICATA**

Application by Minister of Transport for order to quash applicant's notice of motion as issue raised already determined by Court, therefore *res judicata*—Applicant requesting records concerning Air Ontario from Department of Transport under Access to Information Act—Air Ontario objecting to release of information requested—Seeking review of Department of Transport's decision to release July 1990 audit—Applicant asking Court to strike application of Air Ontario and to order immediate release of audit—Application dismissed—Commissioner rejecting applicant's complaint to Information Commissioner concerning Department of Transport's failure to release audit upon expiry of twenty-day period provided for in Act, s.

**PRACTICE—Concluded**

28(4)—Applicant requesting review of Information Commissioner's decision—Essential elements for finding of *res judicata*, identity of parties, identity of subject-matter and finality of previous decision, established—Applicant failing to appeal decision, estopped by doctrine of *res judicata* from pursuing matter—Application granted—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 28(4), 41.

WELLS C. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT) (T-2160-92, Jerome A.C.J., order dated 19/4/93, 5 pp.)

**PUBLIC SERVICE****APPEALS**

Application to set aside Appeal Board decision allowing appeals against selections for employment—Selection board asking situational question, intending to verify answers by drawing from other information available from other candidates—Notwithstanding clear evidence verification not done, Appeal Board concluding selection board had done verification and concluded situational question not contravening merit principle—Allowed appeals on other grounds relating solely to knowledge—Respondent arguing Court can only review appeal board's final decision or order, or order made during course of proceedings if it is one tribunal mandated to make and one from which legal rights and obligations flow, not reasons for decision—Application allowed—Review of cases extending applicability of doctrine of issue estoppel to proceedings before statutorily established administrative tribunals—Appeal Board's treatment of situational question issue justifying judicial intervention, absent which doctrine of issue estoppel would prevent applicants from relitigating question in subsequent s. 21 appeal proceedings even though might be prejudiced by Appeal Board's erroneous decision—Appeal Board directed to allow appeals on additional ground failure to verify information given in answers to situational question violated merit principle—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10, 21—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

O'BRIEN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-291-91, Décaré J.A., judgment dated 16/4/93, 7 pp.)

**RCMP**

Application to set aside decision denying members of RCMP's Special Emergency Response Team (SERT) standby compensation based on conclusion officer in charge lacked authority to place SERT members on standby because not "Commanding Officer" as defined in RCMP Administration Manual, and not on standby as term properly understood—

**RCMP—Concluded**

SERT constituted of two teams, one of which required to be available for immediate action at all times—Claim for standby compensation relating to immediate availability—Application allowed—Member on standby when ordered to be on standby, as was case here—Not for member to question decision, but to obey orders—Lack of authority of officer ordering standby resulting in illegal order, not nullity—Recourse not to deny compensation to those obeying order without any right to question orders before incurring disadvantages entitling them to compensation—Court lacking jurisdiction to award interest in disposing of application for judicial review—No "special reason" for award of costs within R. 1312—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 28, 52(d)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1312.

BROOKE V. CANADA (DEPUTY COMMISSIONER, RCMP) (A-840-90, A-841-90, A-842-90, Mahoney J.A., judgment dated 17/3/93, 8 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Applications to review and set aside four decisions of Umpire regarding seasonal work done by four claimants for Department of Transport—Worked continuously and without interruption five days a week from November 16, 1989 to March 28, 1990—Worked for entire period in question in "insurable employment" within meaning of Unemployment Insurance Act, s. 3—Under Act, s. 6, in order to receive unemployment insurance benefits claimants needed 20 weeks of insurable employment—Period of employment consisted of 18 complete weeks and two part weeks, totalling 20 weeks—For each of these two part weeks claimants did not work for less than 15 hours and did not receive less than 20 per cent of weekly insurable earnings, in accordance with Unemployment Insurance Regulations, s. 13(1)—Insurable employment held for number of calendar weeks cannot be insurable employment for lesser number of weeks of insurable employment—Interpretation suggested by claimants in accordance with Act and case law—Provisions relied on by applicant do not support her argument number of weeks of insurable employment for purposes of establishing eligibility for benefits under s. 6 must be calculated otherwise than in accordance with definition of "week" in Act, s. 2—Applications dismissed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 2, 3, 6—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 13(1) (as am. by SOR/80-805, s. 1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CLOUTIER (A-592-92, A-593-92, A-595-92, A-596-92, Hugessen J.A., judgment dated 24/2/93, 14 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

## ACCÈS À L'INFORMATION

Requête présentée par le Commissaire à l'information en vue de l'obtention d'une ordonnance radiant son nom à titre de partie intimée et rejetant la demande de révision fondée sur l'art. 41 de la Loi sur l'accès à l'information—Le requérant a demandé communication d'une copie des enregistrements sur bande des audiences tenues à Edmonton—L'enregistrement n'avait pas été versé dans les dossiers de Transports Canada—Le requérant a demandé au Commissaire à l'information d'enquêter sur l'affaire pour déterminer si le dossier avait été détruit, transféré ou caché—Le Commissaire a rejeté la plainte parce que le Ministère avait fait une recherche minutieuse—Les art. 37(5), 41, 42(1), 48, 49 et 50 de la Loi sur l'accès à l'information établissent le mécanisme de révision des refus illicites de communication—La présente demande dépasse la portée de la Loi sur l'accès à l'information en ce qui concerne la révision des actions de ceux qui ont irrégulièrement refusé la communication—Le Commissaire à l'information n'est pas autorisé à exprimer son mécontentement au sujet de la façon dont le Ministère a traité l'affaire et d'ordonner une nouvelle enquête ou de mener sa propre enquête—La Cour ne devrait pas intervenir lorsque la plainte contre un organisme public porte non sur le refus de s'acquitter d'obligations légales, mais uniquement sur la façon dont les obligations sont exécutées, à moins que l'organisme public n'ait été de mauvaise foi ou n'ait agi pour des motifs illicites—Requête accueillie—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 37, 41, 42, 48, 49, 50.

WELLS C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (T-1729-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 19-4-93, 8 p.)

Appels d'ordonnances par lesquelles le juge en chef adjoint rejetait des demandes de contrôle en vertu de l'art. 44 de la Loi sur l'accès à l'information (*Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1992), 52 F.T.R. 22 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.))—L'appelante fabrique les produits médicamenteux minocin et méthotrexate—Elle y a consacré beaucoup de temps et d'argent—Elle devait fournir à la Direction générale de la protection de la santé (DGPS), du ministère de la Santé nationale et du Bien-être social, des renseignements confidentiels (monographies de produits, renseignements connexes) pour obtenir l'autorisation de distribuer les produits au public—La monographie de produit, qui contient l'information nécessaire à l'utilisation sécuritaire et effi-

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

cace du médicament, doit être communiquée par le fabricant sur demande d'un professionnel des soins de la santé, une fois l'avis de conformité délivré—L'appelante a toujours traité l'information requise comme confidentielle—L'appelante (1) soutient que l'intimé ne s'est pas conformé aux exigences en matière d'avis prévues par la Loi; (2) allègue qu'il n'avait pas de preuve suffisante que les demandeurs avaient les qualités requises pour demander et recevoir les renseignements; (3) prétend qu'il a délégué irrégulièrement aux fonctionnaires du Ministère la décision d'accorder ou non l'accès; (4) interjette appel des ordonnances—Appels rejetés—(1) Les exigences légales en matière d'avis n'ont pas été satisfaites—L'appelante soutient que l'intimé avait l'obligation de donner les avis dans les délais prescrits en raison de l'expression «*shall*» («est tenu») des dispositions pertinentes, et que son omission de le faire a rendu les décisions inopérantes—Elle soutient également que la loi devrait être interprétée strictement parce qu'elle porte atteinte à son droit à la confidentialité des renseignements fournis—Absence de règle générale selon laquelle le verbe «*shall*» est de nature impérative—Lorsque les dispositions se rapportent à l'exécution d'un devoir public et que, dans un cas donné, déclarer nuls et non avenues des actes accomplis par manquement à ce devoir entraînerait pour des personnes qui n'ont aucun contrôle sur ceux chargés de ce devoir une injustice ou des inconvénients généraux graves et n'aiderait pas à atteindre l'objet principal de la Loi, ces dispositions devraient être interprétées comme étant de nature indicative: *Montreal Street Railway Company v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.)—Les dispositions légales en matière d'avis prévoient l'exécution d'un devoir public par l'intimé—La Loi ne pénalise pas l'omission de donner les avis dans le délai—Les dispositions en matière d'avis visent à déterminer un délai précis dans lequel une demande de renseignements devrait être traitée, et à permettre au demandeur de déposer une plainte auprès du commissaire à l'information—Interpréter les dispositions en matière d'avis comme étant de nature impérative aurait pour conséquence de refuser la communication des renseignements à ceux qui les demandent et ne ferait que provoquer le dépôt d'une deuxième demande et son traitement en temps opportun—Cela ne servirait pas l'objectif principal des dispositions—Les auteurs des demandes seraient pénalisés par l'erreur de l'intimé sans même s'opposer à leurs propres avis tardifs—(2) Quant aux qualités de l'auteur de la demande,

**ACCÈS À L'INFORMATION—Fin**

la Loi confère le droit d'accès aux citoyens canadiens et aux résidents permanents—Le Décret d'extension n° 1 (Loi sur l'accès à l'information) étend ce droit à toute personne physique et à toute personne morale présentes au Canada—La coordonnatrice de l'accès à l'information de la DGPS était convaincue que les auteurs possédaient les qualités requises—Tous les auteurs avaient une adresse et un numéro de téléphone au Canada—Ni la Loi ni le Règlement ne précisent la nature ou la suffisance de la preuve qui doit être soumise afin de démontrer les qualités de l'auteur de la demande—La preuve devrait convaincre raisonnablement l'intimé que l'auteur a les qualités requises par la Loi—Il ne peut y avoir une absence complète de preuve—La preuve est peu volumineuse, mais la coordonnatrice de l'accès n'a commis aucune erreur en décidant que les auteurs des demandes possédaient les qualités requises par la Loi—(3) Recommandations en vue de la communication.

