



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**2000, Vol. 1, Part 2**

**2000, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [2000] 1 F.C., 227-453**

**Renvoi [2000] 1 C.F., 227-453**

---



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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

---

LEGAL STAFF

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

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Assistant Publications Specialist  
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIault

The *Canada Federal Court Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Court Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, GUY Y. GOULARD, Q.C., B.A., LL.B., LL.D., Commissioner.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2000.

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

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

ARRÊTISTES

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

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

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

Spécialiste des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Spécialiste adjointe des publications  
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIault

Le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale* est publié, et son arrêtiste en chef et le comité consultatif nommés conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*. Le Recueil est préparé pour la publication par le Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, dont le Commissaire est GUY Y. GOULARD, c.r., B.A., LL.B., LL.D.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2000.

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

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

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

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

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

---

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

## CONTENTS

Digests .....	D-13
Appeals Noted .....	I

### **B.C. Native Women's Society v. Canada (T.D.) ... 304**

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Action for declarations Framework Agreement breaches Crown's fiduciary duty, plaintiffs' Charter, ss. 7, 15 rights, injunctive relief — Crown seeking to strike from statement of claim references to Framework Agreement providing for delegation of federal powers so that First Nations may withdraw lands from management provisions of Indian Act — Indian Act, Framework Agreement not making provision for matrimonial property rights for Indian women on reserves — Framework Agreement not treaty to which Constitution Act, 1982, s. 35(4), guaranteeing male/female equality rights, applies — All other Canadian women subject to provincial legislation governing division of matrimonial property — Not plain, obvious, beyond reasonable doubt portion of statement of claim relating to Framework Agreement cannot succeed.

Crown — Fiduciary duties — Delegation — Crown seeking to strike references in statement of claim to Framework

*Continued on next page*

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

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

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

---

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

## SOMMAIRE

Fiches analytiques .....	F-17
Appels notés .....	I

### **B.C. Native Women's Society c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) 304**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Action en jugement déclarant qu'un accord-cadre constitue un manquement, de la part de Sa Majesté, à son obligation de fiduciaire, ainsi qu'une violation des droits garantis aux demandereses par les art. 7 et 15 de la Charte et demande d'injonction — Sa Majesté demande la radiation des passages de la déclaration où il est fait mention d'un accord-cadre qui prévoit une délégation de pouvoirs fédéraux qui permet à une Première nation signataire de soustraire ses terres aux dispositions de la Loi sur les Indiens portant sur la gestion des terres — La Loi sur les Indiens et l'accord-cadre ne renferment aucune disposition au sujet des droits de propriété matrimoniaux des femmes indiennes vivant dans des réserves — L'accord-cadre n'est pas un traité auquel l'art. 35(4) de la Loi constitutionnelle de 1982 s'appliquerait, garantissant ainsi l'égalité entre les hommes et les femmes — Toutes les autres femmes canadiennes sont assujetties aux lois provinciales régissant le partage des biens matrimoniaux — Il n'est ni évident, ni manifeste, ni indubitable que les passages de la déclaration où il est fait mention de l'accord-cadre n'ont pas la moindre chance d'être retenus.

Couronne — Obligations de fiduciaire — Délégation — Sa Majesté demande la radiation des passages de la déclaration

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Agreement providing for delegation of federal powers so that First Nations may withdraw lands from management provisions of Indian Act — Provincial legislation governing division of matrimonial property not applicable to reserve land because conflicting with Indian Act — Indian Act, Framework Agreement not dealing with property rights of Indian women living on reserves on marital breakdown — Arguable Crown having fiduciary duty to Indian women on reserves to give them same property rights on marriage breakdown as enjoyed by other Canadian women — Delegation, subject to limits, necessity — That Crown may not abdicate function one such limit — Arguable delegation of fiduciary duty may be abdication of legislative function by Crown — Not plain, obvious, beyond reasonable doubt portion of claim relating to Framework Agreement cannot possibly succeed.

Native peoples — Lands — Crown seeking to strike references in statement of claim to Framework Agreement, providing for delegation of federal powers so that First Nations may withdraw lands from management provisions of Indian Act — Provincial legislation governing division of matrimonial property not applicable to reserve land because conflicting with Indian Act — Indian Act, Framework Agreement not dealing with property rights of Indian women living on reserves on marital breakdown — Applying test in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, arguable Crown having fiduciary duty to Indian women on reserves to give them same property right on marriage breakdown as enjoyed by other Canadian women — Also arguable delegation of fiduciary duty abdication of legislative function by Crown — Impugned portions of statement of claim not futile.

Administrative law — Judicial review — Declarations — Action for declarations Framework Agreement on First Nations Land Management breaches Crown's fiduciary duty, plaintiff's Charter rights — Crown contending action premature until land codes contemplated by Agreement coming into effect, seeking to strike references to Agreement in statement of claim — Declaratory relief having preventive role; neither injury nor wrong need to have

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

où il est fait mention d'un accord-cadre qui prévoit une délégation de pouvoirs fédéraux qui permet à une Première nation signataire de soustraire ses terres aux dispositions de la Loi sur les Indiens portant sur la gestion des terres — Les lois provinciales qui établissent les règles de partage des biens matrimoniaux ne s'appliquent pas aux terres des réserves, parce que ces lois provinciales entrent en conflit avec la Loi sur les Indiens — La Loi sur les Indiens et l'accord-cadre ne renferment aucune disposition au sujet des droits de propriété matrimoniaux des femmes indiennes vivant dans des réserves en cas de dissolution du mariage — Argument soutenable selon lequel la Couronne est obligée, en tant que fiduciaire, de reconnaître aux femmes indiennes vivant dans des réserves les mêmes droits de propriété que ceux dont jouissent les autres Canadiennes en cas d'échec du mariage — Le pouvoir de délégation, qui est une nécessité, n'est pas illimité — Le fait que la Couronne ne peut pas renoncer à exercer ses fonctions est un exemple des limites que comporte ce pouvoir — La délégation d'une obligation de fiduciaire pourrait constituer une abdication d'un pouvoir législatif par la Couronne — Il n'est ni évident, ni manifeste, ni indubitable que les passages de la déclaration où il est fait mention de l'accord-cadre n'ont pas la moindre chance d'être retenus.

Peuples autochtones — Terres — Sa Majesté demande la radiation des passages de la déclaration où il est fait mention d'un accord-cadre qui prévoit une délégation de pouvoirs fédéraux permettant à une Première nation signataire de soustraire ses terres aux dispositions de la Loi sur les Indiens portant sur la gestion des terres — Les lois provinciales qui régissent le partage des biens matrimoniaux ne s'appliquent pas aux terres des réserves, parce que ces lois provinciales entrent en conflit avec la Loi sur les Indiens — La Loi sur les Indiens et l'accord-cadre ne renferment aucune disposition au sujet des droits de propriété matrimoniaux des femmes indiennes vivant dans des réserves en cas de dissolution du mariage — Si l'on applique les principes dégagés dans l'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, on peut soutenir que la Couronne est obligée, en tant que fiduciaire, de reconnaître aux femmes indiennes vivant dans des réserves les mêmes droits de propriété que ceux dont jouissent les autres Canadiennes en cas d'échec du mariage — On peut également soutenir que la délégation d'une obligation de fiduciaire pourrait constituer une abdication d'un pouvoir législatif par la Couronne — Les passages contestés de la déclaration ne sont pas frivoles.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — Action en jugement déclarant que l'accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières nations constitue un manquement à l'obligation de fiduciaire de Sa Majesté et porte atteinte aux droits que la Charte garantit aux demandresses — Sa Majesté soutient que l'action est prématurée tant que les codes fonciers prévus par l'accord-cadre n'entreront pas en vigueur et elle réclame la radiation

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

actually been committed, threatened; plaintiffs need only show some legal right, interest in jeopardy or placed in grave uncertainty — Requirement for causal link between action, harm flowing therefrom in future — Must show recognizable, as opposed to hypothetical, speculative threat before declaratory relief will issue — Declaratory relief not precluded merely because future right placed at risk — If waiting until land codes contemplated by Agreement in effect, declaratory judgment as preventive measure becoming lesser tool.

Practice — Pleadings — Motion to strike — References in statement of claim to Framework Agreement, providing for delegation of federal powers so that First Nations may withdraw lands from management provisions of Indian Act — On motion to strike for want of reasonable cause of action, facts set out in statement of claim accepted as proven prior to determination whether plain, obvious, beyond reasonable doubt claim cannot possibly succeed — Under balance of grounds for striking out under r. 221, test as stringent, but affidavit evidence also considered — Temptation to strike out pleadings too easily to save expense, preserve Court resources — Stringent requirements necessary to avoid depriving party of day in court, prevent stifling advancement, refinement of law — Not plain, obvious, beyond reasonable doubt impugned portion of claim cannot possibly succeed.

### Canada v. Hollinger Inc. (C.A.) ..... 227

Income tax — Income calculation — Capital losses — Appeal from T.C.C. decision allowing appeal from reassessment disallowing, pursuant to Income Tax Act, s. 55(1), capital losses claimed in 1986 tax return — Respondent incurring substantial capital losses on disposition of worthless shares through series of planned transactions, executed over short time period — Minister arguing loss shares neither capital property nor inventory — *Friesen v. Canada* holding Act recognizing two categories of property: inventory, capital property — Appellant's proposal would create third category not contemplated by Act, unrelated to type of income, sources of revenue envisaged by Act — Would create unwarranted vacuum, uncertainty with respect

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

des passages de la déclaration où il est fait mention de l'accord-cadre — Le jugement déclaratoire joue un rôle préventif; il n'est pas nécessaire qu'un préjudice ou un acte dommageable ait été effectivement commis ou menace de l'être; il suffit pour les demanderesse de faire la preuve d'un intérêt juridique quelconque ou de démontrer que l'un de ses droits est compromis ou est gravement menacé — Il doit exister un lien de causalité entre l'acte reproché et le dommage éventuel en découlant — Pour que le tribunal rende un jugement déclaratoire, il faut qu'on lui démontre qu'un droit est concrètement (et pas seulement hypothétiquement ou spéculativement) compromis — Le fait que le droit qui est compromis soit un droit éventuel n'empêche pas nécessairement d'obtenir un jugement déclaratoire — S'il fallait attendre que les codes fonciers prévus par l'accord-cadre entrent en vigueur, le jugement déclaratoire deviendrait un outil de prévention moins efficace.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Passages de la déclaration faisant mention d'un accord-cadre prévoyant une délégation de pouvoirs fédéraux permettant à une Première nation signataire de soustraire ses terres aux dispositions de la Loi sur les Indiens portant sur la gestion des terres — Saisi d'une requête en radiation pour absence de cause d'action valable, le tribunal doit tenir pour avérés les faits articulés dans la déclaration, et décider ensuite s'il est évident, manifeste et indubitable que l'action n'a aucune chance d'être accueillie — Dans le cas des autres motifs de radiation prévus à la règle 221, le critère est au moins aussi rigoureux, mais le tribunal tient également compte de tout affidavit pertinent — Pour épargner des frais et pour ménager ses ressources, le tribunal peut être tenté de radier trop facilement un acte de procédure — Ces exigences rigoureuses sont nécessaires pour éviter de priver un plaideur de son éventuel droit légitime de faire valoir son point de vue en justice et pour éviter d'entraver l'avancement ou le perfectionnement du droit — Il n'est ni évident, ni manifeste, ni indubitable que les passages de la déclaration où il est fait mention de l'accord-cadre n'ont pas la moindre chance d'être retenus.

### Canada c. Hollinger Inc. (C.A.) ..... 227

Impôt sur le revenu — Calcul de l'impôt — Pertes en capital — Appel d'une décision de la C.C.I. accueillant l'appel interjeté à l'égard d'une nouvelle cotisation refusant, en vertu de l'art. 55(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, des pertes en capital demandées dans la déclaration d'impôt de 1986 — L'intimée a subi d'importantes pertes en capital, par le truchement d'une suite planifiée d'opérations intervenues au cours d'une très brève période, lors de la vente d'actions sans valeur — Le ministre a soutenu que les actions dépréciées ne sont ni des biens en immobilisation ni des stocks — Selon *Friesen c. Canada*, la Loi ne reconnaît que deux catégories de biens: les stocks et les biens en immobilisation — La thèse de l'appelante donnerait nais-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

to characterization of items of property — Shares capital asset, sale of which giving rise to capital gain or loss.

Income tax — Practice — Appeal from T.C.C. decision allowing appeal from reassessment disallowing, pursuant to Income Tax Act, s. 55(1), capital losses claimed in 1986 tax return — Taxpayer incurring substantial capital losses on disposition of worthless shares through series of planned transactions, executed over short time period — Minister arguing loss shares neither capital property nor inventory for first time before T.C.C. — *Continental Bank* holding Crown not permitted to advance new basis for reassessment after limitation period expired — Not applicable as limitation date not in evidence — *Continental Bank* addressing possible unfairness to taxpayer when notification of new basis inadequate, thus depriving taxpayer of opportunity to respond — View supported by recent legislative amendment permitting alternative argument in support of assessment to be advanced at any time after normal reassessment period, subject to Court's discretion to refuse it if resulting in prejudice to taxpayer — Crown entitled to argue new basis advanced.

Judges and Courts — *Stare decisis* — Appeal from T.C.C. decision allowing taxpayer's appeal from reassessment regarding capital loss where worthless shares of U.S. subsidiary acquired, sold over short period in scheme to reduce Canadian tax liability — Though Court disturbed by result, case to be decided according to legality of transaction, not its morality and bound by judicial comity, *stare decisis* to follow F.C.A. decision in *Nova Corp. of Alberta v. R.*, which could not be distinguished from instant case.

### **Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band (C.A.) ..... 325**

Native peoples — Taxation — Notices of assessment issued pursuant to taxation by-laws under Indian Act, s. 83 against Canadian Pacific with respect to rights-of-way traversing reserves in British Columbia invalid — Whether rights-of-way "lands within reserve" over which bands had jurisdiction — Whether by-laws discriminatory as only property

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sance à une troisième catégorie non envisagée par la Loi ni reliée au genre de revenu ou de sources de revenu visées par la Loi — Elle entraînerait un vide injustifié et de l'incertitude quant à la qualification des différents biens — Les actions constituent des immobilisations dont la vente donne lieu à un gain ou à une perte en capital.

Impôt sur le revenu — Pratique — Appel d'une décision de la C.C.I. accueillant l'appel interjeté à l'égard d'une nouvelle cotisation refusant, en vertu de l'art. 55(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, des pertes en capital demandées dans la déclaration d'impôt de 1986 — Le contribuable a subi d'importantes pertes en capital, par le truchement d'une suite planifiée d'opérations intervenues au cours d'une très brève période, lors de la vente d'actions sans valeur — Le ministre a soutenu pour la première fois devant la C.C.I. que les actions dépréciées ne sont ni des biens en immobilisation ni des stocks — Selon l'affaire *Banque Continentale*, la Couronne n'est pas autorisée à invoquer un nouveau motif pour étayer sa nouvelle cotisation après l'expiration du délai de prescription — Non applicable en l'espèce parce que la date d'expiration du délai n'a pas été mise en preuve — L'affaire *Banque Continentale* portait sur l'éventuelle iniquité que subirait le contribuable si l'avis qui lui est donné du nouveau fondement est inadéquat et s'il est privé de l'occasion de répondre — Point de vue étayé par la récente modification législative permettant d'avancer un nouvel argument à l'appui d'une cotisation après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser d'entendre ce nouveau moyen s'il risque de causer un préjudice au contribuable — La Couronne a le droit de faire valoir le nouveau fondement avancé.

Juges et tribunaux — *Stare decisis* — Appel d'une décision de la C.C.I. accueillant l'appel du contribuable interjeté à l'égard d'une nouvelle cotisation ayant trait à la perte en capital occasionnée lorsque des actions sans valeur ont été acquises puis vendues au cours d'une brève période dans le cadre d'un stratagème visant à réduire les impôts à payer au Canada — Bien que préoccupée par l'issue, la Cour doit trancher l'affaire en fonction de la légalité et non de la moralité de l'opération; elle est obligée, tant par la courtoisie entre juges que par la doctrine du *stare decisis*, de suivre l'arrêt de la C.A.F. dans *Nova Corp. of Alberta c. R.* qui ne peut faire l'objet d'une distinction avec la présente affaire.

### **Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui (C.A.) ..... 325**

Peuples autochtones — Taxation — Invalidité des avis d'évaluation délivrés en vertu de règlements administratifs imposant des taxes pris en application de l'art. 83 de la Loi sur les Indiens à l'égard de Canadien Pacifique relativement à des droits de passage traversant des réserves en Colombie-Britannique — Les droits de passage constituent-ils des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

interests of non-Indians situate on reserves taxed.

Railways — Notices of assessment issued pursuant to taxation by-laws under Indian Act, s. 83 against Canadian Pacific (CP) with respect to rights-of-way traversing reserves in British Columbia invalid — Nature of CP's title to lands comprised in rights-of-way traversing various reserves — Interplay between Indian Act, Act respecting Canadian Pacific Railway, Railway Act — Whether Crown had requisite authority to convey fee simple title to CP — Whether CP's rights-of-way traversing reserves "lands within reserve" over which bands had jurisdiction — Whether CP discriminated against as only property interests of non-Indians situate on reserves taxed under by-laws.

Administrative law — Judicial review — Taxation — Whether taxation by-laws adopted by Indian bands exempting Indians' interests in land from taxation discriminatory — Whether band councils exempt from application of principles of administrative law governing subordinate statutory bodies.

### **Faghihi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) ..... 249**

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Judicial review of Refugee Division's refusal to reopen hearing — Two-member panel of Refugee Division dismissing Convention refugee claim — One of those members subsequently dismissing application to reopen claim — Immigration Act, s. 69.1(7), prescribing two-member quorum, applying only to hearings "under this section", i.e. hearing into refugee claim, abandonment thereof — In absence of statutory provision dealing with quorum, tribunal having implicit discretion over process by which discharges statutory responsibilities, subject to limitations expressly, impliedly imposed by enabling Act, other statutes, delegated legislation, including statutory rules of procedure, principles of administrative law, Constitution — Immigration Act neither expressly, nor impliedly requiring two members to hear application to reopen — Interpretation Act, s. 22(2), providing quorum comprise at least half members, not applicable as Immigration Act not prescribing number of members who may be appointed to Refugee Division — S. 22(2) applies only to bodies in respect of which Parliament fixing number of members to be appointed — Nothing in

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

terres «situées dans la réserve» à l'égard desquelles les bandes ont compétence? — Les règlements administratifs sont-ils discriminatoires du fait que seuls les droits des non-Indiens sur des immeubles situés dans la réserve sont assujettis à la taxation?

Chemins de fer — Invalidité des avis d'évaluation délivrés en vertu de règlements administratifs imposant des taxes pris en application de l'art. 83 de la Loi sur les Indiens à l'égard de Canadien Pacifique (CP) relativement à des droits de passage traversant des réserves en Colombie-Britannique — Nature du titre de CP sur les terres qui forment ses droits de passage traversant différentes réserves — Interaction entre la Loi sur les Indiens, l'Acte concernant le chemin de fer Canadien du Pacifique et la Loi sur les chemins de fer — La Couronne avait-elle le pouvoir de transférer le titre en fief simple à CP? — Les droits de passage de CP traversant les réserves constituent-ils des terres «situées dans la réserve» à l'égard desquelles les bandes avaient compétence? — Est-ce que CP subit de la discrimination du fait que seuls les droits des non-Indiens sur des immeubles situés dans la réserve sont assujettis à la taxation par les règlements administratifs?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Taxation — Les règlements imposant des taxes pris par les bandes indiennes, qui exemptent de la taxation les droits des Indiens sur des terres, sont-ils discriminatoires? — Les conseils de bande indienne peuvent-ils se soustraire à l'application des principes de droit administratif régissant les organismes d'origine législative subordonnés?

### **Faghihi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 249**

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire du refus de la section du statut de réfugié de rouvrir l'audience — Un tribunal de la section du statut de réfugié constitué de deux membres a rejeté une demande de statut de réfugié au sens de la Convention — L'un de ces deux membres a par la suite rejeté la requête de rouvrir l'audience — L'art. 69.1(7) de la Loi sur l'immigration, qui prévoit qu'il faut deux membres pour constituer un quorum, ne s'applique qu'à une audience «tenue dans le cadre du présent article», soit une audience relative à une revendication du statut de réfugié ou à un désistement d'une revendication — À défaut d'un texte de loi traitant du quorum, le tribunal a un pouvoir discrétionnaire implicite à l'égard du processus par lequel il s'acquitte des responsabilités que lui confère la loi, sous réserve de toute limite expresse ou implicite dans sa loi habilitante, dans toute autre loi ou dans la législation déléguée, y compris les règles de procédure, dans les principes de droit administratif et dans la Constitution — La Loi sur l'immigration n'exige ni expressément, ni implicitement que deux membres siègent pour juger une demande de réouverture — L'art. 22(2) de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

CRDD Rules requiring motions to reopen be heard by two-member panels — Implicit discretion over own process not displaced by presumption against sub-delegation of exercise of statutory powers affecting rights of individuals — Question certified: is Refugee Division properly constituted by single member when determining motion to reopen decision dismissing refugee claim on ground of procedural unfairness?

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Presumption against sub-delegation of exercise of statutory powers affecting rights of individuals — Application to reopen refugee hearing heard by one member only — Presumption excluded where nature of statutory scheme so indicating — Statutory scheme revealing Parliament's intention to avoid protraction of refugee determination process — Refugee Division's discretion over own process not displaced by presumption — To require motions be heard by two members unjustifiably diverting resources from CRDD's job: determining refugee claims.

### **Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) ..... 286**

Citizenship and Immigration — Judicial review — Federal Court jurisdiction — Application to set aside dismissal of application for leave, judicial review — Due to misunderstanding of Federal Court Rules, applicant's counsel not perfecting, within legal delays, application for leave to apply for judicial review — Notwithstanding Court's inherent jurisdiction to deal with matter involving law of immigration because of Federal Court's exclusive jurisdiction in immigration matters, only F.C.A. having jurisdiction to review final decision of F.C.T.D. — Applicant's lack of English skills not basis for reopening matter already dismissed by final order — Questions certified: given that Federal Court Act, s. 18 grants F.C.T.D. exclusive jurisdiction to review decisions of immigration tribunals, whether F.C.T.D. having inherent jurisdiction to (1) vindicate legal right independent of statutory grants contained in Federal Court Act, Federal Court Rules, 1998, Immigration Act; (2) set aside order dismissing application for leave, judicial review, independent of rr. 397, 398.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

la Loi d'interprétation, qui fixe le quorum à la moitié de l'effectif, ne s'applique pas car la Loi sur l'immigration ne précise pas le nombre de membres qui peuvent être nommés à la section du statut de réfugié — L'art. 22(2) ne s'applique qu'aux organismes où le nombre de membres à nommer est fixé par le législateur — Rien dans les Règles de la SSR n'exige que les requêtes de réouverture soient entendues par des tribunaux de deux membres — Le pouvoir discrétionnaire implicite à l'égard de leur processus n'est pas affecté par la présomption interdisant la sous-délégation de l'exercice des pouvoirs conférés par un texte de loi qui touchent aux droits des personnes — Question certifiée: la section du statut de réfugié est-elle dûment constituée par un seul membre pour trancher une requête de réouverture d'une décision rejetant une revendication du statut de réfugié, au motif d'une infraction à l'équité procédurale?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Présomption qu'on ne peut sous-déléguer l'exercice des pouvoirs conférés par un texte de loi qui touchent aux droits des personnes — Demande de réouverture de l'audience de revendication du statut de réfugié tranchée par un seul membre — La présomption est écartée lorsque l'économie de la loi indique qu'elle n'est pas appropriée—L'économie de la loi fait ressortir l'intention du législateur d'éviter qu'on allonge plus qu'il ne faut le processus de détermination du statut de réfugié — Le pouvoir discrétionnaire de la section du statut de réfugié n'est pas affecté par la présomption — Le fait d'exiger que deux membres siègent sur chacune des requêtes détournerait sans raison des ressources de la réalisation de l'objectif de la SSR: trancher les revendications du statut de réfugié.

### **Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 286**

Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Compétence de la Cour fédérale — Demande visant à faire annuler le rejet de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire — Par suite d'une mauvaise connaissance des Règles de la Cour fédérale, l'avocat du demandeur n'avait pas mis en état la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire dans le délai imparti — Même si la Cour a la compétence inhérente voulue pour examiner une question dans le domaine du droit de l'immigration en raison de la compétence exclusive que possède la Cour fédérale en matière d'immigration, seule la C.A.F. a compétence pour examiner un jugement définitif de la Section de première instance de la Cour fédérale — Le fait que le demandeur ne connaît pas l'anglais ne constitue pas un fondement justifiant la réouverture d'une affaire qui a déjà été rejetée par une ordonnance définitive — Questions certifiées: étant donné que l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Section de première instance de la Cour fédérale une compétence exclusive quant à l'examen des décisions des tribunaux de l'immigration, il s'agit de savoir si la Section

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — Federal Court Rules, 1998, r. 399(2)(a) permitting Court, on motion, to set aside, vary order by reason of matter arising, discovered subsequent to making of order — Applicant's previous counsel not perfecting application record on time due to ignorance of Rules — Only apparent after application for leave dismissed — R. 399(2) not applicable to vary, set aside final judgment of Court because party retained services of lawyer not properly versed in rules of Court — Question certified: whether Court can set aside order pursuant to r. 399(2) granted solely due to counsel's failure to understand, comply with procedural requirements.

Practice — "Gap" rule — Federal Court Rules, 1998, r. 4 permitting Court to provide for any procedural matter not provided for in Rules — Only applies in respect of procedural matters — Failure to file application record not merely procedural technicality, cannot be disposed of in manner provided for under r. 4.

### **Montana Band v. Canada (T.D.) ..... 267**

Practice — Discovery — Examination for discovery — Motion to strike out written interrogatories filed by plaintiff bands — Objections raised by Crown based on numerous grounds — Purpose of examination for discovery to render trial process fairer, more efficient — Deponent to historical facts not being asked to interpret documents, give opinion — Examination for discovery designed to deal with matters of fact, not "pure" questions of law — Proper on discovery to ask party as to facts underlying conclusion of law — Deponent speaking not for himself but for party — Interrogatories not asking questions of pure law, not to be struck out — Questions not unreasonable, irrelevant, overly broad, ambiguous — Crown's objections mostly without foundation.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de première instance de la Cour fédérale a une compétence inhérente 1) pour statuer sur un droit indépendamment de la compétence attribuée par la Loi sur la Cour fédérale, par les Règles de la Cour fédérale (1998) et par la Loi sur l'immigration; 2) pour annuler une ordonnance rejetant une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, indépendamment des règles 397 et 398.

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — La règle 399(2)a des Règles de la Cour fédérale (1998) autorise la Cour, sur requête, à annuler ou modifier une ordonnance lorsque des faits nouveaux sont survenus ou ont été découverts après que l'ordonnance a été rendue — Par suite d'une mauvaise connaissance des Règles, l'avocat qui représentait alors le demandeur n'avait pas mis en état la demande d'autorisation dans le délai imparti — La chose n'est devenue évidente qu'après le rejet de la demande d'autorisation — La règle 399(2) n'a pas été conçue de façon à permettre la modification ou l'annulation d'un jugement définitif de la Cour parce que l'une des parties a retenu les services d'un avocat qui ne connaissait pas bien les règles de pratique — Question certifiée: question de savoir si la Cour peut annuler, conformément à la règle 399(2), une ordonnance qui a été rendue uniquement parce que l'avocat n'a pas compris et observé les exigences procédurales.

Pratique — Règle des «lacunes» — La règle 4 des Règles de la Cour fédérale (1998) autorise la Cour à déterminer la procédure applicable en cas de silence des Règles — Cette règle s'applique uniquement à l'égard de la procédure — L'omission de déposer le dossier de la demande n'est pas simplement une formalité et elle ne peut donc pas être réglée de la façon prévue par la règle 4.

### **Bande de Montana c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) ..... 267**

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Requête en vue de faire radier les interrogatoires écrits déposés par les bandes demanderesse — Les objections soulevées par la Couronne se fondaient sur plusieurs motifs — L'interrogatoire préalable a pour objet de favoriser l'équité et l'efficacité de l'instruction — La personne interrogée sur des faits historiques n'a pas à interpréter des documents ou à donner une opinion — L'interrogatoire préalable ne peut porter que sur des questions de fait, et non pas sur des questions de droit «pur» — Il est approprié à l'étape de l'interrogatoire préalable de demander à une partie quels sont les faits qui sous-tendent une conclusion de droit — Le déposant ne parle pas pour lui-même mais pour la partie qu'il représente — Les interrogatoires n'ont pas porté sur des questions de droit pur et ne doivent pas être radiés — Les questions n'étaient pas déraisonnables, non pertinentes, trop larges ou ambiguës — Les objections de la Couronne étaient pour la plupart sans fondement.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice — Costs — Case concerning validity of surrender of Indian reserve lands — Parties agreeing Band to conduct discoveries of Crown by written interrogatories — Crown failing to facilitate same, moving to strike virtually all interrogatories on numerous grounds found, for most part, invalid and verging on frivolous — Motion, which occupied two days of Court time, ought not to have been brought — Had Crown not enjoyed minor success on motion, would have been ordered to pay costs on solicitor and client basis — Costs against Crown in any event of cause.

### **Schreiber v. Canada (Attorney General) (T.D.) ... 427**

Administrative law — Judicial review — Declarations — Application for declaration coercive search and seizure of documents in Canada requiring prior judicial authorization by grant of search warrant — Attorney General not disputing legal proposition — No justiciable issue between parties — No legal issue to be resolved by declaration — Not Court's practice to issue declaration about state of law for use in another forum i.e. Swiss courts.

Administrative law — Judicial review — *Mandamus* — Application for *mandamus* ordering withdrawal of letter of request from Minister of Justice to Swiss authorities seeking assistance with RCMP investigation into fraud on government — Application not out of time as proceedings could not be commenced until refusal to withdraw — *Mandamus* not granted unless public legal duty owed to applicant — Applicant argued Attorney General having duty to withdraw request when facts alleged in request without foundation — Relying on apology for language in request wrongly indicating RCMP concluding criminal activities had occurred — Basis for duty to withdraw request not established — Not acknowledged allegations of fact in letter of request without foundation — Criminal investigation ongoing — To extent duty on respondent arising by implication from Swiss law, duty owed to Swiss authorities, not to applicant — Court not convinced, absent evidence of abuse by Attorney General, duty to applicant outweighed duty to public re: administration of justice.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Pratique — Frais et dépens — Cas concernant la validité de la cession de réserves indiennes — Les parties se sont entendues pour que la Bande procède par écrit à l'interrogatoire préalable des représentants de la Couronne — La Couronne n'a rien fait pour faciliter ces interrogatoires, voulant faire radier la presque totalité des interrogatoires en s'appuyant sur plusieurs motifs qui ont été jugés, pour la plupart, invalides et frôlant la futilité — La requête, qui a duré deux jours, n'aurait pas dû être présentée — Si la Couronne n'avait pas obtenu gain de cause sur quelques points mineurs soulevés dans la requête, elle aurait été condamnée à payer les dépens sur la base avocat-client — Les frais sont adjugés contre la Couronne en tout état de cause.

### **Schreiber c. Canada (Procureur général) (1<sup>re</sup> inst.) 427**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — Demande de jugement déclaratoire selon lequel les mesures coercitives de perquisition et de saisie des documents au Canada exigent une autorisation judiciaire préalable sous forme de mandat de perquisition — Le procureur général ne conteste pas cette proposition juridique — Aucune question à trancher entre les parties — Aucune question juridique à résoudre par voie de jugement déclaratoire — Il n'est pas d'usage à la Cour de rendre un jugement déclaratoire au sujet de l'état du droit pour que celui-ci soit utilisé devant un autre tribunal, i.e. les tribunaux suisses.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Mandamus* — Demande de *mandamus* ordonnant le retrait de la demande d'assistance que le ministre de la Justice a envoyée aux autorités suisses pour obtenir leur aide relativement à une enquête de la GRC sur des fraudes envers le gouvernement — La demande n'est pas hors délai parce que la procédure ne pouvait être intentée qu'après le refus de retrait — Le *mandamus* n'est pas accordé à moins qu'il n'existe une obligation légale à caractère public envers le demandeur — Le demandeur prétend que le procureur général a l'obligation de retirer la demande d'assistance quand les faits qui y sont allégués ne sont pas fondés — Il s'appuie sur les excuses présentées pour les termes qui ont été utilisés dans la demande d'assistance et qui indiquent à tort que la GRC avait conclu à des activités criminelles — Le fondement de l'obligation de retirer la demande d'assistance n'est pas établi — Il n'est pas reconnu que les allégations de fait dans la demande d'assistance sont sans fondement — L'enquête criminelle continue — Dans la mesure où le défendeur a une obligation qui découle directement ou implicitement du droit suisse, cette obligation est due aux autorités suisses et non au demandeur — La Cour n'est pas convaincue, en l'absence d'une preuve d'abus de la part du procureur général, que l'obligation qui est due au demandeur l'emporte sur l'obligation qui est due au public en ce qui concerne l'administration de la justice.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Crown — Prerogatives — Application for *mandamus* ordering withdrawal of letter of request from Minister of Justice to Swiss authorities seeking assistance with RCMP investigation into fraud on government — Statutes, prerogatives sources of authority for Crown — Prerogative residue of powers inherent in Crown, recognized as essential even in absence of statutory provision enacted by Parliament — Issuance of request for assistance to foreign state for assistance lawful by virtue of prerogative in respect of administration of justice, including investigation of alleged criminal activities, initiation of means of fostering international co-operation for this purpose — In issuing request, Attorney General not acting simply as any other person, but as chief law officer, adviser of Crown federal.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Whether refusal to withdraw letter of request from Minister of Justice to Swiss authorities seeking assistance with RCMP investigation into fraud on government decision of federal board, commission or other tribunal — Decision made pursuant to Crown prerogative within respondent's authority as chief law officer of Crown federal — Subject to judicial review.

Practice — *Res judicata* — Prior to within applications for *mandamus*, declaration, earlier F.C.T.D. proceeding (subsequently reversed by S.C.C.) determining letter of request from Minister of Justice to Swiss authorities seeking assistance with RCMP investigation into fraud on government constituted breach of Charter, s. 8 right to protection against unlawful search and seizure — Attorney General submitting applicant precluded by application of *res judicata* from now questioning authority to issue request — *Res judicata* not applicable as earlier proceeding based on agreed facts to determine agreed question of law — Scope thereof not providing for argument about basis of authority to issue request.

## SOMMAIRE (Fin)

Couronne — Prérogatives — Demande de *mandamus* ordonnant le retrait de la demande d'assistance que le ministre de la Justice a envoyée aux autorités suisses pour obtenir leur aide relativement à une enquête de la GRC sur des fraudes envers le gouvernement — Les lois et la prérogative sont les sources du pouvoir de la Couronne — La prérogative est le résidu des pouvoirs inhérents de la Couronne qui sont reconnus comme essentiels même en l'absence de dispositions législatives adoptées par le Parlement — L'envoi d'une demande d'assistance à un État étranger est légal du fait de la prérogative concernant l'administration de la justice, notamment la tenue d'une enquête sur des activités criminelles alléguées, et la prise de mesures pour favoriser la coopération internationale à cette fin — En envoyant la demande d'assistance, le procureur général n'agit pas simplement comme une autre personne; il agit plutôt en qualité de premier conseiller juridique de la Couronne fédérale.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Le refus de retirer la demande d'assistance que le ministre de la Justice a envoyée aux autorités suisses pour obtenir leur aide relativement à une enquête de la GRC sur des fraudes envers le gouvernement est-elle une décision d'un office fédéral? — La décision a été prise aux termes de la prérogative royale qui est confiée au défendeur à titre de premier conseiller juridique de la Couronne fédérale — Elle peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

Pratique — *Res judicata* — Dans un litige antérieur aux présentes demandes *mandamus* et de jugement déclaratoire, la Section de première instance de la Cour fédérale a conclu que la demande d'assistance que le ministre de la Justice a envoyée aux autorités suisses pour obtenir leur aide relativement à une enquête de la GRC sur des fraudes envers le gouvernement constituait une atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, prévu à l'art. 8 de la Charte (cette décision a, par la suite, été infirmée par la C.S.C.) — Le procureur général prétend que, du fait de l'application du principe de la chose jugée, le demandeur ne peut plus maintenant contester le pouvoir d'envoyer la demande d'assistance — Le principe de la chose jugée ne s'applique pas parce que la procédure antérieure était fondée sur un exposé conjoint des faits afin que soit tranchée une question de droit dont les parties avaient convenu — La portée de cette procédure ne prévoyait pas d'argumentation au sujet du fondement du pouvoir de présenter une demande d'assistance.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Milliken & Co. v. Interface Flooring Systems (Canada) Inc.*, [1998] 3 F.C. 103 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-120-98), reasons for judgment handed down 26/1/00.

*Singh v. Canada (Attorney General)*, [1999] 4 F.C. 583 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-426-99). The reasons for judgment handed down 14/1/00, will be published in the *Federal Court Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Cadillac Fairview Corp. Ltd. v. Canada*, [1999] 2 F.C. D-45 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 25/1/00.

*Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1999] 3 F.C. D-48 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 17/2/00.

*Union of Nova Scotia Indians v. Maritimes and Northeast Pipeline Management Ltd.*, [1999] 2 F.C. D-57 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 17/2/00.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Milliken & Co. c. Interface Flooring Systems (Canada) Inc.*, [1998] 3 C.F. 103 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-120-98). Les motifs du jugement ont été prononcés le 26-1-00.

La décision *Singh c. Canada (Procureur général)*, [1999] 4 C.F. 583 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-426-99). Les motifs du jugement, prononcés le 14-1-00, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

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

*Cadillac Fairview Corp. Ltd. c. Canada*, [1999] 2 C.F. F-61 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 25-1-00.

*Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] 3 C.F. F-49 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-2-00.

*Union of Nova Scotia Indians c. Maritimes and Northeast Pipeline Management Ltd.*, [1999] 2 C.F. F-84 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-2-00.



**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**2000, Vol. 1, Part 2**

**2000, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**



A-564-98

A-564-98

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

v.

c.

**Hollinger Inc.** (*Respondent*)**Hollinger Inc.** (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA v. HOLLINGER INC. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. HOLLINGER INC. (C.A.)

Court of Appeal, Isaac C.J., Létourneau and Rothstein J.J.A.—St. John's, July 6; Ottawa, July 22, 1999.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Létourneau et Rothstein, J.C.A.—St. John's, 6 juillet; Ottawa, 22 juillet 1999.

*Income tax — Income calculation — Capital losses — Appeal from T.C.C. decision allowing appeal from reassessment disallowing, pursuant to Income Tax Act, s. 55(1), capital losses claimed in 1986 tax return — Respondent incurring substantial capital losses on disposition of worthless shares through series of planned transactions, executed over short time period — Minister arguing loss shares neither capital property nor inventory — Friesen v. Canada holding Act recognizing two categories of property: inventory, capital property — Appellant's proposal would create third category not contemplated by Act, unrelated to type of income, sources of revenue envisaged by Act — Would create unwarranted vacuum, uncertainty with respect to characterization of items of property — Shares capital asset, sale of which giving rise to capital gain or loss.*

*Impôt sur le revenu — Calcul de l'impôt — Pertes en capital — Appel d'une décision de la C.C.I. accueillant l'appel interjeté à l'égard d'une nouvelle cotisation refusant, en vertu de l'art. 55(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, des pertes en capital demandées dans la déclaration d'impôt de 1986 — L'intimée a subi d'importantes pertes en capital, par le truchement d'une suite planifiée d'opérations intervenues au cours d'une très brève période, lors de la vente d'actions sans valeur — Le ministre a soutenu que les actions dépréciées ne sont ni des biens en immobilisation ni des stocks — Selon Friesen c. Canada, la Loi ne reconnaît que deux catégories de biens: les stocks et les biens en immobilisation — La thèse de l'appelante donnerait naissance à une troisième catégorie non envisagée par la Loi ni reliée au genre de revenu ou de sources de revenu visées par la Loi — Elle entraînerait un vide injustifié et de l'incertitude quant à la qualification des différents biens — Les actions constituent des immobilisations dont la vente donne lieu à un gain ou à une perte en capital.*

*Income tax — Practice — Appeal from T.C.C. decision allowing appeal from reassessment disallowing, pursuant to Income Tax Act, s. 55(1), capital losses claimed in 1986 tax return — Taxpayer incurring substantial capital losses on disposition of worthless shares through series of planned transactions, executed over short time period — Minister arguing loss shares neither capital property nor inventory for first time before T.C.C. — Continental Bank holding Crown not permitted to advance new basis for reassessment after limitation period expired — Not applicable as limitation date not in evidence — Continental Bank addressing possible unfairness to taxpayer when notification of new basis inadequate, thus depriving taxpayer of opportunity to respond — View supported by recent legislative amendment permitting alternative argument in support of assessment to be advanced at any time after normal reassessment period, subject to Court's discretion to refuse it if resulting in prejudice to taxpayer — Crown entitled to argue new basis advanced.*

*Impôt sur le revenu — Pratique — Appel d'une décision de la C.C.I. accueillant l'appel interjeté à l'égard d'une nouvelle cotisation refusant, en vertu de l'art. 55(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, des pertes en capital demandées dans la déclaration d'impôt de 1986 — Le contribuable a subi d'importantes pertes en capital, par le truchement d'une suite planifiée d'opérations intervenues au cours d'une très brève période, lors de la vente d'actions sans valeur — Le ministre a soutenu pour la première fois devant la C.C.I. que les actions dépréciées ne sont ni des biens en immobilisation ni des stocks — Selon l'affaire Banque Continentale, la Couronne n'est pas autorisée à invoquer un nouveau motif pour étayer sa nouvelle cotisation après l'expiration du délai de prescription — Non applicable en l'espèce parce que la date d'expiration du délai n'a pas été mise en preuve — L'affaire Banque Continentale portait sur l'éventuelle iniquité que subirait le contribuable si l'avis qui lui est donné du nouveau fondement est inadéquat et s'il est privé de l'occasion de répondre — Point de vue étayé par la récente modification législative permettant d'avancer un nouvel argument à l'appui d'une cotisation après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation, sous*

*Judges and Courts — Stare decisis — Appeal from T.C.C. decision allowing taxpayer's appeal from reassessment regarding capital loss where worthless shares of U.S. subsidiary acquired, sold over short period in scheme to reduce Canadian tax liability — Though Court disturbed by result, case to be decided according to legality of transaction, not its morality and bound by judicial comity, stare decisis to follow F.C.A. decision in Nova Corp. of Alberta v. R., which could not be distinguished from instant case.*

This was an appeal from a Tax Court decision allowing an appeal from a reassessment disallowing the capital losses claimed by the respondent in its 1986 tax return based on *Income Tax Act*, subsection 55(1). The respondent acquired worthless shares of a U.S.-based subsidiary of a Canadian company through a series of planned transactions, executed over a short time period. By reason of the adjusted cost base of the acquired shares, and the negligible amount for which it disposed of the shares, the respondent realized a substantial capital loss which offset substantial capital gains of its own. Subsection 55(1) then provided that where the result of any transaction is that a taxpayer has disposed of property under circumstances such that he may reasonably be considered to have artificially or unduly created a loss or increased the amount of his loss from the disposition, the loss shall be computed as if such reduction had not occurred. On appeal to the Tax Court of Canada, the Minister raised the argument for the first time that the loss shares were neither capital nor inventory. Although no sham was involved, the scheme had no business purpose and was set up only to gain a tax advantage.

The issues were: (1) whether, in view of *Continental Bank of Canada v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 358, wherein it was held that the Crown was not permitted to advance a new basis for reassessment after the limitation period had expired, the appellant was entitled to raise for the first time before the Tax Court an argument which, in effect, after the limitation period for reassessing had expired, completely changed the basis of its earlier reassessment of the taxpayer; (2) whether *Nova Corp. of Alberta v. R.*, [1997] 3 C.T.C. 291 (F.C.A.) was distinguishable; and, (3) whether the loss shares were capital property.

*réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser d'entendre ce nouveau moyen s'il risque de causer un préjudice au contribuable — La Couronne a le droit de faire valoir le nouveau fondement avancé.*

*Juges et tribunaux — Stare decisis — Appel d'une décision de la C.C.I. accueillant l'appel du contribuable interjeté à l'égard d'une nouvelle cotisation ayant trait à la perte en capital occasionnée lorsque des actions sans valeur ont été acquises puis vendues au cours d'une brève période dans le cadre d'un stratagème visant à réduire les impôts à payer au Canada — Bien que préoccupée par l'issue, la Cour doit trancher l'affaire en fonction de la légalité et non de la moralité de l'opération; elle est obligée, tant par la courtoisie entre juges que par la doctrine du stare decisis, de suivre l'arrêt de la C.A.F. dans Nova Corp. of Alberta c. R. qui ne peut faire l'objet d'une distinction avec la présente affaire.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la C.C.I. accueillant l'appel formé à l'égard d'une nouvelle cotisation refusant, en vertu du paragraphe 55(1), les pertes en capital demandées par l'intimée dans sa déclaration de revenu de 1986. L'intimée a acquis des actions sans valeur d'une filiale établie aux États-Unis d'une société canadienne par le truchement d'une suite planifiée d'opérations intervenues au cours d'une brève période. En raison du prix de base rajusté des actions acquises et de la somme négligeable pour laquelle elle a vendu ces actions, l'intimée a subi une perte en capital considérable qui lui a permis de réduire ses propres gains en capital dont le montant était fort élevé. Selon le paragraphe 55(1) alors en vigueur, lorsque les circonstances dans lesquelles une opération a été effectuée permettent de croire raisonnablement que le contribuable a disposé d'un bien de façon à artificiellement ou indûment occasionner une perte ou augmenter le montant de sa perte résultant de la disposition, la perte est alors calculée comme si cette réduction ne s'était pas produite. En appel à la Cour canadienne de l'impôt, le ministre a pour la première fois soulevé l'argument suivant lequel les actions dépréciées ne constituaient ni un bien en immobilisation ni des stocks. Bien qu'aucune opération fictive n'ait eu lieu, le stratagème n'avait pas d'objet commercial et avait été mis sur pied uniquement en vue d'obtenir un avantage fiscal.

Voici les questions en litige: 1) si, à la lumière de l'arrêt *Banque Continentale du Canada c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 358, dans lequel on a conclu que la Couronne n'est pas autorisée à invoquer un nouveau motif pour étayer sa nouvelle cotisation après l'expiration du délai de prescription, l'appelante pouvait faire valoir pour la première fois devant la Cour de l'impôt un argument ayant pour effet, après l'expiration du délai applicable en matière de nouvelle cotisation, de changer du tout au tout le fondement de la nouvelle cotisation dont le contribuable a déjà fait l'objet; 2) si les faits de l'arrêt *Nova Corp. of Alberta c. R.*, [1997] 3 C.T.C. 291 (C.A.F.), peuvent être distingués de ceux en l'espèce; et 3) si les actions dépréciées constituaient un bien en immobilisation.

*Held*, the appeal should be dismissed.

*Per* Létourneau J.A. (Rothstein J.A. concurring): (1) It was impossible to determine whether the four-year limitation period for reassessing had expired when the new basis for reassessment was first raised because the record did not reveal when the original assessment was made. Because the limitation date was not in evidence, the *Continental Bank* principle could not be applied.

Bastarache J. stated in *Continental Bank* that “The Crown is not permitted to advance a new basis for reassessment after the limitation period has expired”. This did not impose a formal procedure or a procedural restriction when a new basis for reassessment is being advanced. The statement refers to the Crown, not the Minister. It speaks of “advanc[ing] a new basis for reassessment”, thereby referring to the Crown’s actual practice of advancing a new argument in its pleadings in support of the assessment. Bastarache J. was concerned with the possible unfairness to the taxpayer when notification of the new basis, whatever form it may take, is either inadequate or given too late thus depriving the taxpayer of a proper opportunity to respond. This view was supported by the recent amendment to section 152 to overrule *Continental Bank*, which permits an alternative argument in support of an assessment to be advanced at any time after the normal reassessment period, subject to the Court’s discretion to refuse it if the late change would prejudice the taxpayer. That amendment did not apply herein because it was not in force when the matter was argued before the Tax Court. But it was indicative of the philosophy that ought to prevail. It would introduce an unnecessary measure of formalism, unwarranted by *Continental Bank* and the subsequent amendment to section 152 to require that proper notification to the taxpayer of an alternative argument in support of an assessment can only be achieved by the ministerial issuance of a new reassessment. The Minister may not change the amount of an assessment in pleadings, but may make arguments in support of an assessment in pleadings, even if not included in a notice of assessment. The Crown was entitled to argue, as it did before the Tax Court, the new basis advanced in its reply.

(2) The transactions executed to transfer the loss to the taxpayer in *Nova Corp.* were similar to those herein. *Nova Corp.* concluded that the claimed loss on disposition had occurred purely by operation of the Act, and that the taxpayer had done nothing which influenced the proceeds of disposition in the transactions or increased the adjusted cost

*Arrêt*: l’appel est rejeté.

Le juge Létourneau, J.C.A. (le juge Rothstein, J.C.A., souscrivant à ces motifs): 1) Il était impossible de déterminer si le délai de quatre ans fixé en matière de nouvelle cotisation avait expiré lorsque le nouveau fondement de la nouvelle cotisation a d’abord été soulevé parce que le dossier ne révélait pas quand la cotisation initiale a été établie. Comme le délai de prescription n’a pas été mis en preuve, le principe énoncé dans l’affaire *Banque Continentale* ne pouvait s’appliquer.