CYANAMID CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (A-294-92, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 23-10-92, 17 p.)

**AGRICULTURE**

Appel du rejet de la demande en vue de l'obtention d'une ordonnance de suspension des procédures de justification destinées à déterminer si certains permis de commercialisation des œufs détenus par les intimés devaient être suspendus ou révoqués par suite de la violation des conditions des permis en attendant le règlement de l'action en vue de l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que les dispositions de la Loi et du Règlement sont inconstitutionnelles—Le juge des requêtes a statué que les procédures avaient été régulièrement engagées et que l'Office agissait tout simplement comme l'exigeait la loi—Il a substitué la suspension de l'exécution de la décision à laquelle les procédures aboutiraient si la décision avait pour conséquence la suspension ou la révocation des permis—Appel accueilli—Le juge des requêtes a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une façon erronée—C'était une erreur de permettre à l'Office d'agir pour ensuite lui enjoindre de suspendre l'exécution de sa décision s'il décidait que les permis devaient être révoqués ou suspendus—Cela rendrait les procédures de justification inutiles—Les trois conditions énoncées par la Cour suprême pour l'octroi d'injonctions interlocutoires et la suspension des procédures en matière constitutionnelle, dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, ne sont pas remplies—Les questions de qualité pour agir et de chance de réussir ne sont pas examinées—Il n'existe aucune preuve de préjudice irréparable puisque les intimés n'ont pas établi que les pertes pouvaient être déterminées—Le juge des requêtes n'a pas indiqué comment il considérait l'intérêt public—Il n'a pas tenu compte du fait qu'en accordant la suspension, il permettait aux intimés de continuer à enfreindre la loi, sans égard aux conséquences pour les autres producteurs d'œufs et pour l'économie de la loi dans son ensemble—La simple prétention que les droits découlant de la Charte pourraient être touchés n'est pas suffisante pour permettre à quelqu'un de continuer à agir sans respecter la règle de droit—Loi sur les Offices de commercialisation des pro-

**AGRICULTURE—Fin**

duits de ferme, L.R.C. (1985), ch. F-4—Règlement de 1987 sur l'octroi de permis visant les œufs du Canada, DORS/87-242 (mod. par DORS/88-488).

PINEVIEW POULTRY PRODUCTS LTD. C. CANADA (OFFICE DE COMMERCIALISATION DES OEUFS) (A-1117-92, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 3-2-93, 4 p.)

**ASSURANCE-CHÔMAGE**

Demandes d'examen et d'annulation de quatre décisions du juge-arbitre concernant un travail saisonnier effectué par quatre prestataires pour le ministère des Transports—Ceux-ci ont travaillé de façon continue et ininterrompue cinq jours par semaine du 16 novembre 1989 au 28 mars 1990—Ils ont exercé pendant toute la période en question «un emploi assurable» au sens de l'art. 3 de la Loi sur l'assurance-chômage—Pour pouvoir bénéficier des prestations d'assurance-chômage, les prestataires avaient besoin, aux termes de l'art. 6 de la Loi, de vingt semaines d'emploi assurable—Leur période d'emploi est composée de dix-huit semaines complètes et de deux parties de semaines pour un total de vingt semaines—Pour chacune de ces deux parties de semaines, les prestataires n'ont pas travaillé moins de 15 heures et n'ont pas reçu moins de 20% de la rémunération hebdomadaire assurable conformément à l'art. 13(1) du Règlement sur l'assurance-chômage—Un emploi assurable exercé pendant un certain nombre de semaines civiles ne peut pas l'être pendant un nombre moindre de semaines d'emploi assurable—L'interprétation proposée par les prestataires est conforme à la Loi et à la jurisprudence—Les textes invoqués par la requérante n'appuient pas sa prétention selon laquelle le calcul du nombre de semaines d'emploi assurable pour établir l'admissibilité aux prestations en vertu de l'art. 6 doit être effectué autrement qu'en conformité avec la définition de «semaine» à l'art. 2 de la Loi—Demandes rejetées—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 2, 3, 6—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 13(1) (mod. par DORS/80-805, art. 1).

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. CLOUTHIER (A-592-92, A-593-92, A-595-92, A-596-92, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 24-2-93, 14 p.)

**BREVETS****CONTREFAÇON**

Requête visant le rejet de l'action en contrefaçon intentée par la demanderesse, au motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action et qu'elle est futile ou vexatoire—La demanderesse n'a fait aucune allégation ou preuve qu'un brevet a été accordé par le Commissaire des brevets relativement à son invention—L'action telle qu'intentée est prématurée et doit être rejetée—L'art. 55 de la Loi sur les brevets fait de l'octroi du brevet une condition essentielle pour déterminer la période pendant laquelle l'inventeur aura droit à une indemnité raisonnable—Il prévoit expressément que l'acte doit avoir constitué une contrefaçon de ce brevet s'il avait été accordé à la date où la demande est devenue accessible—Tant que le brevet n'a pas été accordé par le Commissaire aux brevets, un



**BREVETS—Suite**

demandeur ne peut revendiquer et faire valoir son droit exclusif à une invention et un défendeur ne pourrait se défendre contre une action en contrefaçon d'une simple demande de brevet qui pourrait ou non être accordée—Il n'est pas dans l'intérêt de la justice de suspendre le cours normal des procédures jusqu'à ce que le brevet soit octroyé—Requête accueillie—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 21), 57.

PREMIER TECH LTÉE C. ÉQUIPEMENTS TARDIF INC. (T-283-93, juge Denault, ordonnance en date du 24-3-93, 5 p.)

**PRATIQUE**

Appel de l'ordonnance *ex parte* de signification à Northern Telecom Inc. (NTI), société américaine, à l'extérieur du ressort de la Cour, parce que les faits pertinents sur lesquels s'est fondée la demanderesse ne sont pas suffisants—Action en contrefaçon de brevet et de marque de commerce alléguant un complot entre les défenderesses—NTI a demandé à la demanderesse de lui fournir des dessins industriels pour lui permettre d'évaluer son produit—Les dessins ont été envoyés à Northern Telecom Ltd. au Canada—La demanderesse s'est par la suite rendu compte que le produit contrefait au Canada était fabriqué par Dasco—La demanderesse allègue que les actes des défenderesses constituent des méthodes d'affaires contraires aux honnêtes usages industriels ou commerciaux en contravention de l'art. 7e) de la Loi sur les marques de commerce—Appel accueilli—Aucun fait n'appuie l'allégation selon laquelle NTI a participé à la contrefaçon au Canada des brevets de la demanderesse—La preuve n'établit pas l'existence d'une cause d'action défendable ou raisonnable—Le fait qu'on s'appuie sur l'art. 7e) est d'une utilité douteuse—Selon *Bousquet c. Barmish*, A-958-91, jugement en date du 19-1-93, C.A.F., encore inédit, l'art. 7e) est inconstitutionnel—Règles de la Cour fédérale, C.R.C. ch. 663, Règles 307, 419—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7e).

PLUG-IN STORAGE SYSTEMS, INC. C. DASCO DATA PRODUCTS LTD. (T-551-92, juge Joyal, ordonnance en date du 1-4-93, 7 p.)

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance ajoutant les sociétés Merck (Merck) à titre de parties intimées à la demande de contrôle judiciaire qu'Apotex avait soumise afin de contraindre le ministre à émettre un avis de conformité relatif à plusieurs nouveaux médicaments, dont l'enalapril à l'égard duquel Merck était titulaire de brevet et preneur exclusif de licence—Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance joignant à la demande de contrôle judiciaire d'Apotex la demande de contrôle judiciaire que Merck avait présentée en vue d'empêcher le ministre d'émettre cet avis de conformité—Demandes accueillies—La demande d'Apotex soulève une question de droit complexe et importante au sujet de l'obligation ou du pouvoir qu'a le ministre d'émettre un avis de conformité pour l'enalapril—Le règlement de la question comporte l'examen de l'application rétrospective de la Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets et du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Vu la priorité donnée dans le nouveau texte législatif aux intérêts du titulaire d'un brevet, la position de Merck, qui s'oppose à l'émission d'un avis de conformité en faveur d'Apotex, serait affirmée si

**BREVETS—Fin**

la Loi et le Règlement s'appliquaient—Puisque les intérêts du procureur général et du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social sont différents de ceux de Merck, on ne pourrait pas dire qu'ils représenteraient adéquatement les intérêts de Merck ou qu'ils formuleraient des arguments s'appliquant à la situation de Merck—Vu la complexité de la question, l'intérêt juridique évident des sociétés Merck dans l'issue de la cause et la nécessité de régler la question d'une façon efficace et complète, les sociétés Merck sont ajoutées à titre de parties intimées—Comme les faits et le contexte juridique s'appliquant aux deux demandes de contrôle judiciaire sont identiques, les demandes sont jointes—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 5, 1716—Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets, L.C. 1993, ch. 2—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

APOTEX INC. C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-3099-92, juge McGillis, ordonnance en date du 18-3-93, 5 p.)

MERCK & Co., INC. C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-427-93, juge McGillis, ordonnance en date du 18-3-93, 5 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demandes d'annulation de décisions rendues par un arbitre portant que les revendications du statut de réfugié des intimés avaient un minimum de fondement—L'arbitre a erré en décidant que les revendications des intimés avaient un minimum de fondement uniquement en raison des délais survenus dans la procédure menant aux décisions—Demandes accueillies.

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. FRANÇOIS (A-366-92, A-367-92, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 19-3-93, 3 p.)

**Conditions d'autorisation**

Demande de contrôle judiciaire visant à forcer les fonctionnaires de l'intimé à traiter une demande de droit d'établissement fondée sur la Loi sur l'immigration et à statuer sur celle-ci—Le requérant a été accusé de voies de fait graves, de tentative de meurtre et d'extorsion—Les art. 19(1) et 46.04 de la Loi sur l'immigration interdisent l'admission au Canada des personnes déclarées coupables d'infractions graves en vertu du Code criminel—Le requérant n'a pas encore été reconnu coupable d'une infraction et doit bénéficier de la présomption d'innocence—L'intimé est obligé de ne rien faire, si ce n'est de suspendre la demande d'admission du requérant—L'octroi de l'admission dépend de la question de savoir si le requérant sera acquitté des accusations portées contre lui—Autorisation d'introduire un recours en contrôle judiciaire refusée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1) (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 3), 46.04 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14).

TAEI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1089-93, juge Muldoon, ordonnance en date du 31-3-93, 6 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

Demande d'autorisation, fondée sur l'art. 18.1, en vue de l'introduction d'une instance visant à faire réviser et annuler la décision d'une agente d'immigration—Le premier motif invoqué dans la demande d'autorisation est la sous-délégation illégale du pouvoir conféré au gouverneur en conseil par l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration—Examen de la jurisprudence et de la doctrine concernant la procédure qu'il convient de suivre en vertu de l'art. 114(2)—L'équité administrative exige que la demande de dispense de la condition visée à l'art. 9 soit traitée par les agents d'immigration locaux: *Jimenez-Perez c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1983] 1 C.F. 183 (C.A.)—Le ministre est autorisé à agir par l'entremise d'un fonctionnaire dûment autorisé du Ministère—L'argument concernant la sous-délégation illégale n'est pas fondé—Les requérants cherchent à faire radier les observations écrites de l'intimé pour le motif que celles-ci n'ont pas été déposées dans le délai prévu à l'art. 17(2) des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration—Les observations écrites des requérants ont été déposées et signifiées le 4 juin 1992—Les observations écrites de l'intimé ont été déposées et signifiées le 25 juin 1992—Il s'est écoulé exactement 20 jours francs entre les dates de dépôt des observations écrites des parties, conformément à l'art. 17(2) des Règles—Il est allégué que le fait qu'on a tardé à traiter la revendication du statut de réfugié du requérant constitue une violation de l'art. 7 de la Charte—Le requérant doit démontrer qu'il a subi un préjudice à cause du retard et que celui-ci était déraisonnable—Absence de preuve que les requérants ont subi un préjudice à cause du retard—Le fait qu'on a tardé à aviser les requérants de la décision de l'agente d'immigration ne constitue pas un facteur montrant l'existence d'un parti pris ou l'absence d'équité—Aucune preuve n'étaye l'allégation de parti pris de la part du décideur—L'agent d'immigration n'est pas tenu de fournir aux requérants une liste de critères à remplir pour qu'ils puissent avoir gain de cause à la suite de l'examen des raisons d'ordre humanitaire—La décision rendue n'est pas de nature judiciaire—Le processus décisionnel est fondé sur un pouvoir discrétionnaire exercé à partir de critères non exhaustifs—Rien dans le dossier n'explique pourquoi il existe des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi du droit d'établissement depuis le Canada—Il n'y a aucun exposé des faits qui sous-tendent la demande d'autorisation—Demande d'autorisation rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 29; ch. 29, art. 14; L.C. 1990, ch. 38, art. 1)—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/91-698, art. 17(2).

MARAJ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-595, juge Reed, ordonnance en date du 17-3-93, 17 p.)

### EXCLUSION ET RENVOI

Demande de sursis à l'exécution de la mesure d'expulsion en attendant le règlement de la demande d'autorisation d'interjeter appel de la décision selon laquelle il n'y avait pas suffisamment de raisons d'ordre humanitaire pour justifier une recommandation favorable conformément à l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration, la requérante devant être renvoyée même si ses enfants mineurs n'étaient pas assujettis à la

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

mesure de renvoi—La requérante est venue au Canada afin d'échapper à son mari qui la maltraitait—Elle est arrivée seule, mais au fil des ans, ses enfants sont venus la rejoindre—Il a été jugé que la revendication du statut de réfugié n'avait pas de minimum de fondement—Une mesure d'expulsion a été prise—Le gouvernement du Canada s'est engagé à payer le renvoi de la requérante et de toute sa famille sur demande—Demande rejetée—Puisque la contestation de la décision relative à l'existence de raisons d'ordre humanitaire peut s'interpréter comme une attaque indirecte contre la mesure d'expulsion (*Membreno-Garcia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 3 C.F. 306 (1<sup>re</sup> inst.)), il n'est pas opportun de rejeter la demande sur le fondement de l'inexistence d'une contestation directe de la mesure d'expulsion—Il n'est pas prouvé que la requérante serait victime de violence conjugale si elle retournait à la Dominique—La preuve par affidavit est admissible dans le cadre d'une demande de sursis, mais en l'espèce, la Cour accorde peu d'importance à l'affidavit puisqu'il constitue un oui-dire multiple et que certaines affirmations ont trait à des événements qui sont peut-être survenus ou qui pourraient survenir à la Dominique—Application des critères énoncés dans *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (C.A.F.)—La requérante n'a pas établi l'existence d'une question sérieuse ou d'un préjudice irréparable—La question de la séparation du parent et de l'enfant ne se pose pas puisque le ministre a offert de payer les frais de retour des enfants de la requérante à la Dominique—La question de savoir si les enfants demanderont de leur propre chef à demeurer au Canada pour des raisons d'ordre humanitaire et la question du règlement de pareilles demandes n'ont aucun intérêt immédiat et tiennent de l'hypothèse—La situation de la requérante doit être examinée en fonction des faits qui lui sont propres et non d'événements futurs possibles—La requérante soulève également la question de savoir si le Canada est tenu de reconnaître les mauvais traitements infligés aux femmes et aux parents comme motif justifiant l'application de l'art. 114(2)—La violence familiale et la possibilité pour les victimes d'obtenir une protection des autorités compétentes dans leur pays d'origine sont des questions sérieuses, mais il faut prouver que la requérante a subi des mauvais traitements et qu'aucune protection ne lui est offerte dans son pays d'origine—La preuve n'indique pas que la Dominique est un pays dans lequel la violence familiale est tolérée ou dans lequel il n'existe aucun recours pour les victimes de violence familiale—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 114—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 332(1)—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 12.

HARPER C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (93-T-41, juge Rothstein, ordonnance en date du 4-3-93, 8 p.)

### Personnes non admissibles

Appel de la décision par laquelle la Commission d'appel de l'immigration a conclu que le frère de l'intimée était une «personne à charge» au sens de l'art. 2(1)a) du Règlement sur l'immigration de 1978—L'intimée a parrainé la demande de

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

résidence permanente au Canada de son père, de sa mère et de son frère, tous citoyens de l'Inde—Le frère de l'intimée est né le 15 avril 1964—La demande de résidence permanente au Canada a été reçue par les agents d'immigration canadiens à New Delhi le 15 avril 1985—L'art. 25(1) de la Loi d'interprétation ne s'applique pas pour déterminer la date ou le moment où une personne est réputée avoir vieilli d'un an—Le frère avait 21 ans avant la présentation de la demande de droit d'établissement et de visas—Appel accueilli—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/84-850, art. 1).

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. BRAR (A-1106-87, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 25-3-93, 5 p.)

### *Processus d'enquête en matière d'immigration*

Demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision selon laquelle le requérant n'avait pas établi, au premier palier d'audience, le minimum de fondement de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, ainsi qu'en vue du sursis à l'exécution de la mesure d'exclusion, conformément à la Règle 1909—Sursis accordé—L'art. 32.1 de la Loi sur l'immigration vise à empêcher l'exécution d'une mesure de renvoi lorsque la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention du requérant est jugée avoir un minimum de fondement—L'art. 32.1 désigne le demandeur comme la personne revendiquant le statut de réfugié au sens de la Convention et dont la revendication est déferée à la section du statut—Comme le demandeur ne peut être renvoyé à la section du statut que par le premier palier d'audience, ce palier ne fait pas partie de la section du statut—Le demandeur du statut de réfugié au sens de la Convention qui ne franchit pas le premier palier d'audience est jugé ne pas être un réfugié au sens de la Convention—Le dépôt de la demande d'autorisation en vue de la révision de la décision concluant à l'absence du minimum de fondement ne change rien au fait que le demandeur a été jugé ne pas être un réfugié au sens de la Convention—L'exécution de la mesure d'expulsion pendant que des procédures judiciaires sont en cours n'enfreint pas les art. 7 et 15 de la Charte—La Règle 1909 ne vise pas le sursis à l'exécution d'une mesure d'exclusion—Elle s'applique aux jugements ou ordonnances de la Cour fédérale—La Cour a compétence pour accorder, dans le cadre de son pouvoir inhérent, un sursis en statuant sur des questions relatives aux demandes d'autorisation présentées conformément à l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 32.1 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 23), 82.1 (mod., *idem*, art. 73)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1909—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15.