Le juge Bastarache a affirmé dans l’arrêt *Banque Continentale* que «[l]a Couronne n’est pas autorisée à invoquer un nouveau fondement pour justifier une nouvelle cotisation après l’expiration du délai prévu à cette fin». Cet énoncé n’a pas pour effet d’imposer une procédure formelle à suivre ou une limite procédurale lorsqu’on fait valoir un nouveau fondement. Ce passage fait mention de la Couronne, non du ministre. On y parle d’«invoquer un nouveau fondement», ce qui renvoie à la pratique actuelle de la Couronne qui consiste à invoquer, dans ses actes de procédure, un nouvel argument au soutien de la cotisation. Le juge Bastarache se préoccupait de l’éventuelle iniquité dont le contribuable serait victime si l’avis qui lui est donné du nouveau fondement, peu importe sa forme, est inadéquat ou donné trop tard et que le contribuable se voit privé d’une occasion suffisante de répondre. Cette opinion est étayée par la récente modification de l’article 152 qui a pour effet d’écarter l’arrêt *Banque Continentale* et d’autoriser la présentation d’un nouvel argument à l’appui d’une cotisation après l’expiration de la période normale de nouvelle cotisation, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser d’entendre ce nouveau moyen s’il est susceptible de causer un préjudice au contribuable en raison du changement tardif. La modification n’était pas applicable en l’espèce puisqu’elle n’était pas en vigueur lorsque la question a été débattue devant la Cour canadienne de l’impôt. Mais, elle donnait une idée de l’orientation qu’il faut suivre. Exiger que l’avis approprié à donner au contribuable concernant l’existence d’un nouvel argument à l’appui de la cotisation doive nécessairement prendre la forme d’une nouvelle cotisation établie par le ministre entraînerait un formalisme inutile que ne justifiaient ni l’arrêt *Banque Continentale* ni la modification subséquente de l’article 152. Le ministre ne peut changer le montant d’une cotisation dans ses actes de procédure, mais il peut y invoquer des arguments au soutien de la cotisation, même s’ils ne font pas l’objet d’un avis de nouvelle cotisation. La Couronne était autorisée à débattre, comme elle l’avait fait devant la Cour de l’impôt, du nouveau fondement avancé dans sa réponse.

2) Les opérations effectuées pour transférer la perte au contribuable dans l’affaire *Nova Corp.* étaient analogues à celles intervenues en l’espèce. La Cour y a conclu que la perte découlant de la disposition demandée par le contribuable était purement attribuable à l’application de la Loi et que le contribuable n’avait rien fait pour influencer sur le produit de

base of the shares. While the respondent herein may have had a greater involvement in orchestrating the transactions than did the taxpayer in *Nova Corp.*, in view of the conclusion reached on capital property herein, the facts of this case were not distinguishable from *Nova Corp.* Both the doctrine of *stare decisis*, and that of judicial comity required that *Nova Corp.* be followed, in the absence of any overriding error or failure to consider relevant legislation in that case, or binding authorities which, in the interest of justice, would either require or justify departure from the interpretation previously given by this Court to subsection 55(1).

(3) Acceptance of the Crown's submission that the loss shares were neither capital nor inventory would require not following *Friesen v. Canada*, wherein the Supreme Court of Canada held that the Act creates a simple system which recognizes only two broad categories of property: inventory or capital property, and that under the Act, the characterization of an item of property is linked to the type of income that such property will produce i.e. business income or capital gain. The Crown's proposal would create an undefined third category of property not contemplated by the Act and unrelated to the type of income or sources of revenues envisaged by the Act. It was not clear on what basis then the profits resulting from the disposition of the shares could be taxed in the hands of the seller or the losses deducted. It would create in the Act an unwarranted vacuum as well as uncertainty with respect to the characterization of items of property. The characterization of the loss shares must be decided by reference to the two income-related categories established by the Act. The Tax Court correctly held that the shares were a capital asset, the sale of which would have normally given rise to a capital gain or a capital loss. As it turned out, the shares were a bad investment. The decision to sell their bad investment on terms as favourable as possible did not change the nature of that investment or of its use. The Crown's submission that the shares were not capital property throughout the transactions was rejected.

While the fact that a corporation was able to repatriate huge losses incurred in the United States, thereby reducing its Canadian tax liability, was disturbing, the legality, not morality, of the transaction was at issue.

*Per* Isaac C.J. (concurring in the result only): The appeal should be dismissed (i) for the reasons given by Marceau J.A. in *Nova Corp. of Alberta v. R.*; (ii) for reasons of judicial comity; and (iii) because *Income Tax Act*, paragraph

la disposition dans le cadre des opérations ou pour augmenter le prix de base rajusté des actions. Bien que la participation de l'intimée dans l'organisation des opérations en l'espèce ait peut-être été plus grande que celle du contribuable dans l'arrêt *Nova Corp.*, les faits de la présente affaire ne pouvaient, à la lumière de la conclusion tirée relativement aux biens en immobilisation, être distingués de ceux de l'affaire *Nova Corp.* Tant la doctrine du *stare decisis* que celle de la courtoisie entre juges exigeaient que l'arrêt *Nova Corp.* soit suivi puisqu'il n'y avait pas d'erreur fondamentale ni d'omission manifeste de tenir compte des dispositions législatives pertinentes ou de la jurisprudence obligatoire, ce qui, dans l'intérêt de la justice, aurait obligé le tribunal à s'écarter de l'interprétation antérieurement donnée par la présente Cour du paragraphe 55(1) ou aurait justifié une telle mesure.

3) Le fait d'accepter la thèse de la Couronne selon laquelle les actions dépréciées ne constituaient pas des biens en immobilisation ni des stocks aurait forcé la Cour à s'écarter de l'arrêt *Friesen c. Canada* où la Cour suprême du Canada a statué d'une part que la Loi mettait en place un régime simple ne reconnaissant que deux catégories de biens: les biens en immobilisation et les stocks, et de l'autre que la qualification d'un bien était liée au genre de revenu que celui-ci produira, savoir un revenu d'entreprise ou un gain en capital. La thèse de la Couronne donnerait naissance à une troisième catégorie de biens indéterminée non envisagée par la Loi ni reliée au genre de revenu ou de sources de revenu visés par la Loi. Il était difficile de savoir sur quelle base il serait alors possible de déduire les pertes ou d'imposer le vendeur pour les profits réalisés par suite de la disposition des actions. Cette situation aurait entraîné un vide injustifié dans la Loi de même que de l'incertitude quant à la qualification des différents biens. Il faut décider de la qualification des actions dépréciées en fonction des deux catégories fondées sur le revenu établies par la Loi. La Cour de l'impôt a à juste titre conclu que les actions constituaient des immobilisations puisque leur vente aurait normalement donné lieu à un gain en capital ou à une perte en capital. Le placement s'était finalement révélé infructueux. La décision de vendre un mauvais placement aux conditions les plus avantageuses possible ne changeait pas la nature de ce placement ou de son utilisation. L'argument de la Couronne voulant que les actions n'aient pas constitué des biens en immobilisation lors de toutes les opérations a été rejeté.

Même si le fait qu'une société ait été en mesure de rapatrier une énorme perte subie aux États-Unis et d'ainsi réduire sa responsabilité fiscale au Canada était préoccupant, il s'agissait en l'espèce d'examiner la légalité et non la moralité de l'opération.

Le juge en chef Isaac (souscrivant au dispositif seulement): Je suis d'avis de rejeter l'appel (i) pour les motifs prononcés par le juge Marceau, J.C.A. dans l'arrêt *Nova Corp of Alberta c. R.*; (ii) pour des raisons de courtoisie

55(1)(c) has been repealed and replaced by provisions which prohibit the conduct that the appellant and others engaged in.

entre juges; et (iii) parce que l'alinéa 55(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a été abrogé et remplacé par des dispositions qui prohibent les agissements auxquels l'appellante et d'autres personnes se sont livrées.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 152 (as am. by S.C. 1999, c. 22, s. 63.1).

*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 53(1)(f.1) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 21; 1979, c. 5, s. 14), 55(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; rep. by S.C. 1988, c. 55, s. 33), 85(4) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 48), 245(1) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 185).

*Income Tax Act, 1952* (U.K.), 15 & 16 Geo. 6, c. 10, s. 526.

*Income Tax Amendments Act, 1998*, S.C. 1999, c. 22, s. 63.1(2),(3).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243.

##### APPLIED:

*Nova Corp. of Alberta v. R.*, [1997] 3 C.T.C. 291; (1997), 97 DTC 5229; 212 N.R. 321 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1997] 3 S.C.R. xiii; (1997), 228 N.R. 94.

##### DISTINGUISHED:

*Continental Bank of Canada v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 358; (1998), 163 D.L.R. (4th) 430; 98 DTC 6501; 229 N.R. 44.

##### CONSIDERED:

*Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.); *McLeod (C.) v. M.N.R.*, [1990] 1 C.T.C. 433; (1990), 90 DTC 6281; 33 F.T.R. 306 (F.C.T.D.).

##### REFERRED TO:

*Wiebe (J.E.) v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 411; (1989), 89 DTC 5179; 98 N.R. 159 (F.C.A.); *Wiebe (J.E.) v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2308; (1988), 88 DTC 1234 (T.C.C.); *Camp Kahquah Corp. v. Canada*, [1998] T.C.J. No. 397 (T.C.C.) (QL); *Bowens v. R.* (1994), 5 C.C.P.B. 47; [1994] 2 C.T.C. 2404; 94 DTC 1853

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Income Tax Act, 1952*, (R.-U.), 15 & 16 Geo. 6, ch. 10, art. 526.

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 152 (mod. par L.C. 1999, ch. 22, art. 63.1).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 53(1)f.1) (édicte. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 21; 1979, ch. 5, art. 14), 55(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24; abrogé par L.C. 1988, ch. 55, art. 33), 85(4) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 48), 245(1) (mod. par L.C. 1988, ch. 55, art. 185).

*Loi de 1998 modifiant l'impôt sur le revenu*, L.C. 1999, ch. 22, art. 63.1(2),(3).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION SUIVIE:

*Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243.

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Nova Corp. of Alberta c. R.*, [1997] 3 C.T.C. 291; (1997), 97 DTC 5229; 212 N.R. 321 (C.A.F.); demande d'autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1997] 3 R.C.S. xiii; (1997), 228 N.R. 94.

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Banque Continentale du Canada c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 358; (1998), 163 D.L.R. (4th) 430; 98 DTC 6501; 229 N.R. 44.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*, [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.); *McLeod (C.) c. M.R.N.*, [1990] 1 C.T.C. 433; (1990), 90 DTC 6281; 33 F.T.R. 306 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Wiebe (J.E.) c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 411; (1989), 89 DTC 5179; 98 N.R. 159 (C.A.F.); *Wiebe (J.E.) c. M.R.N.*, [1988] 1 C.T.C. 2308; (1988), 88 DTC 1234 (C.C.I.); *Camp Kahquah Corp. c. Canada*, [1998] A.C.I. n<sup>o</sup> 397 (C.C.I.) (QL); *Bowens c. R.* (1994), 5 C.C.P.B. 47; [1994] 2 C.T.C. 2404; 94 DTC 1853

(T.C.C.); *McKervey A. v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2015; (1992), 92 DTC 1570 (T.C.C.); *Bell v. Cessna Aircraft Co.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 509; [1983] 6 W.W.R. 178; 46 B.C.L.R. 145; 36 C.P.C. 115 (B.C.C.A.); *Janssen Pharmaceutica Inc. v. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 179; 208 N.R. 395 (F.C.A.).

APPEAL from a Tax Court decision allowing an appeal from a reassessment disallowing the capital losses claimed by the respondent in its 1986 tax return based on *Income Tax Act*, subsection 55(1) (*Hollinger Inc. v. R.*, [1998] 4 C.T.C. 2424; (1998), 98 DTC 1913 (T.C.C.)). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

*John R. Shipley and Jag S. Gill* for appellant.  
*Warren J.A. Mitchell, Q.C.* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

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

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

[1] ISAAC C.J.: I have had the advantage of reading the reasons for judgment that Mr. Justice Létourneau proposes to deliver in this appeal.

[2] Like Mr. Justice Létourneau, I have reached the conclusion that this appeal should be dismissed; but, I do so for three reasons: first, for the reasons given by Marceau J.A. in his lament in *Nova Corp. of Alberta v. R.*;<sup>1</sup> secondly, for reasons of judicial comity; and, thirdly and most importantly, because paragraph 55(1)(c) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24; rep. by S.C. 1988, c. 55, s. 33)] has been repealed and replaced by provisions which prohibit the conduct that the appellant and others engaged in the transactions described in the reasons of Mr. Justice Létourneau.

(C.C.I.); *McKervey A. c. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2015; (1992), 92 DTC 1570 (C.C.I.); *Bell v. Cessna Aircraft Co.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 509; [1983] 6 W.W.R. 178; 46 B.C.L.R. 145; 36 C.P.C. 115 (C.A.C.-B.); *Janssen Pharmaceutica Inc. c. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 179; 208 N.R. 395 (C.A.F.).

APPEL d'une décision de la Cour de l'impôt accueillant un appel interjeté à l'égard d'une nouvelle cotisation refusant, en vertu du paragraphe 55(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les pertes en capital demandées par l'intimée dans sa déclaration de revenu de 1986 (*Hollinger Inc. c. R.*, [1998] 4 C.T.C. 2424; (1998), 98 DTC 1913 (C.C.I.)). Appel rejeté.

ONT COMPARU:

*John R. Shipley et Jag S. Gill*, pour l'appelante.  
*Warren J.A. Mitchell, c.r.*, pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

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

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

[1] LE JUGE EN CHEF ISAAC: J'ai eu l'avantage de lire les motifs du jugement que M. le juge Létourneau propose de prononcer dans le cadre du présent appel.

[2] Comme M. le juge Létourneau, j'estime que le présent appel devrait être rejeté, mais j'arrive à cette conclusion pour trois raisons: premièrement, pour les motifs exposés par le juge Marceau, J.C.A. dans les regrets qu'il formule dans l'arrêt *Nova Corp. of Alberta c. R.*<sup>1</sup>; deuxièmement, pour des raisons de courtoisie judiciaire; troisièmement, et c'est le plus important, parce que l'alinéa 55(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. 48, art. 24; abrogé par L.C. 1988, ch. 55, art. 33)] a été abrogé et remplacé par des dispositions qui prohibent les agissements auxquels l'appelante et d'autres personnes se sont livrées dans le cadre des opérations décrites dans les motifs de M. le juge Létourneau.

[3] I would, therefore, dismiss the appeal with costs.

\* \* \*

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

[4] LÉTOURNEAU J.A.: This is an appeal from a decision of Bowman T.C.J. [[1998] 4 C.T.C. 2424] which upheld an ingenious scheme devised by the respondent whereby through a series of planned transactions, executed over a very short span of time (November 5, 1986 to December 22, 1986), it acquired worthless shares of a U.S.-based subsidiary, Coseka Resources (U.S.A.) Ltd. (Coseka U.S.), of a Canadian company, Coseka Resources Ltd. (Coseka). By reason of the high adjusted cost base of the shares which the respondent acquired and the negligible amount for which it disposed of the shares, it realized a substantial capital loss which offset substantial capital gains of its own.

[5] As a matter of fact, in filing its 1986 tax return, the respondent claimed a capital loss of \$113,723,980 and an allowable capital loss of \$56,861,990. The amount of the capital loss was based on the adjusted cost base of approximately 52% of the Coseka U.S. shares it had acquired (\$113,724,000) minus the proceeds of the disposition of these worthless shares, i.e., \$20. The Minister of National Revenue (Minister) disallowed the respondent's loss claim on the sole basis of subsection 55(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24] of the *Income Tax Act* (the Act) which existed at the time as an anti-avoidance provision applicable to capital losses and gains. It read:

55. (1) For the purposes of this subdivision, where the result of one or more sales, exchanges, declarations of trust, or other transactions of any kind whatever is that a taxpayer has disposed of property under circumstances such that he may reasonably be considered to have artificially or unduly

(a) reduced the amount of his gain from the disposition,

[3] Par conséquent, je rejetterais l'appel avec dépens.

\* \* \*

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

[4] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté à l'égard d'une décision du juge Bowman de la Cour canadienne de l'impôt [[1998] 4 C.T.C. 2424] par laquelle ce dernier a confirmé la validité d'un ingénieux stratagème conçu par l'intimée. Grâce à celui-ci, l'intimée, par le truchement d'une suite planifiée d'opérations qui sont intervenues au cours d'une très brève période (du 5 novembre 1986 au 22 décembre 1986), a acquis des actions sans valeur d'une filiale établie aux États-Unis, Coseka Resources (U.S.A.) Ltd. (Coseka U.S.) d'une société canadienne, Coseka Resources Ltd. (Coseka). En raison du prix de base rajusté élevé des actions qu'elle a acquises et de la somme négligeable pour laquelle elle a vendu ces actions, l'intimée a subi une perte en capital considérable qui lui a permis de réduire ses propres gains en capital dont le montant était fort élevé.

[5] De fait, lorsqu'elle a déposé sa déclaration de revenus de 1986, l'intimée s'est prévaluée d'une perte en capital de 113 723 980 \$ et d'une perte en capital déductible de 56 861 990 \$. Le montant de la perte en capital se fondait sur le prix de base rajusté d'environ 52 p. 100 des actions de Coseka U.S. qu'elle avait acquises (113 724 000 \$) moins le produit de la disposition de ces actions sans valeur, c.-à-d. 20 \$. S'appuyant uniquement sur le paragraphe 55(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi) en vigueur à l'époque (paragraphe anti-évitement applicable aux pertes et aux gains en capital), le ministre du Revenu national (ministre) a refusé la perte en capital demandée par l'intimée. Voici le texte de cette disposition:

55. (1) Aux fins de la présente sous-section, lorsque les circonstances dans lesquelles ont été effectuées une ou plusieurs opérations de vente ou d'échange, ou autres transactions de quelque nature que ce soit, permettent de croire raisonnablement que le contribuable a disposé d'un bien de façon à artificiellement ou indûment

a) réduire le montant de son gain résultant de la disposition,

- (b) created a loss from the disposition, or  
 (c) increased the amount of his loss from the disposition,

the taxpayer's gain or loss, as the case may be, from the disposition of the property shall be computed as if such reduction, creation or increase, as the case may be, had not occurred.

[6] Subsection 55(1) was repealed in September 1988 [S.C. 1988, c. 55, s. 33] and then replaced by subsection 245(1) [S.C. 1970-71-72, c. 63] (which itself has now been replaced [S.C. 1988, c. 55, s. 185]) which sought to attain the same objective, but was broader in scope and had a significantly different wording:

**245. (1)** In computing income for the purpose of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.

[7] The respondent appealed the decision of the Minister to the Tax Court of Canada. In his reply to the respondent's notice of appeal, the Minister raised for the first time a new argument which has now, before us, become the chief argument, thereby relegating the initial subsection 55(1) reassessment to the role of subsidiary argument.

[8] Basically, the Minister now argues that, for the purposes of subsection 85(4) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 48] and paragraph 53(1)(f.1) [as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 21; 1979, c. 5, s. 14] of the Act, the Coseka U.S. shares (the loss shares) bought by the respondent were no longer capital property as the loss shares had no value as an investment to anyone. To the Minister, they were neither a source of income themselves nor a part of an income-producing structure of another source of income. They were incapable of producing income and they were sold only as carriers of a tax loss.

[9] Moreover, as Coseka had been promoting the sale of its losses, this, according to the Minister,

- b) occasionner une perte résultant de la disposition, ou  
 c) augmenter le montant de sa perte résultant de la disposition,

le gain ou la perte du contribuable, selon le cas, résultant de la disposition du bien, est calculée comme si une telle réduction, perte ou augmentation, selon le cas, ne s'était pas produite.

[6] Le paragraphe 55(1) a été abrogé en septembre 1988 [L.C. 1988, ch. 55, art. 33] puis remplacé par le paragraphe 245(1) [S.C. 1970-71-72, ch. 63] (lui-même remplacé depuis [L.C. 1988, ch. 55, art. 185]) qui avait un objectif identique au paragraphe 55(1), mais dont la portée était plus large et le libellé sensiblement différent:

**245. (1)** Dans le calcul du revenu aux fins de la présente loi, aucune déduction ne peut être faite à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

[7] L'intimée a interjeté appel de la décision du ministre à la Cour canadienne de l'impôt. Dans sa réponse à l'avis d'appel donné par l'intimée, le ministre a pour la première fois soulevé un nouvel argument qui, devant nous, constitue maintenant son principal moyen, ce qui relègue le fondement initial de la nouvelle cotisation, savoir le paragraphe 55(1), au rôle d'argument subsidiaire.

[8] De façon générale, le ministre fait maintenant valoir que, pour l'application du paragraphe 85(4) [mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 48] et de l'alinéa 53(1)(f.1) [édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 21; 1979, ch. 5, art. 14] de la Loi, les actions de Coseka U.S. (les actions dépréciées) achetées par l'intimée ne constituaient plus des biens en immobilisation puisqu'elles n'avaient plus aucune valeur comme placement, quel que soit leur propriétaire. De l'avis du ministre, ces actions ne constituaient pas une source de revenu en soi et elles ne faisaient pas partie d'une structure productive de revenu intégrée à une autre source de revenu. Elles ne pouvaient permettre de réaliser un revenu et n'ont été vendues que pour donner lieu à une perte fiscale.

[9] En outre, comme Coseka a favorisé la vente de ses pertes, le ministre estime qu'il s'agit d'un geste

amounted to a clear and positive act indicating a change of intention regarding the purpose for which the shares were held by Coseka. They were no longer held as an investment and, consequently, they did not qualify as capital property. Relying upon the decision of the House of Lords in *Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*,<sup>2</sup> he submitted in his memorandum of fact and law that the loss shares that were the subject of the transactions were neither capital nor stock-in-trade because the whole transaction stood outside the ambit of the taxpayer's business and was a purely artificial device remote from trade to secure a tax advantage.

[10] A brief description of the scheme whereby the respondent acquired the loss shares is necessary for a proper understanding of the arguments made by the parties. The main features of that scheme were usefully and succinctly described by the learned Tax Court Judge and I am content to reproduce this excerpt from pages 2426 and 2427 of his decision:

The Coseka U.S. shares had only a nominal value. If Coseka sold those shares it would have sustained a substantial capital loss equal, roughly, to its ACB [Adjusted Cost Base]. This loss would have been of no value to it because it had no capital gains against which the loss could be offset. Therefore a means had to be found whereby the potential loss could be turned to account.

Hollinger had ample capital gains and so the following series of steps was devised and implemented to enable Hollinger to utilize Coseka's potential losses. Counsel for the respondent described the steps as "preordained" and indeed they were. They were orchestrated by the appellant's solicitors.

1. Coseka caused 346045 Alberta Limited ("346045") to be incorporated of which it held all the shares.
2. Coseka caused 353380 Alberta Ltd. ("353380") to be incorporated. Its shares were all owned by 346045.
3. Coseka entered into a written option agreement with an arm's length company, 341063 Alberta Ltd. ("341063") whereby in consideration of \$15,000 it gave 341063 an option exercisable prior to December 30, 1986 to purchase all of the issued and outstanding 2,050 common,

manifeste et concret montrant un changement d'intention quant aux raisons pour lesquelles les actions étaient détenues par Coseka. Les actions n'étaient plus détenues à titre de placement et, par conséquent, ne pouvaient plus être considérées comme des biens en immobilisation. S'appuyant sur la décision rendue par la Chambre des lords dans l'affaire *Bishop (Inspector of Taxes) v. Finsbury Securities, Ltd.*,<sup>2</sup> le ministre a soutenu dans son mémoire des faits et du droit que les actions dépréciées faisant l'objet des opérations ne sont ni des biens en immobilisation ni des stocks parce que l'ensemble de l'opération va au-delà de la sphère d'activité de l'entreprise du contribuable et qu'il constitue un mécanisme purement fictive étranger au commerce et visant à obtenir un avantage fiscal.

[10] Pour bien comprendre les arguments présentés par les parties, il est nécessaire de donner une brève description du stratagème par lequel l'intimée a acquis les actions dépréciées. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a utilement et succinctement exposé les principales caractéristiques de ce stratagème et je reproduis donc le passage suivant qui se trouve aux pages 2426 et 2427 de sa décision:

Les actions de Coseka U.S. n'avaient qu'une valeur symbolique. Si elle les avait vendues, Coseka aurait subi une perte en capital importante équivalant à peu près à leur PBR [prix de base rajusté]. Cette perte n'aurait eu pour elle aucune valeur car elle n'avait aucun gain en capital duquel elle aurait pu déduire la perte. Il fallait donc trouver un moyen de tirer profit de la perte éventuelle.

Les gains en capital de Hollinger étant élevés, les mesures suivantes ont été élaborées et mises en œuvre dans le but de lui permettre d'utiliser les pertes éventuelles de Coseka. L'avocat de l'intimée a dit de ces mesures qu'elles avaient été «arrêtées d'avance», ce qui est juste. Elles ont été orchestrées par les procureurs de l'appelante.

1. Coseka a fait constituer en société 346045 Alberta Limited («346045»), dont elle détenait la totalité des actions.
2. Coseka a fait constituer en société 353380 Alberta Ltd. («353380»), dont toutes les actions étaient détenues par 346045.
3. Coseka a conclu avec 341063 Alberta Ltd. («341063»), une compagnie avec laquelle elle n'avait pas de lien de dépendance, une convention écrite d'option aux termes de laquelle, en contrepartie de 15 000 \$, elle accordait à 341063 une option, qui

240 preferred, 150 preferred series B and 1,396 preferred series C shares of Coseka U.S. for a purchase price of \$0.01 per share.

4. 341063 was owned by Phelps Drilling International Limited ("Phelps"), which was owned to the extent of 24% by Bramalea Limited. Bramalea was a 68% shareholder of Coseka.
  5. By an agreement of purchase and sale dated November 24, 1986, which followed substantially a letter of intent of November 7, 1986, the appellant agreed to purchase from Coseka the 10 issued and outstanding shares of 346045 for \$4,000,000 with a closing time of 2:00 p.m. on December 16, 1986.
  6. In that agreement, Coseka warranted that at closing the only assets of 346045 were the shares of 353380, and that 353380's only assets would be 1,068 common, 125 preferred, 79 preferred series B, and 728 preferred series C shares of Coseka U.S. (about 52% of all of its issued and outstanding shares) which were subject to the option to 341063.
  7. In the agreement there was a condition that the appellant would satisfy itself that the ACB of the Coseka U.S. shares held by 353380 was at least \$100,000,000.
  8. The Coseka U.S. shares had been pledged and hypothecated to the Royal Bank of Canada. The bank released them on December 9, 1986 in consideration of Coseka's agreement to pay it one-half of the net amount received by Coseka for the shares of 346045 as well as one half of the amount received under a similar transaction with Westbridge Capital Corporation relating to the rest of the shares of Coseka U.S.
  9. On December 12, 1986 Coseka sold and transferred to 353380 the 1,068 common, 125 preferred, 79 preferred series B and 728 preferred series C, shares of Coseka U.S. referred to in paragraph 6. 353380 acknowledged that the shares were subject to the option to 341063 and entered into a similar option agreement with 341063.
  10. On December 18, 1986, 346045 was dissolved and its shares of 353380 were transferred to the appellant. The certificate of dissolution of 346045 is dated December 18, 1986. Following the dissolution of 346045, the
- pouvait être levée avant le 30 décembre 1986, d'acheter les 2 050 actions ordinaires, les 240 actions privilégiées, les 150 actions privilégiées de série B et les 1 396 actions privilégiées de série C de Coseka U.S. émises et en circulation, le prix d'achat étant de 0,01 \$ l'action.
  4. 341063 appartenait à Phelps Drilling International Limited («Phelps»), dont Bramalea Limited détenait 24 p. 100 des actions. Bramalea détenait 68 p. 100 des actions de Coseka.
  5. Par une convention d'achat datée du 24 novembre 1986, qui reprenait pour l'essentiel une lettre d'intention du 7 novembre 1986, l'appelante s'est engagée à acheter à Coseka pour 4 000 000 \$ les 10 actions émises et en circulation de 346045, la conclusion de l'opération étant prévue pour 14 h le 16 décembre 1986.
  6. Dans cette convention, Coseka garantissait qu'à la date de conclusion de l'opération les seuls éléments d'actif de 346045 seraient les actions de 353380 et les seuls éléments d'actif de 353380 seraient 1 068 actions ordinaires, 125 actions privilégiées, 79 actions privilégiées de série B et 728 actions privilégiées de série C de Coseka U.S. (environ 52 p. 100 de la totalité de ses actions émises et en circulation), qui faisaient l'objet de l'option accordée à 341063.
  7. La convention comportait une condition selon laquelle l'appelante devait s'assurer que le PBR des actions de Coseka U.S. détenues par 353380 était d'au moins 100 000 000 \$.
  8. Les actions de Coseka U.S. avaient fait l'objet d'un nantissement et d'une hypothèque en faveur de la Banque Royale du Canada. Le 9 décembre 1986, la banque a accordé la libération à l'égard de ceux-ci en contrepartie de la promesse de Coseka de lui verser la moitié du montant net que Coseka toucherait pour les actions de 346045 de même que la moitié du montant qu'elle toucherait par suite d'une opération semblable conclue avec Westbridge Capital Corporation relativement au reste des actions de Coseka U.S.
  9. Le 12 décembre 1986, Coseka a vendu et transféré à 353380 les 1 068 actions ordinaires, les 125 actions privilégiées, les 79 actions privilégiées de série B et les 728 actions privilégiées de série C de Coseka U.S. mentionnées au paragraphe 6. 353380 a reconnu que ces actions étaient visées par l'option accordée à 341063 et elle a conclu une convention d'option semblable avec 341063.
  10. Le 18 décembre 1986, 346045 a été dissoute et les actions de 353380 qu'elle détenait ont été transférées à l'appelante. Le certificat de dissolution de 346045 est daté du 18 décembre 1986. À la suite de la dissolution

Appellant caused 353350 to be dissolved and its assets, which consisted of approximately 52% of the issued shares of Coseka U.S., were transferred to the appellant.

11. On December 19, 1986, 341063 gave notice to the appellant that it was exercising its option to purchase the Coseka U.S. shares and on December 22, 1986, the Appellant sold them to 341063 for \$20.00.

[11] It is undisputed that the whole scheme had no business purpose and was set up only to gain a tax advantage under the Act. However, no sham was involved as there were a series of transactions legally binding and culminating in the acquisition of the loss shares by the respondent.

[12] The learned Tax Court Judge allowed the respondent's appeal. However, on the evidence that was available to him, he reduced the adjusted cost base of the shares to \$92,000,000. This finding is not in dispute before us.

[13] He also ruled that the shares had not ceased to be capital property because of Coseka's decision to sell an unproductive investment. Furthermore, he dismissed the Minister's argument based on paragraphs 85(4)(b) and 53(1)(f.1) of the Act as he was of the view that these paragraphs did not apply in the circumstances since Coseka owned no shares of the corporation to which the property was disposed.

[14] It is against this factual and legal background that this appeal stands to be decided.

[15] The respondent raised two preliminary issues in its memorandum and, at the hearing, it was agreed that it would be convenient that these two issues be argued first. The Court reserved its decision and I shall dispose of them now.

#### The preliminary issues raised by the respondent

[16] The respondent submitted that, in view of the decision of the Supreme Court of Canada in *Continental Bank of Canada v. Canada*,<sup>3</sup> the appellant was not

de 346045, l'appelante a fait dissoudre 353350, et les actifs de celle-ci, soit approximativement 52 p. 100 des actions émises de Coseka U.S., ont été transférés à l'appelante.

11. Le 19 décembre 1986, 341063 a avisé l'appelante qu'elle levait son option d'acheter les actions de Coseka U.S. et, le 22 décembre 1986, l'appelante a vendu ces actions à 341063 pour 20 \$.

[11] Il n'est pas contesté que l'ensemble du strata-gème n'avait aucun objet commercial et qu'il a été mis sur pied uniquement en vue d'obtenir un avantage fiscal sous le régime de la Loi. Cependant, aucune opération fictive n'a eu lieu puisqu'il s'agit d'une série d'opérations ayant force obligatoire et ayant mené à l'acquisition des actions dépréciées par l'intimée.

[12] Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel de l'intimée. Toutefois, à la lumière de la preuve dont il était saisi, il a réduit le prix de base rajusté des actions à 92 000 000 \$. Cette conclusion n'est pas en litige devant nous.

[13] Le juge a également conclu que les actions n'avaient pas cessé de constituer des biens en immobilisation parce que Coseka avait décidé de vendre un placement improductif. De plus, il a rejeté l'argument du ministre fondé sur les alinéas 85(4)(b) et 53(1)(f.1) de la Loi parce que selon lui, comme Coseka n'était propriétaire d'aucune action de la société qui s'est portée acquéreur du bien, ces dispositions ne s'appliquaient pas en l'espèce.

[14] C'est à la lumière de ces faits et de ce contexte juridique que le présent appel doit être tranché.

[15] Dans son mémoire, l'intimée a soulevé deux questions préliminaires et, lors de l'audience, il a été convenu qu'il serait opportun de débattre de ces deux points en premier. La Cour a décidé de surseoir à sa décision et je me prononcerai maintenant sur ces points préliminaires.

#### Questions préliminaires soulevées par l'intimée

[16] L'intimée a fait valoir que, compte tenu de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Banque Continentale du Canada c. Canada*<sup>3</sup>,

entitled to raise for the first time before the Tax Court an argument which, in effect, after the limitation period for reassessing had expired, completely changed the basis of its earlier reassessment of the taxpayer.

[17] In addition, it submitted that, with respect to the anti-avoidance provision contained in subsection 55(1) of the Act, this panel was bound by the earlier decision of this Court in *Nova Corp. of Alberta v. R.*<sup>4</sup> Not to follow the *stare decisis* rule and the principle of judicial comity would, according to the respondent, create nothing less than a judicial lottery whereby one could expect different decisions from this Court depending upon the composition of its panels from time to time.

#### The Continental Bank issue

[18] The Minister's reassessment pursuant to subsection 55(1) was based on the assumption that the loss shares acquired by the respondent were capital property throughout, but that the respondent's conduct was abusive in that it artificially or unduly increased its loss from the disposition of that property. It is clear from the Minister's reply to the respondent's notice of appeal that the Minister assumed that the adjusted cost base of the loss shares was transferred by Coseka.<sup>5</sup> In addition, subsection 55(1) applied only to capital losses and capital gains and the assessor who caused the reassessment to be issued confirmed in his testimony that he treated the loss shares as capital property.<sup>6</sup>

[19] The position now taken by the appellant that the loss shares were not capital property is obviously a revocation of its prior unsuccessful assumption. From the evidence before us and before the Tax Court Judge, it is impossible, however, to determine whether the limitation period for reassessing had expired when this new basis was first raised by the Minister. We

l'appelante n'était pas autorisée à invoquer pour la première fois devant la Cour canadienne de l'impôt un argument qui a pour effet, après l'expiration du délai de prescription applicable en matière de nouvelle cotisation, de changer du tout au tout le fondement de la nouvelle cotisation dont le contribuable a déjà fait l'objet.

[17] Elle a également soutenu, en ce qui concerne les dispositions anti-évitement prévues au paragraphe 55(1) de la Loi, que le présent tribunal était lié par l'arrêt antérieur *Nova Corp. of Alberta c. R.* de la présente Cour<sup>4</sup>. Suivant l'intimée, le fait de ne pas suivre la règle du *stare decisis* et le principe de la courtoisie entre juges donnerait naissance à rien de moins qu'une loterie judiciaire dans le cadre de laquelle on pourrait s'attendre à ce que la présente Cour rende des décisions différentes selon la composition du tribunal.

#### Arrêt Banque Continentale

[18] La nouvelle cotisation établie par le ministre en application du paragraphe 55(1) se fondait sur l'hypothèse suivant laquelle les actions dépréciées acquises par l'intimée avaient toujours constitué des biens en immobilisation, mais que l'intimée s'était livrée à des agissements abusifs en augmentant artificiellement ou indûment le montant de sa perte découlant de la disposition de ce bien. Il ne fait aucun doute à la lecture de la réponse donnée par le ministre à l'avis d'appel de l'intimée qu'il allègue que le prix de base rajusté des actions dépréciées a été transféré par Coseka<sup>5</sup>. De plus, le paragraphe 55(1) s'appliquait uniquement aux pertes et aux gains en capital, et le contrôleur des contributions ayant établi la nouvelle cotisation a confirmé dans son témoignage qu'il avait traité les actions dépréciées comme des biens en immobilisation<sup>6</sup>.

[19] La thèse maintenant soutenue par l'appelante voulant que les actions dépréciées ne soient pas des biens en immobilisation constitue de toute évidence une révocation de son allégation antérieure mal fondée. Il est toutefois impossible, sur la foi de la preuve déposée devant nous et devant le juge de la Cour canadienne de l'impôt, de décider si le délai de

know that a notice of reassessment was issued on February 4, 1993, but the record does not reveal when the original assessment of the respondent was made from which to calculate the four-year limitation period.

[20] On the other hand, the Minister did raise for the first time on September 12, 1994, in his reply to the respondent's notice of appeal, that Coseka did not hold the loss shares as capital property on December 12, 1986<sup>7</sup> and that the transfer of these shares to the second subsidiary company (353380 Alberta Ltd.) on that date was not a transfer of capital property.<sup>8</sup> Instead, he submitted that the loss shares had become trading assets utilized by Coseka in a business operation or venture of profit-making by which it intended to sell for gain its tax loss. Thus, the issue was as early as September 1994 before the Tax Court and it is still impossible to establish whether by then the limitation period for reassessment had expired. Because the limitation date is not in evidence, I am of the view that the *Continental Bank* principle relied upon by the respondent, namely that the Crown is not permitted to advance a new basis for reassessment after the limitation period has expired, cannot be applied in this instance.

[21] However, counsel for the respondent contended that the *Continental Bank* decision of the Supreme Court stands for more. In his view, it also determined the procedure to be followed when a new basis for reassessment is being advanced. Under the existing law at the time, if the Minister was entitled to change the basis of the reassessment within the limitation period, counsel claimed, he could only do that formally by either issuing a new reassessment or amending the existing reassessment. Consequently, the mere pleading of such new basis in the reply is not sufficient to validly raise the issue and prevent the limitation period from expiring. He relied to sustain his

prescription fixé en matière d'établissement de nouvelles cotisations était expiré lorsque ce nouveau fondement a d'abord été soulevé par le ministre. Nous savons qu'un avis de nouvelle cotisation a été donné le 4 février 1993, mais le dossier ne révèle pas quand la cotisation initiale de l'intimée a été établie, moment à partir duquel le délai de prescription de quatre ans commence à courir.

[20] D'un autre côté, le ministre a fait valoir pour la première fois le 12 septembre 1994, dans sa réponse à l'avis d'appel de l'intimée, que Coseka ne détenait pas les actions dépréciées à titre de biens en immobilisation le 12 décembre 1986<sup>7</sup> et que le transfert de ces actions à la filiale de deuxième rang (353380 Alberta Ltd.) à cette date ne constituait pas un transfert de biens en immobilisation<sup>8</sup>. Il affirme plutôt que les actions dépréciées sont devenues un actif engagé dont Coseka se serait servie lors d'une opération commerciale ou d'une entreprise à but lucratif par laquelle elle avait l'intention de vendre sa perte fiscale en vue d'en tirer profit. Par conséquent, la Cour canadienne de l'impôt était saisie de la question depuis au moins septembre 1994 et il est toujours impossible de déterminer si, à ce moment, le délai de prescription pour l'établissement d'une nouvelle cotisation était expiré. Comme la date d'échéance du délai n'a pas été mise en preuve, j'estime que le principe énoncé dans l'arrêt *Banque Continentale* sur lequel se fonde l'intimée, savoir que la Couronne n'est pas autorisée à invoquer un nouveau motif pour étayer sa nouvelle cotisation après l'expiration du délai de prescription, ne peut être appliqué en l'espèce.

[21] Cependant, l'avocat de l'intimée fait valoir que l'arrêt de la Cour suprême *Banque Continentale* va plus loin. À son avis, il fixe également la marche à suivre lorsqu'un nouveau fondement est avancé à l'appui d'une nouvelle cotisation. L'avocat soutient en effet que si le ministre était autorisé, sous le régime des dispositions législatives en vigueur à l'époque, à changer le fondement de la nouvelle cotisation dans le délai de prescription applicable, il pouvait uniquement procéder de manière officielle soit en délivrant à nouveau une nouvelle cotisation soit en modifiant la nouvelle cotisation existante. Par conséquent, le simple fait d'alléguer ce nouveau fondement dans la réponse

claim upon the following passage from Bastarache J.:<sup>9</sup>

The Crown is not permitted to advance a new basis for reassessment after the limitation period has expired.

[22] With respect, I do not read this statement of Bastarache J. as imposing a formal procedure or a procedural restriction of the kind suggested by the respondent.

[23] First, the quoted passage refers to the Crown, not the Minister. Had Bastarache J. mentioned the Minister, it could have been a possible indication that he had in mind the procedure of reassessment itself. Second, it speaks of “advanc[ing] a new basis for reassessment”, thereby referring to the Crown’s actual practice of advancing a new argument in its pleadings in support of the assessment.<sup>10</sup> Indeed, immediately after his statement, Bastarache J. refers with approval to the case of *McLeod (C.) v. M.N.R.*<sup>11</sup> in which the Crown was refused leave to amend its pleadings to advance a new basis for reassessment because the limitation period had expired. While Collier J. in *McLeod* refused the amendment on account of the expiry of the limitation period, he never questioned the Crown’s right to make new assumptions at trial or advance a new argument in support of the assessment.

[24] It is obvious at pages 367-368 of his reasons that what Bastarache J. is concerned with is the possible unfairness to the taxpayer when notification of the new basis, whatever form it may take, is either inadequate or given too late and, as a result, the taxpayer is not afforded a proper opportunity to respond:

Taxpayers must know the basis upon which they are being assessed so that they may advance the proper evidence to challenge the assessment. . . To allow the appellant to proceed with its new assessment without the benefit of findings of fact made at trial would require this Court to

ne peut suffire à valablement soulever la question ni à éviter l’expiration du délai de prescription. Le ministre s’est appuyé sur l’affirmation suivante du juge Bastarache<sup>9</sup>:

La Couronne n’est pas autorisée à invoquer un nouveau fondement pour justifier une nouvelle cotisation après l’expiration du délai prévu à cette fin.

[22] Avec égards, je ne partage pas cette prétention que le juge Bastarache a voulu imposer une procédure formelle à suivre ou une limite procédurale du genre de celle soumise par l’intimée.

[23] En premier lieu, le passage cité fait mention de la Couronne, non du ministre. Si le juge Bastarache avait mentionné le ministre, il aurait été possible d’en déduire qu’il visait le processus d’établissement d’une nouvelle cotisation en soi. En second lieu, on y parle d’«invoquer un nouveau fondement pour justifier la nouvelle cotisation», ce qui renvoie à la pratique actuelle de la Couronne qui consiste à invoquer, dans ses actes de procédure, un nouvel argument au soutien de la cotisation<sup>10</sup>. De fait, immédiatement après cette affirmation, le juge Bastarache cite et approuve l’affaire *McLeod (C.) c. M.R.N.*<sup>11</sup> dans laquelle la Couronne s’est vue refuser l’autorisation de modifier ses actes de procédure pour invoquer un nouveau fondement justifiant une nouvelle cotisation parce que le délai de prescription était expiré. Bien que, dans cette affaire, le juge Collier ait refusé la modification parce que le délai prévu était expiré, il n’a jamais mis en doute le droit de la Couronne de présenter de nouvelles allégations à l’instruction ni de faire valoir un nouveau moyen pour justifier la cotisation.

[24] Il ressort sans équivoque des pages 367 et 368 de ses motifs que le juge Bastarache se préoccupait de l’éventuelle iniquité dont le contribuable serait victime si l’avis qui lui est donné du nouveau fondement, peu importe sa forme, est inadéquat ou donné trop tard et que, par conséquent, le contribuable ne bénéficie pas d’une occasion suffisante de répondre:

Les contribuables doivent savoir sur quelle base repose la cotisation qui leur est transmise afin de pouvoir présenter les éléments de preuve appropriés pour la contester [. . .] Pour pouvoir permettre à l’appelante d’établir une nouvelle cotisation en l’absence de conclusions de fait tirées en

become a court of first instance with regard to the new claim.

[25] I am comforted in this view by the recent legislative amendment in Bill C-72 [*Income Tax Amendments Act, 1998*, S.C. 1999, c. 22, s. 63.1 (2)] brought to section 152 of the Act [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1] to overrule the decision of the Supreme Court in *Continental Bank* on this point. Subsection 152(9) assented to on June 17, 1999 allows for an alternative argument in support of an assessment to be advanced at any time after the normal reassessment period, subject to a discretion given to the Court to refuse it if prejudice could result to the taxpayer from the late change. The subsection reads:

63.1 . . .

(2) Section 152 of the Act is amended by adding the following after subsection (8):

(9) The Minister may advance an alternative argument in support of an assessment at any time after the normal reassessment period unless, on an appeal under this Act

(a) there is relevant evidence that the taxpayer is no longer able to adduce without the leave of the court; and

(b) it is not appropriate in the circumstances for the court to order that the evidence be adduced.

[26] The amendment has no application in the present proceedings because it was not in force when the matter was argued before the Tax Court.<sup>12</sup> But it is indicative of the philosophy that ought to prevail in these matters. It would introduce an unnecessary measure of formalism, unwarranted by the decision of the Supreme Court and the subsequent amendment to section 152, if we were to require that proper notification to the taxpayer of an alternative argument in support of an assessment can only be achieved by the ministerial issuance of a new reassessment. This is not to say that the Minister may change the amount of an assessment in pleadings, but only that arguments in support of an assessment can be made in pleadings,

première instance, notre Cour devrait se transformer en tribunal de première instance à l'égard de la nouvelle demande.

[25] Je suis conforté dans cette opinion par la récente modification législative apportée par le projet de loi C-72 [*Loi de 1998 modifiant l'impôt sur le revenu*, L.C. 1999, ch. 22, art. 63.1(2)] à l'article 152 de la Loi [L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1], modification qui écarte, à cet égard, l'arrêt *Banque Continentale* de la Cour suprême. Le paragraphe 152(9), sanctionné le 17 juin 1999, prévoit la possibilité d'avancer un nouvel argument à l'appui d'une cotisation après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation, sous réserve du pouvoir discrétionnaire conféré à la Cour de refuser d'entendre ce nouveau moyen s'il est susceptible de causer un préjudice au contribuable en raison du changement tardif. Ce paragraphe est ainsi rédigé:

63.1 [. . .]

(2) L'article 152 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (8), de ce qui suit:

(9) Le ministre peut avancer un nouvel argument à l'appui d'une cotisation après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation, sauf si, sur appel interjeté en vertu de la présente loi:

a) d'une part, il existe des éléments de preuve que le contribuable n'est plus en mesure de produire sans l'autorisation du tribunal;

b) d'autre part, il ne convient pas que le tribunal ordonne la production des éléments de preuve dans les circonstances.

[26] La modification n'est pas applicable dans la présente instance puisqu'elle n'était pas en vigueur lorsque la question a été débattue devant la Cour canadienne de l'impôt<sup>12</sup>. Mais, elle donne une idée de l'orientation qu'il faut suivre dans ce genre d'affaires. Exiger que l'avis approprié à donner au contribuable concernant l'existence d'un nouvel argument à l'appui de la cotisation doive nécessairement prendre la forme d'une nouvelle cotisation établie par le ministre entraînerait un formalisme inutile que ne justifient ni la décision de la Cour suprême ni la modification subséquente de l'article 152. Cela ne signifie pas que le ministre peut changer le montant d'une cotisation dans ses actes de procédure, mais seulement que les

even if not included in a notice of reassessment. Changing the amount of an assessment in pleadings is tantamount to the Minister appealing his own assessment, an avenue which has been clearly rejected by the Courts.<sup>13</sup>

[27] In conclusion, I think the preliminary objection of the respondent grounded on the *Continental Bank* case has no merit in this instance and, accordingly, the appellant was entitled to argue, as it did before the Tax Court, the new basis advanced in its reply. The respondent was fully and timely informed of it and had ample time to prepare as the hearing of the appeal took place more than three and a half years later. All the relevant evidence was before the Tax Court Judge. Not only was there no objection made by the respondent at the time, but submissions were made to the Judge by both parties with respect to the new basis for reassessment. The Tax Court Judge dealt with the issue on its merits and the appellant's ground of appeal relating to that aspect of the Tax Court Judge's decision is properly before us. I shall deal with it after consideration of the second preliminary objection.

The *Nova Corp.* case and the applicability of the doctrine of *stare decisis* and judicial comity

[28] Before the Tax Court as well as before us, counsel for the appellant sought to distinguish the facts of the present case from the facts of the *Nova Corp.* case.<sup>14</sup> He forcefully argued that, unlike in *Nova Corp.*, the solicitors for the respondent were instrumental in initiating, orchestrating, directing and implementing the transactions. I carefully reviewed the decision of this Court in *Nova Corp.* where the transactions executed to transfer the loss to *Nova Corp.* were similar to those in the present instance. In that case, the majority concluded that the loss on disposition claimed by *Nova Corp.* had come about purely by operation of the provisions of the Act and that *Nova Corp.* had done nothing which influenced

arguments étayant la cotisation peuvent être invoqués dans ces actes, même s'ils ne font pas l'objet d'un avis de nouvelle cotisation. Reconnaître au ministre le droit de modifier le montant d'une cotisation dans un acte de procédure reviendrait à lui permettre d'interjeter appel de sa propre cotisation, notion qui a été expressément rejetée par les tribunaux<sup>13</sup>.

[27] En conclusion, je crois que l'objection préliminaire de l'intimée fondée sur l'arrêt *Banque Continentale* n'a aucune valeur en l'espèce et que l'appelante est donc autorisée à débattre, comme elle l'a fait devant la Cour canadienne de l'impôt, du nouveau fondement avancé dans sa réponse. L'intimée a été informée de manière complète et en temps opportun de ce nouveau moyen et elle a eu amplement le temps de se préparer puisque l'audition de l'appel s'est tenue plus de trois ans et demi plus tard. Tous les éléments de preuve pertinents avaient été déposés devant le juge de la Cour canadienne de l'impôt. Non seulement l'intimée n'a-t-elle formulé aucune objection à ce moment, mais les deux parties ont même présenté au juge leurs conclusions relatives au nouveau fondement de la nouvelle cotisation. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt s'est prononcé sur le fond de la question et nous sommes à bon droit saisis du motif d'appel invoqué par l'appelante à l'égard de cet aspect de la décision du juge. Je vais examiner ce motif après avoir traité de la seconde objection préliminaire.

Affaire *Nova Corp.* et applicabilité de la doctrine du *stare decisis* et de la courtoisie entre juges

[28] L'avocat de l'appelante a cherché, tant devant la Cour canadienne de l'impôt que devant la présente Cour, à établir une distinction entre les faits de l'espèce et ceux de l'arrêt *Nova Corp.*<sup>14</sup>. Il soutient avec insistance que, au contraire de ce qui s'est passé dans l'affaire *Nova Corp.*, les avocats de l'intimée avaient pris part dès le début à la série d'opérations et avaient contribué à l'organisation, à la direction et à l'exécution des opérations. J'ai minutieusement examiné la décision *Nova Corp.* de la présente Cour. Dans cette affaire, les opérations effectuées pour transférer la perte à *Nova Corp.* étaient analogues à celles intervenues en l'espèce. La Cour à la majorité y a conclu que la perte découlant de la disposition

the proceeds of disposition in the transactions or increased the adjusted cost base of the shares.<sup>15</sup>

[29] There is no doubt that, in the present instance, the respondent through its solicitors was active in aiding and abetting the transactions completed or caused to be completed by Coseka. Counsel for the appellant perhaps is right in asserting that there was a greater involvement of the taxpayer here than in the *Nova Corp.* case. But I agree with the Tax Court Judge that the respondent's involvement "did nothing to create or increase the inherent loss or the loss ultimately sustained. That loss existed independently of the [respondent], and its solicitors' activities were directed to ensuring that the formal steps necessary to implement the specific rules laid down by Parliament were followed".<sup>16</sup> To use the words of our colleague McDonald J.A. in the *Nova Corp.* case, the respondent "cannot be punished for taking full advantage of the operation of the Act while it so existed"<sup>17</sup> and, in my view, there is even less ground to be punished if a party actually ensures that the requirements of the Act are fully complied with, so as to allow some particular provisions of the Act to operate as they are intended to.

[30] In view of the conclusion that I have come to on capital property *infra*, the facts of this case are not distinguishable from those of the *Nova Corp.* case. In these circumstances, both the doctrine of *stare decisis*, premised on the need for certainty in the law,<sup>18</sup> and that of judicial comity require that we follow the judicial precedent established in the *Nova Corp.* case. The appellant has been unable to point out in that case any overriding error or failure to consider relevant legislation or binding authorities which, in the interest of justice, would either require or justify us departing from the interpretation previously given by this Court to subsection 55(1) of the Act.

demandée par Nova Corp. était purement attribuable à l'application des dispositions de la Loi et que Nova Corp. n'avait rien fait pour influencer sur le produit de la disposition dans le cadre des opérations ou pour augmenter le prix de base rajusté des actions<sup>15</sup>.

[29] Dans la présente affaire, il ne fait aucun doute que l'intimée a, par l'entremise de ses avocats, joué un rôle actif en favorisant, ou en faisant en sorte de favoriser, la conclusion des opérations par Coseka. L'avocat de l'appelante a peut-être raison d'affirmer que la participation du contribuable a été plus grande en l'espèce que dans l'affaire *Nova Corp.* Je conviens toutefois avec le juge de la Cour canadienne de l'impôt que la contribution de l'intimée «n'a pas créé ni accru la perte inhérente ou la perte qui a finalement été subie. La perte existait indépendamment de [l'intimée], et les activités de ses procureurs visaient à faire en sorte que soient respectées les exigences de forme qui conditionnent l'application des règles précises établies par le législateur<sup>16</sup>». Pour reprendre les termes employés par notre collègue le juge d'appel McDonald dans l'arrêt *Nova Corp.*, l'intimée ne peut être punie «pour avoir tiré pleinement parti de l'application de la Loi, dans la forme où elle existait à ce moment<sup>17</sup>». J'estime en outre qu'une partie mérite encore moins d'être punie si elle veille réellement à ce que les exigences de la Loi soient en tout point respectées de manière que certaines dispositions particulières de la Loi puissent s'appliquer conformément à l'intention du législateur.

[30] Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée plus haut en ce qui a trait aux biens en immobilisation, les faits de la présente affaire ne peuvent faire l'objet d'une distinction avec ceux de l'affaire *Nova Corp.* Dans cette situation, tant la doctrine du *stare decisis*, fondée sur la nécessité que les règles de droit soient d'une certitude absolue<sup>18</sup>, que celle de la courtoisie entre juges nous obligent à suivre le précédent jurisprudentiel établi par l'arrêt *Nova Corp.* L'appelante n'a pas réussi à montrer que, dans cette affaire, le tribunal s'était rendu coupable d'une erreur fondamentale ou d'une omission manifeste de tenir compte des dispositions législatives pertinentes ou de la jurisprudence obligatoire, ce qui, dans l'intérêt de la justice, nous aurait obligés à nous écarter de l'interprétation

[31] I am now left to determine whether or not the loss shares were capital property in the hands of Coseka and its subsidiary company 353380 Alberta Ltd.

Whether or not the loss shares were capital property throughout the transactions

[32] As previously mentioned, counsel for the appellant relies upon the *Bishop* case, a 1966 decision of the House of Lords, to contend that, in the present instance, the loss shares acquired by the respondent were neither capital property nor stock-in-trade.

[33] In the *Bishop* case, Finsbury Securities Ltd. (Finsbury), a company which carried on the trade of dealing in shares and securities, entered into some 15 sets of transactions with other companies which amounted to “forward stripping operations” whereby Finsbury acquired from these companies preference shares carrying special rights. Under the scheme devised to avoid payment of taxes, the preference shares would have to be kept for a period of five years while the available profits of the companies would be distributed as dividends on these shares with the result that the value of the shares would diminish year by year to a nominal value.

[34] The question of law which was submitted to the House of Lords by way of stated case was whether the commissioners erred in law when they held that the shares were part of the stock-in-trade of Finsbury. However, at page 108 of the decision, Lord Morris of Borth-y-Gest defined instead the question to be answered as one which required the Court to determine whether the transactions entered into by Finsbury should be regarded as trading transactions of a kind undertaken by a dealer in shares and securities.

[35] The Crown submitted that the shares were capital assets and were not stock-in-trade or trading

antérieurement donnée par la présente Cour du paragraphe 55(1) de la Loi ou aurait justifié une telle mesure.

[31] Il me reste maintenant à décider si les actions dépréciées constituaient des biens en immobilisation pour Coseka et sa filiale 353380 Alberta Ltd.

Les actions dépréciées constituaient-elles des biens en immobilisation lors de toutes les opérations?

[32] Comme il a déjà été mentionné, l’avocat de l’appelante s’appuie sur l’arrêt *Bishop*, rendu en 1966 par la Chambre des lords, pour affirmer qu’en l’espèce, les actions dépréciées acquises par l’intimée ne sont ni des biens en immobilisation ni des stocks.

[33] Dans l’affaire *Bishop*, Finsbury Securities Ltd. (Finsbury), société dont l’activité consistait dans des opérations sur valeurs mobilières, avait conclu avec d’autres sociétés quelque 15 séries d’opérations équivalant à des «opérations de démembrement à terme» («*forward stripping operations*») par lesquelles Finsbury avait acquis de ces sociétés des actions privilégiées conférant des droits particuliers. Dans le cadre du stratagème conçu pour éviter le paiement d’impôts, les actions privilégiées devaient être conservées pour une période de cinq ans tandis que l’actif disponible des sociétés serait distribué à titre de dividendes sur ces actions, entraînant, année après année, la diminution de la valeur des actions jusqu’à ce qu’elles atteignent une valeur insignifiante.

[34] On a donc soumis à la Chambre des lords, par voie d’exposé de cause, la question de droit suivante: les commissaires ont-ils commis une erreur de droit lorsqu’ils ont conclu que les actions faisaient partie des stocks de Finsbury? Cependant, à la page 108 de la décision, lord Morris of Borth-y-Gest a plutôt affirmé que la question à résoudre était de savoir si les opérations de Finsbury devaient être considérées comme des opérations commerciales de la nature de celles entreprises par un courtier en valeurs mobilières.

[35] La Couronne a allégué que les actions constituaient des immobilisations et non des stocks ou un

assets because Finsbury had acquired them for five years as part of the capital structure of its company from which an income could be earned. Finsbury argued on the contrary that the shares had been acquired as part of their stock-in-trade.

[36] His Lordship expressly found that neither argument raised by the parties was correct. Rather, he concluded that the one transaction that he had examined which was typical of the others, on its particular facts, was not, within the definition of section 526 of the British *Income Tax Act, 1952* [(U.K.), 15 & 16 Geo. 6, c. 10], an adventure or concern in the nature of trade at all, but was a wholly artificial device remote from trade to secure a tax advantage.

[37] With respect, I do not read the conclusion reached by his Lordship as a finding that the preference shares were neither capital nor stock-in-trade. His conclusion related not to the shares, but to the transactions themselves which he found to be lacking the ordinary features of the trade of share dealing. In other words, he answered in the negative the question that he had defined at page 108, that is to say that the transactions should not be regarded as trading transactions of a kind undertaken by a dealer in shares and securities which, because of the definition of “trade” in section 526, included every adventure or concern in the nature of trade. Consequently, the shares were not acquired by Finsbury for the purpose of dealing with them and were not part of its trading business.

[38] To accept the appellant’s submission in the present instance that the loss shares were neither capital nor inventory would first require that we not follow the decision of the Supreme Court of Canada in *Friesen v. Canada*<sup>19</sup> and then would lead to an unfortunate and undesirable result.

[39] In *Friesen*, Major J. for a unanimous Court on this point<sup>20</sup> ruled that the Act creates a simple system

actif engagé puisque Finsbury avait acquis ces actions pour une période de cinq ans pour les intégrer à la structure du capital de la société et en tirer un revenu. Finsbury a au contraire soutenu que les actions faisaient partie de ses stocks.

[36] Lord Morris of Borth-y-Gest a expressément conclu que ni l’un ni l’autre des arguments soulevés par les parties n’était fondé. Il a plutôt affirmé que la seule opération qu’il avait examinée, qui était représentative des autres, n’était nullement, à la lumière des faits particuliers, une initiative ou une entreprise à caractère commercial au sens de la définition prévue à l’article 526 de la *Income Tax Act, 1952* [(R.-U.), 15 & 16 Geo. 6, ch. 10] britannique, mais bien un mécanisme totalement artificiel, étranger au commerce, élaboré pour obtenir un avantage fiscal.

[37] Je me trouve malheureusement dans l’obligation d’exprimer mon désaccord avec l’opinion que cette conclusion signifie que les actions privilégiées ne constituaient ni des biens en immobilisation ni des stocks. Lord Morris of Borth-y-Gest ne parlait pas des actions, mais bien des opérations elles-mêmes qui, selon lui, ne présentaient pas les caractéristiques associées au commerce des valeurs mobilières. En d’autres termes, il a répondu par la négative à la question qu’il avait définie à la page 108, c’est-à-dire que les opérations ne devaient pas être considérées comme des opérations commerciales de la nature de celles entreprises par un courtier en valeurs mobilières qui, en raison de la définition du terme «commerce» («*trades*») donnée à l’article 526, comprenaient toute initiative ou entreprise ayant une nature commerciale. Par conséquent, Finsbury n’avait pas acquis les actions pour en faire le commerce et celles-ci ne faisaient pas partie de son entreprise commerciale.

[38] En plus de mener à un résultat malheureux et peu souhaitable, le fait d’accepter en l’espèce la thèse de l’appelante selon laquelle les actions dépréciées ne constituent pas des biens en immobilisation ni des stocks nous obligerait à nous écarter de l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Friesen c. Canada*<sup>19</sup>.

[39] Or, dans cet arrêt, le juge Major, prononçant les motifs unanimes de la Cour sur ce point<sup>20</sup>, a statué que

which recognizes only two broad categories of property: inventory or capital property. Under the Act, the characterization of an item of property is linked to the type of income that such property will produce, i.e., business income or capital gain.

[40] The proposal of the appellant would create an undefined and elusive third category of property not contemplated by the Act and unrelated to the type of income or sources of revenues envisaged by the Act. It is not clear on what basis then the profits resulting from the disposition of the shares could be taxed in the hands of the seller or the losses deducted. It would create in the Act an unwarranted vacuum as well as uncertainty with respect to the characterization of items of property. Counsel for the appellant has been unable to explain what these loss shares would become or what status they would have if we were to accede to his submission and find that they were neither capital nor inventory property. In my view, the position advanced by the appellant is untenable and the characterization of the loss shares stands to be decided by reference to the two income-related categories established by the Act.

[41] In this respect, the Tax Court Judge correctly found that the shares owned by Coseka were a capital asset, the sale of which would have normally given rise to a capital gain or a capital loss. As it turned out, the shares were a bad investment. I agree with the learned Judge that Coseka's decision to sell their bad investment on terms as favourable as possible did not change the nature of that investment or of its use. I would reject the appellant's submission that the shares were not capital property throughout the transactions.

[42] Like my colleagues in the *Nova Corp.* case, I am disturbed by the fact that a corporation, such as the respondent, was able to repatriate losses in the amount of 92 millions incurred in the United States and thereby reduce its Canadian tax liability. However, as Desjardins J.A. pointed out in the *Nova Corp.* case,

la Loi met en place un régime simple qui ne reconnaît que deux grandes catégories de biens: les stocks et les biens en immobilisation. Selon la Loi, la qualification d'un bien est liée au genre de revenu que celui-ci produira, savoir un revenu d'entreprise ou un gain en capital.

[40] La thèse de l'appelante donnerait naissance à une troisième catégorie de biens, vague et indéterminée, qui n'est pas envisagée dans la Loi ni reliée au genre de revenu ou de sources de revenu visés par la Loi. Il est difficile de savoir sur quelle base il serait alors possible de déduire les pertes ou d'imposer le vendeur pour les profits réalisés par suite de la disposition des actions. Cette situation entraînerait un vide injustifié dans la Loi de même que de l'incertitude quant à la qualification des différents biens. L'avocat de l'appelante n'a pu expliquer ce qu'il adviendrait de ces actions dépréciées ni préciser le statut qui leur serait accordé si nous acceptions son argument et arrivions à la conclusion qu'il ne s'agissait ni de biens en immobilisation ni de stocks. À mon avis, la thèse avancée par l'appelante est insoutenable, et il faut décider de la qualification des actions dépréciées en fonction des deux catégories fondées sur le revenu établies par la Loi.

[41] À cet égard, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a à juste titre conclu que les actions appartenant à Coseka constituaient des immobilisations puisque leur vente aurait normalement donné lieu à un gain en capital ou à une perte en capital. Le placement s'est finalement révélé infructueux. Je conviens avec le juge que la décision de Coseka de vendre ce mauvais placement aux conditions les plus avantageuses possible n'a pas changé la nature de ce placement ou de son utilisation. Je rejeterais l'argument de l'appelante voulant que les actions n'aient pas constitué des biens en immobilisation lors de toutes les opérations.

[42] À l'instar de mes collègues dans l'arrêt *Nova Corp.*, je suis préoccupé par le fait qu'une société, comme l'intimée, ait été en mesure de rapatrier des pertes de 92 millions de dollars subies aux États-Unis et d'ainsi réduire sa responsabilité fiscale au Canada. Cependant, comme le juge d'appel Desjardins l'a

we are concerned here with the legality of the transaction, not its morality. I am bound by the law which existed at the time and which allowed for this kind of transaction.

[43] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

ROTHSTEIN J.: I concur.

<sup>1</sup> [1997] 3 C.T.C. 291 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1997] 3 S.C.R. xiii.

<sup>2</sup> [1996] 3 All E.R. 105 (H.L.).

<sup>3</sup> [1998] 2 S.C.R. 358, at p. 366.

<sup>4</sup> [1997] 3 C.T.C. 291 (F.C.A.).

<sup>5</sup> Appeal Book, vol. 1, at p. 43, para. (y).

<sup>6</sup> See the testimony of Mr. Kirwin, Appeal Book, vol. 3, at pp. 278-279 and 285.

<sup>7</sup> Appeal Book, vol. 1, at p. 46, para. (c).

<sup>8</sup> *Id.*, at p. 49, para. 21.

<sup>9</sup> *Continental Bank of Canada v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 358, at p. 366.

<sup>10</sup> The validity of this practice was confirmed by this Court in *Wiebe (J.E.) v. M.N.R.*, [1989] 1 C.T.C. 411 (F.C.A.). See also *Wiebe (J.E.) v. M.N.R.*, [1988] 1 C.T.C. 2308 (T.C.C.); *Camp Kahquah Corp. v. Canada*, [1998] T.C.J. No. 397 (T.C.C.) (QL); *Bowens v. R.* (1994), 5 C.C.P.B. 47 (T.C.C.); *McKervey A. v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2015 (T.C.C.).

<sup>11</sup> [1990] 1 C.T.C. 433 (F.C.T.D.).

<sup>12</sup> The coming into force provision [s. 63.1(3)] states that the subsection is applicable to appeals disposed of after the day on which the Act is assented to:

63.1 . . .

**(3) Subsections (1) and (2) are applicable to appeals disposed of after the day on which this Act is assented to.**

S. 152(9) clearly establishes that the term “appeal” therein refers to an appeal made under the *Income Tax Act* that was pending before the Tax Court at the time of the Royal Assent. The subsection does not apply to an appeal launched under the Federal Court Act which, as this one, was still pending.

<sup>13</sup> *Continental Bank of Canada v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 358, at p. 366.

<sup>14</sup> *Nova Corp. of Alberta v. R.*, [1997] 3 C.T.C. 291 (F.C.A.).

<sup>15</sup> *Id.*, at pp. 307-308.

<sup>16</sup> [1998] 4 C.T.C. 2424 (T.C.C.), at p. 2431.

<sup>17</sup> [1997] 3 C.T.C. 291 (F.C.A.), at p. 307.

signalé dans l’affaire *Nova Corp.*, il s’agit en l’espèce d’examiner la légalité et non la moralité de l’opération. Je suis lié par les règles de droit qui existaient à l’époque et qui autorisaient ce genre d’opération.

[43] Pour ces motifs, je rejetterais l’appel avec dépens.

LE JUGE ROTHSTEIN: Je souscris à ces motifs.

<sup>1</sup> [1997] 3 C.T.C. 291 (C.A.F.); autorisation d’interjeter appel à la C.S.C. refusée, [1997] 3 R.C.S. xiii.

<sup>2</sup> [1966] 3 All E.R. 105 (H.L.).

<sup>3</sup> [1998] 2 R.C.S. 358, à la p. 366.

<sup>4</sup> [1997] 3 C.T.C. 291 (C.A.F.).

<sup>5</sup> Dossier d’appel, vol. 1, à la p. 43, par. (y).

<sup>6</sup> Voir le témoignage de M. Kirwin, dossier d’appel, vol. 3, aux p. 278, 279 et 285.

<sup>7</sup> Dossier d’appel, vol. 1, à la p. 46, par. (c).

<sup>8</sup> *Id.*, à la p. 49, para. 21.

<sup>9</sup> *Banque Continentale du Canada c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 358, à la p. 366.

<sup>10</sup> La validité de cette pratique a été confirmée par la présente Cour dans l’arrêt *Wiebe (J.E.) c. M.R.N.*, [1989] 1 C.T.C. 411 (C.A.F.). Voir également les affaires suivantes: *Wiebe (J.E.) c. M.R.N.*, [1988] 1 C.T.C. 2308 (C.C.I.); *Camp Kahquah Corp. c. Canada*, [1998] A.C.I. n° 397 (C.C.I.) (QL); *Bowens c. R.* (1994), 5 C.C.P.B. 47 (C.C.I.); *McKervey A. c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2015 (C.C.I.).

<sup>11</sup> [1990] 1 C.T.C. 433 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>12</sup> La disposition modificatrice [art. 63.1(3)] énonce que le paragraphe s’applique aux appels réglés après la date de sanction de la Loi:

63.1 [. . .]

**(3) Les paragraphes (1) et (2) s’appliquent aux appels réglés après la date de sanction.**

L’art. 152(9) établit sans équivoque que le terme «appel» employé dans cette disposition renvoie aux appels interjetés en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui étaient en instance devant la Cour canadienne de l’impôt au moment de la sanction royale. Ce paragraphe ne s’applique pas aux appels formés sous le régime de la *Loi sur la Cour fédérale* qui, comme en l’espèce, étaient toujours en instance.

<sup>13</sup> *Banque Continentale du Canada c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 358, à la p. 366.

<sup>14</sup> *Nova Corp. of Alberta c. R.*, [1997] 3 C.T.C. 291 (C.A.F.).

<sup>15</sup> *Id.*, aux p. 307 et 308.

<sup>16</sup> [1998] 4 C.T.C. 2424 (C.C.I.), à la p. 2431.

<sup>17</sup> [1997] 3 C.T.C. 291 (C.A.F.), à la p. 307.

<sup>18</sup> *Bell v. Cessna Aircraft Co.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 509 (B.C.C.A.), at p. 511; *Janssen Pharmaceutica Inc. v. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 179 (F.C.A.).

<sup>19</sup> [1995] 3 S.C.R. 103.

<sup>20</sup> See p. 121, where Iacobucci and Gonthier JJ. agree with this view.

<sup>18</sup> *Bell v. Cessna Aircraft Co.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 509 (C.A.C.-B.), à la p. 511; *Janssen Pharmaceutica Inc. c. Apotex Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 179 (C.A.F.).

<sup>19</sup> [1995] 3 R.C.S. 103.

<sup>20</sup> Voir la p. 121 où les juges Iacobucci et Gonthier souscrivent à cette opinion.

IMM-4836-98

IMM-4836-98

Ali Faghihi (*Applicant*)Ali Faghihi (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(*défendeur*)

**INDEXED AS: FAGHIHI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)**

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

Trial Division, Evans J.—Toronto, August 11; Ottawa, August 17, 1999.

Section de première instance, juge Evans—Toronto, 11 août; Ottawa, 17 août 1999.

*Citizenship and Immigration — Immigration practice — Judicial review of Refugee Division's refusal to reopen hearing — Two-member panel of Refugee Division dismissing Convention refugee claim — One of those members subsequently dismissing application to reopen claim — Immigration Act, s. 69.1(7), prescribing two-member quorum, applying only to hearings "under this section", i.e. hearing into refugee claim, abandonment thereof — In absence of statutory provision dealing with quorum, tribunal having implicit discretion over process by which discharges statutory responsibilities, subject to limitations expressly, impliedly imposed by enabling Act, other statutes, delegated legislation, including statutory rules of procedure, principles of administrative law, Constitution — Immigration Act neither expressly, nor impliedly requiring two members to hear application to reopen — Interpretation Act, s. 22(2), providing quorum comprise at least half members, not applicable as Immigration Act not prescribing number of members who may be appointed to Refugee Division — S. 22(2) applies only to bodies in respect of which Parliament fixing number of members to be appointed — Nothing in CRDD Rules requiring motions to reopen be heard by two-member panels — Implicit discretion over own process not displaced by presumption against sub-delegation of exercise of statutory powers affecting rights of individuals — Question certified: is Refugee Division properly constituted by single member when determining motion to reopen decision dismissing refugee claim on ground of procedural unfairness?*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire du refus de la section du statut de réfugié de rouvrir l'audience — Un tribunal de la section du statut de réfugié constitué de deux membres a rejeté une demande de statut de réfugié au sens de la Convention — L'un de ces deux membres a par la suite rejeté la requête de rouvrir l'audience — L'art. 69.1(7) de la Loi sur l'immigration, qui prévoit qu'il faut deux membres pour constituer un quorum, ne s'applique qu'à une audience «tenue dans le cadre du présent article», soit une audience relative à une revendication du statut de réfugié ou à un désistement d'une revendication — À défaut d'un texte de loi traitant du quorum, le tribunal a un pouvoir discrétionnaire implicite à l'égard du processus par lequel il s'acquitte des responsabilités que lui confère la loi, sous réserve de toute limite expresse ou implicite dans sa loi habilitante, dans toute autre loi ou dans la législation déléguée, y compris les règles de procédure, dans les principes de droit administratif et dans la Constitution — La Loi sur l'immigration n'exige ni expressément, ni implicitement que deux membres siègent pour juger une demande de réouverture — L'art. 22(2) de la Loi d'interprétation, qui fixe le quorum à la moitié de l'effectif, ne s'applique pas car la Loi sur l'immigration ne précise pas le nombre de membres qui peuvent être nommés à la section du statut de réfugié — L'art. 22(2) ne s'applique qu'aux organismes où le nombre de membres à nommer est fixé par le législateur — Rien dans les Règles de la SSR n'exige que les requêtes de réouverture soient entendues par des tribunaux de deux membres — Le pouvoir discrétionnaire implicite à l'égard de leur processus n'est pas affecté par la présomption interdisant la sous-délégation de l'exercice des pouvoirs conférés par un texte de loi qui touchent aux droits des personnes — Question certifiée: la section du statut de réfugié est-elle dûment constituée par un seul membre pour trancher une requête de réouverture d'une décision rejetant une revendication du statut de réfugié, au motif d'une infraction à l'équité procédurale?*

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — Presumption against sub-delegation of exercise of statutory*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Présomption qu'on ne peut sous-déléguer l'exercice des*

*powers affecting rights of individuals — Application to reopen refugee hearing heard by one member only — Presumption excluded where nature of statutory scheme so indicating — Statutory scheme revealing Parliament's intention to avoid protraction of refugee determination process — Refugee Division's discretion over own process not displaced by presumption — To require motions be heard by two members unjustifiably diverting resources from CRDD's job: determining refugee claims.*

This was an application for judicial review of the Refugee Division's refusal to reopen a hearing. A two-member panel of the Refugee Division dismissed the applicant's Convention refugee claim, finding that his evidence was not credible, and that he had not established a well-founded fear of persecution. The application to reopen the claim was based on an allegation that, as a result of an inaccurate interpretation, Iran was wrongly entered on his Personal Information Form (PIF) as the applicant's country of nationality. Relying on this statement, and finding no evidence to contradict it, and concluding that the applicant had no well-founded fear of persecution in Iran, the Refugee Division did not inquire further into the applicant's claim to fear persecution in Iraq. This argument was rejected, in part because any translation difficulties had been cleared up prior to the hearing. The applicant's second submission was that, as a specialist agency, the Refugee Division was under a duty to inquire into the statement on the PIF that the applicant was a national of Iran. The application to reopen was decided by a single member of the Refugee Division, one of the two members who had heard the claim.

The issues were: (1) whether the Refugee Division was properly constituted when a single member decided the applicant's motion to reopen; and (2) whether the Refugee Division erred in law when it concluded that there had been no breach of the duty of procedural fairness in the rejection of the applicant's refugee claim.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) Subsection 69.1(7), which provides that two members constitute a quorum of the Refugee Division for the purposes of "a hearing under this section", did not apply because this was not one of the two kinds of hearing held pursuant to section 69.1—a hearing into a person's claim to be a refugee, and a hearing into the abandonment of a refugee claim.

In the absence of a statutory provision expressly dealing with the quorum required for an application to reopen a

*pouvoirs conférés par un texte de loi qui touchent aux droits des personnes — Demande de réouverture de l'audience de revendication du statut de réfugié tranchée par un seul membre — La présomption est écartée lorsque l'économie de la loi indique qu'elle n'est pas appropriée—L'économie de la loi fait ressortir l'intention du législateur d'éviter qu'on allonge plus qu'il ne faut le processus de détermination du statut de réfugié — Le pouvoir discrétionnaire de la section du statut de réfugié n'est pas affecté par la présomption — Le fait d'exiger que deux membres siègent sur chacune des requêtes détournerait sans raison des ressources de la réalisation de l'objectif de la SSR: trancher les revendications du statut de réfugié.*

La présente demande de contrôle judiciaire porte sur le refus de la section du statut de réfugié de rouvrir une audience. Un tribunal de la section du statut de réfugié constitué de deux membres a rejeté la revendication du statut de réfugié du demandeur, ayant conclu que son témoignage n'était pas crédible et qu'il n'avait pas établi l'existence d'une crainte fondée de persécution. La demande de réouverture de la revendication était fondée sur l'allégation qu'une erreur de traduction avait fait inscrire à tort dans son Formulaire de renseignements personnels (FRP) que l'Iran était son pays de nationalité. S'appuyant sur cette déclaration et n'ayant aucune preuve la contredisant, et ayant conclu que le demandeur n'avait pas de crainte fondée de persécution en Iran, la section du statut de réfugié n'a pas examiné la prétention du demandeur qu'il craignait d'être persécuté en Iraq. Cet argument a été rejeté, en partie parce que les difficultés liées à la traduction avaient été réglées avant l'audience. Le demandeur soutient en second lieu que la section du statut de réfugié, en tant qu'organisme spécialisé, avait le devoir d'examiner la déclaration dans le FRP que le demandeur était un citoyen de l'Iran. La demande de réouverture a été tranchée par un seul membre de la section du statut de réfugié, l'un des deux membres qui avaient entendu la revendication.

Les questions en litige sont: 1) la section du statut de réfugié était-elle dûment constituée lorsqu'un seul membre a tranché la requête de réouverture du demandeur; et 2) la section du statut de réfugié a-t-elle commis une erreur de droit en concluant qu'il n'y avait pas eu d'infraction à l'équité procédurale dans le rejet de la revendication du statut de réfugié du demandeur?

*Jugement*: la demande est rejetée.

1) Le paragraphe 69.1(7), qui prévoit que le quorum de la section du statut lors d'une audience «tenue dans le cadre du présent article» est constitué de deux membres, ne s'applique pas car il ne s'agit pas ici d'une des deux sortes d'audiences tenues conformément à l'article 69.1—une audience relative à une revendication du statut de réfugié, et une audience en cas de désistement d'une revendication.

À défaut d'un texte de loi traitant expressément du quorum exigé dans le cadre de la réouverture d'une décision

decision on the ground of procedural unfairness, tribunals are masters of their own procedure and have an implicit discretion over the process by which they discharge their statutory responsibilities. This implicit discretion, including authority for the tribunal to decide how many members to assign to hear a particular matter, is subject to any limitations expressly or impliedly imposed by the tribunal's enabling Act, or any other statute, delegated legislation, including statutory rules of procedure, the principles of administrative law, and the Constitution.

There is no express power conferred on the Refugee Division to reopen its decision on the ground of procedural unfairness, but case law has established that the Refugee Division has an implicit power to rehear when a breach of procedural fairness has been made out. The Court was not, however, satisfied that, by clear implication, the statute requires that two members also hear a motion requesting a reopening.

*Interpretation Act*, subsection 22(2) provides that a quorum of a statutory body comprises at least half of its members, but this applies only to bodies in respect of which Parliament has fixed the number of members to be appointed. Since the *Immigration Act* does not prescribe the number of members who may be appointed to the Refugee Division, this statutory presumption does not apply to it.

A request to reopen a decision of the Refugee Division must take the form of an application to the Refugee Division and since the Rules do not otherwise provide, and it does not arise in the course of a hearing, the application to reopen must be made by motion pursuant to *Convention Refugee Determination Division Rules*, subrule 28(1). But that rule is silent as to the composition of the Refugee Division when deciding motions. Rule 29 provides that in the event of a split decision on an interlocutory matter the presiding member shall have the deciding vote. A motion to reopen a decision is an interlocutory matter, because if granted it will simply open the gate to a redetermination of the claim by the Refugee Division. While rule 29 contemplates the use of two-member panels to determine motions on interlocutory matters because a single-member panel is incapable of producing a "split decision", it does not make two-member panels mandatory. Rule 29 is simply irrelevant when an interlocutory matter is heard by a single member. Furthermore, rule 29 is an exception to the principle that the vote of only one member of a panel of the Refugee Division is required for a decision to be rendered in favour of the claimant. Hence the fact that part of the rationale of two-member panels does not apply to the determination of interlocutory matters weakens the argument for finding that one member may not determine them. Nothing in the Rules requires that motions to reopen be heard by two-member panels.

au motif qu'elle est viciée par suite d'un manquement à l'équité procédurale, les tribunaux sont maîtres de leur procédure et ils ont un pouvoir discrétionnaire implicite à l'égard du processus par lequel ils s'acquittent des responsabilités que leur confère la loi. Ce pouvoir discrétionnaire implicite, qui comprend le droit pour le tribunal de décider combien de membres siégeront pour entendre une affaire donnée, est soumis à toutes les limites expresses ou implicites qui se trouvent dans sa loi habilitante, dans toute autre loi ou dans la législation déléguée, dont les règles de procédure, ainsi que dans les principes du droit administratif et dans la Constitution.

La section du statut de réfugié n'a pas reçu explicitement le pouvoir de rouvrir sa décision au motif qu'il y aurait eu infraction à l'équité procédurale, mais la jurisprudence a établi qu'elle a implicitement le pouvoir de reprendre l'audition lorsqu'il est démontré qu'il y a eu infraction aux règles de l'équité procédurale. La Cour n'était pas toutefois convaincue que la loi suppose nécessairement que deux membres doivent entendre une requête de réouverture.

Le paragraphe 22(2) de la *Loi d'interprétation* fixe le quorum de tout organisme constitué par un texte de loi à la moitié de l'effectif, mais cette disposition ne s'applique qu'aux organismes où le nombre de membres à nommer est fixé par le législateur. Comme la *Loi sur l'immigration* ne précise pas le nombre de membres qui peuvent être nommés à la section du statut de réfugié, cette présomption ne s'applique pas en l'instance.

Une démarche de réouverture d'une décision de la section du statut de réfugié doit prendre la forme d'une demande à la section du statut de réfugié et comme les Règles ne prévoient rien d'autre et que la question n'est pas soulevée au cours d'une audience, la demande de réouverture doit être faite par voie de requête en vertu des *Règles de la section du statut de réfugié*, paragraphe 28(1). Mais cette règle ne traite pas de la composition de la section du statut de réfugié lorsqu'elle doit se prononcer sur des requêtes. La règle 29 prévoit qu'en cas de décision partagée en matière interlocutoire, le président de l'audience a voix prépondérante. Une requête demandant la réouverture d'une décision est une matière interlocutoire, puisque si elle était accueillie elle ouvrirait simplement la voie à un réexamen de la revendication par la section du statut de réfugié. Bien que la règle 29 suppose que les matières interlocutoires seront entendues par un tribunal de deux membres, puisqu'un tribunal constitué d'un seul membre ne peut arriver à une «décision partagée», elle ne les rend pas obligatoires. La règle 29 ne s'applique tout simplement pas lorsqu'une matière interlocutoire est entendue par un seul membre. De plus, la règle 29 est une exception au principe qu'on trouve dans la Loi qu'il suffit d'un avis favorable d'un seul membre d'un tribunal de la section du statut de réfugié pour qu'un demandeur ait gain de cause. Par conséquent, le fait qu'une partie du raisonnement qui fonde les tribunaux à deux membres ne s'applique pas aux décisions en matière interlocutoire vient

The principle of administrative law relevant to limiting the discretion of the Refugee Division to assign a single member to determine a motion to reopen is the presumption against the sub-delegation of the exercise of statutory powers that affect the rights of individuals, especially when the powers in question are of an adjudicative nature. But the presumption against sub-delegation will be excluded if the nature of the statutory scheme so indicates. The Refugee Division's implicit discretion over its own process, which *prima facie* enables it to allocate one member to hear a motion to reopen, is not displaced by the presumption against sub-delegation. To require that two members be assigned to all motions when not clearly so required by the Act would unjustifiably divert resources from the Refugee Division's main activity, the determination of refugee claims. Further, it was apparent from several aspects of the statutory scheme that Parliament was concerned to avoid a protraction of the determination process beyond the time required for affording claimants a fair hearing. Two members are not required to decide an interlocutory matter in a proceeding that is not even expressly provided for in the Act.

(2) When the Refugee Division had no reason to suspect that an error had occurred, a *bona fide* mistranslation prior to a hearing that leads to the introduction of erroneous documentary evidence is not a denial of the fair hearing to which an applicant is in law entitled. The kind of error herein does not so undermine the integrity of the hearing as to render it a travesty, especially since the applicant had ample opportunity at the hearing to establish that he could not return to Iran.

Although applicant's second submission was not dealt with specifically, the Refugee Division member's reasons adequately disposed of it by indicating that the applicant had not provided any evidence that Iranian authorities would not permit him to return, or that he would be deported to Iraq. Furthermore, the applicant was represented at his refugee hearing by experienced counsel, who could have brought to the panel's attention any relevant material.

The following question was certified: Is the Refugee Division properly constituted by a single member when determining a motion to reopen, on the ground of procedural unfairness, a decision of a panel dismissing the applicant's claim to be recognized as a refugee in Canada?

affaiblir l'argument qui veut qu'un seul membre ne puisse les rendre. Rien dans les Règles n'exige que les requêtes de réouverture soient entendues par des tribunaux de deux membres.

Le principe de droit administratif pertinent, lorsqu'il s'agit de limiter le pouvoir discrétionnaire de la section du statut de réfugié de confier l'audition d'une requête pour réouverture à un seul membre, est la présomption qu'on ne peut sous-déléguer l'exercice des pouvoirs conférés par un texte de loi qui touchent aux droits des personnes, surtout lorsque ces pouvoirs sont de nature juridictionnelle. La présomption interdisant la sous-délégation ne s'appliquera pas si l'économie de la loi indique qu'elle n'est pas appropriée. Le pouvoir discrétionnaire implicite de la section du statut de réfugié quant à sa propre procédure, qui lui permet *prima facie* de ne nommer qu'un membre pour entendre une requête de réouverture, n'est pas affecté par la présomption interdisant la sous-délégation. Le fait d'exiger que deux membres siègent sur chacune des requêtes alors que la Loi ne l'exige pas clairement détournerait sans raison des ressources de la réalisation de l'objectif principal de la section du statut de réfugié: trancher les revendications du statut de réfugié. De plus, l'économie de la loi fait ressortir de diverses façons le fait que le législateur désirait éviter qu'on allonge le processus plus qu'il ne faut pour permettre aux demandeurs d'avoir une audience équitable. Il n'est pas nécessaire que deux membres siègent pour décider d'une matière interlocutoire dans une procédure qui n'est même pas prévue expressément par la Loi.

2) Lorsque la section du statut de réfugié n'a aucune raison de penser qu'on a commis une erreur, une erreur de traduction commise de bonne foi avant une audience et qui mène à la présentation d'une preuve documentaire erronée ne constitue pas un refus d'accorder au demandeur l'audience équitable à laquelle il a droit. Ce genre d'erreur n'a pas un impact tel sur l'intégrité de l'audience que celle-ci en serait déconsidérée, surtout que le demandeur a eu toutes les occasions voulues à l'audience de démontrer qu'il ne pouvait retourner en Iran.

Bien qu'on n'ait pas traité la deuxième allégation du demandeur de façon explicite, les motifs du membre de la section du statut de réfugié la règlent adéquatement en faisant remarquer que le demandeur n'a produit aucune preuve à l'audience portant que les autorités iraniennes ne lui permettraient pas de revenir, ou qu'il serait déporté en Iraq. De plus, le demandeur a été représenté à l'audience sur sa revendication du statut de réfugié par des avocats expérimentés, qui auraient pu porter à l'attention du tribunal toute l'information pertinente.

La question suivante a été certifiée: Lorsqu'elle doit trancher une requête de réouverture d'une décision d'un tribunal rejetant une revendication du statut de réfugié au Canada, au motif qu'il y a eu infraction à l'équité procédurale, la section du statut de réfugié est-elle dûment constituée en ne siégeant qu'avec un membre?

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Convention Refugee Determination Division Rules*, SOR/93-45, RR. 28, 29.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 35 (rep. by S.C. 1992, c. 49, s. 25), 46.01(1)(c) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36), 59 (as am. *idem*, s. 49), 69.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60), 69.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 61), 82.1(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73), 83(1) (as am. *idem*, s. 73).

*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 22(2).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## DISTINGUISHED:

*Ihunwo v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 58 (F.C.A.); *Said v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 194; 129 N.R. 229 (F.C.A.); *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 10 Imm. L.R. (2d) 1; 104 N.R. 50 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Prasad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of the refusal by a single member of the Refugee Division to reopen a hearing originally heard by two members. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Michael T. Crane* for applicant.  
*Andrea M. Horton* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Michael T. Crane*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 22(2).

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 35 (abrogé par L.C. 1992, ch. 49, art. 25), 46.01(1)(c) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36), 59 (mod., *idem*, art. 49), 69.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60), 69.2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18), 82.1(1) (édicte, *idem*, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73), 83(1) (mod., *idem*).

*Règles de la section du statut de réfugié*, DORS/93-45, règles 28, 29.

## JURISPRUDENCE

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Ihunwo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 58 (C.A.F.); *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 194; 129 N.R. 229 (C.A.F.); *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 10 Imm. L.R. (2d) 1; 104 N.R. 50 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Prasad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 560; (1989), 57 D.L.R. (4th) 663; [1989] 3 W.W.R. 289; 36 Admin. L.R. 72; 7 Imm. L.R. (2d) 253; 93 N.R. 81; *Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 288; (1990), 44 Admin. L.R. 264; 10 Imm. L.R. (2d) 312; 114 N.R. 280 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus d'un membre de la section du statut de réfugié siégeant seul de rouvrir une audience entendue à l'origine par deux membres. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Michael T. Crane* pour le demandeur.  
*Andrea M. Horton* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Michael T. Crane*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

EVANS J.:

#### A. INTRODUCTION

[1] In 1995 a two-member panel of the Refugee Division dismissed Ali Faghihi's claim to be a refugee by virtue of a well-founded fear of persecution on account of his political opinions and ethnicity.

[2] The panel did not find his evidence to be credible. It also held that the treatment that the applicant alleged that he had suffered in Iran did not support a well-founded fear of persecution within the Convention's definition of a refugee.

[3] Four months after this decision the Court dismissed an application by Mr. Faghihi for leave to apply for judicial review because he had not filed an application record.

[4] Mr. Faghihi applied to the Refugee Division to reopen its decision more than two years after it had rejected his refugee claim. He alleged that an error in the translation of his Personal Information Form (PIF), of which he had been unaware, had led the panel to make an erroneous finding that was crucial to his claim. It found that he was a citizen of Iran, to which, it concluded, he could safely return without fear of persecution. Hence, it did not consider his claim to fear persecution in Iraq, which he now says is his only country of nationality.

[5] The application to reopen was made by a motion that was decided by a single member of the Refugee Division, Mr. Bubrin, who had been one of the two members who had heard and dismissed Mr. Faghihi's refugee claim. Mr. Bubrin dispensed with an oral hearing, as he was empowered to do by subrule 28(9) of the *Convention Refugee Determination Division*

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

LE JUGE EVANS:

#### A. INTRODUCTION

[1] En 1995, un tribunal de la section du statut de réfugié constitué de deux membres a rejeté la revendication présentée par Ali Faghihi, qui demandait le statut de réfugié au motif d'une crainte fondée de persécution par suite de ses opinions politiques et de son origine ethnique.

[2] Le tribunal a conclu que son témoignage n'était pas crédible. Il a aussi conclu que le traitement auquel le demandeur déclarait avoir été soumis en Iran ne justifiait pas une crainte fondée de persécution aux termes de la définition de réfugié au sens de la Convention.

[3] Quatre mois après cette décision, la Cour a rejeté une demande d'autorisation de contrôle judiciaire présentée par M. Faghihi, au motif qu'il n'avait pas produit son dossier de demande.

[4] Plus de deux ans après le rejet de sa revendication de réfugié, M. Faghihi s'est adressé à la section du statut de réfugié en lui demandant de rouvrir sa décision. Il a prétendu que, par suite d'une erreur dans la traduction de sa Formule de renseignements personnels (FRP) erreur dont il n'avait pas eu connaissance, le tribunal avait tiré une conclusion de fait erronée qui touchait au cœur même de sa revendication. Le tribunal avait déterminé qu'il était un citoyen de l'Iran, avant de conclure qu'il pouvait y retourner sans crainte de persécution. Il n'avait donc pas tenu compte de sa crainte de persécution en Iraq, le seul pays dont il aurait, selon lui, la nationalité.

[5] La demande de réouverture, présentée par voie de requête, a été tranchée par un seul membre de la section du statut de réfugié, M. Bubrin, l'un des deux membres qui avaient entendu et rejeté la revendication de réfugié de M. Faghihi. M. Bubrin n'a pas tenu d'audience, comme il y était autorisé par le paragraphe 28(9) des *Règles de la section du statut de réfugié*,

*Rules*, SOR/93-45, and decided the motion on the basis of written submissions from counsel.

[6] Mr. Bubrin denied the motion, finding that no procedural unfairness had occurred in the hearing of Mr. Faghihi's refugee claim and that the Refugee Division accordingly had no jurisdiction to reopen its decision.

[7] In this application for judicial review the applicant requests that the dismissal of his motion to reopen be set aside on two grounds: that the Refugee Division was not properly constituted to determine the motion; and that the member who decided it made an error of law in concluding that there had been no breach of the duty of fairness when the Refugee Division dismissed the applicant's refugee claim.

## B. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: Was the Refugee Division properly constituted when a single member decided the applicant's motion to reopen?

[8] Counsel submitted that the decision made by Mr. Bubrin was not a decision of the Refugee Division because two members comprise a quorum, and the applicant had not consented to the determination of the motion by a single-member panel.

[9] The provisions of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 of most direct relevance to this issue are found in section 69.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60].

69.1 (1) Subject to subsection (2), where a person's claim to be a Convention refugee is referred to the Refugee Division pursuant to section 46.02 or 46.03, the Division shall, as soon as is practicable, commence a hearing into the claim.

...

(7) Subject to subsection (8), two members constitute a quorum of the Refugee Division for the purposes of a hearing under this section.

DORS/93-45, et il a statué sur la requête au vu des observations écrites des avocats.

[6] M. Bubrin a rejeté la requête, concluant qu'il n'y avait pas eu infraction à l'équité procédurale lors de l'audience sur la revendication de statut de réfugié de M. Faghihi. En conséquence, la section du statut de réfugié n'avait pas compétence pour rouvrir sa décision.

[7] Dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire, le demandeur recherche l'annulation de la décision de rejeter sa requête de réouverture, pour les deux motifs suivants: que la section du statut de réfugié n'était pas dûment constituée pour trancher la requête; que le membre siégeant avait commis une erreur de droit en concluant à l'absence d'infraction à l'équité procédurale lors du rejet par la section du statut de réfugié de la revendication de réfugié du demandeur.

## B. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Question 1: La section du statut de réfugié était-elle dûment constituée lorsqu'un seul membre a tranché la requête de réouverture du demandeur?

[8] L'avocat du demandeur a soutenu que la décision de M. Bubrin n'était pas une décision de la section du statut de réfugié, parce qu'il faut deux membres pour constituer le quorum et que le demandeur n'avait pas consenti à ce que sa requête soit examinée par un seul membre.

[9] Les dispositions de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, les plus directement pertinentes en instance se trouvent à l'article 69.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60].

69.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2), la section du statut entend dans les meilleurs délais la revendication dont elle est saisie aux termes des articles 46.02 ou 46.03.

[. . .]

(7) Le quorum de la section du statut lors d'une audience tenue dans le cadre du présent article est constitué de deux membres.

...

(8) One member of the Refugee Division may hear and determine a claim under this section if the person making the claim consents thereto, and the provisions of this Part apply in respect of a member so acting as they apply in respect of the Refugee Division, and the disposition of the claim by the member shall be deemed to be the disposition of the Refugee Division.

...

(10) Subject to subsection (10.1), in the event of a split decision, the decision favourable to the person who claims to be a Convention refugee shall be deemed to be the decision of the Refugee Division. [Underlining added.]

[10] Subsection 69.1(7) applies only to “a hearing under this section”. Only two kinds of hearing are held pursuant to section 69.1. Subsection 69.1(1) provides for a hearing into a person’s claim to be a refugee, and subsection 69.1(6) provides for a hearing into the abandonment of a refugee claim. Subsection 69.1(7) does not therefore include a motion to reopen a decision dismissing a claim.

[11] In the absence of a statutory provision expressly dealing with the quorum required for an application to reopen a decision on the ground that it is vitiated by procedural unfairness, I start from the premise that tribunals are masters of their own procedure and have an implicit discretion over the process by which they discharge their statutory responsibilities: see, for example, *Prassad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 S.C.R. 561, at pages 568-569.

[12] I include within this implicit discretion an authority for the tribunal to decide how many members to assign to hear a particular matter. I was advised by counsel at the hearing that, in disposing of motions to reopen, the Refugee Division sometimes deploys one member and sometimes two, regardless of whether the claimant has consented to a determination of the motion by a single member.

[13] Striking a balance between the importance and complexity of a matter on the one hand, and the

[. . .]

(8) Si l’intéressé y consent, son cas peut être jugé par un seul membre de la section du statut; le cas échéant, les dispositions de la présente partie relatives à la section s’appliquent à ce membre et la décision de celui-ci vaut décision de la section.

[. . .]

(10) Sous réserve du paragraphe (10.1), en cas de partage, la section du statut est réputée rendre une décision en faveur de l’intéressé. [Soulignements ajoutés.]

[10] Le paragraphe 69.1(7) ne s’applique qu’à «une audience tenue dans le cadre du présent article». Il n’y a que deux sortes d’audiences qui sont tenues conformément à l’article 69.1. Le paragraphe 69.1(1) prévoit une audience relative à une revendication de statut de réfugié, et le paragraphe 69.1(6) prévoit une audience en cas de désistement d’une revendication. Le paragraphe 69.1(7) ne comprend donc pas une requête pour faire rouvrir une décision de rejet d’une revendication.

[11] À défaut d’un texte de loi traitant expressément du quorum exigé dans le cadre de la réouverture d’une décision au motif qu’elle est viciée par suite d’un manquement à l’équité procédurale, je pars du postulat que les tribunaux sont maîtres de leur procédure et qu’ils ont un pouvoir discrétionnaire implicite à l’égard du processus par lequel ils s’acquittent des responsabilités que leur confère la loi: voir, par exemple, *Prassad c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1989] 1 R.C.S. 561, aux pages 568 et 569.

[12] D’après moi, ce pouvoir discrétionnaire implicite comprend le droit pour le tribunal de décider combien de membres siégeront pour entendre une affaire donnée. L’avocate en l’instance m’a informé que la section du statut de réfugié, lorsqu’elle doit trancher des requêtes de réouverture, assigne parfois un membre, parfois deux, sans s’inquiéter de savoir si le demandeur a consenti à ce que sa requête soit jugée par un seul membre.

[13] La recherche de l’équilibre entre, d’une part, l’importance et la complexité d’une question, et,

efficient allocation of the tribunal's limited resources on the other, is something that is appropriately left to the tribunal, subject only to judicial review of the exercise of its discretion on the ground of unreasonableness.