BALLIE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-529-93, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 30-3-93, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision selon laquelle le permis ministériel ne serait pas prolongé, le requérant étant

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

tenu de quitter le Canada—Le requérant a épousé une citoyenne canadienne—Un permis a été délivré de façon à ne pas séparer le couple en attendant l'instruction de la demande de résidence permanente—Lorsque le requérant s'est présenté aux bureaux d'Emploi et Immigration pour demander la prolongation du permis ministériel ainsi que du permis de travail, il a été informé que sa demande ne pouvait pas être examinée parce qu'il n'avait pas de passeport et qu'il pourrait donc faire l'objet d'un rapport défavorable en vertu de l'art. 27 de la Loi sur l'immigration—La décision de ne pas prolonger le permis parce que le requérant ne vivait pas avec sa femme a été verbalement communiquée à ce dernier lorsqu'il est retourné au centre d'immigration—Le requérant a été informé par lettre que son permis ne serait pas prolongé parce que le Ministère savait que le couple ne vivait pas ensemble et estimait que le requérant avait contracté le mariage dans le seul but d'obtenir la résidence permanente au Canada—Le requérant et sa femme ont déclaré sous serment qu'ils vivaient toujours ensemble—Le requérant allègue que l'équité exige que la même procédure s'applique à la prolongation, au renouvellement ou à l'annulation du permis ministériel et que le requérant ait la possibilité de répondre aux objections y afférentes avant qu'une décision ne soit prise—Demande rejetée—La Cour n'est pas persuadée que le requérant n'était pas au courant des doutes de l'agente d'immigration au sujet de sa situation conjugale et qu'il n'a pas eu la possibilité d'y répondre avant que la décision de ne pas prolonger le permis ne soit prise—La procédure suivie par les représentants de l'intimé est équitable—L'art. 83(1) de la Loi sur l'immigration prévoit que le jugement de la Section de première instance rendu sur une demande de contrôle judiciaire ne peut être porté en appel que si la Section de première instance certifie dans son jugement que l'affaire soulève une question grave de portée générale—La Règle 18 des Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration prévoit que la Cour ne rend son jugement sur la demande de contrôle judiciaire qu'après avoir donné aux parties la possibilité de lui demander de certifier que l'affaire soulève une question grave de portée générale—Le requérant soutient qu'il s'agit de savoir si la procédure décrite dans le Guide de l'immigration en ce qui concerne le renouvellement ou la prolongation du permis ministériel devrait, en toute équité pour le requérant, être la même que celle prévue dans les cas d'annulation du permis—La question mentionnée par le requérant n'est pas soulevée par les faits de l'espèce—Aucune question grave de portée générale n'est soulevée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73), 83(1) (mod. *idem*)—Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, Règle 18—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (mod. par DORS/92-43, art. 19).

KAGAI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-1352, juge MacKay, ordonnance en date du 26-3-93, 19 p.)

### PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance radiant la demande d'autorisation d'interjeter appel fondée sur le motif que le dossier de la demande n'a pas été dûment mis en état

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

conformément à la Règle 10 des Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration—En vertu des Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration en vigueur au moment du dépôt de la demande d'autorisation d'engager des procédures d'annulation de la décision selon laquelle la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention n'avait pas de minimum de fondement, le délai de dépôt des affidavits et des observations écrites à l'appui de la demande expirait le 8 février 1993—Le dossier de la demande déposé à la date d'expiration contenait la demande d'autorisation, l'ordonnance d'expulsion, un mémoire et un affidavit—L'affidavit décrit en détail les procédures et la preuve présentée devant le tribunal—En vertu des nouvelles Règles entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1993, le dossier de la demande n'avait à être déposé que dans les 30 jours suivant la date de réception des motifs écrits du tribunal ou, en l'absence de motifs écrits, dans les 30 jours où le requérant était informé de ce fait—Le juge en chef a ordonné que, compte tenu des adaptations de circonstance, les demandes d'autorisation en instance devant la Section de première instance soient régies par les nouvelles règles—L'intimé soutient (1) que la requérante veut se fonder sur la transcription de l'audience et a demandé que celle-ci soit transmise sans délai au greffe de la Cour fédérale; (2) que la requérante ne lui a pas signifié un dossier contenant les motifs écrits du tribunal; (3) qu'elle ne peut vraiment répondre aux arguments de la requérante sans référence à la transcription même—Requête rejetée—(1) Il n'est pas établi que le greffe a envoyé la lettre visée à la Règle 20 en vue d'obtenir le dossier—La requérante ne sait pas si la transcription a été faite puisqu'elle a obtenu les rubans d'enregistrement des débats et s'est fondée sur ceux-ci pour établir son affidavit—(2) Ni les anciennes ni les nouvelles règles ne prévoient que la Cour et les parties doivent recevoir la transcription avant qu'il ne soit statué sur la demande d'autorisation—De plus, à l'époque où le tribunal a rendu sa décision et où la demande d'autorisation d'interjeter appel a été déposée, le tribunal n'était pas tenu de donner des motifs écrits—«Compte tenu des adaptations de circonstance» signifie que si les nouvelles règles s'appliquent généralement aux demandes en instance, elles doivent être adaptées, au besoin, pour qu'il y ait concordance entre les anciennes et les nouvelles règles—La demande d'autorisation d'interjeter appel a été régulièrement mise en état par le dépôt du dossier de la demande, contenant suffisamment de détails sur la décision contestée—(3) L'intimé aurait pu demander la transcription lui-même, ou il aurait pu obtenir des copies des rubans d'enregistrement des débats—En cas de demande de prorogation de délai, les deux parties devraient demander des copies des bandes de façon à être en mesure d'assurer la Cour qu'il y a bien un litige—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/89-26, Règles 4 (mod. par DORS/91-698, art. 3), 9(4b) (mod., *idem*, art. 7), 23(3)—Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, Règles 10, 20.

RASCANU C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (92-T-2151, juge Reed, ordonnance en date du 1-4-93, 9 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

STATUT AU CANADA

### *Citoyens*

L'art. 14(5) de la Loi sur la citoyenneté exige que l'avis d'appel de la décision du juge de la citoyenneté soit déposé dans les soixante jours suivant la date de l'approbation de la demande fondée sur l'art. 14(2) ou de la communication, par courrier ou tout autre moyen, de la décision rendue en vertu de l'art. 14(1)—La Cour n'est pas compétente pour proroger le délai de 60 jours—L'art. 14 est de nature impérative—Les limites de la compétence sont interprétées strictement car la compétence conférée à la Cour en vertu de la Loi sur la citoyenneté est d'origine purement législative—L'omission de respecter le délai de 60 jours n'entraîne pas une perte irrévocable des droits—L'appelant peut présenter une nouvelle demande au tribunal de la citoyenneté n'importe quand—Appel rejeté—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 14(5).

ARAUJO (RE) (T-1581-92, juge Joyal, décision en date du 20-4-93, 3 p.)

## COURONNE

### RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Dommmages-intérêts—Appel d'un jugement de la Section de première instance ((1989), 90 DTC 6116) concernant la saisie le 5 février 1990, et la vente en justice par le ministre du Revenu national, pour défaut d'acquitter des impôts, d'un terrain situé dans la province de Québec et détenu en copropriété indivise par le débiteur Smith et l'intimé Lovell—Le bref et le procès-verbal de saisie ont été signifiés au débiteur Smith mais non à l'intimé (Lovell) qui ne devait aucun impôt à la Couronne—Le terrain a été adjugé le 11 juillet 1984 à l'autre intimé (Turchetta) pour la somme de 15 894 \$ à la suite d'une vente par shérif faite à l'insu de Lovell—Celui-ci a poursuivi la Couronne et a demandé l'annulation de la saisie et de la vente du terrain ainsi que des dommages-intérêts—Turchetta s'est porté demandeur reconventionnel et a réclamé lui aussi des dommages-intérêts contre la Couronne—Le juge de première instance a accueilli l'action de Lovell en partie et la demande reconventionnelle de Turchetta—La Couronne en appelle de ce jugement en disant que le recours de Lovell en dommages-intérêts est prescrit—La prétention de Lovell selon laquelle la vente devrait être annulée dans sa totalité a été rejetée à juste titre par le juge de première instance—La Couronne n'avait aucune obligation de rechercher d'abord le partage préalable du terrain—Elle pouvait en toute légalité saisir la quote-part de Smith et la faire vendre en justice—Lovell n'avait l'intérêt juridique requis que pour attaquer la partie du décret qui visait sa quote-part—Le juge de première instance pouvait seulement conclure que la vente en justice de la part indivise de Lovell était nulle—La question de l'annulation partielle de la vente trouve sa solution dans le Code civil du Bas-Canada—En vertu de l'art. 1518 du Code civil, une évic-