[14] Of course, the implicit statutory discretion of any tribunal over its process is subject to any limitations expressly or impliedly imposed by its enabling Act or any other statute, delegated legislation, including statutory rules of procedure, the principles of administrative law, and the Constitution.

(a) The statutory scheme

[15] Counsel submitted that it would be inconsistent with the statutory scheme to permit a single member of the Refugee Division to decide a matter arising from a refugee claim. This is because when Parliament has provided in the *Immigration Act* for a quorum of the Refugee Division it has stipulated that hearings shall be by two-member panels, unless the claimant consents to a hearing by a single member.

[16] Further, the presence of two members, and the provision that a claim normally succeeds if only one member decides in favour of the claimant (subsections 69.1(10) and (10.1)), are of fundamental importance to the statutory protection provided to claimants against the erroneous rejection of their claims.

[17] In support of his argument counsel referred me to *Ihunwo v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 58 (F.C.A.) and *Said v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 194 (F.C.A.). It was held in these cases that, under the provisions of the *Immigration Act* then in force, an adjudicator sitting alone had no authority to determine a request to reopen a decision of a "credible basis tribunal" which was constituted under the Act by an adjudicator and a member of the Board.

[18] The Court held that an adjudicator's power to hear and determine a matter alone under section 35 of

d'autre part, la répartition efficace des ressources limitées d'un tribunal, est une question qui est du ressort de ce tribunal, sauf contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire au motif qu'il a été exercé de façon déraisonnable.

[14] Bien sûr, le pouvoir discrétionnaire implicite que la loi accorde à un tribunal quant à sa procédure est soumis à toutes les limites expresses ou implicites qui se trouvent dans sa loi habilitante, dans toute autre loi ou dans la législation déléguée (dont les règles de procédure dans les principes de droit administratif et dans la Constitution.

a) L'économie de la loi

[15] L'avocat du demandeur a soutenu qu'il serait contraire à l'économie de la loi d'autoriser un seul membre de la section du statut de trancher une question posée découlant d'une revendication du statut de réfugié. Ce serait le cas parce que lorsque le Parlement a fixé le quorum de la section du statut de réfugié dans la *Loi sur l'immigration*, il a prévu qu'il était de deux membres, sauf si le demandeur consentait à être entendu par un seul membre.

[16] De plus, la présence de deux membres ainsi que la disposition qui prévoit qu'il suffit de l'avis favorable d'un seul membre pour qu'on donne raison au demandeur (paragraphe 69.1(10) et (10.1)), sont au cœur même de la protection prévue par la loi contre le rejet indu des revendications.

[17] À l'appui de cet argument, l'avocat a cité *Ihunwo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 12 Imm. L.R. (2d) 58 (C.A.F.) et *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 16 Imm. L.R. (2d) 194 (C.A.F.). Dans ces affaires, on a décidé qu'en vertu des dispositions de la *Loi sur l'immigration* alors en vigueur, un arbitre siégeant seul n'avait pas compétence pour statuer sur une requête de réouverture d'une décision d'un tribunal établi en vertu de la Loi, constitué d'un arbitre et d'un membre de la Commission et «statuant en matière de minimum de fondement».

[18] La Cour a décidé que la compétence d'un arbitre d'entendre et trancher seul une question en

the Act did not apply to hearings in respect of matters within the jurisdiction of a “credible basis tribunal”.

[19] I do not find these cases helpful here. Section 35 has since been repealed [S.C. 1992, c. 49, s. 25], and “credible basis tribunals” are no longer part of the statutory decision-making scheme. Further, given the fact that “credible basis tribunals” comprised an adjudicator, who was a departmental official with no statutory guarantee of independence, and a member of the Refugee Division, which is, of course, an independent tribunal, it is hardly surprising that an adjudicator sitting alone was found to have no jurisdiction to decide any matters relating to the decision of a “credible basis tribunal”.

[20] Nor do I think that the rationale for the provision of two-member panels under the present Act is itself sufficient to establish that the scheme of the Act requires that, in the absence of the claimant’s consent, two members must hear an application to reopen. After all, the applicant’s claim was heard by a two-member panel, and he had a right, which he did not pursue, to seek leave to apply for judicial review.

[21] Indeed, there is no indication that Parliament ever turned its mind to conferring on the Refugee Division a power, exercisable at the instance of a previously unsuccessful claimant, to reopen its decision on the ground of procedural unfairness. Section 69.2 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 61] provides in certain circumstances for rehearings on the application of the Minister.

[22] Nonetheless, case law has established that the Refugee Division has an implicit power to rehear when a breach of procedural fairness has been made out: see, for example, *Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 288 (C.A.). However, such a hearing can hardly be said to

vertu de l’article 35 de la Loi ne s’étendait pas aux questions qui étaient de la compétence d’un «tribunal statuant en matière de minimum de fondement».

[19] Ces affaires ne nous aident guère en l’instance. L’article 35 a été abrogé [par L.C. 1992, ch. 49, art. 25] depuis lors et les «tribunaux statuant en matière de minimum de fondement» ne font plus partie du cadre de la prise de décision prévu par la loi. De plus, comme les «tribunaux statuant en matière de minimum de fondement» comprenaient un arbitre, qui était un fonctionnaire du Ministère qui n’offrait aucune garantie d’indépendance, ainsi qu’un membre de la section du statut de réfugié, qui est évidemment un tribunal indépendant, il n’est pas surprenant qu’on ait décidé qu’un arbitre siégeant seul n’avait pas compétence pour décider des questions rattachées à la décision d’un «tribunal statuant en matière de minimum de fondement».

[20] Je ne crois pas non plus que le raisonnement qui sous-tend la création de tribunaux de deux membres dans la présente Loi suffit pour emporter la conclusion que l’économie de la loi exige qu’à défaut du consentement du demandeur deux membres doivent siéger pour juger une demande de réouverture. Après tout, la revendication du demandeur a été entendue par un tribunal de deux membres et il avait le droit, qu’il n’a pas exercé, de demander l’autorisation d’obtenir le contrôle judiciaire.

[21] En fait, rien n’indique que le Parlement ait jamais envisagé de donner à la section du statut de réfugié le pouvoir de rouvrir sa décision, à la demande d’une personne dont la revendication avait été rejetée, au motif qu’il y aurait eu infraction à l’équité procédurale. L’article 69.2 [édicte par L.R.C. (1985), (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18] prévoit les circonstances dans lesquelles le ministre peut demander un réexamen.

[22] Malgré cela, la jurisprudence a établi que la section du statut de réfugié avait implicitement le pouvoir de reprendre l’audition lorsqu’il était démontré qu’il y avait eu infraction aux règles de l’équité procédurale: voir, par exemple, *Longia c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] 3

be within the central core of the Refugee Division's jurisdiction.

[23] Of course, if the motion is granted and a rehearing is held, subsection 69.1(7) will apply since the rehearing will be "a hearing into the claim" within subsection 69.1(1). However, I am not satisfied that by clear implication the statute requires that two members also hear a motion requesting a reopening.

(b) *Interpretation Act*

[24] Subsection 22(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, provides that a quorum of a statutory body comprises at least half of its members. However, this provision applies only to bodies where Parliament has fixed the number of members to be appointed. Since the *Immigration Act* does not prescribe the number of members who may be appointed to the Refugee Division (subsection 59(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 49]), this statutory presumption does not apply to it.

(c) *Convention Refugee Determination Division Rules*

[25] Rule 28 deals with motions. Subrule 28(1) provides that applications to the Refugee Division by a party shall be made by way of a motion, unless otherwise provided for in the Rules, or the application is made in the course of a hearing and the members decide to dispose of it in another manner.

[26] It would seem obvious that a request to reopen a decision of the Refugee Division must take the form of an application to the Refugee Division. And, since the Rules do not otherwise provide, and it does not arise in the course of a hearing, the application to reopen must be made by motion.

[27] Rule 28 says nothing about the composition of the Refugee Division when deciding motions. However, rule 29 is of some significance.

C.F. 288 (C.A.). Toutefois, on ne peut guère affirmer qu'il s'agit d'un pouvoir qui est au cœur de la compétence de la section du statut de réfugié.

[23] Bien sûr, si la requête est reçue et qu'on doit tenir une nouvelle audience, le paragraphe 69.1(7) s'appliquera puisque la nouvelle procédure sera «une audience sur la revendication dont elle est saisie» au sens du paragraphe 69.1(1). Je ne suis toutefois pas convaincu que la loi suppose nécessairement que deux membres doivent entendre une requête de réouverture.

b) *Loi d'interprétation*

[24] Le paragraphe 22(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, fixe le quorum de tout organisme constitué par un texte de loi à la moitié de l'effectif. Toutefois, cette disposition ne s'applique qu'aux organismes où le nombre de membres à nommer est fixé par le législateur. Comme la *Loi sur l'immigration* ne précise pas le nombre de membres qui peuvent être nommés à la section du statut de réfugié (paragraphe 59(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 49]), cette présomption ne s'applique pas en l'instance.

c) *Règles de la section du statut de réfugié*

[25] La règle 28 traite des requêtes. Le paragraphe 28(1) porte que les parties doivent présenter leurs demandes à la section du statut de réfugié par voie de requête, sauf si les Règles prévoient autre chose ou si la demande est présentée au cours d'une audience et que les membres décident d'une autre façon de procéder.

[26] Il semble évident qu'une démarche de réouverture d'une décision de la section du statut de réfugié doit prendre la forme d'une demande à la section du statut de réfugié. Comme les Règles ne prévoient rien d'autre et que la question n'est pas soulevée au cours d'une audience, la demande de réouverture doit être faite par voie de requête.

[27] La règle 28 ne traite pas de la composition de la section du statut de réfugié lorsqu'elle doit se prononcer sur des requêtes. Toutefois, la règle 29 a un certain intérêt ici.

29. In the event of a split decision on an interlocutory matter, the presiding member shall have the deciding vote.

[28] I am prepared to assume for present purposes that a motion to reopen a decision is an “interlocutory matter” because, if granted, it will not be a final disposition of the case. It will simply open the gate to a redetermination of the claim by the Refugee Division in accordance with section 69.1.

[29] It may be argued that rule 29 clearly contemplates that interlocutory matters will be heard by a panel of two members because a single-member panel is incapable of producing a “split decision”. Accordingly, motions to reopen cannot be determined by single-member panels.

[30] The fallacy of this argument is that, while rule 29 no doubt contemplates the use of two-member panels to determine motions on interlocutory matters, it does not make them mandatory. Rule 29 is simply irrelevant when an interlocutory matter is heard by a single member.

[31] Furthermore, rule 29 is an exception to the principle found in the Act that the vote of only one member of a panel of the Refugee Division is required for a decision to be rendered in favour of the claimant. Hence, the fact that part of the rationale of two-member panels does not apply to the determination of interlocutory matters weakens the argument for finding that one member may not determine them.

[32] Accordingly, I find nothing in the Rules to require that motions to reopen be heard by two-member panels. The implicit discretion of the Refugee Division over its own process is thus untrammelled.

(d) Administrative law principles

[33] The principle of administrative law relevant to limiting the discretion of the Refugee Division to

29. En cas de décision partagée en matière interlocutoire, le président de l'audience a voix prépondérante.

[28] Je suis disposé en l'instance à présumer qu'une requête demandant la réouverture d'une décision est une «matière interlocutoire», puisque si elle était accueillie elle ne trancherait pas le litige. Elle ouvrirait simplement la voie à un réexamen de la revendication par la section du statut de réfugié en vertu de l'article 69.1.

[29] On peut soutenir que la règle 29 suppose que les matières interlocutoires seront entendues par un tribunal de deux membres, puisqu'un tribunal constitué d'un seul membre ne peut arriver à une «décision partagée». En conséquence, les requêtes demandant une réouverture ne pourraient être tranchées par un tribunal d'un seul membre.

[30] Ce qui est faux dans cet argument, c'est que même si la règle 29 prévoit l'utilisation de tribunaux de deux membres pour trancher les requêtes en matière interlocutoire, elle ne les rend pas obligatoires. Lorsqu'une matière interlocutoire est entendue par un seul membre, la règle 29 ne s'applique tout simplement pas.

[31] De plus, la règle 29 fait exception au principe qu'on trouve dans la Loi qu'il suffit de l'avis favorable d'un seul membre d'un tribunal de la section du statut de réfugié pour qu'un demandeur ait gain de cause. Par conséquent, le fait qu'une partie du raisonnement qui fonde les tribunaux à deux membres ne s'applique pas aux décisions en matière interlocutoire vient affaiblir l'argument qui veut qu'un seul membre ne puisse les rendre.

[32] Par conséquent, je conclus que rien dans les Règles n'exige que les requêtes de réouverture soient entendues par des tribunaux de deux membres. Le pouvoir discrétionnaire implicite de la section du statut de réfugié de déterminer sa propre procédure n'est donc pas limité.

d) Principes de droit administratif

[33] Le principe de droit administratif pertinent, lorsqu'il s'agit de limiter le pouvoir discrétionnaire de

assign a single member to determine a motion to reopen is the presumption against the sub-delegation of the exercise of statutory powers that affect the rights of individuals, especially when the powers in question are of an adjudicative nature.

[34] Hence, since one-member panels are not expressly or by necessary implication authorized by statute in this context, and the power to reopen must be exercised on an adjudicative basis, the Refugee Division is not properly constituted by a single-member panel for the determination of a motion to reopen, unless the applicant has consented.

[35] The common law presumption against sub-delegation is, of course, much broader in scope than subsection 22(2) of the *Interpretation Act*. Nonetheless, in the absence of a statutory quorum provision for the determination of motions to reopen, it would be absurd to apply the non-delegation presumption to the Refugee Division so as to require the entire membership of the Division to hear motions to reopen.

[36] The Refugee Division comprises a very large number of members who are dispersed in local offices across Canada. Moreover, since the statute provides that two members of the Division constitute a quorum for discharging its principal responsibility, namely determining refugee claims, it would be whimsical in the extreme to require that all members must hear motions to reopen, especially since the Act does not even expressly confer on the Refugee Division the power to reopen its own decisions.

[37] A less extravagant and more plausible version of the argument would be that, when disposing of a motion to reopen, the Refugee Division must be constituted in its normal manner. Accordingly, a two-member panel is required unless the applicant consents to a single member.

la section du statut de réfugié de confier l'audition d'une requête pour réouverture à un seul membre, est la présomption qu'on ne peut sous-déléguer l'exercice des pouvoirs conférés par un texte de loi qui touchent aux droits des personnes, surtout lorsque ces pouvoirs sont de nature juridictionnelle.

[34] Par conséquent, comme les tribunaux d'un seul membre ne sont pas expressément ou par déduction nécessaire autorisés par la loi dans ce contexte, et que la compétence pour rouvrir doit être exercée sur une base juridictionnelle, la section du statut de réfugié ne serait pas dûment constituée par un tribunal d'un seul membre lorsqu'il s'agit de trancher une requête de réouverture, sauf si le demandeur y a consenti.

[35] La présomption de la common law que la sous-délégation n'est pas autorisée est, bien sûr, beaucoup plus vaste que ce qui est prévu au paragraphe 22(2) de la *Loi d'interprétation*. Néanmoins, à défaut d'une disposition de la loi prévoyant le quorum pour entendre une requête de réouverture, il serait absurde de s'en remettre à la présomption interdisant la sous-délégation pour exiger que tous les membres de la section du statut de réfugié siègent ensemble pour entendre les requêtes de réouverture.

[36] La section du statut de réfugié comprend un grand nombre de membres qui sont répartis dans des bureaux locaux à travers le Canada. De plus, comme la loi prévoit que deux membres de la section constituent le quorum lorsqu'il s'agit de statuer sur les revendications du statut de réfugié, ce qui est sa responsabilité principale, il serait fort saugrenu d'exiger que tous les membres siègent ensemble pour entendre les requêtes de réouverture, d'autant que la Loi n'autorise même pas expressément la section du statut de réfugié à rouvrir ses propres décisions.

[37] Une version moins extravagante et plus plausible de cet argument serait la suivante: lorsqu'elle doit trancher une requête demandant la réouverture, la section du statut de réfugié doit être constituée de la façon normale et, en conséquence, il faut que le tribunal ait deux membres sauf si le demandeur consent à ce qu'il n'y en ait qu'un seul.

[38] The presumption against sub-delegation is no more than a presumption, even when applied to the exercise of an adjudicative power, and will be excluded if the nature of the statutory scheme so indicates. Accordingly, the presumption will not apply when the costs in terms of agency efficiency, effectiveness and expeditiousness outweigh the benefits to the individual of a decision by the full body.

[39] In my opinion the Refugee Division's implicit discretion over its own process, which *prima facie* enables it to allocate one member to hear a motion to reopen, is not displaced by the presumption against sub-delegation. The Refugee Division has a high-volume caseload, which it is continually struggling to dispose of without undue delay and expense. To require that two members be assigned to all motions when not clearly so required by the Act would unjustifiably divert resources from the Refugee Division's main activity, namely the determination of refugee claims.

[40] Further, it is apparent from several aspects of the statutory scheme that Parliament was concerned to avoid a protraction of the determination process beyond the time required for affording claimants a fair hearing. For example, the Act restricts multiple claims by a previously unsuccessful applicant (paragraph 46.01(1)(c) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 36]); there is no statutory right of appeal on the merits to an appellate tribunal; an applicant requires leave to apply to this Court for judicial review (subsection 82.1(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73]); and an appeal may only be taken from this Court to the Court of Appeal if the judge who heard the application for judicial review has certified that the case involves a question of general importance (subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73]).

[41] With these considerations in mind I conclude that two members are not required to decide an

[38] La présomption interdisant la sous-délégation n'est rien d'autre qu'une présomption, même lorsqu'elle s'applique à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, et on peut l'écartier si l'économie de la loi indique qu'elle n'est pas appropriée. En conséquence, la présomption ne s'appliquera pas lorsque les coûts d'efficacité, d'efficience et de temps de traitement dépassent les avantages pour l'individu que la décision soit rendue par l'organisme dans son ensemble.

[39] À mon avis, le pouvoir discrétionnaire implicite de la section du statut de réfugié quant à sa propre procédure, qui lui permet *prima facie* de ne nommer qu'un membre pour entendre une requête de réouverture, n'est pas affecté par la présomption interdisant la sous-délégation. La section du statut de réfugié a une charge de travail très lourde, et elle s'évertue à traiter sans délai ou dépense déraisonnable. Si on exigeait que deux membres siègent sur chacune des requêtes alors que la Loi ne l'exige pas clairement, on détournerait sans raison des ressources qui devraient être consacrées à la réalisation de l'objectif principal de la section du statut de réfugié, savoir trancher les revendications du statut de réfugié.

[40] De plus, l'économie de la loi fait ressortir de diverses façons le fait que le Parlement désirait éviter qu'on allonge le processus plus qu'il ne faut pour permettre aux demandeurs d'avoir une audience équitable. Par exemple, La Loi interdit les revendications multiples d'une personne qui a déjà subi un refus (alinéa 46.01(1)c) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 36]); il n'y a pas de droit d'appel au fond à un tribunal d'appel; un demandeur doit avoir l'autorisation de la Cour pour présenter une demande de contrôle judiciaire (paragraphe 82.1(1) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73]); et on ne peut en appeler d'une décision de la Cour à la Cour d'appel fédérale que si le juge qui a entendu la demande de contrôle judiciaire a certifié que l'affaire soulève une question de portée générale (paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73]).

[41] Compte tenu de tous ces facteurs, je conclus qu'il n'est pas nécessaire que deux membres siègent

interlocutory matter in a proceeding that is not even expressly provided for in the Act. The power to reopen has been implied simply to avoid the necessity of obtaining a court order setting aside the dismissal of a refugee claim on the ground of procedural unfairness. The right to request the Board to reopen does not preclude an application to this Court for leave to apply for judicial review, a remedy that Mr. Faghihi started to pursue, but apparently abandoned.

[42] Accordingly, in my view it would be incompatible with the statutory scheme to require the Refugee Division to appoint a two-member panel to dispose of motions to reopen which are at the periphery of the Refugee Division's jurisdiction. Such a requirement would impose an unjustifiably burdensome restriction on its discretion over the allocation of the resources available to it to discharge its responsibilities.

Issue 2: Did the Refugee Division err in law when it concluded that there had been no breach of the duty of procedural fairness in the rejection of the applicant's refugee claim?

[43] I shall assume for the purpose of these reasons that the standard of correctness applies to the review of the member's conclusion that there had been no procedural unfairness in the determination of Mr. Faghihi's refugee claim. However, in view of the implicit, discretionary and residual nature of the power to reopen, and the various statutory provisions in the Act designed to restrict judicial review of decisions of the Refugee Division, it would seem arguable that a less demanding standard than correctness would be appropriate.

[44] The applicant made two submissions in writing to the Refugee Division in support of the motion to

pour décider d'une matière interlocutoire dans une procédure qui n'est même pas prévue expressément par la Loi. On a conclu à la compétence implicite de rouvrir un dossier simplement pour s'éviter d'avoir à obtenir une ordonnance de la Cour annulant le rejet d'une revendication du statut de réfugié pour cause de manquement à l'équité procédurale. Le droit de demander à la Commission de rouvrir un dossier n'exclut pas la présentation d'une demande d'autorisation à la Cour pour l'obtention du contrôle judiciaire, un recours que M. Faghihi avait amorcé mais qu'il a apparemment par la suite abandonné.

[42] En conséquence, je suis d'avis que le fait d'exiger que la section du statut de réfugié nomme des tribunaux de deux membres pour trancher des requêtes de réouverture, qui sont à la limite de la compétence de la section du statut de réfugié, serait contraire à l'économie de la loi. Une telle exigence imposerait une restriction importante et injustifiée à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de répartir les ressources dont elle dispose pour se décharger de ses responsabilités.

Question 2: La section du statut de réfugié a-t-elle commis une erreur de droit en concluant qu'il n'y avait pas eu d'infraction à l'équité procédurale dans le rejet de la revendication de statut de réfugié du demandeur?

[43] Aux fins des présents motifs, je présumerai que c'est la norme de la décision correcte qui s'applique à l'examen de la conclusion du membre qu'il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale dans l'examen de la revendication du statut de réfugié de M. Faghihi. Toutefois, compte tenu de la nature implicite, discrétionnaire, et résiduelle de la compétence de rouvrir un dossier, ainsi que des diverses dispositions de la Loi qui ont pour objectif de restreindre le contrôle judiciaire des décisions de la section du statut de réfugié, on pourrait soutenir qu'une norme moins exigeante que la norme de la décision correcte serait appropriée en l'espèce.

[44] Le demandeur a présenté deux allégations écrites à la section du statut de réfugié à l'appui de sa

reopen. First, as a result of an inaccurate interpretation during the preparation for the hearing of the applicant's refugee claim, Iran was wrongly entered on the PIF as his country of nationality. Relying on this statement and finding no evidence to contradict it, and concluding that the applicant had no well-founded fear of persecution in Iran, the Refugee Division did not inquire into Mr. Faghihi's further claim that he also feared persecution in Iraq. Further, the applicant did not discover the alleged error until after the hearing of his claim, so that his evidence at the hearing that the content of the PIF was accurate and that it had been properly translated to him was not determinative of the issue.

[45] Mr. Bubrin rejected this argument, in part because he found that any translation difficulties had been cleared up prior to the hearing. Moreover, counsel did not satisfy me that, when the Refugee Division had no reason to suspect that an error has occurred, a *bona fide* mistranslation prior to a hearing that leads to the introduction of erroneous documentary evidence is a denial of the fair hearing to which an applicant is in law entitled.

[46] Counsel relied on *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209 (C.A.), where the Court held that a woman who had been prevented by her husband's duress from putting before the Board her true circumstances had thereby been denied a fair hearing, even though the Board had done nothing wrong.

[47] In my view the position of a person who is intimidated from telling her story is quite different from that of Mr. Faghihi, who simply says that as a result of a mistranslation of one item in his PIF the Refugee Division made an erroneous finding about it. This kind of error does not so undermine the integrity of the hearing as to render it a travesty, especially since Mr. Faghihi had ample opportunity at the

demande de réouverture du dossier. Premièrement, il déclare qu'on a indiqué à tort que l'Iran était son pays de nationalité dans son FRP, par suite d'une traduction fautive durant la préparation de l'audience sur sa revendication du statut de réfugié. S'appuyant sur cette déclaration et n'ayant en sa possession aucune preuve la contredisant, et ayant conclu que le demandeur n'avait pas de crainte fondée de persécution en Iran, la section du statut de réfugié n'a pas examiné l'autre prétention de M. Faghihi selon laquelle il craignait d'être persécuté en Iraq. De plus, le demandeur n'a pas découvert l'erreur alléguée avant qu'on ait tranché sa revendication, ce qui fait que son témoignage à l'audience portant que le contenu du FRP était exact et qu'il en avait eu une traduction fidèle ne saurait être considéré comme réglant l'affaire.

[45] M. Bubrin a rejeté cet argument, en partie parce qu'il a conclu que les difficultés liées à la traduction avaient été réglées avant l'audience. De plus, l'avocat du demandeur ne m'a pas convaincu que lorsque la section du statut de réfugié n'a aucune raison de penser qu'on a commis une erreur, une erreur de traduction commise de bonne foi avant une audience et qui mène à la présentation d'une preuve documentaire erronée constitue un refus d'accorder au demandeur l'audience équitable à laquelle il a droit.

[46] L'avocat du demandeur s'est appuyé sur *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209 (C.A.), où la Cour a décidé qu'une femme qui n'avait pas présenté sa vraie situation à la Commission par suite de la contrainte exercée par son mari n'avait pas reçu une audience équitable, nonobstant le fait que la Commission n'avait pas commis d'erreur.

[47] À mon avis, la situation d'une personne qu'on intimide pour qu'elle ne puisse présenter les faits est très différente de celle de M. Faghihi, qui soutient tout simplement que la section du statut de réfugié a commis une erreur fondée sur la traduction fautive d'une rubrique de son FRP. Ce genre d'erreur n'a pas un impact tel sur l'intégrité de l'audience que celle-ci en serait déconsidérée, surtout que M. Faghihi a eu

hearing to establish that he could not return to Iran.

[48] Counsel's second submission was that, as a specialist agency, the Refugee Division was under a duty to inquire into the statement on the PIF that the applicant was a national of Iran. This is because it is notorious that, as a Mo'awed, namely a Shi'ite Muslim of Iranian ethnicity born in Iraq, the applicant would not have Iranian nationality.

[49] Mr. Bubrin seems not to have dealt with this submission explicitly. However, I am satisfied that his reasons adequately dispose of it. In particular, he noted that Mr. Faghihi had provided no evidence at the hearing that the Iranian authorities would not permit him to return, or that he would be deported to Iraq. Mr. Bubrin also observed that the applicant had been represented at his refugee hearing by experienced and competent counsel who could reasonably be expected to have brought to the panel's attention any relevant information, including the kind of glaring error that the applicant subsequently alleged was contained in the PIF.

[50] In these circumstances, Mr. Bubrin did not err in law when he concluded that the panel had not breached the duty of fairness by failing to investigate the applicant's claim with sufficient care.

[51] Indeed, in my view both of the written submissions made to Mr. Bubrin were little more than thinly disguised attempts to persuade him to reopen the decision on the ground that the Refugee Division's rejection of Mr. Faghihi's claim was based on a seriously erroneous finding of fact of a highly material nature.

[52] This would seem not to be a ground on which the Refugee Division may reopen a decision. An allegation that his refugee claim was dismissed without regard to the evidence could have been addressed to the Court, if the applicant had elected to perfect his

toutes les occasions voulues à l'audience de démontrer qu'il ne pouvait retourner en Iran.

[48] Deuxièmement, l'avocat du demandeur soutient que la section du statut de réfugié, en tant qu'organisme spécialisé, avait le devoir d'examiner la déclaration dans le FRP que le demandeur était un citoyen de l'Iran. Ceci parce qu'il est de notoriété publique qu'en tant que Mo'awed, c'est-à-dire musulman chi'ite d'ethnie iranienne né en Iraq, le demandeur ne pouvait avoir la nationalité iranienne.

[49] Il semble que M. Bubrin n'ait pas traité de cette question de façon explicite. Je suis toutefois convaincu que ses motifs la règlent adéquatement. Notamment, il a fait remarquer que M. Faghihi n'avait produit aucune preuve à l'audience portant que les autorités iraniennes ne lui permettraient pas de revenir, ou qu'il serait déporté en Iraq. M. Bubrin a aussi noté que le demandeur avait été représenté à l'audience sur sa revendication du statut de réfugié par des avocats compétents et expérimentés, dont on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce qu'ils portent à l'attention du tribunal toute l'information pertinente, y compris le type d'erreur flagrante que le demandeur prétend s'être trouvée dans son FRP.

[50] Dans les circonstances, M. Bubrin n'a pas commis d'erreur de droit lorsqu'il a conclu que le tribunal n'avait pas enfreint l'obligation d'équité en n'enquêtant pas de façon satisfaisante sur la revendication du demandeur.

[51] En fait, à mon avis, les deux allégations écrites présentées à M. Bubrin n'étaient que des faux-semblants visant à le convaincre de rouvrir la décision au motif que le rejet de la revendication de M. Faghihi par la section du statut de réfugié était fondé sur une grave erreur de fait portant sur un point essentiel.

[52] Il ne semble pas que ce soit là un motif pour lequel la section du statut de réfugié peut rouvrir une décision. Une allégation portant que la revendication du statut de réfugié du demandeur avait été rejetée sans égard à la preuve disponible aurait pu être

application for leave.

présentée à la Cour, si le demandeur avait choisi de poursuivre sa demande d'autorisation.

### C. CONCLUSIONS

[53] For these reasons the application for judicial review is dismissed.

### C. CONCLUSIONS

[53] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

[54] Pursuant to subsection 83(1) of the *Immigration Act* I certify that the disposition of this case involves the following question of general importance:

[54] Conformément au paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration*, je certifie que l'issue de l'affaire dépend de la réponse à la question de portée générale suivante:

Is the Refugee Division properly constituted by a single member when determining a motion to reopen on the ground of procedural unfairness a decision of a panel dismissing the applicant's claim to be recognized as a refugee in Canada?

Lorsqu'elle doit trancher une requête de réouverture d'une décision d'un tribunal rejetant une revendication du statut de réfugié au Canada, la section du statut de réfugié est-elle dûment constituée en ne siégeant qu'avec un membre?

T-617-85

Montana Band, Chief Leo Cattleman, Marvin Buffalo, Rema Rabbit, Carl Rabbit and Darrell Strongman, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Montana Indian Band, all of whom reside on the Montana Reserve No. 139, in the Province of Alberta (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen (*Defendant*)

and

Samson Band, Chief Victor Buffalo, and Larron Northwest, Roland Littlepoplar, Dolphus Buffalo, Frank Buffalo, Raymond Lightning, Stan Crane, Lawrence Saddleback, Todd (Chester) Buffalo, Arnup Louis, Lester B. Nepoose, Jim Omeasoo, and Robert Swampy, Councillors of the Samson Band, sued on their own behalf and on behalf of the members of the Samson Band of Indians (*Third Parties*)

and

Ermineskin Band, Chief Eddie Littlechild and Ken Cutarm, Gerry Ermineskin, John Ermineskin, Lester Fraynn, Brian Lee, Arthur Littlechild, Richard Littlechild, Emily Minde, Lawrence Rattlesnake, Curtis Ermineskin and Maurice Wolfe, Councillors of the Ermineskin Band, sued on their own behalf and on behalf of the members of the Ermineskin Band of Indians (*Third Parties*)

T-782-97

Chief Florence Buffalo acting on her own behalf and on behalf of all the members of the Samson Cree Nation and Band and the Samson Cree Nation and Indian Band (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada and Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development, Parliament Buildings, Ottawa, Ontario (*Defendants*)

T-617-85

Bande de Montana, le chef Leo Cattleman, Marvin Buffalo, Rema Rabbit, Carl Rabbit et Darrell Strongman, en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Montana, résidant tous dans la réserve Montana n° 139, dans la province de l'Alberta (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine (*défenderesse*)

et

Bande de Samson, le chef Victor Buffalo, et Larron Northwest, Roland Littlepoplar, Dolphus Buffalo, Frank Buffalo, Raymond Lightning, Stan Crane, Lawrence Saddleback, Todd (Chester) Buffalo, Arnup Louis, Lester B. Nepoose, Jim Omeasoo, et Robert Swampy, conseillers de la Bande de Samson, en leur propre nom et au nom des membres de la bande indienne de Samson (*mis en cause*)

et

Bande d'Ermineskin, le chef Eddie Littlechild et Ken Cutarm, Gerry Ermineskin, John Ermineskin, Lester Fraynn, Brian Lee, Arthur Littlechild, Richard Littlechild, Emily Minde, Lawrence Rattlesnake, Curtis Ermineskin et Maurice Wolfe, conseillers de la bande d'Ermineskin, en leur propre nom et au nom des membres de la bande indienne d'Ermineskin (*mis en cause*)

T-782-97

Chef Florence Buffalo agissant en son propre nom et au nom de tous les membres de la Nation crie et de la bande indienne de Samson (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, Édifices du Parlement, Ottawa (Ontario) (*défendeurs*)

T-2804-97

**Ermineskin Cree Nation and Chief Gerald Ermineskin, Earl Ted Ermineskin, Maurice Wolfe, Richard Leonard Lightening, Carol Margaret Wildcat, Carol Elizabeth Roasting, Glenda Rae White, Craig Alton Makinaw, Councillors of the Ermineskin Cree Nation, suing on their own behalf and on behalf of the Ermineskin Cree Nation (Plaintiffs)**

v.

**Her Majesty the Queen and The Attorney General of Canada (Defendants)**

**INDEXED AS: MONTANA BAND v. CANADA (T.D.)**

Trial Division, Hugessen J.—Calgary, May 26, 27 and June 17; Ottawa, July 7, 1999.

*Practice — Discovery — Examination for discovery — Motion to strike out written interrogatories filed by plaintiff bands — Objections raised by Crown based on numerous grounds — Purpose of examination for discovery to render trial process fairer, more efficient — Deponent to historical facts not being asked to interpret documents, give opinion — Examination for discovery designed to deal with matters of fact, not “pure” questions of law — Proper on discovery to ask party as to facts underlying conclusion of law — Deponent speaking not for himself but for party — Interrogatories not asking questions of pure law, not to be struck out — Questions not unreasonable, irrelevant, overly broad, ambiguous — Crown’s objections mostly without foundation.*

*Practice — Costs — Case concerning validity of surrender of Indian reserve lands — Parties agreeing Band to conduct discoveries of Crown by written interrogatories — Crown failing to facilitate same, moving to strike virtually all interrogatories on numerous grounds found, for most part, invalid and verging on frivolous — Motion, which occupied two days of Court time, ought not to have been brought — Had Crown not enjoyed minor success on motion, would have been ordered to pay costs on solicitor and client basis — Costs against Crown in any event of cause.*

T-2804-97

**Nation crie d’Ermineskin et le chef Gerald Ermineskin, Earl Ted Ermineskin, Maurice Wolfe, Richard Leonard Lightening, Carol Margaret Wildcat, Carol Elizabeth Roasting, Glenda Rae White, Craig Alton Makinaw, conseillers de la Nation crie d’Ermineskin, en leur propre nom et au nom de la Nation crie d’Ermineskin (demandeurs)**

c.

**Sa Majesté la Reine et le procureur général du Canada (défendeurs)**

**RÉPERTORIÉ: BANDE DE MONTANA c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Hugessen—Calgary, 26 et 27 mai et 17 juin; Ottawa, 7 juillet 1999.

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Requête en vue de faire radier les interrogatoires écrits déposés par les bandes demanderessees — Les objections soulevées par la Couronne se fondaient sur plusieurs motifs — L’interrogatoire préalable a pour objet de favoriser l’équité et l’efficacité de l’instruction — La personne interrogée sur des faits historiques n’a pas à interpréter des documents ou à donner une opinion — L’interrogatoire préalable ne peut porter que sur des questions de fait, et non pas sur des questions de droit «pur» — Il est approprié à l’étape de l’interrogatoire préalable de demander à une partie quels sont les faits qui sous-tendent une conclusion de droit — Le déposant ne parle pas pour lui-même mais pour la partie qu’il représente — Les interrogatoires n’ont pas porté sur des questions de droit pur et ne doivent pas être radiés — Les questions n’étaient pas déraisonnables, non pertinentes, trop larges ou ambiguës — Les objections de la Couronne étaient pour la plupart sans fondement.*

*Pratique — Frais et dépens — Cas concernant la validité de la cession de réserves indiennes — Les parties se sont entendues pour que la Bande procède par écrit à l’interrogatoire préalable des représentants de la Couronne — La Couronne n’a rien fait pour faciliter ces interrogatoires, voulant faire radier la presque totalité des interrogatoires en s’appuyant sur plusieurs motifs qui ont été jugés, pour la plupart, invalides et frôlant la futilité — La requête, qui a duré deux jours, n’aurait pas dû être présentée — Si la Couronne n’avait pas obtenu gain de cause sur quelques points mineurs soulevés dans la requête, elle aurait été condamnée à payer les dépens sur la base avocat-client — Les frais sont adjugés contre la Couronne en tout état de cause.*

Actions were brought by three Indian bands alleging breaches of the Crown's fiduciary duty towards the plaintiffs and their predecessors. At the discovery stage, it was agreed that the plaintiff bands would proceed by means of written interrogatories. The Crown moved to strike out virtually all of these interrogatories by filing objections based on some nine grounds. These grounds, many of which overlap, could be divided into three categories depending on the nature of the questions asked. The first set of questions was objected to as dealing with historical questions, questions requiring interpretation of documents and questions requiring an opinion; the second set was complained of as being questions requiring the deponent to state the Crown's legal position or seeking argument or evidence and the third set was impugned as constituting questions which were unreasonable, irrelevant, ambiguous or which asked for privileged information. The issue was whether these objections had any foundation.

*Held*, the motion should be allowed in small part but costs awarded against Crown.

The general purpose of examination for discovery is to render the trial process fairer and more efficient by allowing each party to inform itself fully prior to trial of the precise nature of all other parties' positions so as to define fully the issues between them. The key to the propriety of any question on discovery is relevance. The Court, as a part of its policy of encouraging the use of written interrogatories, should view questions in the best possible light. Evasive, unresponsive or ambiguous answers should not be tolerated. The fact that Indian bands have few or no written records relating to their past and must, apart from tradition and oral history, rely to a large extent upon the records of the government itself casts upon the Crown, in its past and continuing capacity as protector and fiduciary of the bands, a particular duty to be open and frank in its disclosures.

As to the first set of questions, the objection, that the facts in issue which form the subject of the interrogatories are beyond living memory, was specious. Where matters of Aboriginal rights are concerned, tradition, custom and oral history may be valid sources of historical fact. The deponent on discovery is not merely a witness but represents and speaks for a party. Governments, more than most institutions, are notorious for keeping records of what they do and such records may be constantly referred to and relied upon as a source of current practice and may be the proper object of discovery. The objection that a deponent to historical facts is being asked to interpret documents or to give an opinion was also rejected. The border between fact

Des actions ont été intentées par trois bandes indiennes qui alléguaient des manquements à l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les demandesses et leurs prédécesseurs. Au stade de l'interrogatoire préalable, il avait été convenu que les bandes demandesses procéderaient par écrit. La Couronne a demandé la radiation de la presque totalité des interrogatoires en formulant des objections fondées sur neuf motifs. Ces motifs, dont plusieurs se chevauchent, peuvent être répartis en trois catégories d'après la nature des questions posées. La première série de questions à laquelle la Couronne s'est opposée traitait de questions à caractère historique, de questions exigeant l'interprétation de documents et de questions exigeant l'expression d'une opinion; la deuxième série de questions exigeait du déposant qu'il énonce la position juridique de la Couronne ou présente des arguments ou des éléments de preuve, et la troisième série de questions était constituée de questions déraisonnables, non pertinentes, ambiguës ou portant sur des renseignements confidentiels. La question est de savoir si ces objections étaient fondées.

*Jugement*: la requête est accueillie sur quelques points mineurs, mais les dépens sont adjugés contre la Couronne.

L'interrogatoire préalable a pour objectif général de favoriser l'équité et l'efficacité de l'instruction en permettant à chacune des parties de se renseigner pleinement, avant l'instruction, sur la nature exacte des positions de toutes les autres parties, de façon à pouvoir définir avec précision les questions qui se posent. La pertinence est le critère clé qu'il faut appliquer aux questions à poser à l'étape de la communication des documents et de l'interrogatoire préalable. Dans le cadre de sa politique d'encouragement à utiliser les interrogatoires préalables écrits, la Cour devrait essayer d'interpréter les questions le plus favorablement possible. Les réponses évasives, ambiguës ou sans rapport avec la question ne doivent pas être tolérées. Le fait que les bandes indiennes ont très peu de registres écrits de leur passé, sinon aucun, ou qu'elles doivent, à l'exception de la tradition et de l'histoire orale, s'appuyer dans une très large mesure sur les registres du gouvernement lui-même, impose à la Couronne, qui a toujours agi à titre de protecteur et de fiduciaire des bandes indiennes, une obligation particulière d'ouverture et de franchise dans la communication des renseignements qu'elle détient.

Pour ce qui a trait à la première série de questions, l'objection selon laquelle les faits en cause, qui font l'objet des interrogatoires préalables, sont survenus il y a trop longtemps pour que des personnes puissent en témoigner est spécieuse. Lorsque les droits des autochtones sont en cause, la coutume et la tradition orale peuvent être des sources fiables de faits historiques. Le déposant au cours d'un interrogatoire préalable n'est pas un simple témoin, puisqu'il est le représentant et le porte-parole d'une partie. Il est notoire que les gouvernements, encore plus que la plupart des institutions, conservent des archives de ce qu'ils font, que ces archives peuvent être consultées en tout temps et qu'elles constituent une source fiable de ce qui se passait à

and opinion, or between fact and law, is easy to assert but hard to draw on the ground. Many of the questions objected to under this rubric were essential for an understanding of the Crown's position and to tie it down to the facts as pleaded. Discovery is often an essential second step in order to make clear what it is that separates the parties. All objections under this heading were rejected. In dealing with the second set, it was to be noted that examination for discovery is designed to deal with matters of fact, not with "pure" questions of law. However, the line is rarely clear or easy to draw since questions may mix fact and law or fact and argument. So too, questions relating to facts which may have legal consequences or which may themselves be the consequence of the adoption of a certain view of the law are nonetheless questions of fact and may be put on discovery. Questions of this sort are essential for the purposes of properly defining the issues and avoiding surprise. There were, however, a very small number of interrogatories drawn to the Court's attention at the hearing which did ask questions of pure law and should be struck out. As to the third set, counsel made few submissions and the Crown's objections were, for the most part, without foundation.

Virtually all of the Crown's submissions were rejected. This motion, which took up more than two days of Court time, ought not to have been brought. The Crown failed to facilitate written discovery although this had been agreed to. Many of the Crown's objections verged on the frivolous. Had the Crown not enjoyed a minor measure of success upon this motion, it would have been ordered to pay costs on a solicitor and client basis. Costs awarded against the Crown in any event of the cause.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 240, 397(1).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.  
 Treaty No. 6 (1877).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Wewayakum Indian Band v. Wewayakai Indian Band*, [1991] 3 F.C. 420; [1992] 2 C.N.L.R. 177; (1991), 42

l'époque et peuvent faire à bon droit l'objet d'un interrogatoire préalable. L'objection selon laquelle ce qu'on demande à la personne interrogée sur des faits historiques c'est d'interpréter des documents ou de donner une opinion a également été rejetée. La différence entre le fait et l'opinion, comme entre le fait et le droit, est facile à établir dans l'abstrait, mais plus difficile à définir concrètement. Bon nombre des questions faisant l'objet de l'objection soulevée sous cette rubrique étaient essentielles pour comprendre la position de la Couronne et établir un lien avec les faits plaidés. L'interrogatoire préalable est souvent une deuxième étape essentielle pour définir avec précision ce qui oppose exactement les parties. Chacune de ces objections sous cette rubrique a été rejetée. Concernant la deuxième série de questions, il convient de noter que l'interrogatoire préalable ne peut porter que sur des questions de fait, et non sur des questions de droit «pur». Mais la situation est rarement aussi claire. Il peut arriver que des questions mixtes de fait et de droit et/ou de fait et d'argument soient posées. De même, les questions ayant trait à des faits qui peuvent avoir des conséquences juridiques ou qui peuvent elles-mêmes être la conséquence de l'adoption d'une certaine conception du droit sont néanmoins des questions de fait qui peuvent être posées à l'interrogatoire préalable. Les questions de ce genre sont essentielles pour définir correctement les points en litige et éviter les surprises. Toutefois, il y a eu très peu d'interrogatoires qui ont été portés à l'attention de la Cour à l'audience au cours desquels on a posé des questions de droit pur et qui devraient par conséquent être radiés. Quant à la troisième série de questions, les avocats ont fait peu d'observations et les objections de la Couronne étaient pour la plupart sans fondement.

La Couronne a été déboutée sur presque toutes ses prétentions. Cette requête, qui a duré plus de deux jours, n'aurait pas dû être présentée. La Couronne n'a fait aucun effort pour faciliter la communication écrite des documents, même si celle-ci a fait l'objet d'une entente. Bon nombre des objections frôlaient la futilité. Si la Couronne n'avait pas eu, dans de très rares cas, gain de cause dans la requête, la Cour n'aurait pas hésité à lui faire payer les dépens sur la base avocat-client. La Couronne paiera en tout état de cause les dépens.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 240, 397(1).  
 Traité n° 6 (1877).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Bande indienne Wewayakum c. Bande indienne Wewayakai*, [1991] 3 C.F. 420; [1992] 2 C.N.L.R. 177;

F.T.R. 40 (T.D.); *Dick v. The Queen*, [1993] 1 C.N.L.R. 50 (F.C.T.D.); *Enoch Band of the Stony Plain Indians v. Canada* (1996), 110 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); affd (1996), 118 F.T.R. 114 (F.C.T.D.); affd (1998), 222 N.R. 218 (F.C.A.).

## NOT FOLLOWED:

*Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (S.C.); *Chingee v. British Columbia* (1989), 38 C.P.C. (2d) 301 (B.C.S.C.).

## CONSIDERED:

*Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co.* (1988), 91 A.R. 258; [1989] 1 W.W.R. 750; 63 Alta. L.R. (2d) 61; 30 C.P.C. (2d) 1 (C.A.); *Rubinoff v. Newton*, [1967] 1 O.R. 402 (H.C.); *Brennan v. J. Posluns & Co. Ltd.*, [1959] O.R. 22; (1958), 30 C.P.R. 106; 18 Fox Pat.C. 116 (H.C.).

## REFERRED TO:

*Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1984), 1 C.P.R. (3d) 268; 12 C.R.R. 347 (F.C.T.D.); *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1998] 2 F.C. 60; [1998] 2 C.N.L.R. 199; (1997), 221 N.R. 100 (C.A.).

MOTION to strike out most of the written interrogatories filed by plaintiff bands based on numerous grounds of objection. Motion allowed in part.

## APPEARANCES:

*Alain J. Dubuc, Sylvie M. C. Molgat and Michael J. Bailey* for plaintiff Montana Band.

*Priscilla E. S. Kennedy* for plaintiff Samson Band.

*Barbara L. Fisher* for plaintiff Ermineskin Cree Nation.

*James A. MacDonald and Douglas B. Titosky* for defendants.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Dubuc/Osland*, Ottawa, for plaintiff Montana Band.

*Parlee McLaws*, Edmonton, for plaintiff Samson Band.

(1991), 42 F.T.R. 40 (1<sup>re</sup> inst.); *Dick c. La Reine*, [1993] 1 C.N.L.R. 50 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bande d'Enoch des Indiens de Stony Plain c. Canada* (1996), 110 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1996), 118 F.T.R. 114 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1998), 222 N.R. 218 (C.A.F.).

## DÉCISIONS NON SUIVIES:

*Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (C.S.); *Chingee v. British Columbia* (1989), 38 C.P.C. (2d) 301 (C.S.C.-B.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co.* (1988), 91 A.R. 258; [1989] 1 W.W.R. 750; 63 Alta. L.R. (2d) 61; 30 C.P.C. (2d) 1 (C.A.); *Rubinoff v. Newton*, [1967] 1 O.R. 402 (H.C.); *Brennan v. J. Posluns & Co. Ltd.*, [1959] O.R. 22; (1958), 30 C.P.R. 106; 18 Fox Pat.C. 116 (H.C.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)* (1984), 1 C.P.R. (3d) 268; 12 C.R.R. 347 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1998] 2 C.F. 60; [1998] 2 C.N.L.R. 199; (1997), 221 N.R. 100 (C.A.).

REQUÊTE fondée sur plusieurs motifs d'objection en vue de faire radier la plupart des interrogatoires écrits déposés par les bandes demanderesse. Requête accueillie en partie.

## ONT COMPARU:

*Alain J. Dubuc, Sylvie M. C. Molgat et Michael J. Bailey* pour la Bande de Montana, demanderesse.

*Priscilla E. S. Kennedy* pour la Bande de Samson, demanderesse.

*Barbara L. Fisher* pour la Nation crie d'Ermineskin, demanderesse.

*James A. MacDonald et Douglas B. Titosky* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Dubuc/Osland*, Ottawa, pour la Bande de Montana, demanderesse.

*Parlee McLaws*, Edmonton, pour la Bande de Samson, demanderesse.

*Blake, Cassels & Graydon*, Vancouver, for plaintiff Ermineskin Cree Nation.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

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

[1] HUGESSEN J.: These actions, which have been joined, deal with matters arising from the adherence of Chief Bobtail and his people to Treaty No. 6 in 1877, the creation of reserves as a result thereof, certain alleged surrenders of those reserves, and certain other alleged activities on the part of the Crown and its agents, the descendants of Chief Bobtail and the three plaintiff bands over a period extending generally through to about 1909, the date of the alleged surrender of the Bobtail reserve. The validity and effects of that surrender are the central issues.

[2] The actions are at the discovery stage and there has been an agreement by counsel that the plaintiff bands will conduct their discoveries of the Crown by means of written interrogatories.

[3] The Crown now moves to strike out virtually all of the interrogatories filed by the plaintiffs Samson and Ermineskin and a very substantial proportion of those filed by the plaintiff Montana. Objection is taken on nine separate grounds, many of which overlap so that a large number of interrogatories are the object of several grounds of objection.

[4] I start my consideration of the matter with some reflections upon the nature and scope of examinations for discovery and interrogatories in modern civil procedure, and in particular under the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106].

[5] The general purpose of examination for discovery is to render the trial process fairer and more efficient by allowing each party to inform itself fully prior to trial of the precise nature of all other parties' positions so as to define fully the issues between

*Blake, Cassels & Graydon*, Vancouver, pour la Nation crie d'Ermineskin, demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE HUGESSEN: Ces actions, qui ont été réunies, traitent de questions découlant de l'adhésion du chef Bobtail et de ses sujets au Traité n° 6 en 1877, de la création de réserves consécutive à cette adhésion, de certaines cessions alléguées de ces réserves, et de certaines autres activités alléguées de la part de la Couronne et de ses mandataires, des descendants du chef Bobtail et des trois bandes demanderesse sur une période se terminant vers 1909, et de la date de la cession alléguée de la réserve Bobtail. La validité et les effets de cette cession sont les principales questions soulevées en l'espèce.

[2] Les actions en sont au stade de la communication des documents et de l'interrogatoire préalable et les avocats se sont entendus pour que les bandes demanderesse procèdent par écrit à l'interrogatoire préalable des représentants de la Couronne.

[3] La Couronne demande maintenant la radiation de la presque totalité des interrogatoires déposés par les bandes demanderesse de Samson et d'Ermineskin et d'une très grande proportion des interrogatoires déposés par la bande demanderesse de Montana. Les objections qu'elle soulève sont fondées sur neuf motifs distincts, dont plusieurs se chevauchent, de sorte qu'un bon nombre des interrogatoires font l'objet de plusieurs motifs d'objection.

[4] Je commencerai l'examen de cette affaire par quelques réflexions sur la nature et l'étendue de l'interrogatoire préalable dans le cadre de la procédure civile moderne, et en particulier aux termes des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106].

[5] L'interrogatoire préalable a pour objectif général de favoriser l'équité et l'efficacité de l'instruction en permettant à chacune des parties de se renseigner pleinement, avant l'instruction, sur la nature exacte des positions de toutes les autres parties, de façon à

them. It is in the interest of justice that each party should be as well informed as possible about the positions of the other parties and should not be put at a disadvantage by being taken by surprise at trial. It is sound policy for the Court to adopt a liberal approach to the scope of questioning on discovery since any error on the side of allowing questions may always be corrected by the trial judge who retains the ultimate mastery over all matters relating to admissibility of evidence; on the other hand any error which unduly restricts the scope of discovery may lead to serious problems or even injustice at trial.

[6] Of course, there is another side to the coin: in this time of justifiable concern about delays in the litigation process, discoveries must not be permitted to go on endlessly and the Court will be vigilant in the exercise of its discretionary powers to prevent abuses of its process by either party, discoveror or discoveree.

[7] Subject to certain special exceptions such as claims to privilege, the key to the propriety of any question on discovery is relevance; that, in its turn, is determined by the pleadings (rule 240).

[8] While the usual practice is for examinations on discovery to be conducted orally, the Rules make provision for examination by means of written interrogatories and it seems to me that the Court should, as a matter of policy, encourage the use of such interrogatories in appropriate cases. They are likely to be far less time consuming and should do away entirely with any necessity for adjourning the discovery to allow the witness to inform him or herself of the appropriate facts.

[9] The Court has to be aware, however, that interrogatories can pose something of a problem for

pouvoir définir avec précision les questions qui se posent. Il est dans l'intérêt de la justice que chaque partie soit le mieux informée au sujet des positions des autres parties afin de ne pas être défavorisée en étant surprise à l'instruction. Il est tout à fait approprié pour la Cour d'adopter une démarche libérale face à l'étendue des questions pouvant être posées au cours de l'interrogatoire préalable puisqu'une erreur qui serait commise en autorisant des questions non appropriées peut toujours être corrigée par le juge président l'instruction qui décide ultimement de toutes les questions ayant trait à l'admissibilité de la preuve; par ailleurs, toute erreur qui restreindrait indûment l'étendue de l'interrogatoire préalable peut mener à de graves problèmes ou même à des injustices au cours de l'instruction.

[6] Bien entendu, il y a un autre côté à la médaille: à une époque où les préoccupations concernant les retards dans le déroulement du procès sont tout à fait justifiées, les interrogatoires préalables ne doivent pas être autorisés à se poursuivre indéfiniment, et la Cour doit faire preuve de vigilance dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire afin de prévenir les abus de procédure par l'une ou l'autre des parties, autant par celle qui pose les questions que par celle qui doit y répondre.

[7] Sous réserve de certaines exceptions spéciales, comme la revendication d'un privilège, la pertinence est le critère clé qu'il faut appliquer aux questions à poser à l'étape de la communication des documents et de l'interrogatoire préalable; en retour, ce critère est déterminé par les actes de procédure (règle 240).

[8] Bien qu'habituellement les interrogatoires préalables se fassent oralement, les Règles prévoient qu'ils puissent être faits par écrit, et il me semble que la Cour devrait avoir pour politique d'encourager l'utilisation de ces interrogatoires écrits dans les cas qui s'y prêtent. Il est probable que ce genre d'interrogatoires prendrait moins de temps et supprimerait entièrement la nécessité d'ajourner la séance pour permettre au témoin de se renseigner sur les faits appropriés.

[9] Toutefois, la Cour doit être consciente que les interrogatoires préalables peuvent présenter certaines

the party drafting the questions: there is no opportunity to clarify a question which is deliberately or even honestly misunderstood; it may be difficult to foresee an unclear or evasive answer; it may sometimes be necessary to put a large number of questions of a "follow-up" nature based upon supposition or hypothesis as to what the answer to an earlier question will be.

[10] Where these sorts of difficulties arise it is my view that the Court, as a part of its policy of encouraging the use of written interrogatories, should attempt to view questions in the best possible light. Thus, for example, where a question is susceptible of two interpretations, one of which is clearly improper (for instance asking the witness to give a conclusion of law), the Court should prefer the interpretation which would make the question legitimate and admissible. Deponents, for their part, have a duty to make an honest and open attempt to answer. Thus where a deponent demonstrates an obtuseness in understanding a question or produces an answer which has little or no bearing on the facts in issue, the Court will require him or her to answer the question properly in the light of the pleadings and may well attach heavy costs penalties to the party being discovered.

[11] Since it is clear that the answers to interrogatories will almost always be prepared by or with the very active assistance of counsel, evasive, unresponsive or ambiguous answers are not to be tolerated. By the same token, questions whose answers may require some element of law over and above their primarily factual basis may be allowed a somewhat greater latitude.

[12] There is one final comment of a general nature which is related to the particular circumstances of this action. It is, as I have said, an action by three Indian bands against the Crown. It alleges breaches of the Crown's fiduciary duty towards the plaintiffs and their predecessors over a period of time approximately 100 years ago. It is common knowledge that Indian bands have few or no written records relating to their past

difficultés à la partie qui rédige les questions: il n'y a en effet aucune possibilité de faire préciser une question qui est délibérément ou même honnêtement mal comprise; il peut être difficile de prévoir une réponse nébuleuse ou évasive; il peut parfois être nécessaire de poser un grand nombre de questions «à suivre», à cause de l'hypothèse qui a été posée quant à la réponse qui serait donnée à une question antérieure.

[10] Dans les cas où ce genre de difficultés se présente, la Cour devrait, à mon avis, dans le cadre de sa politique d'encouragement à utiliser les interrogatoires préalables écrits, essayer d'interpréter les questions le plus favorablement possible. Par exemple, lorsqu'une question peut donner lieu à deux interprétations, soit une interprétation qui est manifestement inappropriée (par exemple, demander au témoin de tirer une conclusion de droit), la Cour devrait préférer l'interprétation qui rend la question légitime et admissible. Pour leur part, les déposants ont l'obligation de s'efforcer honnêtement de répondre aux questions. Par conséquent, lorsqu'un déposant fait exprès de ne pas comprendre une question ou donne une réponse qui a peu de rapport, sinon aucun, avec les faits en cause, la Cour exigera qu'il réponde correctement à la question en tenant compte des actes de procédure et pourra même lui imposer de lourdes pénalités.

[11] Puisqu'il est clair que les réponses aux interrogatoires préalables seront presque toujours préparées par l'avocat ou avec son aide très active, les réponses évasives, ambiguës ou sans rapport avec la question ne doivent pas être tolérées. De la même manière, une latitude un peu plus grande peut être accordée aux questions dont les réponses peuvent exiger certains éléments de droit en sus de leur fondement principalement factuel.

[12] Il me reste une dernière observation de nature générale à faire concernant les circonstances particulières de cette action. Comme je l'ai dit, il s'agit d'une action intentée par trois bandes indiennes contre la Couronne. L'action allègue des manquements à l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les demandeurs et leurs prédécesseurs sur une période qui date d'environ 100 ans. Il est notoire que les bandes

and must, apart from tradition and oral history, rely to a large extent upon the records of the government itself. This casts upon the Crown, in its past and continuing capacity as protector and fiduciary of the bands, a particular duty to be open and frank in its disclosures. Even within the adversarial relationship created by litigation between them, the Crown continues to owe an historic fiduciary duty to deal fairly and openly with First Nations. This is not to say that there are special rules for Aboriginal claims, but simply that the nature of any claim is part of the context in which any objection to interrogatories is to be decided and that where a claim is in respect of alleged historical injustice by the Crown, that context may be determining.

[13] I turn now to the specific objections raised by the Crown to the interrogatories in these cases. They are, as I have said, nine in number as follows:

1. historical questions beyond the memory of any living person;
2. questions relating to the interpretation of documents;
3. questions requiring the expression of an opinion;
4. questions requiring the deponent to state the Crown's legal position or apply principles of law;
5. questions which ask for arguments or evidence;
6. questions which are unreasonable or unnecessary;
7. questions which are irrelevant or overly broad;
8. questions which are vague and ambiguous;
9. questions which ask for privileged information.

indiennes ont très peu de registres écrits de leur passé, sinon aucun, et qu'elles doivent, à l'exception de la tradition et de l'histoire orale, s'appuyer dans une très large mesure sur les registres du gouvernement lui-même. Cet état de fait impose à la Couronne, qui a toujours agi à titre de protecteur et de fiduciaire des bandes indiennes, une obligation particulière d'ouverture et de franchise dans la communication des renseignements qu'elle détient. Même dans le cadre du débat contradictoire créé par le litige qui existe entre les parties, la Couronne continue d'être liée par cette obligation historique, qui lui impose d'entretenir des rapports équitables et ouverts avec les Premières nations. Cela ne veut pas dire que des règles spéciales s'appliquent aux revendications autochtones, mais simplement que la nature de toute revendication fait partie du contexte dans lequel toute objection aux interrogatoires préalables doit être décidée et que lorsqu'une partie allègue une injustice historique commise par la Couronne, ce contexte peut être déterminant.

[13] J'aborde maintenant les objections précises soulevées par la Couronne concernant les interrogatoires préalables en l'espèce. Ces objections, comme je l'ai déjà dit, sont au nombre de neuf:

1. les questions à caractère historique si anciennes qu'il n'en reste plus de témoins;
2. les questions ayant trait à l'interprétation de documents;
3. les questions exigeant l'expression d'une opinion;
4. les questions exigeant du déposant qu'il énonce la position juridique de la Couronne ou applique des principes de droit;
5. les questions exigeant la présentation d'arguments ou d'éléments de preuve;
6. les questions déraisonnables ou inutiles;
7. les questions non pertinentes ou trop larges;
8. les questions vagues et ambiguës;
9. les questions portant sur des renseignements confidentiels.

As indicated earlier, many of these grounds of objection overlap in the sense that more than one of them may be invoked in support of an objection to any particular question. Many others, notably numbers 6 to 9 above, do not raise any issue of principle but simply require the application of well known rules of law to particular questions. However, numbers 1-3 (which are virtually always invoked simultaneously) and 4 and 5 (which are frequently pleaded as additional grounds) raise some important issues which go to the very heart of the nature of discovery in actions of this sort and require more detailed analysis. I turn to them first.

1-3 Historical questions, questions requiring interpretation of documents, questions requiring an opinion

[14] The Crown's objection on these grounds is based primarily upon two British Columbia cases.<sup>1</sup> In those cases it was held that it is not appropriate at discovery to ask deponents historical facts of which neither they nor any living persons to whom they have access have any memory and which can only be ascertained by reliance upon documentary records. Since the answers will of necessity be based on a reading of the documents, such questions should only be answered by expert historians as a matter of opinion.

[15] This case law has not been followed in this Court. The late and much respected Addy J. in *Wewayakum Indian Band v. Wewayakai Indian Band*<sup>2</sup> led the way. He distinguished the British Columbia jurisprudence and to the extent that he could not do so he disagreed with it. He drew a line between simple historical facts and conclusions or inferences which could be drawn from those facts; the latter were the proper field of detailed study or examination by an expert but the former were every bit as much within the competence of an ordinary witness as any other facts and could properly be the subject of questions on discovery. He described as unacceptable the conclusion that where a claim is based on matters

Comme je l'ai indiqué ci-dessus, bon nombre de ces motifs se chevauchent dans le sens que plus d'un peut être invoqué à l'appui d'une objection formulée à l'égard d'une question en particulier. Plusieurs autres, notamment les motifs énumérés aux points 6 à 9 ci-dessus, ne soulèvent aucune question de principe, mais exigent simplement l'application de règles de droit bien connues à des questions particulières. Toutefois, les motifs 1 à 3 (presque toujours invoqués ensemble) et 4 et 5 (fréquemment plaidés comme motifs additionnels) soulèvent des questions importantes qui vont au cœur même de la nature de l'interrogatoire préalable dans des actions de ce genre et qui exigent une analyse plus détaillée. Je les traiterai en premier.

1 à 3 Questions à caractère historique, questions exigeant l'interprétation de documents, questions exigeant l'expression d'une opinion

[14] L'objection de la Couronne faisant valoir ces motifs se fonde principalement sur deux décisions de la Colombie-Britannique<sup>1</sup>. Dans ces affaires, il a été statué qu'il n'est pas approprié, au stade de l'interrogatoire préalable, d'interroger les déposants sur des faits historiques qu'eux-mêmes ou des personnes encore vivantes qu'ils pourraient consulter ne peuvent se rappeler et qui ne peuvent être vérifiés qu'en se fiant à des registres documentaires. Puisque les réponses seront nécessairement fondées sur la lecture de ces documents, seuls des historiens experts pourront répondre à ces questions en donnant leur opinion.

[15] Ce courant jurisprudentiel n'a pas été suivi par la Cour. Feu le très vénéré juge Addy, dans l'affaire *Bande indienne Wewayakum c. Bande indienne Wewayakai*<sup>2</sup>, a ouvert la voie. Il a fait la distinction avec la jurisprudence de la Colombie-Britannique et, chaque fois qu'il ne pouvait le faire, il a rejeté cette jurisprudence. Il a établi une distinction entre les simples faits historiques et les conclusions ou les inférences qui peuvent être tirées de ces faits; les conclusions ou inférences relèvent à bon droit de l'étude ou de l'examen détaillé fait par un expert, mais les faits historiques sont autant de la compétence d'un témoin ordinaire que le serait tout autre fait et peuvent très bien faire l'objet de questions à l'étape de

which are beyond living memory, only expert historians could be admitted to testify as to the facts.

[16] In *Dick v. The Queen*,<sup>3</sup> Jerome A.C.J. cited and followed Addy J.'s decision. He held that questions relating to the circumstances in which a reserve had been allotted to a band were properly the subject-matter of discovery and should be answered. Mere production of the underlying documents was not enough and the Crown was obliged to answer questions of fact central to the issues between the parties.

[17] Finally in *Enoch Band of the Stony Plain Indians v. Canada*,<sup>4</sup> Prothonotary Hargrave, following the earlier jurisprudence, held that questions regarding the circumstances surrounding a surrender poll and the execution of surrender documents could properly be put and should be answered. This aspect of his decision was left undisturbed both on appeal to this Division and on further appeal to the Court of Appeal.

[18] In my view this jurisprudence is sound. The objection that the facts in issue which form the subject of the interrogatories are beyond living memory seems, with respect, to be specious. Especially where matters of Aboriginal rights are concerned, tradition custom and oral history may be valid sources of historical fact. The deponent on discovery is not a simple witness but is the representative of and speaks for a party *qua* party. Furthermore, institutions may also have memories and the Crown is quintessentially one such institution. To say that the Crown can have no factual information about anything which goes beyond living memory (as a practical matter, some time after the First World War) seems to me to be absurd. Governments, more than most institutions, are notorious for keeping records of what they do and such records may be constantly referred to and relied upon as a source of current practice even today. While most such records will be in documentary form it is

l'interrogatoire préalable. Il a qualifié d'inacceptable la conclusion selon laquelle, lorsqu'une réclamation se fonde sur des faits si anciens qu'il n'en reste plus de témoins, seuls des historiens experts peuvent être autorisés à témoigner à leur sujet.

[16] Dans l'affaire *Dick c. La Reine*<sup>3</sup>, le juge en chef adjoint Jerome a cité et suivi la décision du juge Addy. Il a statué que les questions ayant trait aux circonstances dans lesquelles une réserve avait été attribuée à une bande pouvaient à bon droit être posées dans le cadre d'un interrogatoire préalable et qu'il fallait y répondre. La simple production de documents à l'appui n'était pas suffisante et la Couronne a été obligée de répondre à des questions de fait essentielles aux points en litige entre les parties.

[17] Finalement, dans la décision *Bande d'Enoch des Indiens de Stony Plain c. Canada*<sup>4</sup>, le protonotaire Hargrave, suivant la jurisprudence antérieure, a statué que des questions concernant les circonstances entourant la tenue d'un scrutin au sujet d'une cession et la signature des documents de cession pouvaient à bon droit être posées et qu'il fallait y répondre. Cet aspect de sa décision n'a pas été modifié dans les appels formés devant la Section de première instance et devant la Cour d'appel.

[18] À mon avis, cette jurisprudence est juste. L'objection selon laquelle les faits en cause, qui font l'objet des interrogatoires préalables, sont survenus il y a trop longtemps pour que des personnes puissent en témoigner me semble spécieuse. Particulièrement lorsque les droits autochtones sont en cause, la coutume et la tradition orale peuvent être des sources fiables de faits historiques. Le déposant au cours d'un interrogatoire préalable n'est pas un simple témoin, puisqu'il est le représentant et le porte-parole d'une partie en tant que partie. Qui plus est, les institutions peuvent également avoir une mémoire, et la Couronne en est l'exemple le plus parfait. Prétendre que la Couronne ne peut avoir de renseignements factuels sur des points si anciens qu'il n'en reste plus de témoins (en fait, quelque temps après la Première Guerre mondiale) me semble absurde. Il est notoire que les gouvernements, encore plus que la plupart des institutions, conservent des archives de ce qu'ils font,

by no means inconceivable that institutional memory may manifest itself in other forms such as practices and traditions. If these are the source of factual allegations by or against the Crown, they may surely be made the proper object of discovery.

[19] I also find unconvincing the objection that a deponent to historical facts is being asked to interpret documents or to give an opinion. The rule against requiring a deponent to interpret documents is most properly applied where the document in question is a contract and the witness is asked what he or she thinks it means. Documents, however, can and do serve as the basis of a great deal of factual information and a deponent who is asked to give such information is not being asked to interpret the document or to give an opinion but rather to state on behalf of the party he or she represents, that party's understanding of the facts represented therein. Even in a wholly modern context, records are often expressed in some form of code, overt or covert; a corporate party, or even an individual, may surely be asked to give the true meaning of such records.

[20] It is nothing new to say that the border between fact and opinion, like that between fact and law, is easy to assert but hard to draw on the ground. It is better to have the deponent answer any marginal questions and if the answer turn out to be simply the expression of a personal point of view the Trial Judge can deal with the matter appropriately if necessary.

[21] Finally, it seems to me that many of the questions objected to under this rubric are essential for

que ces archives peuvent être consultées en tout temps et qu'elles constituent une source fiable de ce qui se passait à l'époque, même aujourd'hui. Bien que la plupart de ces archives soient constituées de documents, il n'est pas inconcevable de penser que la mémoire institutionnelle puisse se manifester sous d'autres formes, par exemple sous forme de pratiques et de traditions. Si ces pratiques et traditions sont la source d'allégations de fait invoquées par ou contre la Couronne, elles peuvent certainement faire à bon droit l'objet d'un interrogatoire préalable.

[19] Je ne suis pas non plus convaincu par l'objection selon laquelle ce qu'on demande à la personne interrogée sur des faits historiques c'est d'interpréter des documents ou de donner une opinion. La règle interdisant à un déposant d'interpréter des documents est à bon droit appliquée lorsque le document en question est un contrat et qu'on demande au témoin de se prononcer sur la signification de ce contrat. Toutefois, les documents peuvent servir et servent effectivement de fondement à un grand nombre de renseignements factuels et le déposant à qui on demande de fournir de tels renseignements, n'est pas requis d'interpréter le document ou de donner son opinion, mais plutôt de dire au nom de la partie qu'elle représente ce que celle-ci comprend des faits qui sont énoncés dans le document. Même dans un contexte tout à fait moderne, les faits consignés dans des archives sont souvent exprimés selon un certain code, explicite ou implicite; on peut certainement demander à une personne morale, ou même à un particulier, de révéler la véritable signification de ces archives.

[20] Je n'apprendrai rien à personne en disant que la différence entre le fait et l'opinion, comme celle entre le fait et le droit, est facile à établir dans l'abstrait, mais plus difficile à définir concrètement. Il est préférable que le déposant réponde à des questions marginales et si, au bout du compte, la réponse n'est que l'expression d'un point de vue personnel, le juge de première instance pourra au besoin régler cette question de façon appropriée.

[21] Finalement, il me semble que bon nombre des questions faisant l'objet de l'objection soulevée sous

the purpose of understanding the Crown's position and tying it down to the facts as pleaded. That is an essential part of the defining of the issues and while such definition is, in the first instance, done by the pleadings, discovery is often an essential second step in order to make clear what exactly it is that separates the parties. The statement of defence in these actions contains many detailed assertions of fact as to the activities both of the Crown and its agents and of the plaintiffs and their predecessors. If the Crown has no knowledge of those facts, the plaintiffs are entitled to know that. If on the other hand the Crown's knowledge of certain historical facts is based upon and limited to statements contained in certain documents the plaintiffs are entitled to know that as well. Neither the plaintiffs nor the Crown should be obliged to go to trial not knowing exactly what it is that the other side knows and relies upon as a provable fact, and what is mere hopeful guesswork.

[22] For the foregoing reasons I reject each of these objections.

4-5 Questions requiring the deponent to state the Crown's legal position or seeking argument or evidence

[23] There is of course no question that examination on discovery is designed to deal with matters of fact. "Pure" questions of law are obviously an improper matter to put to a deponent. It is likewise with argumentative questions and questions which ask a party to state what evidence it proposes to lead at trial. But the line is rarely clear or easy to draw. Questions may mix fact and law or fact and argument; they may require the deponent to name a witness; they may still be proper. So too, questions relating to facts which may have legal consequences or which may themselves be the consequence of the adoption of a certain view of the law are nonetheless questions of fact and may be put on discovery.

cette rubrique sont essentielles pour comprendre la position de la Couronne et établir un lien avec les faits plaidés. Il s'agit là d'une partie essentielle de la définition des points en litige et bien que cette définition soit, en premier lieu, donnée dans les actes de procédure, l'interrogatoire préalable est souvent une deuxième étape essentielle pour définir avec précision ce qui oppose exactement les parties. Dans ces actions, la défense contient de nombreuses affirmations de fait détaillées quant aux activités de la Couronne et de ses mandataires et de celles des demandeurs et de leurs prédécesseurs. Si la Couronne n'a aucune connaissance de ces faits, les demandeurs ont le droit d'en être informés. Par ailleurs, si la connaissance qu'a la Couronne de certains faits historiques se fonde uniquement sur des déclarations contenues dans certains documents, les demandeurs ont tout autant le droit d'en être informés. Ni les demandeurs ni la Couronne ne devraient être obligés de se présenter à l'instruction en ne sachant pas exactement ce que sait l'autre partie et ce qu'elle compte utiliser comme faits probants, et ce qu'elle a simplement supposé.

[22] Pour les motifs précités, je rejette chacune de ces objections.

4 à 5 Questions exigeant du déposé qu'il énonce la position juridique de la Couronne ou présente des arguments ou des éléments de preuve

[23] Bien entendu, il ne fait aucun doute que l'interrogatoire préalable ne peut porter que sur des questions de fait. Les questions de droit «pur» ne doivent évidemment pas être posées au déposéant à cette étape. Il en est de même des questions d'argumentation et des questions qui demandent à une des parties de dévoiler la preuve qu'elle se propose de produire à l'instruction. Mais la situation est rarement aussi claire. Il peut arriver que des questions mixtes de fait et de droit et/ou de faits et d'arguments soient posées; ou qu'on demande au déposéant le nom d'un témoin; ces questions peuvent quand même être appropriées. De même, les questions ayant trait à des faits qui peuvent avoir des conséquences juridiques ou qui peuvent elles-mêmes être la conséquence de l'adoption d'une certaine conception du droit sont néanmoins des questions de fait qui peuvent être posées à l'étape de l'interrogatoire préalable.

[24] The jurisprudence is divided as to “compendious” or “reliance” questions; in *Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co.*,<sup>5</sup> it was said to be improper to ask a witness what evidence he had in support of an allegation or how it was to be proved at trial. Such reliance questions do not ask for facts that the witness knows or can learn but rather require the witness to play the part of a lawyer and to select which facts can be relied on to prove a given allegation.

[25] On the other hand, many experienced trial judges take a broader view. Thus in *Rubinoff v. Newton*,<sup>6</sup> Haines J. said:

The line of demarcation between disclosure of facts on which a party relies and the evidence in support of the fact may at times be very fine, and when it occurs, the resolution must be fact disclosure. And I can think of no more simple and direct question than, “On what facts do you rely?” . . . The opposite party is entitled to know the facts on which the acts of negligence or recovery are alleged but not the evidence to support it. To deny such facts would be to refuse the very purpose of discovery which is to learn the facts, or often equally more important, the absence of facts, pertaining to each and every allegation in the pleadings.

[26] Likewise in *Brennan v. J. Posluns & Co. Ltd.*,<sup>7</sup> McRuer C.J. ordered a witness to state the facts relied on in support of an allegation. In his view a question of this sort asks not so much for a conclusion of law by a witness as for the facts behind such conclusion. Where the witness is a party who is asserting that conclusion it is reasonable to ask for the facts supporting it.

[27] In my view, the proper approach is to be flexible. Clearly the kinds of questions which were aptly criticized in *Can-Air*, *supra*, note 5, can easily become abusive. On the other hand, a too rigid adherence to the rules therein laid down is likely to

[24] La jurisprudence est divisée au sujet des questions «succinctes» ou «portant sur les faits à l’appui de la preuve»; dans l’arrêt *Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co.*,<sup>5</sup> il a été statué qu’il n’était pas approprié de demander à un témoin de quelle preuve il disposait pour appuyer son allégation ou de quelle manière il comptait prouver celle-ci à l’instruction. Ce genre de questions ne tente pas de faire ressortir des faits que le témoin connaît ou sur lesquels il peut se renseigner, mais l’oblige plutôt à jouer le rôle d’un avocat et à sélectionner les faits sur lesquels la partie peut s’appuyer pour prouver une allégation donnée.

[25] Par ailleurs, bon nombre de juges d’expérience qui président à l’instruction adoptent une attitude plus libérale. Ainsi, dans l’arrêt *Rubinoff v. Newton*,<sup>6</sup> le juge Haines a déclaré:

[TRADUCTION] La ligne de démarcation entre la communication de faits sur lesquels une partie s’appuie et la preuve à l’appui de ce fait peut à l’occasion être très ténue, et quand cela se produit, la solution doit être de communiquer ce fait. Et je ne peux penser à une question plus simple et plus directe que celle-ci: «Sur quels faits vous appuyez-vous?» [. . .] La partie adverse a le droit de connaître les faits sur lesquels sont fondées les allégations d’actes de négligence ou de recouvrement, mais non pas la preuve qui sera fournie à l’appui de ces allégations. Nier ces faits équivaldrait à nier l’objet même de l’interrogatoire préalable qui est de se renseigner sur les faits, ou souvent, ce qui est tout aussi important, sur l’absence de faits se rapportant à chacune des allégations énoncées dans les actes de procédure.

[26] De même, dans l’arrêt *Brennan v. J. Posluns & Co. Ltd.*,<sup>7</sup> le juge en chef McRuer a ordonné à un témoin de divulguer les faits sur lesquels s’appuyait une allégation. À son avis, une question de ce genre ne demande pas tant au témoin de tirer une conclusion de droit que de divulguer les faits qui sous-tendent cette conclusion. Lorsque le témoin est la partie qui propose cette conclusion, il est raisonnable de demander à connaître les faits qui la sous-tendent.

[27] À mon avis, la meilleure solution est de faire preuve de souplesse. Manifestement, les genres de questions qui ont à bon droit été critiquées dans l’arrêt *Can-Air*, précité, à la note 5, peuvent facilement devenir abusives. Par ailleurs, une adhésion trop stricte

frustrate the very purpose of examination on discovery. While it is not proper to ask a witness what evidence he or she has to support an allegation, it seems to me to be quite a different thing to ask what facts are known to the party being discovered which underlie a particular allegation in the pleadings. While the answer may have a certain element of law in it, it remains in essence a question of fact. Questions of this sort may be essential to a discovery for the purposes of properly defining the issues and avoiding surprise; if the pleadings do not state the facts upon which an allegation is based then the party in whose name that pleading is filed may be required to do so.

[28] Likewise, while the jurisprudence is divided on the point, it is my view that it is proper on discovery (although it may not be so at trial) to ask a party as to the facts underlying a particular conclusion of law; questions of this sort on discovery are essential for the purposes of properly defining the issues and avoiding surprise. Again, it is central to remember that the deponent speaks not for him or herself but for the party.

[29] Accordingly, I find almost all of the objections taken by the Crown under these two headings to be without foundation. Thus, questions asking by what authority something was done should, in accordance with the principle earlier outlined, be read as seeking the factual basis (e.g. a letter, superior instructions, etc.) for the actions rather than a strictly legal answer. Likewise questions as to eligibility to vote in surrender polls should be taken as going to the factual basis upon which persons were in fact allowed to vote, such as the presence of their names on the band list, residence, or otherwise. The same is true of questions relating to membership transfers which relate to the fact of such transfers and not to whether or not they were properly made. Finally questions which ask what facts the Crown relies upon in support of certain of its particular allegations (most of which have in any event

aux règles énoncées aura vraisemblablement pour effet de nier l'objectif même de l'interrogatoire préalable. Bien qu'il ne soit pas approprié de demander à un témoin de quelle preuve il dispose pour appuyer une allégation, il me semble qu'il est tout à fait différent de demander à la partie qui fait l'objet de l'interrogatoire les faits qu'elle connaît et qui sont le fondement d'une allégation particulière dans les actes de procédure. Bien que la réponse puisse comporter un certain élément de droit, elle demeure essentiellement une question de fait. Les questions de ce genre peuvent être essentielles à l'étape de l'interrogatoire préalable afin de définir correctement les points en litige et d'éviter les surprises; si les actes de procédure n'énoncent pas les faits sur lesquels une allégation se fonde, on peut alors exiger de la partie au nom de laquelle cet acte de procédure est déposé qu'elle divulgue ce fait.

[28] De même, bien que la jurisprudence soit divisée sur ce point, je suis d'avis qu'il est approprié à l'interrogatoire préalable (alors que ce ne serait peut-être pas le cas à l'instruction) de poser à une partie des questions sur les faits qui appuient une conclusion de droit particulière; les questions de ce genre posées à l'étape préalable sont essentielles pour définir correctement les points en litige et éviter les surprises. De même, il est essentiel de se rappeler que le déposant ne parle pas pour lui-même, mais pour la partie qu'il représente.

[29] Par conséquent, je conclus que la presque totalité des objections soulevées par la Couronne sous ces deux rubriques ne sont pas fondées. Ainsi, les questions cherchant à déterminer en vertu de quel pouvoir une telle mesure a été prise devraient, conformément aux principes énoncés précédemment, être considérées comme des questions recherchant le fondement factuel (par exemple une lettre, les instructions d'un supérieur, etc.) des mesures prises plutôt qu'une réponse strictement juridique. De même, les questions portant sur l'admissibilité à voter lors de la tenue d'un scrutin sur une cession devraient être considérées comme se rapportant au fondement factuel en vertu duquel les personnes ont en fait été autorisées à voter, par exemple l'inscription de leurs noms sur la liste de la bande, leur domicile, etc. Il en est de même des questions ayant trait aux transferts d'effectifs qui

been tailored so as to comply with the decision in *Can-Air*, *supra*, note 5) should properly be answered.

[30] Notwithstanding the foregoing, however, there are a very small number of interrogatories which were drawn to my attention by counsel at the hearing which do ask questions of pure law and which should therefore be struck out. The following are the examples that were given by counsel:

(a) Montana question 21(d): this question clearly asks what legal authority the government had to establish a pay list for Little Bear's Band.

(b) Samson question 125: here again the question asks for the legal authority under the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] for making certain *per capita* payments.

(c) Ermineskin question 17: while the introductory part of this question is limited to facts and is unexceptionable, the follow-up questions contained in paragraphs (a) and following all seek admissions of law from the Crown and are improper.

[31] I conclude this section by reiterating that it is only in a very limited number of cases that I view the Crown's objections as being of any substance whatsoever. Questions relating to how, why and when bands and or reserves were established, band memberships determined, as well as to the loss of interests in reserves are essentially factual matters and should be answered.

6-8 Questions which are unreasonable, irrelevant overly broad or ambiguous

[32] As earlier stated, there is no dispute that the law requires that questions that fall into these categories

portent sur l'existence de ces transferts, et non pas sur le fait de savoir s'ils ont été ou non correctement effectués. Finalement, les questions dans lesquelles on demande sur quels faits la Couronne appuie certaines de ses allégations particulières (dont la plupart ont en fait été rédigées de façon à se conformer au modèle de l'arrêt *Can-Air*, précité note 5) devraient à bon droit faire l'objet d'une réponse.

[30] Malgré ce qui précède, toutefois, il y a très peu d'interrogatoires qui ont été portés à mon attention par les avocats à l'audience au cours desquels on a posé des questions de droit pur et qui devraient par conséquent être radiés. Voici les exemples qui m'ont été donnés par les avocats:

a) La question 21(d) de la bande de Montana: cette question demande manifestement quel pouvoir juridique avait le gouvernement d'établir une liste de paie pour la bande de Little Bear.

b) La question 125 de la bande de Samson: ici encore, la question demande quel est le pouvoir juridique conféré par la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] qui a permis de faire certains paiements par habitant.

c) La question 17 de la bande d'Ermineskin: bien que l'introduction de cette question se limite à des faits et ne puisse pas faire l'objet d'une objection, les questions accessoires contenues aux paragraphes (a) et suivants demandent toutes à la Couronne des aveux sur des points de droit et ne sont pas appropriées.

[31] Je conclus cette section en répétant qu'il n'y a que très peu de cas où, à mon avis, les objections de la Couronne ont un fondement quelconque. Les questions ayant trait au comment, au pourquoi et à la date à laquelle les bandes ou les réserves ont été établies, à la détermination de l'effectif de la bande, de même que les questions portant sur la perte des droits dans les réserves sont essentiellement des questions de fait et une réponse doit y être donnée.

6 à 8 Questions déraisonnables, non pertinentes, trop larges ou ambiguës

[32] Comme je l'ai dit précédemment, il est tout à fait admis que la loi exige de ne pas répondre aux

should not be answered. However counsel have made very few submissions under these categories and in most of them I find the objection to be without foundation. Thus, questions relating to government policy with respect to the establishment and surrender of reserve lands are clearly relevant in so far as they relate to the reserve lands here in question; to the extent that a question may appear over-broad the answer may be limited to the matters actually in issue.

[33] Most of all the questions asked are tied directly to allegations in either the statement of claim or the statement of defence and thus meet the primary test of relevance. The Crown's plea that it would be unduly burdensome to answer some of the questions seems to me to miss the mark; this is a large complicated case and the fact that the marshalling of facts and documents may require a great deal of work is something with which the parties simply have to live. Thus, while Samson questions 146 and 148 (particularly the latter) will apparently call for the production of a large number of documents, they are documents dealing with transfers made by the Crown and its agents of rights in the surrendered lands and are thus relevant. In any event, there is no evidence to support the plea of burdensomeness.<sup>8</sup>

[34] That said, however, one question has been drawn to my attention which I find unduly vague and ambiguous; Samson question 2 asks for the production of "all versions" of Bobtail's adhesion to Treaty No. 6; since I cannot understand the question, I think it not unreasonable that the Crown should take the same position.

#### 9 Questions which ask for privileged information

[35] Counsel made no submissions of substance on this category. No questions were drawn to my attention which would require the Crown to reveal

questions qui tombent dans ces catégories. Toutefois, les avocats ont fait très peu d'observations se rapportant à ces catégories et, pour la plupart d'entre elles, j'estime que l'objection est sans fondement. Ainsi, les questions ayant trait à la politique gouvernementale relative à l'établissement et à la cession des terres des réserves sont manifestement pertinentes dans la mesure où elles ont trait aux terres des réserves dont il est question en l'espèce; pour le cas où une question peut paraître trop large, il est possible de limiter la réponse aux points qui sont véritablement en litige.

[33] La plupart des questions posées sont liées directement aux allégations énoncées soit dans la déclaration, soit dans la défense et par conséquent, elles respectent le critère principal de la pertinence. La prétention de la Couronne selon laquelle il serait trop long de répondre à certaines de ces questions me semble manquer le but; il s'agit d'une affaire très compliquée et le fait que la collecte des faits et des documents puisse exiger beaucoup de travail est un état de fait auquel les parties devront tout simplement s'habituer. Ainsi, même si les questions 146 et 148 de la bande de Samson (particulièrement la dernière) demandent apparemment la production d'un très grand nombre de documents, ce sont des documents qui ont trait aux transferts faits par la Couronne et ses mandataires de droits sur des terres cédées et ils sont donc pertinents. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas de preuve pour appuyer cette prétention de trop grande difficulté<sup>8</sup>.

[34] Cela dit, toutefois, une question a été portée à mon attention et j'estime qu'elle est indument vague et ambiguë; à la question 2, la bande de Samson demande la production de «toutes les versions» de l'adhésion de Bobtail au Traité n° 6; comme je ne peux pas comprendre la question, je pense qu'il n'est pas déraisonnable que la Couronne adopte la même position.

#### 9 Questions portant sur des renseignements confidentiels

[35] Les avocats n'ont présenté aucune observation de fond dans cette catégorie. Aucune question n'a été portée à mon attention qui exigerait de la Couronne

information which would be privileged as against the bands towards whom the Crown has a fiduciary relationship.<sup>9</sup> The submission that one band may not know what payments have been made to another lacks substance, especially in view of the fact that the cases will be tried on common evidence. The objection is dismissed.

### Conclusion

[36] I conclude that for the most part the Crown's objections are without foundation. A very few questions have been brought to my attention which appear to me to be improper and I have identified them above. There may well be a few others falling into the same category which I have not been able to identify simply because of the huge number of questions involved. Accordingly it is my intention to issue an order in which, apart from allowing the objections to the specified questions, I shall dismiss the motion and extend the time under subsection 397(1) of the Rules, for the Crown to move to review the terms of my order for any matter overlooked; such motion, if any, shall be served by 15 August 1999 and made presentable at the next case-management conference on 25 August 1999 in Edmonton.

### Costs

[37] The Crown has been unsuccessful on virtually all of its submissions. On those very few questions where the Crown has had success on this motion, the matter has been one which in my view could have been settled by a simple discussion between counsel or, at worst, on a short motion heard by telephone conference. As it is the hearing of this motion has taken more than 2 days of Court time in both Ottawa and Calgary together with a number of telephone conferences; all parties have also produced voluminous written submissions and supporting materials. It is my view that this motion ought not to have been brought or, if brought, ought to have been of very much less duration and complexity. No attempt has been made by the Crown to facilitate written discovery even

qu'elle révèle des renseignements confidentiels concernant les bandes à l'égard desquelles elle a une obligation fiduciaire<sup>9</sup>. La prétention selon laquelle une bande ne peut pas savoir quels paiements ont été faits à une autre est sans fondement, particulièrement au vu du fait que les actions seront instruites sur une preuve commune. L'objection est rejetée.

### Conclusion

[36] Je conclus que la plupart des objections de la Couronne sont sans fondement. Très peu de questions portées à mon attention me semblent inappropriées, et je les ai mentionnées ci-dessus. Il y a peut-être quelques autres questions qui tombent dans la même catégorie et que je n'ai pas été en mesure d'identifier simplement à cause du très grand nombre de questions en cause. Par conséquent, j'ai l'intention de rendre une ordonnance dans laquelle, à part le fait que j'accueillerai certaines objections formulées à l'égard de questions précises, je rejetterai la requête et prorogerai le délai prévu au paragraphe 397(1) des Règles à l'intérieur duquel la Couronne pourra déposer un avis de requête pour demander que les termes de l'ordonnance soient examinés de nouveau concernant les questions qui auraient été oubliées; cette requête, si elle est déposée, devra être signifiée au plus tard le 15 août 1999 et être présentée à la prochaine conférence de gestion du cas le 25 août 1999 à Edmonton.

### Dépens

[37] La Couronne a été déboutée sur presque toutes ses prétentions. Pour les quelques rares questions à l'égard desquelles elle a obtenu gain de cause dans la présente requête, l'affaire aurait pu à mon avis être réglée par une simple discussion entre avocats ou, au pire, par une requête à court préavis entendue par voie de conférence téléphonique. Il a fallu à la Cour plus de deux jours pour entendre la présente requête à Ottawa et à Calgary, de même qu'un certain nombre de conférences téléphoniques, et toutes les parties ont également déposé de volumineuses prétentions écrites ainsi que des documents à l'appui de celles-ci. À mon avis, cette requête n'aurait pas dû être présentée ou, s'il fallait qu'elle le soit, l'audition aurait dû prendre beaucoup moins de temps et être beaucoup moins

though it was agreed upon. Many of the objections verge on the frivolous; it was for example argued, apparently seriously, that a question as to how many members had “left” a reserve by a certain date required the Crown to indicate which members had gone on hunting trips off the reserve during the period. Such submissions are scarcely evidence of an honest effort to understand the interrogatories and to answer them in good faith. Indeed, if the Crown had not enjoyed some very minor measure of success on the motion, I would not have hesitated to impose costs on a solicitor and client basis. As it is, the Crown will pay the costs of each plaintiff band forthwith and in any event of the cause, such costs being fixed in the amount of \$5,000 for each band.

complexe. La Couronne n’a fait aucun effort pour faciliter la communication écrite des renseignements, même si celle-ci a fait l’objet d’une entente. Bon nombre des objections frôlent la futilité; par exemple, on a fait valoir, sérieusement à ce qu’il semble, qu’une question portant sur le nombre de membres qui avaient «quitté» la réserve à une date donnée obligeait la Couronne à indiquer quels membres étaient partis en expédition de chasse à l’extérieur de la réserve pendant cette période. On peut difficilement prétendre que ces arguments constituent un effort honnête pour comprendre les interrogatoires et y répondre de bonne foi. En fait, si la Couronne n’avait pas eu, dans de très rares cas, gain de cause dans la requête, je n’aurais pas hésité à lui faire payer les dépens sur la base avocat-client. Quoi qu’il en soit, la Couronne paiera sans délai et en tout état de cause les dépens de chaque bande demanderesse, qui sont fixés à 5 000 \$ par bande.

<sup>1</sup> *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60 (S.C.); *Chingee v. British Columbia* (1989), 38 C.P.C. (2d) 301 (B.C.S.C.).

<sup>2</sup> [1991] 3 F.C. 420 (T.D.).

<sup>3</sup> [1993] 1 C.N.L.R. 50 (F.C.T.D.).

<sup>4</sup> (1996), 110 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); affd (1996), 118 F.T.R. 114 (F.C.T.D.); affd (1998), 222 N.R. 218 (F.C.A.).

<sup>5</sup> (1988), 91 A.R. 258 (C.A.).

<sup>6</sup> [1967] 1 O.R. 402 (H.C.), at p. 405.

<sup>7</sup> [1958] O.R. 22 (H.C.).

<sup>8</sup> *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1984), 1 C.P.R. (3d) 268 (F.C.T.D.).

<sup>9</sup> See *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1998] 2 F.C. 60 (C.A.).

<sup>1</sup> *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60 (C.S.); *Chingee v. British Columbia* (1989), 38 C.P.C. (2d) 301 (C.S.C.-B.).

<sup>2</sup> [1991] 3 C.F. 420 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>3</sup> [1993] 1 C.N.L.R. 50 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>4</sup> (1996), 110 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1996), 118 F.T.R. 114 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1998), 222 N.R. 218 (C.A.F.).

<sup>5</sup> (1988), 91 A.R. 258 (C.A.).

<sup>6</sup> [1967] 1 O.R. 402 (H.C.), à la p. 405.

<sup>7</sup> [1958] O.R. 22 (H.C.).

<sup>8</sup> *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)* (1984), 1 C.P.R. (3d) 268 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>9</sup> Voir *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1998] 2 C.F. 60 (C.A.).

IMM-5874-98

IMM-5874-98

Jose Roberto Hernandez Guzman (*Applicant*)Jose Roberto Hernandez Guzman (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration  
(*Respondent*)Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration  
(*défendeur*)*INDEXED AS: GUZMAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: GUZMAN c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*Trial Division, Teitelbaum J.—Calgary, August 16;  
Ottawa, September 3, 1999.Section de première instance, juge Teitelbaum—  
Calgary, 16 août; Ottawa, 3 septembre 1999.

*Citizenship and Immigration — Judicial review — Federal Court jurisdiction — Application to set aside dismissal of application for leave, judicial review — Due to misunderstanding of Federal Court Rules, applicant's counsel not perfecting, within legal delays, application for leave to apply for judicial review — Notwithstanding Court's inherent jurisdiction to deal with matter involving law of immigration because of Federal Court's exclusive jurisdiction in immigration matters, only F.C.A. having jurisdiction to review final decision of F.C.T.D. — Applicant's lack of English skills not basis for reopening matter already dismissed by final order — Questions certified: given that Federal Court Act, s. 18 grants F.C.T.D. exclusive jurisdiction to review decisions of immigration tribunals, whether F.C.T.D. having inherent jurisdiction to (1) vindicate legal right independent of statutory grants contained in Federal Court Act, Federal Court Rules, 1998, Immigration Act; (2) set aside order dismissing application for leave, judicial review, independent of rr. 397, 398.*

*Citoyenneté et Immigration — Contrôle judiciaire — Compétence de la Cour fédérale — Demande visant à faire annuler le rejet de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire — Par suite d'une mauvaise connaissance des Règles de la Cour fédérale, l'avocat du demandeur n'avait pas mis en état la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire dans le délai imparti — Même si la Cour a la compétence inhérente voulue pour examiner une question dans le domaine du droit de l'immigration en raison de la compétence exclusive que possède la Cour fédérale en matière d'immigration, seule la C.A.F. a compétence pour examiner un jugement définitif de la Section de première instance de la Cour fédérale — Le fait que le demandeur ne connaît pas l'anglais ne constitue pas un fondement justifiant la réouverture d'une affaire qui a déjà été rejetée par une ordonnance définitive — Questions certifiées: étant donné que l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Section de première instance de la Cour fédérale une compétence exclusive quant à l'examen des décisions des tribunaux de l'immigration, il s'agit de savoir si la Section de première instance de la Cour fédérale a une compétence inhérente 1) pour statuer sur un droit indépendamment de la compétence attribuée par la Loi sur la Cour fédérale, par les Règles de la Cour fédérale (1998) et par la Loi sur l'immigration; 2) pour annuler une ordonnance rejetant une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, indépendamment des règles 397 et 398.*

*Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — Federal Court Rules, 1998, r. 399(2)(a) permitting Court, on motion, to set aside, vary order by reason of matter arising, discovered subsequent to making of order — Applicant's previous counsel not perfecting application record on time due to ignorance of Rules — Only apparent after application for leave dismissed — R. 399(2) not applicable to vary, set aside final judgment of Court because party retained services of lawyer not properly versed in rules of Court — Question certified: whether Court can set aside order pursuant to r. 399(2) granted solely due to counsel's failure to understand, comply with procedural requirements.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — La règle 399(2)a des Règles de la Cour fédérale (1998) autorise la Cour, sur requête, à annuler ou modifier une ordonnance lorsque des faits nouveaux sont survenus ou ont été découverts après que l'ordonnance a été rendue — Par suite d'une mauvaise connaissance des Règles, l'avocat qui représentait alors le demandeur n'avait pas mis en état la demande d'autorisation dans le délai imparti — La chose n'est devenue évidente qu'après le rejet de la demande d'autorisation — La règle 399(2) n'a pas été conçue de façon à permettre la modification ou l'annulation d'un jugement définitif de la Cour parce que l'une des parties a retenu les services d'un avocat qui ne connaissait*

*Practice — “Gap” rule — Federal Court Rules, 1998, r. 4 permitting Court to provide for any procedural matter not provided for in Rules — Only applies in respect of procedural matters — Failure to file application record not merely procedural technicality, cannot be disposed of in manner provided for under r. 4.*

This was an application to set aside or reverse the dismissal of an application for leave and judicial review, so as to permit the applicant to file a new application for leave and judicial review without requesting an extension of time to do so.

The applicant was a citizen of El Salvador and a permanent resident of Canada. In 1995 and 1996 he was convicted of very serious criminal offences, for which he was sentenced to a term of 7 years and 20 days. An opinion letter, which indicated that the applicant constituted a danger to the public in Canada, was signed by the Minister’s delegate and the applicant was ordered deported. An appeal from the deportation order was filed, and applicant’s then counsel filed an application for leave and judicial review concerning the danger certificate. The applicant sought an extension of time within which to file the application for leave as a result of the Minister’s opinion not having been sent to the applicant’s counsel in a timely fashion. Due to a misunderstanding of Federal Court procedure, the applicant’s then counsel failed to perfect, within the legal delays, the application for leave by failing to serve and file the application record, causing the application for leave and judicial review to be dismissed.