## COURONNE—Fin

tion peut n'être que partielle même dans la cas de vente en justice—L'appel incident de Lovell visant à obtenir l'annulation de la vente dans sa totalité est rejeté—Quant au recouvrement de dommages-intérêts, la responsabilité de la Couronne est admise—Le recours en dommages-intérêts de Lovell contre la Couronne ne peut être que de nature quasi délictuelle—Il n'y a aucun lien de droit entre Lovell et la Couronne autre que la faute commise par cette dernière dans la saisie et la vente de l'immeuble—Ce sont les règles de droit québécoises en matière de prescription qui s'appliquent en l'espèce—Une action en responsabilité délictuelle se prescrit par deux ans (art. 2261(2) du Code civil) et le point de départ de la prescription est le moment où naît le droit d'action—L'acte fautif ultime est survenu au plus tard le 11 juillet 1984, date de la vente par shérif—L'action a été intentée le 22 février 1988, soit bien au delà du délai de deux ans—Le juge de première instance a erré en concluant que Lovell n'avait eu connaissance de la saisie que le 24 décembre 1986—Celui-ci a manqué de vigilance car il aurait dû découvrir le pot aux roses dès 1981, ou au plus tard à la fin de novembre 1985—L'action en recouvrement de dommages-intérêts, intentée en 1988, était donc prescrite—La Couronne conteste la décision du juge de première instance d'accorder, en plus de la moitié du prix de l'adjudication, la moitié de la différence entre le prix de l'adjudication et la valeur actuelle du terrain—Le recours prévu à l'art. 1587 du Code civil en matière de ventes forcées est distinct du recours créé à l'art. 1586 et permet le recouvrement de dommages-intérêts autres que ceux accordés en vertu de l'art. 1586—L'adjudicataire est assimilé à l'acheteur pour les fins des art. 1586 et 1587—Le créancier poursuivant est distinct du débiteur et il n'est pas assujéti aux mêmes obligations—Selon l'art. 1531 du Code civil, la garantie à raison des vices cachés n'a pas lieu dans les ventes sur exécution forcée: l'adjudicataire achète à ses risques et périls—Quant à la garantie contre l'éviction, l'adjudicataire évincé a son recours seulement pour le prix payé, ainsi que pour les intérêts et les frais—L'autre recours que prévoit l'art. 1587 est un recours de nature délictuelle que peut exercer l'adjudicataire contre le créancier poursuivant au cas de faute de ce dernier—Le juge de première instance a erré en permettant à Turchetta de réclamer la plus-value de la moitié du terrain dont il a été évincé—Le montant des dommages qu'une victime est en droit de réclamer comprend ce qui est une suite immédiate et directe de la faute—La jurisprudence et la doctrine ont établi que les dommages devaient être «directs» et «certains»—Le dommage cessera d'être direct lorsque la victime, constatant la faute, ne tentera pas de minimiser le préjudice qu'elle subit—Par la faute de la Couronne, Turchetta a subi une perte et a droit au remboursement de la moitié du prix d'adjudication et de la moitié des taxes qu'il a payées depuis l'adjudication—Il en va autrement de la plus-value dont il aurait été privé—Il n'y a pas dans la perte de la plus-value du terrain une relation causale qualitativement suffisante avec la faute commise—Appel accueilli en partie, jugement de première instance modifié—Code civil du Bas-Canada, art. 1056, 1073, 1074, 1075, 1511, 1514, 1518, 1531, 1586, 1587, 1591, 2232, 2261.

LOVELL C. CANADA (A-20-90, juge Décarv, J.C.A., jugement en date du 25-2-93, 30 p.)

## DOUANES ET ACCISE

## LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

En 1985, la demanderesse a acheté un aéronef Dash-8 devant servir à des activités reliées à des champs de pétrole et de gaz naturel situés dans des régions éloignées du nord de l'Alberta et de la Colombie-Britannique—Elle prétend que l'achat de l'avion n'est pas assujéti à la taxe de vente fédérale parce que celui-ci a été utilisé à des fins prévues à l'art. 6b)(i) de la Loi sur la taxe d'accise (aéronefs achetés et devant être utilisés exclusivement pour fournir des services aériens directement reliés à l'exploration et à la mise en valeur de ressources naturelles)—L'avion suivait un itinéraire régulier vers des régions éloignées pour assurer les déplacements aller et retour des équipes dans les régions où étaient situés les champs de pétrole et de gaz naturel—Explications au sujet des activités reliées aux champs de pétrole et de gaz naturel—Emploi de systèmes de récupération secondaire ou améliorée pour augmenter la production d'un puits de pétrole—L'avion servait au transport d'employés s'occupant de l'entretien et de l'exploitation du matériel utilisé dans les systèmes de récupération secondaire et améliorée, des activités de collecte de données, de l'entretien et de l'exploitation du matériel servant à faire remonter et à traiter les fluides extraits de la roche-réservoir, de la construction de routes, de lignes de production, d'ajouts de matériel, de l'installation de nouveau matériel, ainsi que de représentants de la direction de Mobil appelés à prendre des décisions sur les endroits et dates de mise en valeur du champ, des employés des entrepreneurs de Mobil travaillant dans les régions en cause et des employés de Rainbow Pipeline (société chargée de transport du pétrole brut jusqu'à Edmonton) moyennant le paiement d'une certaine somme—Les amis et parents des employés de Mobil étaient transportés s'il y avait des places disponibles—Sens de l'expression «l'exploration et la mise en valeur»—Le mot «et» est employé au sens disjonctif et non au sens conjonctif—L'exploration et la mise en valeur sont deux activités distinctes—Il peut y avoir beaucoup d'exploration sans que cela n'entraîne de mise en valeur—L'activité de mise en valeur qui se déroule un certain temps après l'exploration est également visée par l'art. 6b)(i)—Rien dans le régime global de la partie XVII ou dans les catégories précises énumérées à l'art. 6b) n'indique qu'un service de transport de personnes et de fret, s'il est directement relié à la mise en valeur des ressources naturelles, n'est pas visé par l'art. 6b)(i)—Le transport d'employés de Rainbow, de parents et d'amis moyennant le paiement d'une certaine somme constitue une utilisation occasionnelle et secondaire—Cela ne soustrait pas l'avion à l'application de l'art. 6b)(i)—L'art. 6b)(i) s'applique non seulement à l'industrie pétrolière, mais aussi aux «ressources naturelles» en général—Les ressources naturelles comprennent par exemple l'eau et les bleuets—Effet de *Bridges Brothers Limited c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise* (1985), 85 DTC 5285 (C.A.F.) sur l'interprétation de l'expression «mise en valeur» dans le contexte des champs de pétrole et de gaz naturel—L'art. 6b)(i) n'est pas destiné à viser l'expression «mise en valeur» dans son sens le plus large, c.-à-d. qu'il comprendrait tout le traitement du gaz naturel et du pétrole, même à l'étape du raffinage—Ce mot doit être interprété par référence à la catégorie des ressources naturelles s'y rapportant—La définition du mot anglais «development» donnée dans l'ouvrage intitulé *Glossary of Geology and Related Sciences* est pertinente: travail effectué pour ouvrir des mines ou des corps minéralisés, par opposition à l'activité même

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

d'extraction des corps minéralisés—En ce qui concerne l'exploitation de ressources minérales, la mise en valeur d'un champ de pétrole ou de gaz naturel vise le travail effectué pour ouvrir des «corps minéralisés», c.-à-d. donner accès au pétrole ou au gaz naturel, mais non l'exploitation permanente des installations utilisées pour l'extraction du pétrole ou du gaz naturel, une fois ces installations mises en place—La mise en valeur ne comprend pas le traitement ou le façonnage du pétrole et du gaz naturel sur les lieux avant le transport vers une raffinerie—Elle ne comprend pas l'exploitation de systèmes de récupération secondaire ou améliorée une fois ceux-ci installés—La proposition selon laquelle le pétrole et le gaz naturel n'ont aucune valeur commerciale tant qu'ils ne parviennent pas à la tête de puits ou tant qu'ils ne sont pas traités dans le champ avant d'être transportés par pipeline n'est pas retenue—Il ne suffit pas de simplement réfuter les présomptions de la défenderesse—Il incombe à la demanderesse de prouver que l'utilisation de l'aéronef est visée par l'art. 6b)(i)—La demanderesse ne s'est pas acquittée de l'obligation qui lui incombait de prouver que le Dash-8 avait été acheté et «devait] être utilisé exclusivement pour ... fournir des services aériens directement reliés à» la mise en valeur de champs de pétrole et de gaz naturel—La demanderesse a simplement fait valoir que les employés transportés par avion travaillaient à la fois à l'exploitation des installations existantes et à toute nouvelle construction—Elle n'a pas tenté d'établir que les employés auraient consacré plus de temps à des travaux de mise en valeur qu'à l'exploitation courante des installations—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, ch. E-13, annexe III, partie XVII (édicé par S.C. 1974-75-76, ch. 24, art. 21), art. 6b)(i) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 68, art. 40).

MOBIL OIL CANADA, LTD. c. CANADA (T-832-88, juge Reed, jugement en date du 10-2-93, 26 p.)

**DROIT D'AUTEUR****CONTREFAÇON**

Requête en radiation de la déclaration pour le motif que celle-ci ne révèle aucune cause d'action—La demanderesse allègue que la première publication de l'œuvre artistique est différente de celle dans laquelle l'œuvre a initialement été créée—Aucune différence entre les versions française et anglaise de l'art. 5(1) de la Loi sur le droit d'auteur—Le fait que la Convention de Berne exigeait que le Canada agisse différemment n'a pas pour effet de modifier la loi canadienne—Requête accordée—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 5(1).