The issues were: (1) whether the Federal Court has jurisdiction to reconsider the dismissal of an application for leave and judicial review; and (2) whether the applicant can file a new application for leave and judicial review outside of the time period prescribed under the Act without applying for an extension of time.

*Held*, the application should be dismissed.

*Federal Court Rules, 1998*, rule 4 permits the Court to provide for any procedural matter not provided for in the Rules. This rule applies only in respect of procedural matters and not to circumstances such as those raised by this application. The failure to file an application record is not merely a procedural technicality and therefore cannot be disposed of in the manner provided for under this rule.

*pas bien les règles de pratique — Question certifiée: question de savoir si la Cour peut annuler, conformément à la règle 399(2), une ordonnance qui a été rendue uniquement parce que l’avocat n’a pas compris et observé les exigences procédurales.*

*Pratique — Règle des «lacunes» — La règle 4 des Règles de la Cour fédérale (1998) autorise la Cour à déterminer la procédure applicable en cas de silence des Règles — Cette règle s’applique uniquement à l’égard de la procédure — L’omission de déposer le dossier de la demande n’est pas simplement une formalité et elle ne peut donc pas être réglée de la façon prévue par la règle 4.*

Il s’agissait d’une demande visant à faire annuler ou infirmer le rejet d’une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire, de façon que le demandeur puisse présenter une nouvelle demande d’autorisation et de contrôle judiciaire sans avoir à demander une prorogation de délai.

Le demandeur était citoyen du Salvador et résidait en permanence au Canada. En 1995 et en 1996, il avait été déclaré coupable d’infractions criminelles fort graves pour lesquelles il s’était vu infliger une peine de sept ans et 20 jours. Un fondé de pouvoir du ministre avait signé une lettre d’opinion selon laquelle le demandeur constituait un danger pour le public au Canada; une mesure d’expulsion a été prise. Le demandeur a interjeté appel contre la mesure d’expulsion; l’avocat qui représentait alors le demandeur a présenté une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire concernant l’attestation de danger. Le demandeur a sollicité une prorogation du délai dans lequel il pouvait présenter la demande d’autorisation pour le motif que l’avis exprimé par le ministre n’avait pas été transmis à son avocat en temps utile. Par suite d’une interprétation erronée de la procédure de la Cour fédérale, l’avocat qui représentait alors le demandeur n’a pas mis en état la demande d’autorisation dans le délai imparti, n’ayant pas signifié et déposé le dossier de la demande, de sorte que la demande d’autorisation et de contrôle judiciaire a été rejetée.

Il s’agissait de savoir: 1) si la Cour fédérale a compétence pour réexaminer le rejet d’une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire; 2) si le demandeur peut déposer une nouvelle demande d’autorisation et de contrôle judiciaire en dehors du délai prévu par la Loi sans demander une prorogation de délai.

*Jugement*: la demande est rejetée.

La règle 4 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* autorise la Cour à déterminer la procédure applicable en cas de silence des Règles. Cette règle s’applique uniquement à l’égard de la procédure et non aux circonstances telles que celles qui existent en l’espèce. L’omission de déposer le dossier de la demande n’est pas simplement une formalité et elle ne peut donc pas être réglée de la façon prévue par cette règle.

That the applicant was lacking in English skills cannot be used as a basis for reopening a matter which has already been dismissed by a final order.

Paragraph 399(2)(a) of the *Federal Court Rules, 1998* permits the Court, on motion, to set aside or vary an order by reason of a matter that arose or was discovered subsequent to the making of the order. The applicant's previous counsel was ignorant of the Rules as they applied to this case. The applicant submitted that this only became apparent after the application for leave had been dismissed. Subsection 399(2) was not meant to apply to vary or set aside a final judgment of the Court because one of the parties thereto had retained the services of a lawyer who was not properly versed in the law or the rules of the Court.

Notwithstanding the Court's inherent jurisdiction to deal with a matter involving the law of immigration because of the Federal Court's exclusive jurisdiction in immigration matters, this Court did not have the jurisdiction to set aside or vary a final judgment of the Trial Division. Only the Appeal Division of the Federal Court has such jurisdiction.

The applicant was well beyond the time prescribed by the *Immigration Act*, subsections 82.1(3) and (5) and was therefore required to file an application for an extension of time with his application for leave and judicial review. The applicant had failed to comply with the statutory time limit or extension of time provision.

The following questions were certified: (1) whether the Court can set aside an order pursuant to *Federal Court Rules, 1998*, subsection 399(2) which was granted solely due to counsel's failure to understand and comply with procedural requirements; (2) given that *Federal Court Act*, section 18 grants the Trial Division exclusive jurisdiction to review decisions made by immigration tribunals, whether the Trial Division has inherent jurisdiction to vindicate a legal right independent of statutory grants contained in the *Federal Court Act*, the *Federal Court Rules, 1998* and the *Immigration Act*; and (3) given that *Federal Court Act*, section 18 grants the Trial Division exclusive jurisdiction to review decisions of immigration tribunals, whether the Trial Division has the inherent jurisdiction to set aside an order dismissing an application for leave and for judicial review, independent of rules 397 and 398.

Le fait que le demandeur ne connaît pas l'anglais ne peut pas être invoqué comme fondement justifiant la réouverture d'une affaire qui a déjà été rejetée par une ordonnance définitive.

L'alinéa 399(2)a) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* autorise la Cour, sur requête, à annuler ou modifier une ordonnance lorsque les faits nouveaux sont survenus ou ont été découverts après que l'ordonnance a été rendue. L'ancien avocat du demandeur ne connaissait pas les Règles telles qu'elles s'appliquaient en l'espèce. Le demandeur a soutenu que cela n'est devenu évident qu'après le rejet de la demande d'autorisation. Le paragraphe 399(2) n'a pas été conçu de façon à permettre la modification ou l'annulation d'un jugement définitif de la Cour parce que l'une des parties au jugement définitif avait retenu les services d'un avocat qui ne connaissait pas bien le droit ou les règles de pratique.

Même si la Cour avait la compétence inhérente voulue pour examiner une question dans le domaine du droit de l'immigration en raison de la compétence exclusive que possède la Cour fédérale en matière d'immigration, cette Cour n'avait pas compétence pour annuler ou modifier un jugement définitif de la Section de première instance. Seule la Section d'appel de la Cour fédérale possède cette compétence.

Le demandeur a sollicité l'autorisation bien après l'expiration du délai prévu aux paragraphes 82.1(3) et (5) de la *Loi sur l'immigration* et il devait donc présenter une demande de prorogation de délai avec sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. Le demandeur n'a pas observé le délai prescrit par la Loi ou la disposition relative à la prorogation de délai.

Les questions suivantes ont été certifiées: 1) la Cour peut-elle annuler, conformément au paragraphe 399(2) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, une ordonnance qui a été rendue uniquement parce que l'avocat n'a pas compris et observé les exigences procédurales; 2) étant donné que l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Section de première instance une compétence exclusive quant à l'examen des décisions qui sont prises par les tribunaux de l'immigration, la Section de première instance a-t-elle la compétence inhérente voulue pour statuer sur un droit indépendamment de la compétence attribuée par la *Loi sur la Cour fédérale*, par les *Règles de la Cour fédérale (1998)* et par la *Loi sur l'immigration*; 3) étant donné que l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Section de première instance une compétence exclusive quant à l'examen des décisions des tribunaux de l'immigration, la Section de première instance a-t-elle la compétence inhérente voulue pour annuler une ordonnance rejetant une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, indépendamment des règles 397 et 399.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 650 (as am. by S.C. 1991, c. 43, s. 9; 1994, c. 44, s. 61; 1997, c. 18, s. 77).  
*Federal Court Rules*, 1998, SOR/98-106, rr. 3, 4, 397, 399.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(1)(d) (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16), 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13), 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Metodieva v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 132 N.R. 38 (F.C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Beilin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 88 F.T.R. 132 (F.C.T.D.); *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241.

## APPEARANCES:

*G. Michael Sherritt* for applicant.  
*William B. Hardstaff* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Sherritt Greene*, Calgary, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] TEITELBAUM, J: On or about June 30, 1999, the applicant filed a notice of motion for, as is stated therein:

1. the Order of this Court dated February 8, 1999, whereby the Application for Leave and Judicial Review in this matter was dismissed due to the failure of the Applicant to file an Application Record, be set aside or reversed;

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 650 (mod. par L.C. 1991, ch. 43, art. 9; 1994, ch. 44, art. 61; 1997, ch. 18, art. 77).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1)d) (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16), 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13), 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 3, 4, 397, 399.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Metodieva c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1991), 132 N.R. 38 (C.A.F.).

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Beilin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 88 F.T.R. 132 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241.

## ONT COMPARU:

*G. Michael Sherritt* pour le demandeur.  
*William B. Hardstaff* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Sherritt Greene*, Calgary, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE TEITELBAUM: Vers le 30 juin 1999, le demandeur a déposé un avis de requête dans lequel il demandait, tel qu'il y est énoncé:

## [TRADUCTION]

1. que l'ordonnance rendue le 8 février 1999 par la Cour rejetant la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire pour le motif que le dossier de la demande n'avait pas été déposé soit annulée ou infirmée;

2. the Applicant be permitted to file a new Application for Leave and Judicial Review without further application for an extension of time;
3. the new Application for Leave and Judicial Review shall be considered an application *de novo*.
4. such other relief as this Honourable Court deems just and equitable.

[2] The applicant states in his notice of motion that the application “is being made pursuant to Rules 3, 4, 54 and 399(2)(a) of the *Federal Court Rules, 1998* and Section 82.1 of the *Immigration Act*”.

#### FACTS

[3] The applicant is a citizen of El Salvador and a permanent resident of Canada, having been landed in Canada on March 11, 1995.

[4] On April 27, 1995, the applicant was convicted of, what I would call very serious criminal offences “including sexual assault as well as procuring”. On October 10, 1996, the applicant was convicted “of a further offence of sexual assault”.

[5] The applicant was sentenced, for, I believe, all the above convictions, to a term of 7 years and 20 days effective April 25, 1995.

[6] On August 27, 1997, a delegate of the Minister of Citizenship and Immigration signed an opinion letter pursuant to subsection 70(5) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13)] (the Act) that the applicant constituted a danger to the public in Canada.

#### 70. . . .

(5) No appeal may be made to the Appeal Division by a person described in subsection (1) or paragraph (2)(a) or (b) against whom a deportation order or conditional deportation order is made where the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada and the person has been determined by an adjudicator to be

2. qu’une nouvelle demande d’autorisation et de contrôle judiciaire puisse être présentée sans qu’une demande additionnelle de prorogation de délai soit présentée;
3. que la nouvelle demande d’autorisation et de contrôle judiciaire soit considérée comme étant une demande *de novo*;
4. que toute autre réparation que la Cour estime juste et équitable soit accordée.

[2] Dans son avis de requête, le demandeur dit que la demande [TRADUCTION] «est présentée en vertu des règles 3, 4, 54 et 399(2)a des *Règles de la Cour fédérale (1998)* ainsi que de l’article 82.1 de la *Loi sur l’immigration*».

#### LES FAITS

[3] Le demandeur est citoyen du Salvador; il réside en permanence au Canada et a obtenu le droit d’établissement le 11 mars 1995.

[4] Le 27 avril 1995, le demandeur a été déclaré coupable d’infractions criminelles qui sont, selon moi, fort graves et [TRADUCTION] «notamment d’agression sexuelle ainsi que de proxénétisme». Le 10 octobre 1996, le demandeur a été déclaré coupable [TRADUCTION] «d’une autre infraction d’agression sexuelle».

[5] Le 25 avril 1995, le demandeur s’est vu infliger une peine de 7 ans et 20 jours à l’égard, si je ne me trompe, de toutes les déclarations de culpabilité susmentionnées.

[6] Le 27 août 1997, un fondé de pouvoir du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration a signé une lettre d’opinion conformément au paragraphe 70(5) de la *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13)] (la Loi), selon laquelle le demandeur constituait un danger pour le public au Canada.

#### 70. [. . .]

(5) Ne peuvent faire appel devant la section d’appel les personnes, visées au paragraphe (1) ou aux alinéas (2)a) ou b), qui, selon la décision d’un arbitre:

(a) a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c), (c.1), (c.2) or (d);

(b) a person described in paragraph 27(1)(a.1); or

(c) a person described in paragraph 27(1)(d) who has been convicted of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of ten years or more may be imposed.

[7] On or about November 4, 1998, the applicant was ordered deported as a result of an adjudicator having found him described pursuant to paragraph 27(1)(d) [as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, s. 16] of the Act, which reads:

27. (1) An immigration officer or a peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a permanent resident is a person who

. . .

(d) has been convicted of an offence under any Act of Parliament, other than an offence designated as a contravention under the *Contraventions Act*, for which a term of imprisonment of more than six months has been, or five years or more may be, imposed,

[8] An appeal from the deportation order was filed by the applicant at the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board of Canada.

[9] On or about November 13, 1998, applicant's then counsel filed, on behalf of the applicant, in the Federal Court of Canada, Trial Division, an application for leave and judicial review "concerning the danger certificate issued against the applicant".

[10] The applicant sought an extension of time within which to file the application for leave as a result of the Minister's opinion not having been sent to the applicant's counsel "in a timely fashion".

a) appartiennent à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)c), c.1), c.2) ou d) et, selon le ministre, constituent un danger pour le public au Canada;

b) relèvent du cas visé à l'alinéa 27(1)a.1) et, selon le ministre, constituent un danger pour le public au Canada;

c) relèvent, pour toute infraction punissable aux termes d'une loi fédérale d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, du cas visé à l'alinéa 27(1)d) et, selon le ministre, constituent un danger pour le public au Canada.

[7] Vers le 4 novembre 1998, le demandeur a fait l'objet d'une mesure d'expulsion après que l'arbitre eut conclu qu'il était une personne visée à l'alinéa 27(1)d) [mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16] de la Loi, qui est rédigé comme suit:

27. (1) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit faire part au sous-ministre, dans un rapport écrit et circonstancié, de renseignements concernant un résident permanent et indiquant que celui-ci, selon le cas:

[. . .]

d) a été déclaré coupable d'une infraction prévue par une loi fédérale, autre qu'une infraction qualifiée de contravention en vertu de la *Loi sur les contraventions*:

(i) soit pour laquelle une peine d'emprisonnement de plus de six mois a été imposée,

(ii) soit qui peut être punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à cinq ans.

[8] Le demandeur a interjeté appel contre la mesure d'expulsion devant la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada.

[9] Vers le 13 novembre 1998, l'avocat qui représentait alors le demandeur a présenté devant la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada, pour le compte de celui-ci, une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire [TRADUCTION] «concernant l'attestation de danger délivrée contre le demandeur».

[10] Le demandeur a sollicité une prorogation du délai dans lequel il pouvait présenter la demande d'autorisation pour le motif que l'avis exprimé par le ministre n'avait pas été transmis à son avocat [TRADUCTION] «en temps utile».

[11] Due to a misunderstanding of the Federal Court procedure and, what appears to be a lack of knowledge of the *Federal Court Rules, 1988*, [SOR/98-106] the applicant's then counsel failed to perfect, within the legal delays, the application for leave by failing to serve and file the applicant's application record.

[12] The failure to serve and file an application record within the legal delays caused the application for leave and for judicial review to be dismissed by an order of Madam Justice McGillis dated February 8, 1999.

[13] The applicant now brings the present application to set aside or reverse the order of Madam Justice McGillis of February 8, 1999 so as to permit the applicant to file a new application for leave and judicial review without requesting an extension of time to do so.

#### PARTIES' POSITIONS

##### Applicant's Position

[14] The applicant submits that the *Federal Court Rules, 1998* contain no specific directions as to the steps which may be taken in the interests of justice to reopen a matter in the present circumstances, nor do they contain a specific prohibition against the reopening in the circumstances presently before the Court.

[15] The applicant submits that rule 3 of the *Federal Court Rules, 1998* directs the Court to interpret the Rules in such a manner that "not only are the interests of expeditiousness and economy served, but that a just determination is secured". He also submits that Rule 4 of the *Federal Court Rules, 1998* permits the Court to dispose of procedural matters not provided for in the Rules by analogy to any other Act of Parliament or by reference to the practice of the Superior Court to which the subject-matter most closely relates.

[16] The applicant also submits that, pursuant to subsection 399(2) of the *Federal Court Rules, 1998*, the Court may set aside or vary an order, *inter alia*,

[11] Par suite d'une interprétation erronée de la procédure de la Cour fédérale et de ce qui semble être une mauvaise connaissance des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], l'avocat qui représentait alors le demandeur n'a pas mis en état la demande d'autorisation dans le délai imparti, n'ayant pas signifié et déposé le dossier de la demande.

[12] L'omission de signifier et de déposer le dossier de la demande dans le délai imparti a entraîné le rejet de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire par M<sup>me</sup> le juge McGillis dans une ordonnance rendue le 8 février 1999.

[13] Le demandeur dépose maintenant la présente demande en vue de faire annuler ou infirmer l'ordonnance que le juge McGillis a rendue le 8 février 1999, de façon qu'il puisse présenter une nouvelle demande d'autorisation et de contrôle judiciaire sans avoir à demander une prorogation de délai.

#### LES POSITIONS DES PARTIES

##### La position du demandeur

[14] Le demandeur soutient que les *Règles de la Cour fédérale (1998)* ne renferment pas de directives précises au sujet des mesures qui peuvent être prises dans l'intérêt de la justice pour la réouverture d'une affaire et qu'elles n'interdisent pas non plus expressément la réouverture dans des circonstances telles que celles qui sont ici en cause.

[15] Le demandeur soutient qu'en vertu de la règle 3 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, la Cour doit interpréter les règles de façon [TRADUCTION] «non seulement à apporter une solution expéditive et économique, mais aussi à rendre une décision juste». Il soutient également que la règle 4 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* autorise la Cour, en cas de silence des Règles, à déterminer la procédure applicable par analogie avec toute loi fédérale ou par renvoi à la pratique de la Cour supérieure qui est la plus pertinente en l'espèce.

[16] Le demandeur soutient également que, conformément au paragraphe 399(2) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, la Cour peut annuler ou modifier une

by reason of a matter that arose or was discovered subsequent to the making of the order.

[17] The applicant submits that the failure to file the record was not the fault of the applicant, but rather the fault of his previous counsel, after having received proper instructions by him. It is submitted that due to the applicant's lack of facility in English, he was unable to ensure that his counsel was acting properly in his case and this resulted in an order which is prejudicial towards him as his application for judicial review was not determined on its merits.

[18] It is further argued that the Federal Court has inherent jurisdiction over its own process and that the Court should intervene and reopen this case to ensure that justice is done.

#### Respondent's position

[19] The respondent submits that the applicant's application was dismissed for failure to perfect due to inadvertence which is not a basis for invoking either rule 397 or rule 399. Relying on the decision of the Federal Court of Appeal in *Metodieva v. Minister of Employment and Immigration* (1991), 132 N.R. 38 (F.C.A.), the respondent submits that the order made is final and subject only to appeal.

[20] In response to the argument that the Rules contain no specific prohibition regarding reopening a matter in circumstances such as these, the respondent submits that the general rules must apply which provides that the order may only be reconsidered on appeal.

[21] Thirdly, the respondent submits that the applicant cannot file a new application for leave and judicial review without applying for an extension of time. It is argued that there has been no application filed for an extension of time, the applicant is beyond the time prescribed by the Act, and therefore cannot bring this application.

ordonnance parce que, entre autres, des faits nouveaux sont survenus ou ont été découverts après que l'ordonnance a été rendue.

[17] Le demandeur soutient que l'omission de déposer le dossier ne lui est pas attribuable, mais est plutôt attribuable à son ancien avocat, à qui il avait donné les instructions appropriées. Il est soutenu qu'étant donné que le demandeur a de la difficulté en anglais, il n'a pas pu s'assurer que son avocat agissait de la façon appropriée dans cette affaire et que cela a donné lieu à une ordonnance qui lui cause un préjudice vu qu'il n'a pas été statué au fond sur la demande de contrôle judiciaire.

[18] Il est en outre soutenu que la Cour fédérale a une compétence inhérente sur sa propre procédure et que la Cour devrait intervenir et rouvrir l'affaire de manière à ce que justice soit faite.

#### La position du défendeur

[19] Le défendeur soutient que la demande a été rejetée parce que l'on avait omis par inadvertance de la mettre en état, ce qui ne constitue pas un fondement permettant d'invoquer la règle 397 ou la règle 399. En se fondant sur l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Metodieva c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1991), 132 N.R. 38 (C.A.F.), le défendeur soutient que l'ordonnance est définitive, sous réserve d'un droit d'appel.

[20] En réponse à l'argument selon lequel les Règles ne renferment aucune interdiction expresse au sujet de la réouverture d'une affaire dans des circonstances telles que celles qui sont ici en cause, le défendeur soutient qu'il faut appliquer les règles générales selon lesquelles l'ordonnance peut uniquement être réexaminée dans le cadre d'un appel.

[21] Troisièmement, le défendeur soutient que le demandeur ne peut pas présenter une nouvelle demande d'autorisation et de contrôle judiciaire sans demander une prorogation de délai. Il est soutenu qu'aucune demande de prorogation de délai n'a été déposée, que le délai prévu par la Loi est maintenant expiré et que le demandeur ne peut donc pas présenter la présente demande.

## ISSUES

[22] The applicant raises two issues:

- (1) Does the Federal Court have jurisdiction to reconsider the order of Madam Justice McGillis made on February 8, 1999?
- (2) Can the applicant file a new application for leave and judicial review outside of the time period prescribed under the Act without applying for an extension of time?

## STATUTORY PROVISIONS

*Federal Court Rules, 1998*

397. (1) Within 10 days after the making of an order, or within such other time as the Court may allow, a party may serve and file a notice of motion to request that the Court, as constituted at the time the order was made, reconsider its terms on the ground that

(a) the order does not accord with any reasons given for it; or

(b) a matter that should have been dealt with has been overlooked or accidentally omitted.

(2) Clerical mistakes, errors or omissions in an order may at any time be corrected by the Court.

. . .

399. . . .

(2) On motion, the Court may set aside or vary an order

(a) by reason of a matter that arose or was discovered subsequent to the making of the order; or

(b) where the order was obtained by fraud.

## ANALYSIS

[23] During the hearing of this matter, counsel for the applicant conceded that pursuant to rule 397, the Court cannot grant the relief sought in the present application.

[24] In considering the jurisdiction of the Court to allow this application, I have thoroughly reviewed the jurisprudence on the allowable grounds for granting

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[22] Le demandeur soulève deux questions:

- 1) La Cour fédérale a-t-elle compétence pour réexaminer l'ordonnance que le juge McGillis a rendue le 8 février 1999?
- 2) Le demandeur peut-il déposer une nouvelle demande d'autorisation et de contrôle judiciaire en dehors du délai prévu par la Loi sans demander une prorogation de délai?

## LES DISPOSITIONS RÉGLEMENTAIRES

*Règles de la Cour fédérale (1998)*

397. (1) Dans les 10 jours après qu'une ordonnance a été rendue ou dans tout autre délai accordé par la Cour, une partie peut signifier et déposer un avis de requête demandant à la Cour qui a rendu l'ordonnance, telle qu'elle était constituée à ce moment, d'en examiner de nouveau les termes, mais seulement pour l'une ou l'autre des raisons suivantes:

a) l'ordonnance ne concorde pas avec les motifs qui, le cas échéant, ont été donnés pour la justifier;

b) une question qui aurait dû être traitée a été oubliée ou omise involontairement.

(2) Les fautes de transcription, les erreurs et les omissions contenues dans les ordonnances peuvent être corrigées à tout moment par la Cour.

[. . .]

399. [. . .]

(2) La Cour peut, sur requête, annuler ou modifier une ordonnance dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) des faits nouveaux sont survenus ou ont été découverts après que l'ordonnance a été rendue;

b) l'ordonnance a été obtenue par fraude.

## ANALYSE

[23] Lors de l'audience, l'avocat du demandeur a concédé que, conformément à la règle 397, la Cour ne peut pas accorder la réparation qui est ici demandée.

[24] Aux fins de décider si la Cour a compétence pour faire droit à la présente demande, j'ai minutieusement examiné la jurisprudence relative aux motifs

leave to reconsider a final order and have examined each of the *Federal Court Rules, 1998* which might allow such an application. The Rules and the case law are clear. There is no authority to allow me to review a final decision of the Trial Division in the circumstances of the present case.

[25] The Federal Court of Appeal addressed this issue in *Metodieva, supra*, which concerned an application for appeal which was dismissed and a new application on the same matter. In the decision, Justice Décary states at page 43:

I think it is important to point out that the Court does not have jurisdiction to decide the matter again, and that this is so whatever the reason for dismissing the first application for leave . . . the fact that an application was dismissed for a procedural defect does not in any way change the fact that the order made is final and not subject to be reconsidered, apart from the allowable cases.

[26] In his submission, the applicant relies on rule 4 of the *Federal Court Rules, 1998*, by analogy to section 650 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by S.C. 1991, c. 43, s. 9; 1994, c. 44, s. 61; 1997, c. 18, s. 77)], as a basis to reconsider the decision of Madam Justice McGillis. Rule 4 states:

4. On motion, the Court may provide for any procedural matter not provided for in these Rules or in an Act of Parliament by analogy to these Rules or by reference to the practice of the superior court of the province to which the subject matter of the proceeding most closely relates.

[27] The respondent has submitted this rule is inapplicable on the facts of this case. I am of the view that this rule applies only in respect of procedural matters and not to circumstances such as those raised by this application. The failure to file an application record is not merely a procedural technicality and therefore cannot be disposed of in the manner provided for under this rule.

[28] It was further submitted by the applicant that the failure to file a record is partly attributable to the applicant's minimal English skills. However, the fact that the applicant is lacking in English cannot be used

autorisant le réexamen d'une ordonnance définitive et j'ai examiné chaque disposition des *Règles de la Cour fédérale (1998)* qui pourrait autoriser pareille demande. Les Règles et la jurisprudence sont claires. Rien ne me permet de réexaminer une décision définitive rendue par la Section de première instance dans les circonstances de l'espèce.

[25] La Cour d'appel fédérale a examiné la question dans l'arrêt *Metodieva, supra*, qui se rapportait à une demande d'autorisation d'appel qui avait été rejetée et à une nouvelle demande présentée sur la même question. Dans sa décision, le juge Décary dit ce qui suit, à la page 43:

Il m'apparaît important de préciser que la Cour n'a pas compétence pour décider de nouveau de la question, et ce, quelle que soit la raison pour laquelle la première demande d'autorisation avait été rejetée. [. . .] qu'une requête ait été rejetée pour vice de procédure ne change en rien le fait que l'ordonnance rendue est finale et échappe à toute reconsidération, hors les cas permis.

[26] Dans ses arguments, le demandeur se fonde sur la règle 4 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, par analogie avec l'article 650 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par L.C. 1991, ch. 43, art. 9; 1994, ch. 44, art. 61; 1997, ch. 18, art. 77)], comme justifiant le réexamen de la décision rendue par le juge McGillis. La règle 4 est ainsi libellée:

4. En cas de silence des présentes règles ou des lois fédérales, la Cour peut, sur requête, déterminer la procédure applicable par analogie avec les présentes règles ou par renvoi à la pratique de la Cour supérieure de la province qui est la plus pertinente en l'espèce.

[27] Le défendeur a soutenu que cette règle ne s'applique pas aux faits de l'affaire. Je suis d'avis que cette règle s'applique uniquement à l'égard de la procédure et non aux circonstances telles que celles qui existent en l'espèce. L'omission de déposer le dossier de la demande n'est pas simplement une formalité et elle ne peut donc pas être réglée de la façon prévue par cette règle.

[28] Le demandeur a en outre soutenu que l'omission de déposer un dossier est en partie attribuable au fait que sa connaissance de l'anglais est minime. Toutefois, le fait que le demandeur ne connaît pas

as a basis for reopening a matter which has already been dismissed by a final order. In *Metodieva*, the Court of Appeal considered the relevancy of the applicant's status as a "foreigner" at page 43 of the reasons:

. . . the fact that the applicant is "a foreigner in Canada" does not confer on her any privilege to be ignorant of Canadian law or any special status in respect of errors which may be made by her or by her counsel.

[29] I believe that one of the applicant's strongest submissions deals with the interpretation that should be given to paragraph 399(2)(a) of the *Federal Court Rules, 1998*.

[30] The applicant submits that the fact that the applicant's previous counsel was ignorant of the *Federal Court Rules, 1998* only became apparent or was discovered after Madam Justice McGillis issued her order.

[31] There is no doubt that the evidence placed before me indicates that the applicant's previous counsel was ignorant of the *Federal Court Rules, 1998* as they are applicable to the present case.

[32] In his affidavit sworn on May 27, 1999, the applicant's previous counsel states, in paragraphs 8 and 9:

8. I was also retained by the Legal Aid Society of Alberta to act on behalf of the Applicant and to represent him in the Federal Court of Canada's Trial Division to challenge the Minister's opinion that the Applicant constituted a danger to the public. Accordingly, on November 13, 1999, I as counsel on behalf the Applicant, filed an Application for Leave and Judicial Review concerning the danger certificate issued against the Applicant. I also sought an extension of time within which to file the Application as a result of the opinion not having been served on me as counsel for the Applicant in a timely fashion.

9. I was of the opinion that having filed the Application for Leave and Judicial Review on behalf of the Applicant, nothing further was required to be done and that I would only have to wait until such time as this Honourable Court rendered a decision as to whether or not we would be entitled to proceed with the matter thereafter. As a result of

l'anglais ne peut pas être invoqué comme fondement justifiant la réouverture d'une affaire qui a déjà été rejetée par une ordonnance définitive. Dans l'arrêt *Metodieva*, la Cour d'appel a examiné la question de savoir si le fait que la demanderesse était une «étrangère» était pertinent, à la page 43 de ses motifs:

[. . .] le fait que la requérante soit «une étrangère au Canada» ne lui confère ni le privilège de l'ignorance des lois canadiennes ni un statut particulier face aux erreurs qu'elle-même ou son procureur aurait commises.

[29] Je crois que l'un des meilleurs arguments du demandeur se rapporte à la façon dont il faudrait interpréter l'alinéa 399(2)a) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

[30] Le demandeur soutient que le fait que son ancien avocat ne connaissait pas les *Règles de la Cour fédérale (1998)* n'est devenu évident ou n'a été découvert qu'après que le juge McGillis eut rendu son ordonnance.

[31] Il est certain que la preuve qui m'a été présentée montre que l'ancien avocat du demandeur ne connaissait pas les *Règles de la Cour fédérale (1998)* telles qu'elles s'appliquent en l'espèce.

[32] Dans l'affidavit qu'il a signé le 27 mai 1999, l'ancien avocat du demandeur déclare ce qui suit, aux paragraphes 8 et 9:

[TRADUCTION]

8. Mes services ont également été retenus par la Legal Aid Society de l'Alberta qui m'a demandé d'agir pour le compte du demandeur et de représenter celui-ci devant la Section de première instance de la Cour fédérale pour contester l'avis du ministre selon lequel le demandeur constituait un danger pour le public. Le 13 novembre 1998, en ma qualité d'avocat du demandeur, j'ai donc présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire concernant l'attestation de danger délivrée contre le demandeur. J'ai également demandé une prorogation du délai de présentation de la demande pour le motif que l'avis ne m'avait pas été signifié en temps utile, en ma qualité d'avocat du demandeur.

9. J'étais d'avis qu'étant donné que la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire avait été présentée pour le compte du demandeur, il n'était pas nécessaire de faire quoi que ce soit et que je devais uniquement attendre que la Cour statue sur la question de savoir si nous avions le droit de poursuivre l'affaire. Étant donné que je n'ai pas bien

my misunderstanding of the Court procedure, the Application for Leave and Judicial was never perfected.

[33] In the case of *Beilin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 88 F.T.R. 132 (F.C.T.D.), Mr. Justice Strayer, sitting as a judge *ex officio* of the Trial Division, dealt with a similar matter.

[34] The facts of the *Beilin* case are found in paragraphs 2 and 3. They are:

A decision was made by the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board on October 18, 1993 that the applicants are not convention refugees. This decision was communicated to them on October 26, 1993. According to an affidavit filed on behalf of the applicants, they consulted a lawyer, Mr. Robert Gertler, who helped them prepare and file an initial application on November 9, 1993 for leave to commence an application for judicial review. At the same time they made a request to Legal Aid. I can only deduce from the affidavit that they did not in fact obtain legal aid and that they were unable to pay Mr. Gertler the fee he required to file a record on their behalf. According to the affidavit, on December 1, 1993 they then proceeded to retain a person in Toronto whom they thought to be a lawyer and he prepared a letter of that date for the signature of one of the applicants, addressed to the Federal Court. This letter advised the Court that they had been unable to obtain legal aid and that they were trying to arrange for a loan or a work permit so that they could earn money to pay for a legal fee. The letter requested an extension of the period of time for submitting the required documents. According to the affidavit the applicants were then contacted by the Registry of the Federal Court on December 3, 1993 and they were given advice as to how to file a proper request for an extension of time. The Registry sent them materials to assist them and these were taken to the person whom they thought was acting as their lawyer who assured one of the applicants that he would file a proper request. Nothing further was received by the Court after the letter of December 1, 1993.

When the matter was put before me in February, 1994 I issued an order on February 15th as follows:

The time for filing the applicant's record having expired on or about December 9, 1993, and no communication having been received from the applicant since December 1, 1993, the application is dismissed in accordance with Rule 14(1).

The applicants according to their affidavit received this decision "in the middle of March, 1994". According to them

compris la procédure de la Cour, la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire n'a jamais été mise en état.

[33] Dans l'affaire *Beilin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 88 F.T.R. 132 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Strayer, qui siégeait à titre de membre de droit de la Section de première instance, a examiné une question similaire.

[34] Les faits de l'affaire *Beilin* sont énoncés comme suit aux paragraphes 2 et 3:

Le 18 octobre 1993, la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a déterminé que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. Cette décision leur a été communiquée le 26 octobre 1993. Suivant un affidavit déposé pour le compte des requérants, ils ont consulté un avocat, M. Robert Gertler, qui les a aidés à rédiger et à déposer, le 9 novembre 1993, une première demande d'autorisation d'introduire une demande de contrôle judiciaire et une demande de contrôle judiciaire. Au même moment, ils ont fait une demande d'aide juridique. Je ne peux que déduire de l'affidavit qu'ils n'ont en fait pas eu droit à l'aide juridique et qu'ils ont été incapables de payer à M. Gertler les honoraires qu'il exigeait pour déposer un dossier pour leur compte. Suivant l'affidavit, le 1<sup>er</sup> décembre 1993, ils ont retenu à Toronto les services d'une personne qu'il croyait [*sic*] être un avocat. Ce dernier a adressé à la Cour fédérale une lettre portant cette même date pour qu'un des requérants la signe. Cette lettre avisait la Cour qu'on leur avait refusé l'aide juridique et qu'ils tentaient d'obtenir un prêt ou un permis de travail pour pouvoir gagner de l'argent et ainsi payer les honoraires d'un avocat. La lettre demandait une prorogation du délai pour soumettre les documents nécessaires. Suivant l'affidavit, le 3 décembre 1993 les requérants ont été avisés par le greffe de la Cour fédérale de la façon dont ils devaient déposer une requête appropriée pour prorogation de délai. Le greffe leur a envoyé les documents pour les aider, documents qu'ils ont remis à la personne qui, suivant ce qu'ils croyaient, agissait à titre d'avocat pour leur compte, et qui a assuré à l'un des requérants qu'il déposerait la requête appropriée. Rien d'autre n'a été reçu par la Cour après la lettre du 1<sup>er</sup> décembre 1993.

J'ai été saisi de l'affaire en février 1994, et j'ai rendu l'ordonnance suivante le 15 février 1994:

[TRADUCTION] Le délai prescrit pour le dépôt du dossier des requérants ayant expiré le ou vers le 9 décembre 1993, et aucune communication n'ayant été reçue de la part des requérants depuis le 1<sup>er</sup> décembre 1993, la demande est rejetée conformément à la règle 14(1).

Selon leur affidavit, les requérants ont reçu cette décision [TRADUCTION] «à la mi-mars 1994». Selon les requérants, la

the person they thought was acting as their counsel refused to provide any explanation. It was not until September 8, 1994 that the applicants appear to have taken any further action, having contacted the Federal Court Registry on that date. This application for reconsideration of my February 15, 1994 order, and for an extension of time for filing the application record, was not filed in this Court until September 15, 1994. The notice of motion purports to be based on both rule 1733 and rule 337.

[35] In paragraph 5, Mr. Justice Strayer states:

In principle rule 1733 [now paragraph 399(2)(a)] is applicable. Under this rule an order can be varied because of a matter arising subsequent to the making of the order or subsequently discovered, if such matter could not have been discovered with due diligence prior to the making of the order, which if known at that time would have altered the judgment. I am prepared to assume without so finding that the applicants exercised due diligence when retained a person who they now believe was not a lawyer, and when they relied on him to file the application record. Further, had that information been available to me at the time I made the order I am prepared to assume that I would have granted an extension, although it would have been for a short and specific period.

[36] Unfortunately for the applicant, I am not convinced that the facts of the *Beilin* case are sufficiently similar to the case at bar.

[37] In the *Beilin* case, the applicant believed he had retained a lawyer to act on behalf of the applicant. It turned out the person hired was not a lawyer.

[38] In the case at bar, the applicant thought he retained a lawyer and did, in fact, retain the services of a lawyer.

[39] Unfortunately, the applicant retained or was given a lawyer who was ignorant of the Federal Court of Canada's Rules and particularly as the rules are applied to immigration matters.

[40] I am satisfied that subsection 399(2) of the Rules was not meant to apply to vary or set aside a final judgment of the Court because one of the parties to the final judgment had retained the services of a

personne qui, croyaient-ils, agissait à titre d'avocat pour leur compte, a refusé de fournir quelque explication. Ce n'est que le 8 septembre 1994 que les requérants paraissent avoir pris d'autres mesures, communiquant alors avec le greffe de la Cour fédérale. La demande de nouvel examen de l'ordonnance que j'ai rendue le 15 février 1994 et de prorogation du délai pour le dépôt du dossier de la demande n'a été déposée devant cette Cour que le 15 septembre 1994. L'avis de requête est censé être fondé sur les règles 1733 et 337.

[35] Au paragraphe 5, le juge Strayer dit ce qui suit:

En principe, la règle 1733 [maintenant l'alinéa 399(2)a)] s'applique. En vertu de cette règle, une ordonnance peut être modifiée sur le fondement de faits survenus postérieurement à l'ordonnance ou découverts par la suite, faits qui n'auraient pu être découverts même avec diligence raisonnable avant le prononcé de l'ordonnance et qui, s'ils avaient été connus à ce moment-là, auraient eu pour effet de modifier le jugement. Je suis disposé à présumer sans pour autant conclure que les requérants ont exercé une diligence raisonnable lorsqu'ils ont retenu les services d'une personne qui, croient-ils maintenant, n'était pas un avocat, et lorsqu'ils se sont fiés à lui pour qu'il dépose un dossier de la demande. En outre, si cette information m'avait été communiquée lorsque j'ai rendu l'ordonnance, je suis disposé à présumer que j'aurais accordé la prorogation, bien que pour une brève période déterminée.

[36] Malheureusement, je ne suis pas convaincu que les faits de l'affaire *Beilin* soient suffisamment semblables à ceux de l'espèce.

[37] Dans l'affaire *Beilin*, le demandeur croyait avoir retenu les services d'un avocat pour le représenter. En fait, la personne dont il avait retenu les services n'était pas un avocat.

[38] En l'espèce, le demandeur croyait avoir retenu les services d'un avocat et c'est bien ce qu'il a fait.

[39] Malheureusement, le demandeur a retenu les services d'un avocat ou s'est vu attribuer un avocat qui ne connaissait pas les Règles de la Cour fédérale du Canada et en particulier la façon dont elles s'appliquent en matière d'immigration.

[40] Je suis convaincu que le paragraphe 399(2) n'a pas été conçu de façon à permettre la modification ou l'annulation d'un jugement définitif de la Cour parce que l'une des parties au jugement définitif a retenu les

lawyer who, it is subsequently found out, was not properly versed in the law or the rules of a Court.

[41] It was also submitted that I had the inherent jurisdiction to set aside or vary the final judgment of Madam Justice McGillis. Counsel submits that “by reason of this Court’s inherent jurisdiction over its own process, it is respectfully submitted that the Court has jurisdiction to intervene herein to ensure justice is done”.

[42] In the case of *Canada (Human Rights Commission v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at pages 656-659, Mr. Justice Bastarache states:

The notion of “inherent jurisdiction” arises from the presumption that if there is a justiciable right, then there must be a court competent to vindicate the right. The issue addressed in *Board v. Board* was whether a failure to grant jurisdiction should be read as implicitly excluding jurisdiction. In that context, the doctrine of inherent jurisdiction requires that only an explicit ouster of jurisdiction should be allowed to deny jurisdiction to the superior court. In my view, the case does not stand for the fundamentally different proposition that statutes which purport to grant jurisdiction to another court should be read narrowly so as to protect the jurisdiction of the superior court. That is not the purpose of the doctrine of inherent jurisdiction, which is simply to ensure that a right will not be without a superior court forum in which it can be recognized. Although certain language in *Board v. Board* could be taken to stand for the former proposition, a reading of the entire case indicates that a choice was not being made between the jurisdiction of the s. 96 court and the jurisdiction of the federal court (which was extremely narrow at the time). The Privy Council simply did not consider the possible jurisdiction of the Exchequer Court in *Board v. Board*. The case was not an attempt to answer the question “which court?”, but rather “is there a court?” The former question can only be determined by considering the constitutional, statutory and historical factors which I have canvassed above, while the latter can be dealt with by means of the simple presumption that only an express ouster will deny jurisdiction to the superior court to hear such a case.

The statutory position of the Federal Court has changed since *Board v. Board*, a case in which the possible jurisdic-

services d’un avocat qui, constate-t-on subséquemment, ne connaissait pas bien le droit ou les règles de pratique.

[41] Il a également été soutenu que j’avais la compétence inhérente voulue pour annuler ou modifier le jugement définitif du juge McGillis. L’avocat soutient qu’[TRADUCTION] «en raison de la compétence inhérente que possède la Cour sur sa propre procédure, il est respectueusement soutenu que la Cour a compétence pour intervenir de manière à ce que justice soit faite».

[42] Dans l’arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, aux pages 656 à 659, le juge Bastarache dit ce qui suit:

La notion de «compétence inhérente» découle de la présomption qui veut que, s’il existe un droit justiciable, il doit alors exister un tribunal compétent permettant de le faire valoir. La question examinée dans *Board c. Board* était celle de savoir si l’absence d’une attribution de compétence devait être interprétée comme une exclusion implicite de compétence. Dans ce contexte, suivant la théorie de la compétence inhérente, seule une exclusion explicite de la compétence peut priver la cour supérieure de la compétence sur une question. À mon avis, cet arrêt n’étaye pas la proposition fondamentalement différente voulant que les lois censées conférer compétence à un autre tribunal doivent être interprétées strictement de manière à protéger la compétence de la cour supérieure. Il ne s’agit pas là de l’objet de la théorie de la compétence inhérente, qui est tout simplement d’éviter qu’un droit ne puisse être exercé faute d’une cour supérieure où il peut être reconnu. Bien que certains passages de l’arrêt *Board c. Board* puissent être considérés comme ayant pour effet d’étayer la première proposition, la lecture de l’ensemble de la décision indique qu’on ne procédait pas à un choix entre la compétence du tribunal constitué en vertu de l’art. 96 et la compétence (extrêmement limitée à l’époque) de la Cour fédérale. La possibilité que la Cour de l’Échiquier ait eu compétence n’a tout simplement pas été envisagée par le Conseil privé dans *Board c. Board*, où la question n’était pas «Quel tribunal a compétence?», mais plutôt «Existe-t-il un tribunal compétent?» La première question ne peut être tranchée que par l’examen des facteurs constitutionnels, législatifs et historiques analysés précédemment, alors que la seconde peut l’être en appliquant la simple présomption que seule une exclusion expresse prive la cour supérieure de la compétence de connaître d’une affaire.

Le statut législatif de la Cour fédérale a changé depuis *Board c. Board*, arrêt dans lequel la possibilité que la Cour

tion of the Exchequer Court was not even considered, because its jurisdiction at that time was so marginal. The passage of the *Federal Court Act* in 1971 substantially expanded the jurisdiction of the Exchequer Court (and changed its name to the Federal Court of Canada), and by necessary implication, removed jurisdiction over many matters from the provincial superior courts. The new Federal Court of Canada was granted an expanded jurisdiction, not only by specific enumeration of new subject matters, as, for example, in s. 23(c) of the Act, but also in a more general fashion. In essence, by virtue of ss. 3, 18, and 18.1, it was made a court of review and of appeal which stands at the apex of all the administrative decision-makers on whom power has been granted by individual Acts of Parliament. Significant confusion had developed prior to the Act as superior courts in different provinces reached conflicting outcomes as to the disposition of applications for judicial review from these administrative decision-makers, as to the proper test for standing, and as to the geographical reach of their decisions (I. Bushnell, *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992* (1997), at p. 159). The growth of administrative decision-makers adjudicating a myriad of laws within federal competence, without a single court to supervise that structure below the Supreme Court of Canada, created difficulties which an expanded Federal Court was intended to address.

These are the historical and constitutional factors which led to the development of the notion of inherent jurisdiction in provincial superior courts, which to a certain extent has been compared and contrasted to the more limited statutory jurisdiction of the Federal Court of Canada. But in my view, there is nothing in this articulation of the essentially remedial concept of inherent jurisdiction which in any way can be used to justify a narrow, rather than a fair and liberal, interpretation of federal statutes granting jurisdiction to the Federal Court. The legitimate proposition that the institutional and constitutional position of provincial superior courts warrants the grant to them of a residual jurisdiction over all federal matters where there is a “gap” in statutory grants of jurisdiction, is entirely different from the proposition that federal statutes should be read to find “gaps” unless the words of the statute explicitly close them. The doctrine of inherent jurisdiction raises no valid reasons, constitutional or otherwise, for jealously protecting the jurisdiction of provincial superior courts as against the Federal Court of Canada.

In my view, the doctrine of inherent jurisdiction operates to ensure that, having once analysed the various statutory grants of jurisdiction, there will always be a court which has the power to vindicate a legal right independent of any

de l'Échiquier ait eu compétence n'a même pas été prise en considération, étant donné que la compétence de cette cour était vraiment limitée à l'époque. L'adoption de la *Loi sur la Cour fédérale*, en 1971, a considérablement élargi la compétence de la Cour de l'Échiquier (qui a notamment été renommée Cour fédérale du Canada), et, par implication nécessaire, a eu pour effet de retirer aux cours supérieures des provinces la compétence sur de nombreux sujets. La nouvelle Cour fédérale du Canada s'est vu accorder une compétence élargie non seulement par l'ajout explicite de nouveaux sujets, par exemple celui mentionné à l'al. 23c) de la Loi, mais également de façon générale. Essentiellement, en vertu des art. 3, 18 et 18.1, la Cour est devenue un tribunal de révision et d'appel siégeant au sommet de l'ensemble des décideurs administratifs qui exercent des pouvoirs conférés par différentes lois fédérales. Avant l'adoption de la Loi, il régnait une confusion considérable par suite des décisions divergentes que rendaient les cours supérieures des provinces sur les demandes de contrôle judiciaire des décisions de ces décideurs administratifs, ainsi qu'à l'égard du critère approprié pour statuer sur la qualité pour agir et de la portée géographique de leurs décisions (I. Bushnell, *The Federal Court of Canada: A History, 1875-1992* (1997), à la p. 159). L'accroissement du nombre de décideurs administratifs rendant des décisions concernant une myriade de lois fédérales, sans qu'il existe un tribunal unique de juridiction inférieure à la Cour suprême du Canada chargé de surveiller cette structure, créait des difficultés que la Cour fédérale, dotée d'une compétence élargie, visait à écarter.

Ce sont ces facteurs historiques et constitutionnels qui ont entraîné l'élaboration de la notion de compétence inhérente des cours supérieures des provinces, qui a, dans une certaine mesure, été comparée et opposée à la compétence d'origine législative plus limitée de la Cour fédérale du Canada. Toutefois, je suis d'avis que rien dans cet exposé de la notion essentiellement réparatrice de compétence inhérente ne peut être invoqué pour justifier une interprétation étroite, plutôt qu'une interprétation juste et libérale, des lois fédérales qui confèrent compétence à la Cour fédérale. La proposition légitime—selon laquelle la situation institutionnelle et constitutionnelle des cours supérieures provinciales justifie de leur reconnaître une compétence résiduelle sur toute matière fédérale en cas de «lacune» dans l'attribution législative des compétences—est entièrement différente de l'argument selon lequel il faut conclure à l'existence d'une «lacune» dans une loi fédérale à moins que le texte de cette loi ne comble explicitement la lacune en question. La théorie de la compétence inhérente ne fait ressortir aucun motif valable, d'ordre constitutionnel ou autre, justifiant de protéger jalousement la compétence des cours supérieures des provinces contre la Cour fédérale du Canada.

À mon avis, la théorie de la compétence inhérente a pour effet de garantir que, une fois analysées les diverses attributions législatives de compétence, il y aura toujours un tribunal habilité à statuer sur un droit, indépendamment de

statutory grant. The court which benefits from the inherent jurisdiction is the court of general jurisdiction, namely, the provincial superior court. The doctrine does not operate to narrowly confine a statutory grant of jurisdiction; indeed, it says nothing about the proper interpretation of such a grant. As noted by McLachlin J. in *Brotherhood*, *supra*, at para. 7, it is a “residual jurisdiction”. In a federal system, the doctrine of inherent jurisdiction does not provide a rationale for narrowly reading federal legislation which confers jurisdiction on the Federal Court.

As is clear from the face of the *Federal Court Act*, and confirmed by the additional role conferred on it in other federal Acts, in this case the *Human Rights Act*, Parliament intended to grant a general administrative jurisdiction over federal tribunals to the Federal Court. Within the sphere of control and exercise of powers over administrative decision-makers, the powers conferred on the Federal Court by statute should not be interpreted in a narrow fashion. This means that where an issue is clearly related to the control and exercise of powers of an administrative agency, which includes the interim measures to regulate disputes whose final disposition is left to an administrative decision-maker, the Federal Court can be considered to have a plenary jurisdiction.

[43] I take from the above that the Federal Court of Canada, because of its exclusive jurisdiction in immigration matters, has inherent jurisdiction to deal with any matter involving the law of immigration.

[44] Notwithstanding my finding of having inherent jurisdiction to deal with a matter involving the law of immigration because of the Federal Court’s exclusive jurisdiction in immigration matters, I am not convinced that I have the jurisdiction to set aside or vary a final judgment of the Federal Court—Trial Division.

[45] I am satisfied that only the Appeal Division of the Federal Court has this jurisdiction.

[46] Section 82.1 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. 1-2 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73] states:

toute attribution législative de compétence. Le tribunal qui jouit de cette compétence inhérente est la juridiction de droit commun, c’est-à-dire la cour supérieure de la province. Cette théorie n’a pas pour effet de limiter restrictivement une attribution législative de compétence; de fait, elle ne prévoit rien quant à la façon dont une telle attribution doit être interprétée. Comme l’a souligné le juge McLachlin dans l’arrêt *Fraternité*, précité, au par. 7, il s’agit d’une «compétence résiduelle». Dans un système fédéral, la théorie de la compétence inhérente ne justifie pas d’interpréter restrictivement les lois fédérales conférant compétence à la Cour fédérale.

Comme l’indique clairement le texte de la *Loi sur la Cour fédérale* et le confirme le rôle additionnel qui est confié à cette cour par d’autres lois fédérales, dans le présent cas la *Loi sur les droits de la personne*, le Parlement a voulu conférer à la Cour fédérale une compétence administrative générale sur les tribunaux administratifs fédéraux. Pour ce qui concerne son rôle de surveillance des décideurs administratifs, les pouvoirs confiés par une loi à la Cour fédérale à cet égard ne doivent pas être interprétés de façon restrictive. Cela signifie que, lorsqu’il s’agit d’une question relevant clairement de son rôle de surveillance d’un organisme administratif, ce qui inclut la prise de mesures provisoires visant à régir des différends dont l’issue finale est laissée au décideur administratif concerné, la Cour fédérale peut être considérée comme ayant plénitude de compétence.

[43] Compte tenu des remarques qui précèdent, je déduis que la Cour fédérale du Canada, en raison de la compétence exclusive qui lui est conférée en matière d’immigration, a la compétence inhérente voulue pour examiner toute question dans le domaine du droit de l’immigration.

[44] Même si j’ai conclu que j’avais la compétence inhérente voulue pour examiner une question dans le domaine du droit de l’immigration en raison de la compétence exclusive que possède la Cour fédérale en matière d’immigration, je ne suis pas convaincu que j’ai compétence pour annuler ou modifier un jugement définitif de la Section de première instance de la Cour fédérale.

[45] Je suis convaincu que seule la Section d’appel de la Cour fédérale possède cette compétence.

[46] L’article 82.1 de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73], est ainsi libellé:

**82.1 (1)** An application for judicial review under the *Federal Court Act* with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be commenced only with leave of a judge of the Federal Court—Trial Division.

...

(3) An application under this section for leave to commence an application for judicial review shall be filed with the Federal Court—Trial Division and served within fifteen days after the day on which the applicant is notified of the decision or order or becomes aware of the other matter.

...

(5) A judge of the Federal Court—Trial Division may, for special reasons, allow an extended time for filing and serving an application under this section for leave to commence an application for judicial review.

[47] In the case at bar, the applicant requests that he be permitted to file an application for leave and judicial review without filing an application for an extension of time. Clearly, this is contrary to subsections 82.1(3) and (5) of the *Immigration Act*. The applicant is well beyond the time prescribed by the Act and is therefore required to file an application for an extension of time with his application for leave and judicial review. Unfortunately, the applicant has failed to comply with the statutory time limit or extension of time provision.

[48] The application to vary or set aside the order of Madam Justice McGillis is denied.

[49] The applicant submits the following questions for certification:

Rule 399(2)

1. Can the Court set aside an Order pursuant to Rule 399(2) of the Federal Court Rules which was granted solely due to counsel's failure to understand and comply with procedural requirements?

Inherent Jurisdiction

2. Given that section 18 of the Federal Court Act grants the Trial Division exclusive jurisdiction to review decisions made by immigration tribunals, does the Trial Division have inherent jurisdiction to vindicate a legal right

**82.1 (1)** La présentation d'une demande de contrôle judiciaire aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut, pour ce qui est des décisions ou ordonnances rendues, des mesures prises ou de toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application—règlements ou règles—se faire qu'avec l'autorisation d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale.

[. . .]

(3) La demande d'autorisation doit être déposée devant la Section de première instance de la Cour fédérale et signifiée à l'autre partie dans les quinze jours suivant soit la date où le demandeur est avisé de la décision, de l'ordonnance ou de la mesure en cause, soit celle où il a eu connaissance de l'affaire en question.

[. . .]

(5) Tout juge de la Section de première instance de la Cour fédérale peut, pour des raisons spéciales, proroger le délai fixé au paragraphe (3).

[47] En l'espèce, le demandeur sollicite l'autorisation de présenter une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire sans présenter de demande de prorogation de délai. De toute évidence, cela est contraire aux paragraphes 82.1(3) et (5) de la *Loi sur l'immigration*. Le délai prévu par la Loi est depuis longtemps expiré et le demandeur doit donc présenter une demande de prorogation de délai avec sa demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. Malheureusement, il n'a pas observé le délai prescrit par la loi ou la disposition relative à la prorogation de délai.

[48] La demande visant à faire modifier ou annuler l'ordonnance du juge McGillis est rejetée.

[49] Le demandeur soumet les questions suivantes aux fins de la certification:

[TRADUCTION]  
Règle 399(2)

1. La Cour peut-elle annuler, conformément à la règle 399(2) des Règles de la Cour fédérale, une ordonnance qui a été rendue uniquement parce que l'avocat n'a pas compris et observé les exigences procédurales?

Compétence inhérente

2. Étant donné que l'article 18 de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Section de première instance une compétence exclusive quant à l'examen des décisions qui sont prises par les tribunaux de l'immigration, la Section

independent of statutory grants contained in the Federal Court Act, the Federal Court Rules and the Immigration Act?

3. Given that section 18 of the Federal Court Act grants the Trial Division exclusive jurisdiction to review decisions of immigration tribunals, does the Trial Division have the inherent jurisdiction to set aside an Order dismissing an Application for Leave and for Judicial Review, independent of Federal Court Rules 397 and 399?

[50] I am satisfied that the above questions should be certified as I am satisfied the above questions raise a serious question of general importance which should be considered by the Federal Court of Appeal.

de première instance a-t-elle une compétence inhérente de statuer sur un droit indépendamment de la compétence attribuée par la Loi sur la Cour fédérale, par les Règles de la Cour fédérale et par la Loi sur l'immigration?

3. Étant donné que l'article 18 de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Section de première instance une compétence exclusive quant à l'examen des décisions des tribunaux de l'immigration, la Section de première instance a-t-elle une compétence inhérente d'annuler une ordonnance rejetant une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, indépendamment des règles 397 et 399 des Règles de la Cour fédérale?

[50] Je suis convaincu que les questions précitées doivent être certifiées puisque, à mon avis, elles soulèvent une question grave de portée générale que la Cour d'appel fédérale devrait examiner.

T-491-97

T-491-97

**British Columbia Native Women's Society, Teresa Nahanee and Jane Gottfriedson (Plaintiffs)**

**British Columbia Native Women's Society, Teresa Nahanee et Jane Gottfriedson (demandereses)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen (Defendant)**

**Sa Majesté la Reine (défenderesse)**

and

et

**Squamish Nation, in its capacity as party to the Framework Agreement on First Nations Land Management, and on behalf of all other First Nation Parties to the said Framework Agreement on First Nations Land Management (Intervener)**

**La nation Squamish, en sa qualité de partie à l'accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières nations et de représentante de toutes les autres Premières nations qui sont parties audit accord-cadre (intervenante)**

**INDEXED AS: B.C. NATIVE WOMEN'S SOCIETY v. CANADA (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: B.C. NATIVE WOMEN'S SOCIETY c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, December 22, 1998 and August 12, 1999.

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 22 décembre 1998 et 12 août 1999.

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Action for declarations Framework Agreement breaches Crown's fiduciary duty, plaintiffs' Charter, ss. 7, 15 rights, injunctive relief — Crown seeking to strike from statement of claim references to Framework Agreement providing for delegation of federal powers so that First Nations may withdraw lands from management provisions of Indian Act — Indian Act, Framework Agreement not making provision for matrimonial property rights for Indian women on reserves — Framework Agreement not treaty to which Constitution Act, 1982, s. 35(4), guaranteeing male/female equality rights, applies — All other Canadian women subject to provincial legislation governing division of matrimonial property — Not plain, obvious, beyond reasonable doubt portion of statement of claim relating to Framework Agreement cannot succeed.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Action en jugement déclarant qu'un accord-cadre constitue un manquement, de la part de Sa Majesté, à son obligation de fiduciaire, ainsi qu'une violation des droits garantis aux demandereses par les art. 7 et 15 de la Charte et demande d'injonction — Sa Majesté demande la radiation des passages de la déclaration où il est fait mention d'un accord-cadre qui prévoit une délégation de pouvoirs fédéraux qui permet à une Première nation signataire de soustraire ses terres aux dispositions de la Loi sur les Indiens portant sur la gestion des terres — La Loi sur les Indiens et l'accord-cadre ne renferment aucune disposition au sujet des droits de propriété matrimoniaux des femmes indiennes vivant dans des réserves — L'accord-cadre n'est pas un traité auquel l'art. 35(4) de la Loi constitutionnelle de 1982 s'appliquerait, garantissant ainsi l'égalité entre les hommes et les femmes — Toutes les autres femmes canadiennes sont assujetties aux lois provinciales régissant le partage des biens matrimoniaux — Il n'est ni évident, ni manifeste, ni indubitable que les passages de la déclaration où il est fait mention de l'accord-cadre n'ont pas la moindre chance d'être retenus.*

*Crown — Fiduciary duties — Delegation — Crown seeking to strike references in statement of claim to Framework Agreement providing for delegation of federal powers so that First Nations may withdraw lands from management provisions of Indian Act — Provincial legislation governing division of matrimonial property not applicable to reserve land because conflicting with Indian Act — Indian Act, Framework Agreement not dealing with property rights of Indian women living on reserves on marital*

*Couronne — Obligations de fiduciaire — Délégation — Sa Majesté demande la radiation des passages de la déclaration où il est fait mention d'un accord-cadre qui prévoit une délégation de pouvoirs fédéraux qui permet à une Première nation signataire de soustraire ses terres aux dispositions de la Loi sur les Indiens portant sur la gestion des terres — Les lois provinciales qui établissent les règles de partage des biens matrimoniaux ne s'appliquent pas aux terres des réserves, parce que ces lois provinciales entrent*

*breakdown — Arguable Crown having fiduciary duty to Indian women on reserves to give them same property rights on marriage breakdown as enjoyed by other Canadian women — Delegation, subject to limits, necessity — That Crown may not abdicate function one such limit — Arguable delegation of fiduciary duty may be abdication of legislative function by Crown — Not plain, obvious, beyond reasonable doubt portion of claim relating to Framework Agreement cannot possibly succeed.*

*Native peoples — Lands — Crown seeking to strike references in statement of claim to Framework Agreement, providing for delegation of federal powers so that First Nations may withdraw lands from management provisions of Indian Act — Provincial legislation governing division of matrimonial property not applicable to reserve land because conflicting with Indian Act — Indian Act, Framework Agreement not dealing with property rights of Indian women living on reserves on marital breakdown — Applying test in Frame v. Smith, [1987] 2 S.C.R. 99, arguable Crown having fiduciary duty to Indian women on reserves to give them same property right on marriage breakdown as enjoyed by other Canadian women — Also arguable delegation of fiduciary duty abdication of legislative function by Crown — Impugned portions of statement of claim not futile.*

*Administrative law — Judicial review — Declarations — Action for declarations Framework Agreement on First Nations Land Management breaches Crown's fiduciary duty, plaintiff's Charter rights — Crown contending action premature until land codes contemplated by Agreement coming into effect, seeking to strike references to Agreement in statement of claim — Declaratory relief having preventive role; neither injury nor wrong need to have actually been committed, threatened; plaintiffs need only show some legal right, interest in jeopardy or placed in grave uncertainty — Requirement for causal link between action, harm flowing therefrom in future — Must show recognizable, as opposed to hypothetical, speculative threat before declaratory relief will issue — Declaratory relief not precluded merely because future right placed at risk — If waiting until land codes contemplated by Agreement in effect, declaratory*

*en conflit avec la Loi sur les Indiens — La Loi sur les Indiens et l'accord-cadre ne renferment aucune disposition au sujet des droits de propriété matrimoniaux des femmes indiennes vivant dans des réserves en cas de dissolution du mariage — Argument soutenable selon lequel la Couronne est obligée, en tant que fiduciaire, de reconnaître aux femmes indiennes vivant dans des réserves les mêmes droits de propriété que ceux dont jouissent les autres Canadiennes en cas d'échec du mariage — Le pouvoir de délégation, qui est une nécessité, n'est pas illimité — Le fait que la Couronne ne peut pas renoncer à exercer ses fonctions est un exemple des limites que comporte ce pouvoir — La délégation d'une obligation de fiduciaire pourrait constituer une abdication d'un pouvoir législatif par la Couronne — Il n'est ni évident, ni manifeste, ni indubitable que les passages de la déclaration où il est fait mention de l'accord-cadre n'ont pas la moindre chance d'être retenus.*

*Peuples autochtones — Terres — Sa Majesté demande la radiation des passages de la déclaration où il est fait mention d'un accord-cadre qui prévoit une délégation de pouvoirs fédéraux permettant à une Première nation signataire de soustraire ses terres aux dispositions de la Loi sur les Indiens portant sur la gestion des terres — Les lois provinciales qui régissent le partage des biens matrimoniaux ne s'appliquent pas aux terres des réserves, parce que ces lois provinciales entrent en conflit avec la Loi sur les Indiens — La Loi sur les Indiens et l'accord-cadre ne renferment aucune disposition au sujet des droits de propriété matrimoniaux des femmes indiennes vivant dans des réserves en cas de dissolution du mariage — Si l'on applique les principes dégagés dans l'arrêt Frame c. Smith, [1987] 2 R.C.S. 99, on peut soutenir que la Couronne est obligée, en tant que fiduciaire, de reconnaître aux femmes indiennes vivant dans des réserves les mêmes droits de propriété que ceux dont jouissent les autres Canadiennes en cas d'échec du mariage — On peut également soutenir que la délégation d'une obligation de fiduciaire pourrait constituer une abdication d'un pouvoir législatif par la Couronne — Les passages contestés de la déclaration ne sont pas frivoles.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — Action en jugement déclarant que l'accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières nations constitue un manquement à l'obligation de fiduciaire de Sa Majesté et porte atteinte aux droits que la Charte garantit aux demandereses — Sa Majesté soutient que l'action est prématurée tant que les codes fonciers prévus par l'accord-cadre n'entreront pas en vigueur et elle réclame la radiation des passages de la déclaration où il est fait mention de l'accord-cadre — Le jugement déclaratoire joue un rôle préventif; il n'est pas nécessaire qu'un préjudice ou un acte dommageable ait été effectivement commis ou menacé de l'être; il suffit pour les demandereses de faire la preuve d'un intérêt juridique quelconque ou de démontrer que l'un de ses droits est compromis ou est gravement menacé — Il doit exister un lien de causalité*

*judgment as preventive measure becoming lesser tool.*

*Practice — Pleadings — Motion to strike — References in statement of claim to Framework Agreement, providing for delegation of federal powers so that First Nations may withdraw lands from management provisions of Indian Act — On motion to strike for want of reasonable cause of action, facts set out in statement of claim accepted as proven prior to determination whether plain, obvious, beyond reasonable doubt claim cannot possibly succeed — Under balance of grounds for striking out under r. 221, test as stringent, but affidavit evidence also considered — Temptation to strike out pleadings too easily to save expense, preserve Court resources — Stringent requirements necessary to avoid depriving party of day in court, prevent stifling advancement, refinement of law — Not plain, obvious, beyond reasonable doubt impugned portion of claim cannot possibly succeed.*

This was a motion to strike out portions of a statement of claim which, overall, deals with perceived Indian reserve property rights discrimination against Indian women. The statement of claim alleged that the Framework Agreement on First Nations Land Management was deficient in that it does not make provision for Indian women on reserves who, unlike all other Canadian women, have in law and in practice no matrimonial property rights. This deficiency was said to be discriminatory, a breach of the Crown's fiduciary duty and contrary to Charter, sections 7 and 15. The statement of claim sought declarations that the Framework Agreement breached the Crown's fiduciary duty and the plaintiff's Charter rights, together with interim injunctive relief to prevent the Crown from executing either the Framework Agreement or any derivative agreement with a First Nation. The Crown sought to have references to the Framework Agreement struck out for want of a reasonable cause of action and as vexatious, frivolous and abusive. The Framework Agreement provides for a delegation of federal powers so that a signatory First Nation may withdraw its lands from the management provisions of the *Indian Act*. It does not provide for equal rights between men and women. The Framework Agreement is not a treaty to which *Constitution Act, 1982*, subsection 35(4) would apply, thus

*entre l'acte reproché et le dommage éventuel en découlant — Pour que le tribunal rende un jugement déclaratoire, il faut qu'on lui démontre qu'un droit est concrètement (et pas seulement hypothétiquement ou spéculativement) compromis — Le fait que le droit qui est compromis soit un droit éventuel n'empêche pas nécessairement d'obtenir un jugement déclaratoire — S'il fallait attendre que les codes fonciers prévus par l'accord-cadre entrent en vigueur, le jugement déclaratoire deviendrait un outil de prévention moins efficace.*

*Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Passages de la déclaration faisant mention d'un accord-cadre prévoyant une délégation de pouvoirs fédéraux permettant à une Première nation signataire de soustraire ses terres aux dispositions de la Loi sur les Indiens portant sur la gestion des terres — Saisi d'une requête en radiation pour absence de cause d'action valable, le tribunal doit tenir pour avérés les faits articulés dans la déclaration, et décider ensuite s'il est évident, manifeste et indubitable que l'action n'a aucune chance d'être accueillie — Dans le cas des autres motifs de radiation prévus à la règle 221, le critère est au moins aussi rigoureux, mais le tribunal tient également compte de tout affidavit pertinent — Pour épargner des frais et pour ménager ses ressources, le tribunal peut être tenté de radier trop facilement un acte de procédure — Ces exigences rigoureuses sont nécessaires pour éviter de priver un plaideur de son éventuel droit légitime de faire valoir son point de vue en justice et pour éviter d'entraver l'avancement ou le perfectionnement du droit — Il n'est ni évident, ni manifeste, ni indubitable que les passages de la déclaration où il est fait mention de l'accord-cadre n'ont pas la moindre chance d'être retenus.*

Il s'agit d'une requête en radiation de certains passages d'une déclaration qui, dans son ensemble, concerne la discrimination dont seraient victimes les femmes indiennes. Dans leur déclaration, les demandresses affirment notamment que l'accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières nations (l'accord-cadre) est entaché d'irrégularités, étant donné qu'il ne tient pas compte des femmes indiennes vivant dans des réserves qui, à la différence de toutes les autres femmes canadiennes, n'ont en droit et en fait aucun droit de propriété matrimonial. Cette irrégularité serait discriminatoire, constituerait un manquement à l'obligation de fiduciaire de Sa Majesté et contreviendrait aux articles 7 et 15 de la Charte. Dans leur déclaration, les demandresses concluent au prononcé d'un jugement déclarant que l'accord-cadre constitue un manquement, de la part de Sa Majesté, à son obligation de fiduciaire, ainsi qu'une violation des droits que la Charte garantit aux demandresses. Elles réclament également une injonction provisoire interdisant à Sa Majesté de signer l'accord-cadre ou tout accord connexe avec une Première nation. Sa Majesté demande la radiation des passages de la déclaration où il est fait mention de l'accord-cadre pour absence de cause d'action valable et au motif que la demande est vexatoire, frivole et abusive. L'accord-cadre prévoit une délégation de pouvoirs fédéraux

guaranteeing male and female equality. Provincial legislation governing the division of matrimonial property does not apply to reserve land because such provincial legislation conflicts with the *Indian Act*. The *Indian Act* contains no provision for dealing with property rights, including a matrimonial home, on the breakdown of a marriage or relationship. This lacuna, the plaintiffs submitted, was a breach of Charter, section 15 which provides for equal protection and equal benefit of the law, without any discrimination, and a breach of section 7 of the Charter, which provides for life, liberty and security of the person. The plaintiffs alleged that the Crown has a fiduciary obligation to all Indians, including to married Indian women on reserves. The alleged duty is one of even-handedness.

The issues were: (1) whether the Crown owes a fiduciary duty to the plaintiffs; (2) whether such a fiduciary duty may be delegated; and (3) whether the preventive declaratory relief sought by the plaintiffs is available.

*Held*, the motion should be dismissed.

On a motion to strike out for want of a reasonable cause of action, the facts set out in the statement of claim must be taken as proven, and then it must be determined whether it is plain, obvious and beyond reasonable doubt that the claim cannot possibly succeed. Under the balance of the grounds for striking out under *Federal Court Rules, 1998*, rule 221, the test is at least as stringent, but any affidavit evidence must also be considered. It may be that, in an effort to save expense and to preserve the Court's resources, there is a temptation to strike out too easily. Such stringent requirements are necessary to avoid depriving a party of a proper and deserved day in court, and to prevent stifling the advancement or refinement of the law.

(1) The fiduciary duty owed by the Crown to Indians is still in a state of flux and evolution, but there was an arguable case that the Crown owed a fiduciary duty to Indian women on reserves to give them the same property rights on the breakdown of a relationship as are enjoyed by other Canadian women. Applying the test set out in *Frame v. Smith* for whether there exists a fiduciary relationship, it was arguable that the Crown has the discretion and power to rectify the present situation, that it can unilaterally exercise the power to affect the legal and practical interests of both married and marriageable Indian women living on reserves, and that the potential beneficiaries of all of this are in a particularly vulnerable position.

qui permet à une Première nation signataire de soustraire ses terres aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* portant sur la gestion des terres. Elle ne garantit pas l'égalité des droits entre les hommes et les femmes. L'accord-cadre n'est pas un traité auquel le paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'appliquerait, garantissant ainsi l'égalité entre les hommes et les femmes. La *Loi sur les Indiens* ne renferme aucune disposition au sujet du sort des droits de propriété, notamment ceux portant sur le foyer conjugal, en cas d'échec du mariage ou de rupture d'une union de fait. Les demanderesse soutiennent que cette lacune porte atteinte à l'article 15 de la Charte, qui garantit le droit de tous à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, et à l'article 7 de la Charte, qui garantit le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Les demanderesse allèguent que Sa Majesté est assujettie à une obligation de fiduciaire envers tous les Indiens, y compris les femmes indiennes mariées vivant dans des réserves. Cette présumée obligation est une obligation d'impartialité.

Les questions en litige sont les suivantes: 1) Sa Majesté est-elle tenue à une obligation de fiduciaire envers les demanderesse? 2) Cette obligation de fiduciaire peut-elle être déléguée? 3) Les demanderesse peuvent-elles obtenir le jugement déclaratoire et l'injonction qu'elles réclament ?

*Jugement*: la requête doit être rejetée.

Saisi d'une requête en radiation pour absence de cause d'action valable, le tribunal doit tenir pour avérés les faits articulés dans la déclaration, et décider ensuite s'il est évident, manifeste et indubitable que l'action n'a aucune chance d'être accueillie. Dans le cas des autres motifs de radiation prévus à la règle 221 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, le critère est au moins aussi rigoureux, mais le tribunal doit tenir compte de tout affidavit pertinent. Pour épargner des frais et pour ménager ses ressources, le tribunal peut être tenté de radier trop facilement un acte de procédure. Ces exigences rigoureuses sont nécessaires pour éviter de priver un plaideur de son éventuel droit légitime de faire valoir son point de vue en justice et pour éviter d'entraver l'avancement ou le perfectionnement du droit.

1) L'obligation de fiduciaire à laquelle Sa Majesté est tenue envers les Indiens est en constante évolution. Les demanderesse avancent un argument soutenable, celui selon lequel la Couronne est obligée de reconnaître aux femmes indiennes vivant dans des réserves les mêmes droits de propriété que ceux dont jouissent les autres Canadiennes en cas d'échec du mariage ou de rupture d'une union de fait. Si l'on applique les principes dégagés dans l'arrêt *Frame c. Smith* pour déterminer s'il existe des rapports fiduciaires, on peut valablement soutenir que Sa Majesté dispose de la marge d'appréciation et des pouvoirs nécessaires pour corriger la situation actuelle, qu'elle peut exercer unilatéralement ses pouvoirs de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques des Indiennes mariées et des

(2) The plaintiffs do not wish to challenge each signatory First Nation's land use legislation, legislation which may be discriminatory toward Indian women on reserves. However, delegation of power is an ever increasing necessity, for it would be virtually impossible for the Crown to set out, in any one of the multitude of its enactments, detailed rules which would apply in each situation. Yet there must be some limit on delegation. One limit is that the Crown may not abdicate its function. It was perhaps arguable that since the Crown has an obligation to act in the best interest of Indians, the Crown could be held accountable for failing to act in the best interests of Indian women on reserves. In essence, delegation of a fiduciary duty might be an abdication of legislative function by the Crown. This argument is difficult, but not necessarily fruitless.

(3) Declaratory relief has a preventive role, for neither injury nor wrong need to have actually been committed or threatened; a plaintiff need only show that some legal right or interest is either in jeopardy or has been placed in grave uncertainty. But there must be a causal link between an action and the harm flowing from it in the future. A court needs to be shown a recognizable threat, as opposed to a hypothetical or speculative threat before declaratory relief will issue. Declaratory relief is not precluded merely because it is a future right which has been placed at risk. The Crown contended that the action was premature until the land codes contemplated by the Framework Agreement come into effect as no one's interest in a home or in property on a reserve is affected until the land regime is in place. This argument missed the point raised in the statement of claim, which must be taken as proven, that the Crown has abrogated its duty to married and marriageable Indian women on reserves by omitting what ought to be contained in the Framework Agreement by way of protection from discrimination. If one were to ignore this sort of aspect, the declaratory judgment would, as a preventive measure, become a lesser tool.

In considering whether portions of the statement of claim ought to be struck out under the additional heads for striking out a pleading pursuant to subsection 221(1) of the Rules, 1998, the statement of claim was considered in light of the

Indiennes habiles à contracter mariage vivant dans des réserves, et que les bénéficiaires éventuels de toutes ces mesures se trouvent dans une situation particulière de vulnérabilité.

2) Les demandresses ne désirent pas contester les mesures réglementaires prises par chacune des Premières nations signataires en matière d'aménagement du territoire, mesures qui risquent d'être discriminatoires envers les femmes indiennes vivant dans des réserves. Toutefois, la délégation de pouvoirs devient une nécessité de plus en plus pressante, car il serait pratiquement impossible pour la Couronne d'énoncer, dans ses innombrables textes législatifs ou réglementaires, des règles détaillées d'application universelle. Le pouvoir de déléguer n'est pas illimité. Ainsi, la Couronne ne peut pas renoncer à exercer ses fonctions. On pourrait peut-être soutenir que, comme elle est tenue d'agir au mieux des intérêts des Indiens, la Couronne pourrait être tenue responsable de ne pas avoir agi au mieux des intérêts des femmes indiennes vivant dans des réserves. Essentiellement, la délégation d'une obligation de fiduciaire pourrait constituer une abdication d'un pouvoir législatif par la Couronne. Cet argument ne s'impose pas de lui-même, mais il n'est pas sans portée pratique.

3) Le jugement déclaratoire joue un rôle préventif, car il n'est pas nécessaire qu'un préjudice ou un acte dommageable ait été effectivement commis ou menace de l'être. Il suffit pour le demandeur de faire la preuve d'un intérêt juridique quelconque ou de démontrer que l'un de ses droits est compromis ou est gravement menacé. Il doit toutefois exister un lien de causalité entre l'acte reproché et le dommage éventuel en découlant. Pour qu'un tribunal puisse rendre un jugement déclaratoire, il faut qu'on lui démontre qu'un droit est concrètement—et pas seulement hypothétiquement ou spéculativement—compromis. Toutefois, le fait que le droit qui est compromis soit un droit éventuel n'empêche pas nécessairement d'obtenir un jugement déclaratoire. Sa Majesté soutient que l'action est prématurée tant que les codes fonciers prévus par l'accord-cadre n'entreront pas en vigueur, étant donné que les droits que possèdent quelqu'un sur une maison ou un immeuble situé dans une réserve ne sont touchés qu'une fois que le régime foncier est instauré. Cet argument ne tient pas compte de l'allégation que les demandresses ont formulée dans leur déclaration et qui doit être tenue pour avérée, en l'occurrence que Sa Majesté a manqué à l'obligation à laquelle elle est tenue envers les femmes indiennes mariées ou aptes à contracter mariage qui vivent dans des réserves en ne prévoyant pas dans l'accord-cadre les mécanismes de protection contre la discrimination qui devraient s'y trouver. Si l'on devait ignorer cet aspect, le jugement déclaratoire deviendrait un outil de prévention moins efficace.

Pour déterminer si des passages de la déclaration devaient être radiés en vertu des autres motifs de radiation d'un acte de procédure qui sont prévus au paragraphe 221(1) des Règles (1998), la déclaration a été examinée en tenant

affidavit material that the First Nations will be required to establish rules and procedures applicable on marriage breakdown in their land codes and that there will be a land code ratification process by both First Nations and the Crown. The intervening First Nations suggested that this would be the time to challenge specific First Nations land codes. Again, this missed the point. The plaintiffs' complaint was not about what the First Nations may or may not do, but rather against the Crown for not only omitting to deal, in the Framework Agreement, with a fiduciary duty but for, in effect, assigning the fiduciary duty.

It was not plain, obvious and beyond reasonable doubt that the portion of the claim, relating to the Framework Agreement, could not possibly succeed.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15.  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(4).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 419.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 221.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; (1987), 42 D.L.R. (4th) 81; 42 C.C.L.T. 1; [1988] 1 C.N.L.R. 152; 78 N.R. 40; 23 O.A.C. 84; 9 R.F.L. (3d) 225.

##### CONSIDERED:

*Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48; [1999] 2 C.N.L.R. 60; (1998), 156 F.T.R. 1 (T.D.).

##### REFERRED TO:

*Ricafort et al. v. Canada* (1988), 24 F.T.R. 200 (F.C.T.D.); *Burton v. Canada*, [1996] F.C.J. No. 1059 (F.C.T.D.) (QL); *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6

compte des affidavits suivant lesquels les Premières nations devront élaborer dans leurs codes fonciers des règles et des modalités d'application qui s'appliqueront en cas d'échec du mariage et les Premières nations et Sa Majesté devront ratifier ce code foncier. Les Premières nations intervenantes affirment que ce sera là le moment opportun pour contester des codes fonciers déterminés des Premières nations. Là encore, cet argument est mal fondé. Le grief des demanderesse ne porte pas sur ce que les Premières nations peuvent ou ne peuvent pas faire, mais sur le fait que la Couronne a non seulement manqué à son obligation de fiduciaire dans l'accord-cadre, mais encore qu'elle a de fait cédé cette obligation.

Il est toutefois impossible d'affirmer qu'il est évident, manifeste et indubitable que les passages de la déclaration où il est fait mention de l'accord-cadre n'ont pas la moindre chance d'être retenus.

#### 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, 15.  
*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. 35(4).  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 419.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 221.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; (1987), 42 D.L.R. (4th) 81; 42 C.C.L.T. 1; [1988] 1 C.N.L.R. 152; 78 N.R. 40; 23 O.A.C. 84; 9 R.F.L. (3d) 225.

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Première nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48; [1999] 2 C.N.L.R. 60; (1998), 156 F.T.R. 1 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Ricafort et al. c. Canada* (1988), 24 F.T.R. 200 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Burton c. Canada*, [1996] F.C.J. n° 1059 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6

W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Dumont v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 279; (1990), 67 D.L.R. (4th) 159; [1990] 4 W.W.R. 127; 65 Man. R. (2d) 182; [1990] 2 C.N.L.R. 19; 105 N.R. 228; *Martel v. Samson Band*, [1999] F.C.J. No. 374 (T.D.) (QL); *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285; (1986), 26 D.L.R. (4th) 175; [1986] 3 W.W.R. 193; (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 273; [1986] 2 C.N.L.R. 45; 65 N.R. 278; 50 R.F.L. (2d) 337; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; (1991), 66 C.C.C. (3d) 498; 8 C.R. (4th) 121; 8 C.R.R. (2d) 160; 129 N.R. 241; 51 O.A.C. 299; *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Algoma Central Railway v. Canada* (1987), 10 F.T.R. 8 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

Jones, D. P. and A. S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1994.

MOTION to strike, for want of a reasonable cause of action or as being frivolous and vexatious, portions of a statement of claim for declaratory relief and an interim injunction regarding the Crown's delegation of its fiduciary duty toward married Indian women with respect of the Framework Agreement on First Nations Land Management. Motion denied.

## APPEARANCES:

*barbara findlay* for plaintiffs.  
*Charles G. Stein* for intervener.  
*William Henderson* for intervener.  
*Beverly Hobby* for defendant.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Dahl findlay Connors*, Vancouver, for plaintiffs.  
*Ratcliff & Company*, North Vancouver, for intervener.  
*William Henderson*, Toronto, for intervener.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Dumont c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 279; (1990), 67 D.L.R. (4th) 159; [1990] 4 W.W.R. 127; 65 Man. R. (2d) 182; [1990] 2 C.N.L.R. 19; 105 N.R. 228; *Martel c. Bande de Samson*, [1999] F.C.J. n° 374 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; (1986), 26 D.L.R. (4th) 175; [1986] 3 W.W.R. 193; (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 273; [1986] 2 C.N.L.R. 45; 65 N.R. 278; 50 R.F.L. (2d) 337; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; (1991), 66 C.C.C. (3d) 498; 8 C.R. (4th) 121; 8 C.R.R. (2d) 160; 129 N.R. 241; 51 O.A.C. 299; *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Algoma Central Railway c. Canada* (1987), 10 F.T.R. 8 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

Jones, D. P. and A. S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1994.

REQUÊTE en radiation, pour absence de cause d'action valable ou au motif que la demande est frivole ou vexatoire, de certains passages de la déclaration déposée dans une action en jugement déclaratoire et en injonction provisoire portant sur la délégation, par la Couronne, de son obligation de fiduciaire envers les femmes indiennes mariées relativement à l'accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières nations. Requête rejetée.

## ONT COMPARU:

*barbara findlay* pour les demandresses.  
*Charles G. Stein* pour l'intervenante.  
*William Henderson* pour l'intervenante.  
*Beverly Hobby* pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Dahl findlay Connors*, Vancouver, pour les demandresses.  
*Ratcliff & Company*, North Vancouver, pour l'intervenante.  
*William Henderson*, Toronto, pour l'intervenante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

[1] HARGRAVE P.: These reasons arise out a motion to strike out portions of a statement of claim which, overall, deals with perceived Indian reserve property rights discrimination against Indian women on the termination of a marriage or indeed against Indian women in a common law relationship or contemplating marriage or a relationship. Included in the statement of claim are allegations that the *Framework Agreement on First Nations Land Management between the following First Nations: Westbank, Musqueam, Lheit-Lit'en, N'Quatqua, Squamish, Siksika, Muskoday, Cowessess, Opaskwayak Cree, Nipissing, Mississaugas of Scugog Island, Chippewas of Mnjikaning, Chippewas of Georgina Island and the Government of Canada* (hereinafter the Framework Agreement), negotiated between the Crown and various First Nations, is deficient in that it does not take into account or make provision for Indian women on reserves who, unlike all other Canadian women, have in law and in practice no matrimonial property rights. This deficiency is said to be discriminatory, a breach of the Crown's fiduciary duty and contrary to sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

[2] The statement of claim seeks a broad spectrum of relief. Pertinent to the Framework Agreement the plaintiffs, who have both a representative and a direct personal interest in all of this, seek declarations that the Framework Agreement breaches the Crown's fiduciary duty and the plaintiffs' Charter rights, together with interim injunctive relief to prevent the Crown from executing either the Framework Agreement or any derivative agreement with a First Nation. It is the references to the Framework Agreement which the Crown wishes struck out.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les présents motifs font suite à une requête en radiation de certains passages d'une déclaration qui, dans son ensemble, concerne la discrimination dont seraient victimes les femmes indiennes mariées vivant dans des réserves, pour ce qui est de leurs droits de propriété en cas de dissolution du mariage, de même en fait que toutes les femmes indiennes qui vivent en union de fait ou qui envisagent le mariage ou la cohabitation avec un conjoint de fait. Dans leur déclaration, les demanderesse affirment notamment que l'*Accord-cadre relatif à la gestion des terres conclu par les Premières nations suivantes: Westbank, Musqueam, Lheit-Lit'en, N'Quatqua, Squamish, Siksika, Muskoday, Cowessess, Cris Opaskwayak, Nipissing, Mississauga de Scugog Island, Chippewas de Mnjikaning, Chippewas de Georgina Island et le gouvernement du Canada* (ci-après appelée l'accord-cadre), qui a été négocié par Sa Majesté et diverses Premières nations, est entaché d'irrégularités, étant donné qu'il ne tient pas compte des femmes indiennes vivant dans des réserves qui, à la différence de toutes les autres femmes canadiennes, n'ont en droit et en fait aucun droit de propriété matrimonial. Les demanderesse affirment que cette irrégularité est discriminatoire, qu'elle constitue un manquement à l'obligation de fiduciaire de Sa Majesté et qu'elle contrevient aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n°44]].

[2] Dans leur déclaration, les demanderesse sollicitent une large gamme de réparations. En ce qui concerne l'accord-cadre, les demanderesse, qui possèdent en l'espèce à la fois un intérêt personnel direct et un intérêt en qualité de représentantes, concluent au prononcé d'un jugement déclarant que l'accord-cadre constitue un manquement, de la part de Sa Majesté, à son obligation de fiduciaire, ainsi qu'une violation des droits que la Charte garantit aux demanderesse. Elles réclament également une injonction provisoire interdisant à Sa Majesté de signer l'accord-cadre ou tout accord connexe avec une Première

[3] I have concluded that the defendant's motion must fail. The portions of the claim concerning the Framework Agreement are not plainly, obviously and beyond doubt pleadings which cannot possibly succeed.

#### THE FRAMEWORK AGREEMENT

[4] At issue is the propriety of the references to the Framework Agreement in the statement of claim. The Crown says that these references ought to be struck out.

[5] The Framework Agreement provides for a delegation of federal powers, "government to government" between various First Nations and the Queen in right of Canada, so that should a signatory First Nation wish to withdraw its lands from the management provisions of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5], it may do so and thus "exercise control over their lands and resources for the use and benefit of their members" (see preamble to the Framework Agreement).

[6] The Framework Agreement is, for a framework, quite comprehensive. Yet it concerns the plaintiffs that, despite its detailed approach, it does not address a present disparity between the rights of Indian women living on reserves, on a marriage or relationship breakdown and the rights of all other Canadian women.

[7] I do not intend to set out any portions of the Framework Agreement and the fairly extensive amendment. However, given the detailed approach of the Framework Agreement and for example I would refer to Part IV, dealing with law making powers, the want of any provision dealing with equal rights, women and men, stands out. All the more so given the present climate on this issue.

nation. Ce sont les passages de la déclaration dans lesquels il est fait mention de l'accord-cadre que Sa Majesté désire faire supprimer.

[3] J'en suis venu à la conclusion que la requête de la défenderesse doit être rejetée. Les passages de la déclaration dans lesquels il est question de l'accord-cadre ne constituent pas nettement, manifestement et indubitablement des conclusions qui n'ont pas la moindre chance de réussite.

#### L'ACCORD-CADRE

[4] Le débat porte sur la légitimité des passages de la déclaration dans lesquels l'accord-cadre est mentionné. La Couronne affirme que ces passages devraient être supprimés.

[5] L'accord-cadre prévoit une délégation de pouvoirs fédéraux «de gouvernement à gouvernement» entre diverses Premières nations et Sa Majesté la Reine du chef du Canada, de sorte que, si une Première nation signataire désire soustraire ses terres aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] portant sur la gestion des terres, elle peut le faire et exercer ainsi «un contrôle sur leurs terres et sur leurs ressources pour l'usage et au profit de leurs membres» (voir le préambule de l'accord-cadre).

[6] L'accord-cadre est passablement détaillé pour une entente générale. Les demandresses s'inquiètent toutefois du fait que, malgré son exhaustivité, l'accord-cadre n'aborde pas la question de l'écart qui existe présentement entre, d'une part, les droits que possèdent, en cas de rupture du mariage ou d'une union de fait, les femmes indiennes vivant dans des réserves et, d'autre part, les droits dont bénéficient toutes les autres Canadiennes.

[7] Je n'ai pas l'intention de citer les dispositions de l'accord-cadre ou des extraits des modifications assez détaillées qui lui ont été apportées. Toutefois, vu l'exhaustivité de l'accord-cadre—je songe par exemple à la partie IV, portant sur le pouvoir de légiférer—, l'absence de toute disposition portant sur l'égalité des droits entre les hommes et les femmes saute aux yeux, compte tenu surtout du climat actuel sur la question.

[8] Unfortunately the Framework Agreement is not in the nature of a treaty, to which subsection 35(4) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982 c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] would apply, thus guaranteeing male and female equality.

[9] It is this omission of equality which the plaintiffs wish to challenge. The challenge is not *vis-à-vis* the intervening First Nations, either now or once each puts in place its code of management, but rather it is in opposition to the Crown and the perceived side-stepping or contracting out, by the Crown, of its fiduciary obligations to Indian women.

## ANALYSIS

### Striking Out a Pleading

[10] The Crown's motion to strike out the portions of the statement of claim related to the Framework Agreement contains various options. The Crown says not only is there want of a reasonable cause of action in the challenge of the Framework Agreement, but also those portions of the action founded on the Framework Agreement are at least vexatious, frivolous and abusive. While the Crown has filed a defence, all of these options are still open. This is so because a motion to strike out for want of a reasonable cause of action, under paragraph 221(1)(a) [of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106], may be brought at any time. While the filing of a defence, without condition, is a bar to striking out under the balance of the provisions of rule 221, a defence raising similar objections does not constitute a bar: see for example *Ricafort et al. v. Canada* (1988), 24 F.T.R. 200 (F.C.T.D.), at page 202 and *Burton v. Canada*, [1996] F.C.J. No. 1059 (F.C.T.D.) (QL), in which I summarized the law, referring to Rule 419 [of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], now replaced by rule 221 (at page 4 (QL)):

[8] Malheureusement, l'accord-cadre n'est pas de la nature d'un traité auquel le paragraphe 35(4) 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]] s'appliquerait, garantissant ainsi l'égalité entre les hommes et les femmes.

[9] C'est cette inégalité que les demanderesses désirent contester. Leur contestation ne vise pas les Premières nations intervenantes, que ce soit maintenant ou une fois que chacune d'entre elles aura instauré son code de gestion des terres, mais plutôt Sa Majesté et ce que l'on estime être les tergiversations et le refus de celle-ci de respecter son obligation de fiduciaire envers les femmes indiennes.

## ANALYSE

### Radiation d'actes de procédure

[10] Sa Majesté invoque plusieurs moyens subsidiaires dans sa requête en radiation des passages de la déclaration où il est fait mention de l'accord-cadre. En effet, non seulement Sa Majesté affirme-t-elle que la contestation de l'accord-cadre ne repose sur aucune cause d'action valable, mais encore que les conclusions de la demande qui sont fondées sur l'accord-cadre sont à tout le moins vexatoires, frivoles et abusives. Bien que Sa Majesté ait déjà déposé une défense, il lui est encore loisible de faire valoir tous ces moyens subsidiaires. Cette situation tient au fait qu'une requête en radiation pour absence de cause d'action valable peut être présentée en tout temps en vertu de l'alinéa 221(1)a [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106]. Bien que le dépôt d'une défense non assortie de conditions rende irrecevable toute autre requête en radiation fondée sur les autres dispositions de la règle 221, la défense fondée sur des moyens analogues ne rend pas une telle requête irrecevable (voir, par exemple, les jugements *Ricafort et al. c. Canada* (1988), 24 F.T.R. 200 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 202, et *Burton c. Canada*, [1996] A.C.F. n° 1059 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (QL)), dans lequel j'ai résumé l'état du droit en ce qui concerne la Règle 419 [des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], qui a depuis été remplacé par la règle 221 (à la page 4 (QL)):

A motion to strike out a pleading, for want of a reasonable cause of action, under Rule 419(1)(a), may be brought at any time. However, in the case of a motion to strike out under the remaining provisions of Rule 419(1), in this instance (c), that it is scandalous, frivolous or vexatious or (f), that it is an abuse of the process of the Court, the filing of a defence will bar such an application: see for example *Nabisco Brands Ltd. v. Procter & Gamble Co.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417 at 418 (F.C.A.). However, there is an exception in an instance in which a party seeking to strike out has raised the same objections to the statement of claim both in the defence and in the motion to strike out: see *Ricafort v. Canada* (1988), 24 F.T.R. 200 at 202 and *Montreuil v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 528 at 529.

[11] On a motion to strike out for want of a reasonable cause of action, I must take as proven the facts set out in the statement of claim and then determine, without the assistance of any affidavit material, whether it is plain, obvious and beyond reasonable doubt that the claim cannot possibly succeed; see for example *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at page 967 and following; *Dumont v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 279, at page 280; and *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, at pages 486-487. Under the balance of the grounds for striking out under rule 221 the test is at least as stringent, however I must take into account any relevant affidavit evidence.

[12] This law on striking out of pleadings is sometimes referred to as trite law. Yet it bears repeating for otherwise, perhaps in an effort to save expense for all concerned and to preserve the resources of the Court, there is a temptation to strike out a pleading too easily. To strike out without keeping strictly to the safeguards of the stringent requirements is to deprive a party of what may well be a proper and deserved day in court and perhaps in the process, on occasion, stifle the advancement or refinement of the law. However, where a proceeding is fruitless and will not lead to a practical result, the resources of all concerned ought not to be squandered.

Une requête en vue de faire radier une plaidoirie au motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action, aux termes de la Règle 419(1)a), peut être présentée en tout temps. Cependant, dans le cas d'une requête fondée sur les autres dispositions de la Règle 419(1), en l'occurrence, les alinéas c) et f), qui permettent de présenter une requête visant à faire radier une plaidoirie parce qu'elle est scandaleuse, futile ou vexatoire ou parce qu'elle constitue un emploi abusif des procédures de la Cour, le dépôt d'une défense empêche la présentation d'une demande de cette nature: voir, par exemple, l'arrêt *Nabisco Brands Ltd. c. Procter & Gamble Co.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 417, p. 418 (C.A.F.). Toutefois, il existe une exception dans le cas où une partie qui demande la radiation a soulevé les mêmes objections à la déclaration tant dans la défense que dans la requête portant radiation: voir les arrêts *Ricafort c. Canada* (1988), 24 F.T.R. 200, p. 202 et *Montreuil c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 528, p. 529.

[11] Saisi d'une requête en radiation pour absence de cause d'action valable, le tribunal doit tenir pour avérés les faits articulés dans la déclaration, et décider ensuite, sans l'aide d'affidavits, s'il est évident, manifeste et indubitable que l'action n'a aucune chance d'être accueillie (voir, par exemple, les arrêts *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, aux pages 967 et suivantes; *Dumont c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 279, à la page 280; et *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, aux pages 486 et 487). Dans le cas des autres motifs de radiation prévus à la règle 221, le critère est au moins aussi rigoureux, mais le tribunal doit tenir compte de tout affidavit pertinent.

[12] Les règles de droit relatives à la radiation des actes de procédure sont parfois qualifiées d'élémentaires. Il vaut toutefois la peine de les répéter car sinon, sans doute pour épargner des frais à tous les intéressés et pour ménager ses ressources, le tribunal peut être tenté de radier trop facilement un acte de procédure. En radiant un acte de procédure sans respecter rigoureusement les balises que constituent les exigences rigoureuses applicables en la matière, le tribunal prive un plaideur de son éventuel droit légitime de faire valoir son point de vue en justice tout en entravant parfois l'avancement ou le perfectionnement du droit. Mais, lorsqu'une instance est stérile et qu'elle n'a aucune portée pratique, il faut éviter de gaspiller les ressources de tous les intéressés.

### Principal Issues

[13] While peripheral matters were touched upon by counsel the three principal issues are whether there is a fiduciary obligation owed by the Crown to the plaintiffs, whether such a fiduciary duty may be delegated, and whether the preventive declaratory relief sought by the plaintiffs is available. If the answer to any of the issues is an absolute negative, in the sense that the plaintiffs will not succeed on one or the other of the issues, the section of the statement of claim dealing with the Framework Agreement must be struck out. I will deal first with whether there is a fiduciary obligation upon which the plaintiffs might rely. The exploration of that issue requires examination of the statement of claim as a whole.

### Fiduciary Duty

[14] Consideration of whether that part of the statement of claim dealing with the Framework Agreement ought to be struck out should be in the context of the whole of the statement of claim. Moreover, I ought to read the statement of claim with “a generous eye and should only strike it if it is plain and obvious that the pleading must fail at trial”: *Martel v. Samson Band*, [1999] F.C.J. No. 374 (T.D.) (QL), at paragraph 2.