MILLIKEN & Co. c. INTERFACE FLOORING SYSTEMS (CANADA) INC. (T-3016-92, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 15-4-93, 3 p.)

**INJONCTIONS**

Demande d'injonction interlocutoire interdisant aux défendeurs de se livrer à certaines activités en attendant l'instruction de l'action en violation de droit d'auteur et de brevet—Les demanderesse fabriquent et vendent un système de brouillage et de désembrouillage (VideoCipher) par lequel les émissions

**DROIT D'AUTEUR—Suite**

télévisées, dont la télévision payante, transmises par satellite sont codées avant la transmission et décodées au moment de la réception—Le répertoire de clés VideoCipher, programme complet nécessaire au fonctionnement du désembrouilleur, fait l'objet d'un droit d'auteur au Canada—Le logiciel servant à la mise à exécution des instructions relatives au fonctionnement du désembrouilleur VideoCipher fait également l'objet d'un droit d'auteur au Canada—Ensemble, les programmes d'ordinateur et le répertoire de clés rendent possible un système de sécurité complexe destiné à permettre la réception et le désembrouillage d'émissions codées par des appareils de désembrouillage autorisés—Les demanderesse ont obtenu, *ex parte*, une injonction provisoire et une ordonnance du type Anton Piller autorisant la saisie de certains appareils «pirates» capables de recevoir et de désembrouiller des signaux de télécommunication de la demanderesse First Choice—Elles allèguent que jusqu'au moment de l'exécution de l'ordonnance du type Anton Piller, les défendeurs fabriquaient des appareils de désembrouillage en copiant ou en reproduisant les valeurs de départ d'unité (point de départ d'une combinaison de «touches» permettant l'accès aux parties audio et vidéo des émissions brouillées pour empêcher qu'on les écoute sans autorisation) à l'aide d'unités VideoCipher valides et en les insérant dans leurs appareils—Il est allégué que le logiciel viole les droits d'auteur se rapportant aux programmes d'ordinateur des demanderesse—Les défendeurs contestent la validité des droits d'auteur et des brevets—Application du critère à trois volets de l'injonction interlocutoire énoncé dans *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1988] 3 C.F. 235 (C.A.)—(1) Les demanderesse ont établi l'existence d'un certain nombre de questions sérieuses concernant les droits d'auteur et les brevets—(2) Si l'injonction n'est pas accordée en attendant l'instruction, les demanderesse subiront un préjudice irréparable—Arrêts dans lesquels il y avait violation *prima facie*, compte tenu du fait qu'il était évident que des dessins industriels ou des droits d'auteur avaient été copiés, distingués—La violation du droit d'auteur en soi ne constitue pas un préjudice irréparable lorsque la validité du droit d'auteur est en litige—Selon le principe énoncé dans *Syntex Inc. c. Novopharm Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.), lorsque la validité est contestée, une conclusion claire au sujet de l'existence d'un préjudice irréparable, fondée sur des facteurs autres que la reproduction constatée ou admise, doit être tirée pour justifier l'octroi d'une injonction interlocutoire—La distribution et la vente continues des désembrouilleurs des défendeurs auront pour effet de mettre entre les mains des consommateurs des appareils que les demanderesse, même si elles ont gain de cause à l'instruction, ne pourront pas trouver, ces derniers étant en outre incapables d'empêcher efficacement la réception non autorisée d'émissions codées transmises par satellite—Cela compromettra la sécurité du système VideoCipher des demanderesse et les intérêts de ceux qui l'utilisent sur une base continue—Il sera presque impossible d'évaluer d'une façon précise la perte subie par les demanderesse quant à leur réputation ainsi que les pertes pécuniaires continues—Tous dommages-intérêts importants susceptibles d'être accordés aux demanderesse à l'instruction, pendant la période précédant l'instruction, ne pourront probablement pas être recouverts—(3) La prépondérance des inconvénients favorise l'octroi de l'injonction—Les défendeurs subiront un préjudice irréparable si l'injonction est maintenant accordée, mais rien ne permet de

**DROIT D'AUTEUR—Fin**

conclure que l'injonction obligerait ceux-ci à fermer leurs portes—Les défendeurs ont continué à exploiter leur entreprise malgré l'octroi d'une injonction provisoire et malgré qu'on eût saisi des matériaux en vertu de l'ordonnance du type Anton Piller—Si l'injonction est maintenant accordée et si, en fin de compte, il est conclu que les appareils des défendeurs ne portent pas atteinte aux droits de propriété des demanderesse, le préjudice causé aux entreprises débutantes des sociétés défendeuses, qui cherchent à s'établir sur un marché fort compétitif, ne sera peut-être pas facile à réparer au moyen de dommages-intérêts—Cela constitue un préjudice irréparable—Le marché, en ce qui concerne la vente d'appareils de désembrouillage permettant la réception non autorisée d'émissions diffusées par satellite, est probablement limité par les modifications apportées à la Loi sur la radiocommunication (L.C. 1991, ch. 11), selon lesquelles constitue une infraction le fait de recevoir des signaux de télévision codés sans autorisation—L'injonction en soi ne peut pas influencer de façon défavorable sur la possibilité licite pour les défendeurs de commercialiser leurs appareils sans autorisation—Les demanderesse s'engagent à indemniser les défendeurs de tout préjudice si une injonction est maintenant accordée, mais s'il est conclu à l'instruction que les défendeurs n'ont pas porté atteinte à leurs droits de propriété—Les défendeurs s'engagent simplement à tenir compte de tous les appareils vendus en attendant l'instruction, si l'injonction est refusée—Demande accueillie—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 469.

TITAN LINKABIT CORP. C. S.E.E. SEE ELECTRONIC ENGINEERING INC. (T-129-91, juge MacKay, ordonnance en date du 3-3-93, 23 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande présentée en vertu de l'art. 28 contre la décision du tribunal d'appel constitué sous le régime de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP)—Le tribunal d'appel a confirmé la décision antérieure d'un tribunal, selon laquelle l'intimé avait été victime d'un acte discriminatoire prohibé par l'art. 5b) de la LCDP—L'intimé, qui est citoyen de l'Iran, a été jugé non admissible, pour des raisons médicales, au droit d'établissement au Canada en vertu de l'art. 19(1a)(ii) de la Loi sur l'immigration—L'invalidité est le seul motif de distinction illicite, et le fait de défavoriser quelqu'un dans la prestation d'un service pour cause d'invalidité est le seul acte discriminatoire en cause—Le tribunal d'appel a tranché l'appel sur lecture du dossier du tribunal—Les deux lois exigent la présentation d'une preuve selon la prépondérance des probabilités—Pour qu'il y ait compétence sous le régime de la LCDP, il faut que la disposition ait été appliquée de façon discriminatoire—La question à trancher sous le régime de la LCDP est de savoir si, dans l'exercice de leurs fonctions, les médecins agréés se sont livrés à un acte discriminatoire qui n'était pas fondé sur un motif justifiable—Rien dans la preuve ne permet de conclure que l'intimé a fait l'objet d'un acte discriminatoire dans l'instruction de la demande—Le tribunal n'avait pas compétence pour tirer la conclusion et accorder la réparation—Le tribunal d'appel a commis une erreur de droit en omettant d'annuler la décision—Demande accueillie—Loi canadienne

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3, 5, 15—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1a)(ii).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ANVARI (A-399-91, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 6-4-93, 9 p.)

Demande de révision et d'annulation d'une décision d'un Tribunal canadien des droits de la personne rendue en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne—L'intimé a été libéré honorablement des Forces armées pour raisons médicales en date du 29 octobre 1984—Il a porté plainte devant le Tribunal en question en disant que les Forces armées avaient agi de façon discriminatoire à son endroit en violation des art. 7a) et 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—Après avoir revu en détail la preuve orale et sur la foi des art. 3, 7 et 10 de la Loi, le tribunal a conclu qu'au moment de sa libération, l'intimé n'était atteint ni d'épilepsie ni de comitialité temporaire partielle et que sa libération constituait un acte illicite et discriminatoire au sens de la Loi—Le Tribunal a commis un déni de justice naturelle en accordant un redressement au plaignant sans avoir au préalable donné aux Forces armées la chance de présenter une preuve et de faire des observations à cet égard—Le Tribunal n'était pas tenu d'accéder à la requête préliminaire des Forces armées pour obtenir de plus amples précisions sur la position de la Commission puisque ces renseignements n'étaient pas nécessaires à l'élaboration par elles d'une défense pleine et entière—Le Tribunal a erré en pensant qu'il pouvait, dans les circonstances de l'espèce, conclure à un acte discriminatoire au sens de la Loi du seul fait que son appréciation de la prépondérance de la preuve lui permettait de croire que l'intimé ne souffrait pas d'épilepsie ou de comitialité temporaire partielle au moment de sa libération—Si les Forces armées avaient raison de penser que l'intimé était possiblement atteint de troubles épileptiques, l'action qu'elles ont prise en considération de cette croyance était, pour des motifs de sécurité évidente, parfaitement justifiée, même nécessaire—L'intimé a été victime non pas de discrimination mais d'une erreur médicale—Les Forces armées n'ont pas été imprudentes dans l'établissement du diagnostic et l'exigence d'absence de troubles épileptiques pour un conducteur de véhicules était justifiée—Demande accueillie—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3, 7, 10, 15, 50.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BEAULIEU (A-687-91, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 25-2-93, 14 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****APPELS**

Demande d'annulation de la décision par laquelle le comité d'appel a accueilli les appels contre les sélections aux fins d'un emploi—Le jury de sélection a posé une question de situation, voulant vérifier les réponses en puisant dans d'autres renseignements disponibles sur les candidats—Il est clairement établi que la vérification n'a pas été faite, mais le comité d'appel a conclu que le jury de sélection l'avait faite et a conclu que la question de situation ne violait pas le principe du mérite—Il a



## FONCTION PUBLIQUE—Fin

accueilli les appels pour d'autres motifs se rapportant uniquement aux connaissances—L'intimé soutient que la Cour peut uniquement examiner la décision ou l'ordonnance définitive du comité d'appel, ou une ordonnance rendue au cours de procédures, si le tribunal a le pouvoir de la rendre et si celle-ci donne lieu à des droits et obligations juridiques, et non les motifs de la décision—Demande accueillie—Examen des arrêts appliquant le principe de l'autorité de la chose jugée aux procédures engagées devant des tribunaux administratifs créés par la loi—La façon dont le comité d'appel a traité la question de situation justifie l'intervention judiciaire, à défaut de quoi le principe de l'autorité de la chose jugée empêcherait les requérants de plaider de nouveau ce point dans les procédures d'appel ultérieures prévues à l'art. 21 même si la décision erronée du comité d'appel pouvait porter atteinte à leurs droits—Il est ordonné au comité d'appel d'accueillir les appels pour le motif additionnel que l'omission de vérifier les renseignements donnés dans les réponses à la question de situation violait le principe du mérite—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10, 21—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28.

O'BRIEN c. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (A-291-91, juge Décarv, J.C.A., jugement en date du 16-4-93, 7 p.)

## GRC

Demande d'annulation de la décision de refuser aux membres du Groupe spécial d'intervention d'urgence de la GRC (GSIU) l'indemnité de disponibilité, fondée sur la conclusion selon laquelle l'officier responsable n'était pas habilité à mettre les membres du GSIU en disponibilité puisqu'il n'était pas «commandant divisionnaire» au sens du Manuel d'administration de la GRC et que les membres n'étaient pas en disponibilité au sens propre du terme—Le GSIU est composé de deux équipes, dont l'une devait se tenir prête à l'action immédiate tout le temps—L'indemnité de disponibilité revendiquée se rapporte à la disponibilité immédiate—Demande accueillie—Un membre est en disponibilité quand il en reçoit l'ordre, comme c'était le cas en l'espèce—Il n'appartient pas au membre de remettre la décision en question, son rôle étant d'obéir aux ordres—Le fait que l'officier n'était pas autorisé à mettre les membres en disponibilité avait pour effet de rendre l'ordre illégal et n'entraînait pas la nullité—La sanction ne consiste pas à refuser l'indemnité à ceux qui ont obéi et qui n'avaient pas le droit de contester les ordres reçus avant de subir des inconvénients leur donnant droit à l'indemnité—La Cour n'a pas compétence pour accorder des intérêts dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire—Il n'existe aucune «raison spéciale» au sens de la Règle 1312 pour accorder des dépens—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28, 52d)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1312.

BROOKE c. CANADA (SOUS-COMMISSIONNAIRE DE LA GRC) (A-840-90, A-841-90, A-842-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 17-3-93, 9 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

## CALCUL DU REVENU

Traitement comptable des commissions sur bénéfices éventuels payées aux courtiers d'assurances—Ces commissions dépendent des bénéfices tirés par la compagnie d'assurance des contrats vendus par le courtier—La demanderesse a déclaré les commissions sur bénéfices éventuels pour l'exercice financier au cours duquel elle a réellement reçu l'argent, soit en 1984—Dans la nouvelle cotisation, le ministre a ajouté les commissions au revenu pour l'exercice financier au cours duquel ces dernières avaient été acquises, soit en 1983—L'usage dans le secteur est de déclarer les commissions sur bénéfices éventuels selon la méthode de caisse—La demanderesse soutient que les courtiers d'assurances ne sont pas en mesure de calculer ces commissions parce que les courtiers et les compagnies n'imputent pas toujours les primes à la même année, parce que les diverses compagnies utilisent des formules différentes, et parce que les réserves relèvent de la décision seule de la compagnie—Les courtiers comptent sur les compagnies pour calculer les commissions sur bénéfices éventuels—Question de savoir si on pouvait faire une estimation raisonnable des commissions sur bénéfices éventuels à la date des états financiers—Appel accueilli—La demanderesse ne pouvait pas faire une estimation raisonnable des commissions sur bénéfices éventuels à la fin de l'exercice financier en l'absence de renseignements obtenus après la date des états financiers—L'exercice financier de la demanderesse n'est pas le même que celui des compagnies d'assurances—Il est déraisonnable de s'attendre à ce que la demanderesse tienne un jeu distinct de livres uniquement pour estimer les commissions sur bénéfices éventuels—Il fallait s'en remettre aux informations concrètes communiquées par les compagnies d'assurances—Il n'est pas raisonnable de fixer l'estimation à zéro—La méthode comptable employée aux fins de l'impôt sur le revenu doit donner l'image la plus fidèle des bénéfices, mais cela n'exige pas qu'on estime simplement le montant des commissions sur bénéfices éventuels à la fin de l'exercice financier ou qu'on continue à tenir les livres au-delà de l'exercice financier, jusqu'à ce que les commissions soient connues—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).

STEVENSON & HUNT INSURANCE BROKERS LTD. c. CANADA (T-461-88, juge Rothstein, jugement en date du 26-2-93, 18 p.)

## Déductions

Appel de la nouvelle cotisation relative à l'année d'imposition 1979—Le ministre a reclassé le montant des frais d'exploration au Canada comme étant le coût d'acquisition de biens amortissables d'une catégorie prescrite—Les frais avaient été engagés pour l'exécution de travaux d'exploration, de forage et de percement de galeries en vue de l'aménagement de la mine souterraine de Cardinal River Coal (CRC)—L'art. 66.1(6)a)(iii) de la Loi de l'impôt sur le revenu définit l'expression «frais d'exploration au Canada» comme étant les dépenses engagées afin de déterminer l'existence, la localisation, l'étendue ou la qualité d'une ressource minière au Canada, à l'exclusion des dépenses qui peuvent raisonnablement être reliées à une mine qui a commencé à produire des quantités commerciales raisonnables ou comme reliées au pro-



## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

longement potentiel ou réel de cette dernière—L'art. 66.1(6)a)(iii.1) étend la définition aux dépenses engagées relativement à une ressource minérale, avant le début de la production tirée de cette ressource en quantités commerciales raisonnables—La demanderesse procédait, par la méthode d'exploitation à ciel ouvert, à l'extraction de la houille située dans le filon de houille Jewel, dans la mine à ciel ouvert de CRC—En 1979, la mine à ciel ouvert de CRC produisait des quantités commerciales raisonnables de ressources minérales—La demanderesse a engagé des dépenses en vue d'aménager une mine souterraine située dans le même gisement que la mine à ciel ouvert de CRC—Elle était au courant de l'existence du gisement plus profond à la suite de forages à grande profondeur effectués depuis la surface avant l'ouverture de la mine à ciel ouvert de CRC, mais elle ne savait pas grand-chose sur la qualité de la houille, les dimensions du filon Jewel, la quantité de houille pouvant être récupérée d'une manière économique par voie souterraine jusqu'après le début de l'exploitation minière à ciel ouvert—Appel accueilli et nouvelle cotisation annulée—Les art. 66.1(6)a)(iii) et (iii.1) donnent une définition distincte de l'expression «frais d'exploration au Canada»—Les deux définitions ne se rapportent pas uniquement à la question de savoir si les dépenses ont été engagées pour une «nouvelle mine» ou pour une «nouvelle ressource»—Elles prévoient des types différents de dépenses, définis par les fins pour lesquelles ces dépenses ont été engagées, à deux stades différents de l'exploration et de l'aménagement de projets miniers—Les dépenses prévues à l'art. 66.1(6)a)(iii) sont engagées en vue de déterminer l'existence, la localisation, l'étendue ou la qualité d'une ressource minière, y compris un gisement de houille, au Canada, à l'exclusion des dépenses reliées à une mine qui a commencé à produire des quantités commerciales raisonnables, ou reliées à un prolongement de cette dernière—Cela englobe les dépenses engagées dans le cadre des travaux préliminaires visant à permettre d'évaluer l'existence d'un gisement de minerai ou d'un gisement de houille justifiant d'un point de vue économique l'aménagement d'une mine permettant de récupérer des minéraux ou de la houille commercialisables—Il n'est pas nécessaire que ces dépenses soient reliées à une «nouvelle mine», en ce sens que cela mènerait à l'aménagement d'une nouvelle mine, car ce projet pourrait en fin de compte s'avérer irréalisable, mais elles ne peuvent être reliées à une mine existante, ou au prolongement d'une mine, qui a déjà commencé à produire des quantités commerciales raisonnables—Les dépenses préliminaires engagées dans le cadre de l'évaluation du filon Jewel pour la mine souterraine ne constituent des frais d'exploration au Canada que si le projet de mine souterraine est distinct de la mine à ciel ouvert et n'en est pas un prolongement—Les dépenses engagées dans le cadre de l'aménagement de la mine souterraine ne constituent des frais d'exploration au Canada que s'il est jugé que la ressource que la mine souterraine est destinée à amener au stade de la production est une ressource que la mine à ciel ouvert n'a pas encore produit en quantités commerciales raisonnables—Mention des arrêts portant sur ce qui constitue une mine pour indiquer les facteurs à prendre en considération en déterminant si des ouvrages miniers particuliers constituent une mine distincte de la mine existante qui a déjà commencé à produire une ressource en quantités commerciales raisonnables—Les dépenses engagées pour la mine souterraine sont reliées à une mine séparée et distincte des autres

## IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

activités de CRC—Les frais d'exploration préliminaire engagés pour la mine souterraine n'étaient pas reliés à une mine, ou au prolongement potentiel ou existant d'une mine, qui avait commencé à produire en quantités commerciales raisonnables—Ces frais constituent des frais d'exploration au Canada au sens de l'art. 66.1(6)a)(iii)—Les dépenses visées à l'art. 66.1(6)a)(iii.1) sont celles qui sont engagées une fois terminés les travaux préliminaires d'exploration et après que la décision de donner suite au projet a été prise—Elles se rapportent à l'aménagement d'un projet d'exploration minière afin d'amener au stade de la production une ressource minérale au Canada et sont engagées avant le début de la production tirée de cette ressource en quantités commerciales raisonnables—Au sein de l'industrie, des frais d'aménagement ne seraient engagés que lorsqu'on a établi une réserve qui, considère-t-on, est susceptible de permettre de tirer de la production un profit satisfaisant, à la suite d'investissements projetés dans un projet déterminé—Les dépenses engagées en vue de l'aménagement de la mine souterraine, après que la décision a été prise de donner suite au projet afin d'amener au stade de la production la section du gisement de houille à extraire par cette mine, ont été engagées avant le début de la production tirée de ce gisement en quantités commerciales raisonnables—Elles constituent des frais d'exploration au Canada au sens de l'art. 66.1(6)a)(iii.1)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 66.1(6)a) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 36; 1979, ch. 5, art. 20).

ORO DEL NORTE, S.A. C. CANADA (T-1947-86, juge MacKay, jugement en date du 2-4-93, 55 p.)

Appel de la cotisation fiscale rejetant certaines dépenses d'entreprise pour les années d'imposition 1984 et 1985—Pendant un certain nombre d'années, l'exploitation de l'entreprise du contribuable n'a généré que des profits marginaux; il n'y avait aucune expectative raisonnable de profit—En vertu de l'art. 18(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, aucune déduction n'est permise sauf dans la mesure où le débours ou la dépense a été fait ou engagé en vue de permettre de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien—Notion de «expectative raisonnable de profit» examinée dans la jurisprudence—La question de savoir si le contribuable a une expectative raisonnable de profit est déterminée objectivement, compte tenu de tous les faits: *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480—La liste des critères n'est pas exhaustive—Le critère de l'expectative raisonnable de profit n'est pas prospectif, mais rétrospectif—Si une entreprise n'est pas exploitée, elle ne peut être qualifiée d'entreprise—Il ne peut y avoir expectative raisonnable de profit lorsqu'une entreprise n'est plus exploitée—La question de «l'usage ou de l'avantage du contribuable» n'est pas élément important lorsqu'il s'agit de déterminer si une perte d'entreprise est déductible—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 18(1), 248(1).

POTULICKI C. CANADA (T-2148-89, juge Joyal, ordonnance en date du 15-4-93, 10 p.)

## PRATIQUE

## FRAIS ET DÉPENS

Action en dommages-intérêts découlant d'une chute que la demanderesse a faite dans l'escalier menant à l'entrée principale de l'immeuble administratif à l'Aéroport international Pearson—Action rejetée pour le motif que la demanderesse n'a pas déplacé le fardeau de la preuve puisqu'elle n'a présenté aucune preuve à l'appui de l'allégation de mauvais état—La préposée aux réclamations à Transports Canada chargée d'enquêter sur les demandes de réparation pour blessures à l'aéroport a interrogé les témoins et examiné les lieux, mais n'a pas rédigé de rapport écrit sur l'état des lieux ou sur les résultats des entrevues—Elle n'a pas interrogé le concierge de l'immeuble, qui aurait pu doser les rapports d'inspection, dont la production aurait pu mettre un terme à l'affaire, et épargner aux parties et à la Cour beaucoup d'argent, de temps et d'efforts—À cause de l'attitude irresponsable de la préposée aux réclamations, la Cour déroge à la pratique voulant que les dépens soient adjugés à la partie qui a gain de cause.

MERCER C. CANADA (T-2199-98, juge Rouleau, jugement en date du 1-4-93, 6 p.)

Appel de l'ordonnance de la Section de première instance (*Canada c. Meyer* (1991), 44 F.T.R. 15) rejetant la demande visant à l'obtention de la radiation de la déclaration du demandeur et au rejet de l'action avec dépens—Appel dénué de fondement—Dépens adjugés à la Couronne sur la base procureur-client puisque l'appel est dénué de tout fondement et a été introduit afin de retarder le règlement du litige et non afin d'obtenir justice.

CANADA C. MEYER (A-1090-91, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 11-2-93, 1 p.)

## REJET DES PROCÉDURES

*Défaut de poursuite*

Demande de rejet pour défaut de poursuite—Le demandeur avait loué des terres de la défenderesse à des fins agricoles—Ces terres étaient apparemment impropres à l'agriculture en raison d'un problème préexistant de mauvaises herbes dont la défenderesse était au courant—Le demandeur demande des dommages-intérêts pour perte de revenus de récolte en 1975, 1976 et 1977, et pour perte de revenus pour le reste de la durée du bail—La déclaration a été déposée devant la Cour fédérale le 13 décembre 1979—La défenderesse a demandé 11 805,75 \$ de loyers dus par le demandeur—Le 8 juin 1992, l'avocat de la défenderesse a adressé à l'avocat du demandeur une lettre indiquant qu'il y avait lieu de demander le rejet pour défaut de poursuite—L'avis de requête en rejet a été déposé le 26 octobre 1992—Le demandeur a soulevé une exception préliminaire que la lettre du 8 juin 1992 n'était pas un avis visé par la Règle 440(2)—La lettre a eu l'effet visé par la Règle: l'avocat du demandeur a immédiatement proposé de discuter de la façon dont l'affaire pouvait être conduite—L'exception préliminaire concernant l'observation de la Règle 440(2) est rejetée—Les principes applicables à une requête en rejet pour défaut de poursuite sont énoncés dans *Allen v. Sir Alfred McAlpine &*

## PRATIQUE—Fin

*Sons Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 229 (C.A.)—Question de savoir si le retard est excessif, s'il est excusable et si la défenderesse subira vraisemblablement un préjudice grave par suite du retard—En l'espèce, le retard est excessif—Le retard a uniquement été expliqué en partie—On n'a pas expliqué pourquoi il a fallu trois ans pour obtenir les services d'un expert—L'avocat de la défenderesse n'a rien fait, de novembre 1984 à décembre 1987, pour insister que le demandeur poursuive l'action, sinon une requête en rejet pour défaut de poursuite serait présentée—Il n'est pas établi que le demandeur s'est désintéressé de l'affaire—Le retard a été en partie expliqué—La partie inexpliquée n'a pas incité la défenderesse à demander le rejet—Le préjudice grave que peut subir le défendeur est une considération importante dans le cas d'une requête en rejet—Il incombe au défendeur d'établir l'existence d'un préjudice grave—Il n'existe pas de preuve directe quant à la non-disponibilité des témoins et quant au fait que les témoins ne seraient pas en mesure de se remémorer les événements après avoir examiné les documents pertinents et discuté de l'affaire avec l'avocat—La défenderesse ne subira pas de préjudice grave par suite du retard—L'affaire doit être tranchée au fond—Demande rejetée à certaines conditions—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 440(2).

DYKER C. CANADA (T-6119-79, juge Rothstein, ordonnance en date du 5-3-93, 21 p.)

## RES JUDICATA

Demande présentée par le ministre des Transports en vue de l'obtention d'une ordonnance annulant l'avis de requête du requérant au motif que la Cour a déjà tranché la question soulevée, et que cette question est donc chose jugée—Le requérant a demandé au ministre des Transports des documents relatifs à Air Ontario en vertu de la Loi sur l'accès à l'information—Air Ontario s'est opposée à ce que les renseignements demandés soient communiqués—Elle cherche à faire réviser la décision prise par le ministre des Transports de communiquer la vérification de juillet 1990—Le requérant demande à la Cour de radier la demande d'Air Ontario et d'ordonner la communication immédiate de la vérification—Demande rejetée—Le Commissaire à l'information a rejeté la plainte que le requérant avait présentée au sujet du fait que le ministre des Transports n'avait pas communiqué la vérification à l'expiration du délai de vingt jours prescrit à l'art. 28(4) de la Loi—Le requérant demande que soit révisée la décision du Commissaire à l'information—Les éléments essentiels à une conclusion de chose jugée, à savoir l'identité des parties, l'identité du sujet et le caractère définitif de la décision antérieure, ont été établis—Le requérant n'a pas interjeté appel de la décision, de sorte que la doctrine de la chose jugée l'empêche de poursuivre l'affaire—Demande accueillie—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 28(4), 41.

WELLS C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (T-2160-92, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 19-4-93, 5 p.)





*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9