[15] The statement of claim begins by explaining who the parties are and their concerns. The British Columbia Native Women's Society is concerned with family relations and education on a broad scale. Ms. Nahanee is an unmarried Squamish woman who lived with a non-Aboriginal man, off-reserve, but chose not to marry for that would have brought about status problems. Ms. Gottfriedson is in a long-term common-law relationship, living not on her partner's reserve, but on her own reserve: she has declined to marry as she does not wish to leave her own reserve. She lives on property which is in her mother's estate. Certainly the Society and Ms. Gottfriedson have direct current concerns, one general and one more specific. Ms. Nahanee, with past decisions dictated by the position of Indian women living on reserve, may not have a concrete present difficulty dictated by the lack

### Questions principales

[13] Bien que les avocats aient effleuré certaines questions connexes, les trois questions principales qui se posent en l'espèce sont celles de savoir si Sa Majesté est tenue à une obligation de fiduciaire envers les demandresses, si cette obligation de fiduciaire peut être déléguée et si les demandresses peuvent obtenir le jugement déclaratoire et l'injonction qu'elles réclament. Si la réponse à l'une ou l'autre de ces questions est un non catégorique, en ce sens que les demandresses ne peuvent obtenir gain de cause sur l'une ou l'autre des questions en litige, les passages de la déclaration portant sur l'accord-cadre doivent être radiés. J'examinerai d'abord la question de savoir si les demandresses peuvent invoquer une quelconque obligation de fiduciaire. Pour répondre à cette question, il faut examiner la déclaration dans son ensemble.

### Obligation de fiduciaire

[14] Pour décider s'il y a lieu de radier les passages de la déclaration où il est question de l'accord-cadre, il faut examiner la déclaration dans son ensemble. Il faut en outre interpréter la déclaration [TRADUCTION] «de façon libérale et ne la radier que s'il est évident et manifeste qu'elle sera nécessairement rejetée au procès» (*Martel c. Bande de Samson*, [1999] F.C.J. n° 374 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 2).

[15] Dans leur déclaration, les demandresses commencent par expliquer qui sont les parties et quelles sont leurs préoccupations. La British Columbia Native Women's Society s'intéresse aux relations familiales et à l'éducation au sens large. M<sup>me</sup> Nahanee est une femme squamish non mariée qui habitait avec un non-autochtone à l'extérieur de la réserve, mais qui a choisi de ne pas se marier pour éviter des problèmes de statut. M<sup>me</sup> Gottfriedson vit depuis longtemps en union de fait non pas dans la réserve de son conjoint, mais dans sa propre réserve. Elle refuse de se marier, car elle ne veut pas quitter sa réserve. Elle vit sur un bien-fonds qui fait partie du patrimoine de sa mère. Il est incontestable que la Women's Society et M<sup>me</sup> Gottfriedson ont toutes les deux des préoccupations directes et actuelles, qui, dans un cas, sont d'ordre général, et, dans l'autre, sont plus particuliè-

of equal property rights, but she, together with other Indian women living on reserve, may certainly have future difficulties as a result of the clear inequality of rights, an inequality of both a legal and a factual nature. The plaintiffs' dispute is with the Crown, not with the intervenor.

[16] The plaintiffs point out that there is a lacuna in the *Indian Act* in that provincial family relations type legislation, governing the division of matrimonial property, does not apply to reserve land because such provincial legislation is in conflict with the *Indian Act*: for example see *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285, at page 293 and following. This lacuna, the plaintiffs submit, is a breach of section 15 of the Charter which provides for equal protection and equal benefit of the law, without any discrimination, for the *Indian Act* contains no provision for dealing with property rights, including a matrimonial home, on the breakdown of a marriage or relationship.

[17] The statement of claim goes on to set out that the certificates of possession for most homes on reserves are held by husbands and that on a break up of a marriage the woman is left in the lurch. This is particularly so if she has followed her husband to his reserve, for then, the statement of claim sets out, as a matter of current and historical fact, there is no place on the husband's reserve where the wife may live after the breakup of a marriage. Examples of this problem then follow at paragraphs 34 through 37 of the statement of claim.

[18] Beginning at paragraph 38 of the statement of claim and running through to paragraph 46, the plaintiffs allege that the Crown has a fiduciary obliga-

res. Vu la jurisprudence antérieure sur la situation des Indiennes vivant dans des réserves, M<sup>me</sup> Nahanee n'est, pour sa part, peut-être pas en mesure de mettre le doigt sur des difficultés concrètes et actuelles découlant de l'absence d'égalité entre les sexes en matière de droits de propriété, mais, avec d'autres Indiennes vivant dans des réserves, elle risque assurément de rencontrer plus tard des difficultés en raison de l'évidente inégalité de droits, inégalité qui existe tant en droit qu'en fait. C'est Sa Majesté et non l'intervenante que les demanderesse visent par leur action.

[16] Les demanderesse soulignent que la *Loi sur les Indiens* comporte une lacune, étant donné que les lois provinciales qui régissent les relations familiales et qui établissent les règles de partage des biens matrimoniaux ne s'appliquent pas aux terres des réserves, parce que ces lois provinciales entrent en conflit avec la *Loi sur les Indiens* (voir, par exemple, l'arrêt *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, aux pages 293 et suivantes). Les demanderesse soutiennent que cette lacune porte atteinte à l'article 15 de la Charte, qui garantit le droit de tous à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, étant donné que la *Loi sur les Indiens* ne renferme aucune disposition au sujet du sort des droits de propriété, notamment ceux portant sur le foyer conjugal, en cas d'échec du mariage ou de rupture d'une union de fait.

[17] Les demanderesse précisent également dans leur déclaration que, dans le cas de la plupart des maisons situées dans les réserves, les certificats de possession sont détenus par le mari et qu'en cas d'échec du mariage, la femme se retrouve le bec dans l'eau. C'est particulièrement le cas lorsque la femme a suivi son mari dans la réserve de celui-ci, car alors, suivant ce que les demanderesse affirment dans leur déclaration, pour des raisons tant historiques que pratiques, il n'y a pas d'endroit dans la réserve où la femme pourrait habiter après la rupture. Les demanderesse donnent des exemples pour illustrer ce problème aux paragraphes 34 à 37 de leur déclaration.

[18] Aux paragraphes 38 à 46 de leur déclaration, les demanderesse allèguent que Sa Majesté est assujettie à une obligation de fiduciaire envers tous les Indiens,

tion to all Indians, including to married Indian women on reserves. The alleged duty is one of even-handedness. The result of lack of appropriate legislation is said to be, among other things, discrimination against Indian women living on a reserve, contrary to section 15 of the Charter and a breach of section 7 of the Charter, which provides for life, liberty and security of the person. I now turn to an examination of this fiduciary duty.

[19] Notwithstanding a number of modern and current cases dealing with the nature of the fiduciary duty owed by the Crown to Indians, and here one need only look, for examples, as far as the cases used in the analysis of fiduciary duty in *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48 (T.D.), a decision of Mr. Justice Rothstein, as he then was, the fiduciary duty owed by the Crown to Indians is still in a state of flux and evolution. However, as Mr. Justice Rothstein points out, at page 77 of *Fairford*, many judges still refer to the guide setting out the general characteristics of a fiduciary relationship, styled as “rough and ready”, prepared by Madam Justice Wilson, writing in dissent in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at page 136:

Relationships in which a fiduciary obligation have been imposed seem to possess three general characteristics:

- (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.
- (2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests.
- (3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.

This framework of the general characteristics of a fiduciary relationship is particularly helpful in going toward establishing whether a fiduciary duty is owed by the Crown to married or marriageable Indian women on reserves. The duty is said to be a duty not to leave them with property rights far inferior to those enjoyed by women elsewhere in Canada. The nature

y compris les femmes indiennes mariées vivant dans des réserves. Cette obligation alléguée est une obligation d'impartialité. Les demandereses affirment que l'absence de dispositions législatives appropriées a notamment pour effet de soumettre les femmes indiennes vivant dans des réserves à un traitement discriminatoire, en violation de l'article 15 de la Charte et de l'article 7 de la Charte, qui garantit le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Je passe maintenant à l'examen de l'obligation de fiduciaire en question.

[19] Malgré l'existence de plusieurs décisions récentes portant sur la nature de l'obligation de fiduciaire à laquelle Sa Majesté est tenue envers les Indiens—et il suffit à cet égard de rappeler les décisions citées par le juge Rothstein, tel était alors son titre, dans l'analyse qu'il a faite de l'obligation de fiduciaire dans le jugement *Première nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48 (1<sup>re</sup> inst.)—, force est de constater que l'obligation de fiduciaire à laquelle Sa Majesté est tenue envers les Indiens est une notion qui est en pleine évolution. Toutefois, ainsi que le juge Rothstein le souligne, à la page 77 du jugement *Fairford*, de nombreux juges se servent encore du guide qualifié de «rudimentaire» que M<sup>me</sup> le juge Wilson, qui était dissidente, a proposé dans l'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la page 136, pour définir les caractéristiques générales de l'obligation fiduciaire:

Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales:

- (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.
- (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.
- (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

Ce guide des caractéristiques générales de l'obligation fiduciaire est particulièrement utile lorsqu'il s'agit de déterminer si la Couronne est tenue à une obligation de fiduciaire envers les femmes indiennes mariées ou habiles à contracter mariage qui vivent dans des réserves. Cette obligation consisterait à ne pas permettre que leurs droits de propriété soient de beaucoup

of this fiduciary duty is a necessary part of a consideration of whether the next portion of the statement of claim, dealing with the Framework Agreement, ought to be struck out.

[20] I have said that the fiduciary duty owed by the Crown to Indians is in a state of flux and evolution. Even one of the most current of cases touching upon fiduciary duty, *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, leaves one with the view that the nature, scope and application of the duty is unsettled. In that case, by way of example, the Chief Justice commented that, as between the Crown and Aboriginal peoples, “the requirements of the fiduciary duty are a function of the ‘legal and factual context’ of each appeal.” (page 1108). In the present instance, counsel for the plaintiffs makes an arguable case that the Crown owes a fiduciary duty to the plaintiffs, particularly when one considers the rough and ready test of Madam Justice Wilson in *Frame v. Smith* (*supra*). Counsel for the plaintiffs makes an arguable case that there is a duty owed to Indian women on reserves to give them the same property rights on the breakdown of a relationship as are enjoyed by other Canadian women.

[21] More specifically, applying *Frame v. Smith*, there is an arguable case that the Crown has the discretion and power to rectify the present situation, can unilaterally exercise the power to affect the legal and practical interests of both married and marriageable Indian women living on reserves and the potential beneficiaries of all of this are in a particularly vulnerable position.

#### Delegation of the Fiduciary Duty

[22] The plaintiffs’ argument continues to the effect that the Crown’s fiduciary obligation toward married Indian women on a reserve cannot be delegated to the

inférieurs à ceux dont jouissent les autres Canadiennes. Il est essentiel de tenir compte de la nature de cette obligation fiduciaire pour déterminer si les passages suivants de la déclaration où il est question de l’accord-cadre devraient être radiés.

[20] Ainsi que je l’ai déjà dit, l’obligation de fiduciaire à laquelle Sa Majesté est tenue envers les Indiens est en constante évolution. Même à la lecture de la décision la plus récente sur la question, l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, force est de constater que la nature, la portée et l’application de cette obligation n’ont pas encore été définies avec précision. À titre d’exemple, dans cet arrêt, le juge en chef fait remarquer que, dans le cas de la Couronne et des peuples autochtones, «les exigences de l’obligation de fiduciaire sont fonction du “contexte juridique et factuel” de chaque appel» (à la page 1108). Dans le cas qui nous occupe, l’avocate des demanderesse invoque un argument défendable, en l’occurrence que Sa Majesté est soumise à une obligation de fiduciaire envers les demanderesse, surtout lorsqu’on tient compte du critère rudimentaire formulé par M<sup>me</sup> le juge Wilson dans l’arrêt *Frame c. Smith* (précité). L’avocate des demanderesse avance un argument soutenable, celui selon lequel la Couronne est obligée de reconnaître aux femmes indiennes vivant dans des réserves les mêmes droits de propriété que ceux dont jouissent les autres Canadiennes en cas d’échec du mariage ou de rupture d’une union de fait.

[21] Plus précisément, si l’on applique les principes dégagés dans l’arrêt *Frame c. Smith*, on peut valablement soutenir que Sa Majesté dispose de la marge d’appréciation et des pouvoirs nécessaires pour corriger la situation actuelle, qu’elle peut exercer unilatéralement ses pouvoirs de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques des Indiennes mariées et des Indiennes habiles à contracter mariage vivant dans des réserves, et que les bénéficiaires éventuels de toutes ces mesures se trouvent dans une situation particulière de vulnérabilité.

#### Délégation de l’obligation de fiduciaire

[22] Les demanderesse poursuivent leur raisonnement en faisant valoir que l’obligation de fiduciaire à laquelle la Couronne est soumise envers les Indiennes

signatory bands by means of the Framework Agreement. Counsel for the plaintiffs admits that the Crown may generally delegate, but says that the Crown may not delegate a fiduciary obligation which would result in a breach of the Charter. Here I run into some difficulty, but not an absolute difficulty, with the plaintiffs' argument.

[23] Certainly the Crown may not delegate to the First Nations that are signatory to the Framework Agreement the authority to enact subordinate legislation which violates the Charter. Yet there is no subordinate legislation at this time. At this point counsel for the plaintiffs says, not unreasonably, that she and the plaintiffs, or she and other plaintiffs, do not wish to challenge each signatory First Nation's land use legislation, legislation which may well, given past history, be discriminatory toward Indian women on reserves. This is a point that garners some sympathy. However, delegation of power is an ever increasing necessity, for it would be virtually impossible for the Crown to set out, in any one of the multitude of its enactments, detailed rules which would apply in each situation. Counsel for the intervenor submits that "The powers of parliament to delegate its legislative powers has been unquestioned", referring to *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, at page 104. Yet there must be some limit on delegation. One limit is that the Crown may not abdicate its function. Jones and de Villars, on *Principles of Administrative Law*, 2nd ed., 1994, Carswell, point out at page 28 that:

Although the Federal Parliament and the provincial legislatures may delegate their powers, they may not abdicate their legislative functions, nor efface themselves. This limitation on the ability to delegate is inherent in the doctrine of the Sovereignty of Parliament itself: the sovereign may not abolish itself; nor may it create another sovereign. However, it is extremely difficult to draw the line between proper delegation and improper abdication of legislative powers, and the courts appear to lean in favour of the former. Nevertheless, the general lack of success in applying this principle to strike down legislation does not detract from the extreme importance in Constitutional Law of having some idea of which matters (such as the imposi-

mariées vivant dans des réserves ne peut être déléguée aux bandes signataires par le biais de l'accord-cadre. L'avocate des demanderesse reconnaît qu'en principe, Sa Majesté peut déléguer ses pouvoirs, mais affirme qu'elle ne peut déléguer une obligation de fiduciaire qui aurait pour effet de contrevenir à la Charte. L'argument des demanderesse me cause certaines difficultés, qui ne sont toutefois pas insurmontables.

[23] Certes, la Couronne ne peut déléguer aux Premières nations qui sont signataires de l'accord-cadre le pouvoir de prendre des règlements d'application qui violent la Charte. Pourtant, aucun règlement d'application n'a encore été pris. Pour le moment, l'avocate des demanderesse avance un argument qui n'est pas dépourvu de fondement, en l'occurrence qu'elle et les demanderesse ou elle et d'autres parties demanderesse ne désirent pas contester les mesures réglementaires prises par chacune des Premières nations signataires en matière d'aménagement du territoire, mesures qui, vu la situation passée, risquent fort d'être discriminatoires envers les femmes indiennes vivant dans des réserves. Cet argument est assez attrayant. Toutefois, la délégation de pouvoirs devient une nécessité de plus en plus pressante, car il serait pratiquement impossible pour la Couronne d'énoncer, dans ses innombrables textes législatifs ou réglementaires, des règles détaillées d'application universelle. Citant l'arrêt *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, à la page 104, l'avocat de l'intervenante soutient que «Le pouvoir du Parlement de déléguer ses pouvoirs législatifs n'a pas été mis en doute». Pourtant le pouvoir de déléguer n'est pas illimité. Ainsi, la Couronne ne peut pas aller jusqu'à renoncer à exercer ses fonctions. Dans leur ouvrage *Principles of Administrative Law*, 2<sup>e</sup> éd., 1994, Carswell, Jones et de Villars enseignent ce qui suit, à la page 28:

[TRADUCTION] Bien que le Parlement fédéral et les législatures provinciales puissent déléguer leurs pouvoirs, ils ne peuvent se démettre de leurs fonctions de législateur, ni s'abolir eux-mêmes. Cette restriction au pouvoir de délégation est inhérente à la théorie de la souveraineté du Parlement: le souverain ne peut s'abolir lui-même. Il ne peut pas non plus créer un autre souverain. Il est cependant extrêmement difficile d'établir la distinction entre une délégation légitime et une délégation illégitime lorsqu'il s'agit de pouvoirs législatifs, et il semble que les tribunaux penchent en faveur de la première. Quoi qu'il en soit, le fait qu'on n'ait pas réussi, en appliquant ce principe, à faire invalider une loi n'enlève rien à l'importance primordiale

tion of taxes) should be dealt with by the legislators themselves and not be delegated to others. Indeed, there is considerable current concern about the volume and great breadth of delegated powers which have been authorized by all levels of the legislative branch. If Parliament and the legislatures are not to become mere formalities delegating all of their real powers to the executive (who generally lead the political party which controls a majority in the legislative body), some attempt must be made to determine the proper limits on delegation. The theoretical existence of such limits has been recognized in the cases.

It is perhaps arguable that since the Crown has an obligation to act in the best interest of Indians for example with regard to an enforceable fiduciary duty as in *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, the Crown could here be held accountable for failing to act in the best interests of Indian women on reserves. In essence, delegation of a fiduciary duty might be an abdication of legislative function by the Crown. This argument is difficult, but I am not prepared to say it is fruitless and will lead to no useful result.

#### Declaratory Relief

[24] Relevant to the Crown's motion to strike out is whether the declaratory relief sought by the plaintiffs, to the effect that the Framework Agreement constitutes a breach of fiduciary duty and of the Charter, is available in a preventive situation.

[25] Pertinent in the present instance are the observations of Mr. Justice Dickson in *Operation Dismantle* (*supra*) beginning at page 455 as to declaratory relief. He points out that declaratory relief has a preventive role, for neither injury nor wrong need to have actually been committed or threatened, but rather that a plaintiff need only show some legal right or interest is either in jeopardy or has been placed in grave uncertainty. But there is a limit on such preventive declaratory relief for there must be a causal link between an

que revêt, en droit constitutionnel, le fait d'avoir une idée des matières (telles que l'imposition de taxes) dont le législateur devrait s'occuper lui-même et ne déléguer à personne. D'ailleurs, de nos jours, beaucoup s'inquiètent au sujet de la quantité et de l'ampleur considérables des pouvoirs dont tous les degrés de la hiérarchie de l'organe législatif autorisent la délégation. Pour éviter que le Parlement et les assemblées législatives provinciales deviennent des institutions purement symboliques qui délèguent tous leurs pouvoirs réels à l'exécutif (qui dirige en règle générale le parti politique qui contrôle la majorité des sièges à l'assemblée législative), il faut essayer de fixer des limites légitimes à la délégation de pouvoirs. Or, l'existence théorique de ces limites a été reconnue par les tribunaux.

On pourrait peut-être soutenir que, comme la Couronne est tenue d'agir au mieux des intérêts des Indiens, par exemple en ce qui concerne l'obligation de fiduciaire exécutoire dont il était question dans l'arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, la Couronne pourrait, dans le cas qui nous occupe, être tenue responsable de ne pas avoir agi au mieux des intérêts des femmes indiennes vivant dans des réserves. Essentiellement, la délégation d'une obligation de fiduciaire pourrait constituer une abdication d'un pouvoir législatif par la Couronne. Cet argument ne s'impose pas de lui-même, mais je ne suis pas prêt à dire qu'il est mal fondé et qu'il est sans portée pratique.

#### Jugement déclaratoire

[24] Pour trancher la requête en radiation présentée par la Couronne, il importe de se demander si les demanderesse peuvent, dans une situation préventive, obtenir de la Cour qu'elle rende un jugement déclarant que l'accord-cadre constitue un manquement par Sa Majesté à son obligation de fiduciaire et qu'il va à l'encontre de la Charte.

[25] Il y a lieu de rappeler ici les propos que le juge Dickson a tenus dans l'arrêt *Operation Dismantle* (précité), à partir de la page 455 au sujet des jugements déclaratoires. Le juge souligne que le jugement déclaratoire joue un rôle préventif, car il n'est pas nécessaire qu'un préjudice ou un acte dommageable ait été effectivement commis ou menace de l'être. Il suffit pour le demandeur de faire la preuve d'un intérêt juridique quelconque ou de démontrer que l'un de ses droits est compromis ou est gravement menacé.

action and the harm flowing from it in the future. This is set out at length by Mr. Justice Dickson. I will quote a small portion of what he says, at pages 456-457:

The reluctance of courts to provide remedies where the causal link between an action and the future harm alleged to flow from it cannot be proven is exemplified by the principles with respect to declaratory relief. According to Eager, *The Declaratory Judgment Action* (1971), at p. 5:

3. The remedy [of declaratory relief] is not generally available where the controversy is not presently existing but merely possible or remote; the action is not maintainable to settle disputes which are contingent upon the happening of some future event which may never take place.

4. Conjectural or speculative issues, or feigned disputes or one-sided contentions are not the proper subjects for declaratory relief.

Similarly, Sarna has said, "The court does not deal with unripe claims, nor does it entertain proceedings with the sole purpose of remedying only possible conflicts": (*The Law of Declaratory Judgments* (1978), at p. 179).

None of this is to deny the preventative role of the declaratory judgment. As Madame Justice Wilson points out in her judgment, Borchard, *Declaratory Judgments* (2nd ed. 1941), at p. 27, states that,

. . . no "injury" or "wrong" need have been actually committed or threatened in order to enable the plaintiff to invoke the judicial process; he need merely show that some legal interest or right of his has been placed in jeopardy or grave uncertainty . . . .

Nonetheless, the preventative function of the declaratory judgment must be based on more than mere hypothetical consequences; there must be a cognizable threat to a legal interest before the courts will entertain the use of its process as a preventive measure. As this Court stated in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, a declaration could issue to affect future rights, but not where the dispute in issue was merely speculative.

In short, a court needs to be shown a recognizable threat, as opposed to a hypothetical or speculative

Mais les cas d'ouverture à ce type de jugement déclaratoire ne sont pas illimités, car il doit exister un lien de causalité entre l'acte reproché et le dommage éventuel en découlant. Le juge Dickson explique en détail ces principes. Je me contenterai de ne citer qu'un court extrait de ses propos aux pages 456 et 457:

La répugnance des tribunaux à accorder réparation lorsqu'on ne peut pas faire la preuve du lien de causalité entre un acte et le dommage éventuel qui, prétend-on, en découlera est illustrée par les principes relatifs au jugement déclaratoire. D'après Eager, *The Declaratory Judgment Action* (1971), à la p. 5:

[TRADUCTION] 3. Ce redressement [le jugement déclaratoire] ne peut généralement être obtenu lorsque la controverse n'existe pas actuellement, n'étant qu'éventuelle ou éloignée; on ne peut intenter l'action pour régler des litiges dont la naissance dépend d'un événement futur qui peut n'avoir jamais lieu.

4. Les questions conjecturales ou hypothétiques, les litiges feints ou les prétentions biaisées ne sauraient faire l'objet d'un jugement déclaratoire.

De même, Sarna a écrit: [TRADUCTION] «Le tribunal ne connaît pas de prétentions qui ne sont pas encore mûres, ni d'instances à seule fin de remédier à des litiges purement éventuels»: (*The Law of Declaratory Judgments* (1978), à la p. 179).

Il ne s'agit pas par là de nier le rôle préventif du jugement déclaratoire. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans ses motifs, Borchard, dans *Declaratory Judgments* (2nd ed. 1941), à la p. 27, dit que:

[TRADUCTION] . . . il n'est pas nécessaire qu'un «préjudice» ou un «acte dommageable» ait été vraiment commis ou menacé de l'être pour que le demandeur puisse demander à la justice d'intervenir; il n'a qu'à démontrer un intérêt juridique quelconque ou que l'un de ses droits est en péril ou est gravement menacé . . . .

Néanmoins, la fonction préventive du jugement déclaratoire doit être fondée sur autre chose que des conséquences purement hypothétiques; il doit y avoir un intérêt juridique menacé qui soit identifiable avant que les tribunaux n'envisagent d'y avoir recours comme mesure préventive. Comme cette Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, un jugement déclaratoire peut influencer sur des droits éventuels, mais non lorsque le litige en cause est purement hypothétique.

Bref, pour qu'un tribunal puisse rendre un jugement déclaratoire, il faut qu'on lui démontre qu'un droit est

threat, before declaratory relief will issue. However, all of this does not close the door to declaratory relief merely because it is a future right which has been placed at risk.

[26] The basic premise of the Crown's motion to strike out, as supported by the intervener, Squamish Nation, is that the Framework Agreement is merely enabling legislation. It is said to establish only a protocol between First Nations and the Crown. The Crown says it has not been ratified, or even passed by Parliament, as of the hearing of this motion. This last assertion does not come within the category of evidence, which is improper when testing for a reasonable cause of action, for the plaintiffs clearly refer to a negotiated Framework Agreement: the plaintiffs do not say it is in effect or that it has, at this point, affected them. Here I would note that while the Framework Agreement may be pending legislation, it is in fact a signed agreement, dated 12 February 1996 and extensively amended 12 May 1998, between various First Nations and the Government of Canada.

[27] The Crown contends that the action is premature, for the time to mount a challenge is when the land codes contemplated by the Framework Agreement come into effect and further that no one's interest in a home or in property on a reserve is affected until the land regime is in place. Leaving aside that the plaintiffs' case is not against the First Nations, this argument misses the point made by the plaintiffs in their statement of claim, which as I have noted I must take as proven when testing for a reasonable cause of action, that the Crown has abrogated its duty to married and marriageable Indian women on reserves by omitting what ought to be contained in the Framework Agreement by way of protection from discrimination. If one were to ignore this sort of an aspect the declaratory judgment would, as a preventive measure, become a lesser tool.

concrètement—et pas seulement hypothétiquement ou spéculativement—compromis. Toutefois, le fait que le droit qui est compromis soit un droit éventuel n'empêche pas nécessairement d'obtenir un jugement déclaratoire.

[26] La requête en radiation présentée par la Couronne et appuyée par l'intervenante, la nation Squamish, repose essentiellement sur la prémisse que l'accord-cadre constitue simplement une loi habilitante qui crée uniquement un protocole d'entente entre les Premières nations et Sa Majesté. Sa Majesté affirme qu'à la date de l'audition de la présente requête, ce document n'avait été ni ratifié, ni même adopté par le Parlement. Cette dernière assertion n'entre pas dans la catégorie des éléments de preuve qui ne peuvent légitimement être analysés pour déterminer la validité de la cause d'action, car les demandresses parlent de toute évidence d'un accord-cadre négocié. Les demandresses ne prétendent pas que l'accord-cadre les a effectivement lésées ou qu'il leur cause présentement un préjudice. Je tiens ici à signaler que, bien que l'accord-cadre puisse constituer une mesure législative à l'étude, il s'agit en fait d'une entente signée, qui a été conclue le 12 février 1996 entre diverses Premières nations et le gouvernement canadien et qui a été considérablement modifiée le 12 mai 1998.

[27] Sa Majesté soutient que l'action est prématurée, étant donné que la contestation ne peut être faite qu'une fois que les codes fonciers prévus par l'accord-cadre seront en vigueur. Elle ajoute que les droits que possèdent quelqu'un sur une maison ou un immeuble situé dans une réserve ne sont touchés qu'une fois que le régime foncier est instauré. Hormis le fait que l'action des demandresses ne vise pas les Premières nations, cet argument ne tient pas compte de l'allégation que les demandresses ont formulée dans leur déclaration et que je dois tenir pour avérée lorsque je me prononce sur la validité de la cause d'action, en l'occurrence que Sa Majesté a manqué à l'obligation à laquelle elle est tenue envers les femmes indiennes mariées ou aptes à contracter mariage qui vivent dans des réserves en ne prévoyant pas dans l'accord-cadre les mécanismes de protection contre la discrimination qui devraient s'y trouver. Si l'on devait ignorer cet aspect, le jugement déclaratoire deviendrait un outil de prévention moins efficace.

### Other Grounds for Striking Out

[28] I considered, without extrinsic evidence, whether the plaintiffs' claim based on the Framework Agreement ought to be struck out. Taking the facts as set out in the statement of claim and applying the law to them, the impugned portions of the statement of claim were not futile so as to be struck out. However, the Crown also pleads the balance of the grounds for striking out a pleading pursuant to subsection 221(1) of the Rules, 1998, including that the pleadings are scandalous, frivolous, vexatious or an abuse of process.

[29] In further considering whether a portion of the statement of claim ought to be struck out under the additional heads I considered the statement of claim in the light of the affidavit material filed in support of the Crown's motion. Certainly some of the affidavit material is to the effect that the First Nations will be required to establish rules and procedures applicable on marriage breakdown in their land codes and that there will be a land code ratification process by both First Nations and the Crown. The intervening First Nations suggest this would be the time to challenge specific First Nations land codes. Again, and leaving aside that a plaintiff cannot be obliged to proceed against someone he or she has no wish to sue (*Algoma Central Railway v. Canada* (1987), 10 F.T.R. 8 (F.C.T.D.), at page 9, a decision of Mr. Justice Strayer, as he then was) this misses the point. The plaintiffs' complaint is not with what the First Nations may or may not do, but rather with the Crown for not only omitting to deal, in the Framework Agreement, with a fiduciary duty but for, in effect, assigning the fiduciary duty.

[30] That the plaintiffs have tried, without success, to have changes made to the Framework Agreement through the political process, or might have some remedy at a later date against the First Nations does not, as the intervener suggests, turn this action into gadfly litigation and some form of abuse. Rather, it may be commendable to resolve the plaintiffs' prob-

### Autres motifs de radiation

[28] J'ai, sans disposer d'éléments de preuve extrinsèques, examiné la question de savoir si les prétentions des demanderessees qui sont fondées sur l'accord-cadre devraient être radiées. En tenant pour avérés les faits articulés dans la déclaration et en leur appliquant les règles de droit pertinentes, je conclus que les passages contestés de la déclaration ne sont pas futiles au point de devoir être radiés. Sa Majesté invoque toutefois les autres motifs énumérés au paragraphe 221(1) des Règles (1998), notamment en affirmant que les actes de procédure sont scandaleux, frivoles et vexatoires ou qu'ils constituent un abus de procédure.

[29] Pour déterminer si des passages de la déclaration devaient être radiés en vertu des autres motifs, j'ai examiné la déclaration en tenant compte des affidavits produits au soutien de la requête de la Couronne. Comme on peut le constater, suivant certains de ces affidavits, les Premières nations devront élaborer dans leurs codes fonciers des règles et des modalités d'application qui s'appliqueront en cas d'échec du mariage et les Premières nations et Sa Majesté devront ratifier ce code foncier. Les Premières nations intervenantes affirment que ce sera là le moment opportun pour contester des codes fonciers déterminés des Premières nations. Là encore, cet argument est mal fondé et ce, même en faisant abstraction du fait qu'on ne peut forcer un demandeur à poursuivre quelqu'un qu'il ne veut pas poursuivre (*Algoma Central Railway c. Canada* (1987), 10 F.T.R. 8 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 9, une décision du juge Strayer, maintenant juge à la Cour d'appel). Le grief des demanderessees ne porte pas sur ce que les Premières nations peuvent ou ne peuvent pas faire, mais sur le fait que la Couronne a non seulement manqué à son obligation de fiduciaire dans l'accord-cadre, mais encore qu'elle a de fait cédé cette obligation.

[30] Le fait que les demanderessees aient tenté sans succès de faire modifier l'accord-cadre en recourant au processus politique ou qu'elles pourraient disposer plus tard d'une réparation quelconque contre les Premières nations ne transforme pas la présente action, comme l'intervenante le laisse entendre, en un outil de harcèlement et en une sorte d'abus de procédure. Au

lems now and thus indicate to the Crown and to the First Nations what their duty might be.

[31] Having found not a lack of a reasonable cause of action, but rather an arguable cause of action, I am not prepared, even in the light of the affidavit evidence, to strike out the portion of the statement of claim dealing with the Framework Agreement on any of the remaining rule 221 grounds, for the Framework Agreement plea might well bring the plaintiffs a practical result.

## CONCLUSION

[32] The Framework Agreement aspect is not an easy case, but it is a case that could be argued without embarrassment. There may well be a link between what is omitted from the Framework Agreement and the cognizable harm to a legal interest which, on the basis of history and events to date, is quite likely.

[33] As I have said the alleged harm is based on breach of a claimed fiduciary duty toward Indian women, a duty which, if on the particular facts of this case it arises, the Crown may not be able to avoid by, in effect, either ignoring it or delegating it to the First Nations. As to the plea of availability a declaratory remedy for an anticipated harm, that is also not without merit.

[34] The plaintiffs' case is not an easy one. Yet I am not able to say that it is plain, obvious and beyond reasonable doubt that the portion of the claim, relating to the Framework Agreement, cannot possibly succeed.

contraire, il est peut-être louable de vouloir résoudre les problèmes des demandresses dès maintenant et de permettre à Sa Majesté et aux Premières nations de connaître avec précision la nature de leurs obligations.

[31] Ayant conclu non pas à une absence de cause d'action valable, mais plutôt à l'existence d'une cause d'action défendable, je ne suis pas disposé, même en tenant compte des affidavits, de radier les passages de la déclaration portant sur l'accord-cadre ou sur les autres motifs énumérés à la règle 221, étant donné que les moyens tirés de l'accord-cadre ont de bonnes chances de permettre aux demandresses d'obtenir un résultat pratique.

## DISPOSITIF

[32] Les moyens tirés de l'accord-cadre ne sont pas faciles, mais ils peuvent être plaidés sans hésitation. Il est possible qu'il existe un lien entre ce qui a été omis dans l'accord-cadre et un préjudice reconnaissable à un intérêt juridique qui a fort probablement été subi, compte tenu de l'évolution de l'histoire et des événements survenus jusqu'à maintenant.

[33] Ainsi que je l'ai précisé, le préjudice reproché repose sur un manquement à une obligation de fiduciaire alléguée envers les femmes indiennes, obligation à laquelle, en supposant que les faits particuliers de la présente espèce en démontrent l'existence, la Couronne ne pourra peut-être pas se soustraire, soit en l'ignorant, soit en la déléguant aux Premières nations. Quant à la possibilité d'obtenir un jugement déclaratoire pour un préjudice prévu, ce moyen n'est lui non plus pas dépourvu de fondement.

[34] La cause des demandresses n'est pas facile. Il m'est toutefois impossible d'affirmer qu'il est évident, manifeste et indubitable que les passages de la déclaration où il est fait mention de l'accord-cadre n'ont pas la moindre chance d'être retenus.

A-389-96 (T-639-92)

**The Matsqui Indian Band and Matsqui Indian Band Council** (*Appellants*) (*Respondents*)

v.

**Canadian Pacific Limited and Unitel Communications Inc.** (*Respondents*) (*Applicants*)

and

**The Little Shuswap Indian Band, The Little Shuswap Indian Band Council, Chief Clarence T. (Manny) Jules and The Indian Taxation Advisory Board** (*Intervenors*)

A-386-96 (T-2790-93)

**Seabird Island Indian Band and Seabird Island Indian Band Council** (*Appellants*) (*Respondents*)

v.

**Canadian Pacific Limited** (*Respondent*) (*Applicant*)

and

**The Little Shuswap Indian Band, The Little Shuswap Indian Band Council, Chief Clarence T. (Manny) Jules and The Indian Taxation Advisory Board** (*Intervenors*)

A-403-96 (T-2780-93)

**Boothroyd Indian Band and Boothroyd Indian Band Council** (*Appellants*) (*Respondents*)

v.

**Canadian Pacific Limited** (*Respondent*) (*Applicant*)

and

**The Little Shuswap Indian Band, The Little Shuswap Indian Band Council, Chief Clarence T. (Manny) Jules and The Indian Taxation Advisory Board** (*Intervenors*)

A-389-96 (T-639-92)

**La Bande indienne de Matsqui et le Conseil de la Bande indienne de Matsqui** (*appelants*) (*intimés*)

c.

**Canadien Pacifique Limitée et Unitel Communications Inc.** (*intimées*) (*requérantes*)

et

**La Bande indienne de Little Shuswap, le Conseil de la Bande indienne de Little Shuswap, le chef Clarence T. (Manny) Jules et la Commission consultative de la fiscalité indienne** (*intervenants*)

A-386-96 (T-2790-93)

**La Bande indienne de l'île Seabird et le Conseil de la Bande indienne de l'île Seabird** (*appelants*) (*intimés*)

c.

**Canadien Pacifique Limitée** (*intimée*) (*requérante*)

et

**La Bande indienne de Little Shuswap, le Conseil de la Bande indienne de Little Shuswap, le chef Clarence T. (Manny) Jules et la Commission consultative de la fiscalité indienne** (*intervenants*)

A-403-96 (T-2780-93)

**La Bande indienne de Boothroyd et le Conseil de la Bande indienne de Boothroyd** (*appelants*) (*intimés*)

c.

**Canadien Pacifique Limitée** (*intimée*) (*requérante*)

et

**La Bande indienne de Little Shuswap, le Conseil de la Bande indienne de Little Shuswap, le chef Clarence T. (Manny) Jules et la Commission consultative de la fiscalité indienne** (*intervenants*)

A-479-96 (T-2781-93)

**Cook's Ferry Indian Band and Cook's Ferry Indian Band Council** (*Appellants*) (*Respondents*)

v.

**Canadian Pacific Limited** (*Respondent*) (*Applicant*)

and

**The Little Shuswap Indian Band, The Little Shuswap Indian Band Council, Chief Clarence T. (Manny) Jules and The Indian Taxation Advisory Board** (*Interveners*)

A-480-96 (T-1316-92)

**Skuppah Indian Band and Skuppah Indian Band Council** (*Appellants*) (*Respondents*)

v.

**Canadian Pacific Limited** (*Respondent*) (*Applicant*)

and

**The Little Shuswap Indian Band, The Little Shuswap Indian Band Council, Chief Clarence T. (Manny) Jules and The Indian Taxation Advisory Board** (*Interveners*)

**INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC LTD. v. MATSQUI INDIAN BAND (C.A.)**

Court of Appeal, Marceau, Desjardins and Robertson JJ.A.—Vancouver, January 18, 19, 20, 21; Ottawa, June 25, 1999.

*Native peoples — Taxation — Notices of assessment issued pursuant to taxation by-laws under Indian Act, s. 83 against Canadian Pacific with respect to rights-of-way traversing reserves in British Columbia invalid — Whether rights-of-way "lands within reserve" over which bands had jurisdiction — Whether by-laws discriminatory as only property interests of non-Indians situate on reserves taxed.*

A-479-96 (T-2781-93)

**La Bande indienne de Cook's Ferry et le Conseil de la Bande indienne de Cook's Ferry** (*appelants*) (*intimés*)

c.

**Canadien Pacifique Limitée** (*intimée*) (*requérante*)

et

**La Bande indienne de Little Shuswap, le Conseil de la Bande indienne de Little Shuswap, le chef Clarence T. (Manny) Jules et la Commission consultative de la fiscalité indienne** (*intervenants*)

A-480-96 (T-1316-92)

**La Bande indienne de Skuppah et le Conseil de la Bande indienne de Skuppah** (*appelants*) (*intimés*)

c.

**Canadien Pacifique Limitée** (*intimée*) (*requérante*)

et

**La Bande indienne de Little Shuswap, le Conseil de la Bande indienne de Little Shuswap, le chef Clarence T. (Manny) Jules et la Commission consultative de la fiscalité indienne** (*intervenants*)

**RÉPERTORIÉ: CANADIEN PACIFIQUE LTÉE c. BANDE INDIENNE DE MATSQUI (C.A.)**

Cour d'appel, juges Marceau, Desjardins et Robertson, J.C.A.—Vancouver, 18, 19, 20, 21 janvier; Ottawa, 25 juin 1999.

*Peuples autochtones — Taxation — Invalidité des avis d'évaluation délivrés en vertu de règlements administratifs imposant des taxes pris en application de l'art. 83 de la Loi sur les Indiens à l'égard de Canadien Pacifique relativement à des droits de passage traversant des réserves en Colombie-Britannique — Les droits de passage constituent-ils des terres «situées dans la réserve» à l'égard desquelles les bandes ont compétence? — Les règlements administratifs sont-ils discriminatoires du fait que seuls les droits des non-Indiens sur des immeubles situés dans la réserve sont assujettis à la taxation?*

*Railways — Notices of assessment issued pursuant to taxation by-laws under Indian Act, s. 83 against Canadian Pacific (CP) with respect to rights-of-way traversing reserves in British Columbia invalid — Nature of CP's title to lands comprised in rights-of-way traversing various reserves — Interplay between Indian Act, Act respecting Canadian Pacific Railway, Railway Act — Whether Crown had requisite authority to convey fee simple title to CP — Whether CP's rights-of-way traversing reserves "lands within reserve" over which bands had jurisdiction — Whether CP discriminated against as only property interests of non-Indians situate on reserves taxed under by by-laws.*

*Administrative law — Judicial review — Taxation — Whether taxation by-laws adopted by Indian bands exempting Indians' interests in land from taxation discriminatory — Whether band councils exempt from application of principles of administrative law governing subordinate statutory bodies.*

In this case, each appellant band council issued notices of assessment against Canadian Pacific Ltd. (CP) pursuant to new taxation by-laws made under section 83 of the *Indian Act*. CP attacked the notices of assessment, arguing that they were invalid on the basis that the rights-of-way traversing the reserves were held by it in fee simple determinable and therefore were not lands within the reserves over which the bands had jurisdiction, and that the by-laws were invalid because they were discriminatory in that only the property interests of non-Indians situate in the reserves were made subject to taxation. The Motions Judge agreed on both counts. These were appeals from that decision.

*Held* (Robertson J.A. dissenting), the appeals should be dismissed.

*Per* Marceau J.A.: If the lands are owned by CP in fee simple, they are no longer vested in Her Majesty and set apart for the use and benefit of the Indians. If not, they cannot be considered as having been taken out of the reserves and would be taxable. The issue of title should be limited to a choice between fee simple and easement. In fact, the sole real issue was whether the Crown had authority to convey, as it had openly done by the individual letter patents and grants, a fee simple title.

One should bear in mind the very special circumstances in which *An Act respecting the Canadian Pacific Railway*

*Chemins de fer — Invalidité des avis d'évaluation délivrés en vertu de règlements administratifs imposant des taxes pris en application de l'art. 83 de la Loi sur les Indiens à l'égard de Canadien Pacifique (CP) relativement à des droits de passage traversant des réserves en Colombie-Britannique — Nature du titre de CP sur les terres qui forment ses droits de passage traversant différentes réserves — Interaction entre la Loi sur les Indiens, l'Acte concernant le chemin de fer Canadien du Pacifique et la Loi sur les chemins de fer — La Couronne avait-elle le pouvoir de transférer le titre en fief simple à CP? — Les droits de passage de CP traversant les réserves constituent-ils des terres «situées dans la réserve» à l'égard desquelles les bandes avaient compétence? — Est-ce que CP subit de la discrimination du fait que seuls les droits des non-Indiens sur des immeubles situés dans la réserve sont assujettis à la taxation par les règlements administratifs?*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Taxation — Les règlements imposant des taxes pris par les bandes indiennes, qui exemptent de la taxation les droits des Indiens sur des terres, sont-ils discriminatoires? — Les conseils de bande indienne peuvent-ils se soustraire à l'application des principes de droit administratif régissant les organismes d'origine législative subordonnés?*

En l'espèce, chaque conseil de bande indienne appelant a délivré des avis d'évaluation à l'égard de Canadien Pacifique Ltée (CP) en vertu de nouveaux règlements administratifs imposant des taxes pris en application de l'article 83 de la *Loi sur les Indiens*. CP a contesté les avis d'évaluation en soutenant qu'ils étaient invalides parce que les droits de passage traversant les réserves étaient détenus en fief simple extinguable et qu'ils ne constituaient donc pas des terres situées dans la réserve à l'égard desquelles les bandes indiennes avaient compétence et en plaidant que les règlements administratifs étaient invalides parce discriminatoires du fait que seuls les droits des non-Indiens sur des immeubles situés dans la réserve étaient assujettis à la taxation. Le juge des requêtes a retenu ces deux arguments. C'est cette décision qui est visée par les appels.

*Arrêt* (le juge Robertson J.C.A. étant dissident): les appels sont rejetés.

Le juge Marceau J.C.A.: Si les terres appartiennent à CP en fief simple, elles ne sont plus des terres dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mises de côté à l'usage et au profit des Indiens. Dans le cas contraire, elles ne peuvent être considérées comme ayant été exclues des réserves et elles sont taxables. La question du titre doit se limiter au choix entre le fief simple et la servitude. Il n'existe véritablement qu'une seule question à trancher, soit celle de savoir si la Couronne avait le pouvoir de transférer un titre en fief simple, comme elle l'a fait en apparence dans toutes les lettres patentes et les concessions.

Il est important de garder à l'esprit les circonstances historiques très spéciales dans lesquelles l'*Acte concernant*

(CPR Act) came into being: the commitment undertaken by the federal government in the Act of Union bringing the colony of British Columbia into Canada to construct a railway that would connect the seaboard of the new province with the railway system of the rest of the country; the failure of the government to satisfy its obligation within the time frame of ten years that had been contemplated; the perceived necessity to do all that was required to complete what had been commenced; finally, the direct involvement of the good faith and the honour of the government in finding, at last, a viable solution. That a piece of legislation passed under such circumstances was meant to produce extraordinary effects should surprise no one. However, what was relevant was not the rationale behind each conveyance but rather its legality in so far as it disclosed the granting of a fee simple. This involved not an analysis of the historical record but rather an analysis of the relevant provisions of the CPR Act as the authority under which each individual conveying document was issued. Everyone involved in the issuance of the letters patent took the position that the lands on which the railway completed by the government was constructed were to be conveyed separately from the railway itself. It was perfectly natural that, given an obligation to convey both the railway and the lands, the contract would treat the lands and railway separately.

Section 5 of the CPR Act and article 7 of the contract, which the Act was adopted to give effect to, were not meant to cover the lands. The other provisions of the contract lead to the conclusion that CP sought to own the land. One can see no reason why CP would have sought to own the land upon which its tracks were to run in the eastern (from Lake Nipissing to Selkirk) and central (from Selkirk to Kamloops) sections of the track, but have no corresponding interest in the ownership of such lands with respect to the western section. Having a desire to secure ownership of such lands throughout the length of its operation, it is evident that CP would seek to secure an absolute interest in lands so conveyed by ensuring the extinguishment of any Aboriginal interest in those lands, irrespective of geographic location. The CPR Act was meant to confer on the government the power and the obligation to convey all of the lands required for the railway with respect to any of its three segments in fee simple, free of any Indian interest. There is nothing in the CPR Act nor in the various conveying documents issued on its authority that would suggest the granting of a title other than fee simple. So the lands in the railway right-of-way traversing the reserves were not lands within the reserves upon which the appellants would have a power of taxation.

Robertson J.A.'s opinion, that the Motions Judge erred in concluding that the by-laws were invalid for being discriminatory, was agreed with. One could not understand the rationale behind the distinction made by the Motions Judge

*le chemin de fer Canadien du Pacifique* (la Loi du CP) a pris naissance: l'obligation imposée au gouvernement fédéral par l'Acte d'union intégrant la colonie de la Colombie-Britannique au Canada de construire un chemin de fer reliant le littoral de la nouvelle province au réseau des chemins de fer du reste du pays; l'inexécution par le gouvernement de son obligation dans le délai prévu de dix ans; la nécessité de prendre toutes les mesures requises pour terminer ce qui avait été commencé; enfin, le fait que la mise en œuvre d'une solution viable, après tout ce temps, mettait en jeu la bonne foi et l'honneur du gouvernement. Personne ne devrait s'étonner qu'on ait voulu qu'une loi édictée en pareilles circonstances produise des effets extraordinaires. Toutefois, ce qui importait, ce ne sont pas les motifs pour lesquels chaque transfert a été effectué, mais sa légalité dans la mesure où il atteste la concession d'un fief simple. Il fallait donc analyser non pas les événements historiques, mais les dispositions pertinentes de la Loi du CP comme source du pouvoir de délivrer chacun des actes de transfert. Toutes les personnes concernées par la délivrance des lettres patentes avaient la conviction que les terres sur lesquelles était situé le chemin de fer construit par le gouvernement devaient être transférées séparément du chemin de fer même. Il était parfaitement naturel que, s'il existait une obligation de transférer le chemin de fer et les terres, le contrat traite les terres et le chemin de fer séparément.

L'article 5 de la Loi sur le CP et la clause 7 du contrat, que la Loi visait à mettre en œuvre, ne visaient pas les terres. Les autres clauses du contrat ont mené à la conclusion que CP désirait devenir propriétaire des terres. On ne peut voir pourquoi CP aurait voulu devenir propriétaire des terres sur lesquelles devaient reposer ses voies dans les sections de l'est (reliant le lac Nipissing à Selkirk) et du centre (allant de Selkirk à Kamloops) du chemin de fer, et n'aurait pas été intéressée à en être propriétaire dans la section de l'ouest. Si elle souhaitait détenir la propriété de ces terres pour toute la durée de ses activités, il semble évident que la compagnie a dû tenter d'obtenir un droit absolu sur les terres transférées en s'assurant de l'extinction de tout droit ancestral sur ces terres, peu importe leur emplacement. La Loi du CP devait conférer au gouvernement le pouvoir et l'obligation de transférer en fief simple, et libres de tout droit des Indiens, toutes les terres requises pour le chemin de fer relativement à chacune des trois sections. Aucun élément de la Loi du CP ni des différents documents de transfert délivrés sous son régime ne laisse croire à la concession d'un droit différent d'un titre en fief simple. Par conséquent, les terres du droit de passage du chemin de fer traversant les réserves n'étaient pas des terres de réserve sur lesquelles les appelants pouvaient exercer leur pouvoir de taxation.

Le juge Robertson a eu raison de dire que le juge responsable des requêtes avait eu tort de conclure que les règlements étaient invalides parce qu'ils étaient discriminatoires. On ne peut comprendre la raison d'être de la distinction

between the possibilities of different treatments that he considers impliedly authorized and those he rejects, since, in all cases, it is the taxpayers who are targeted. Since the earliest *Indian Act* provisions, Indian people have been assured of a quite significant privilege of tax exemption with respect to the use and occupation of their reserve lands, a privilege expressed in general terms and accorded to each individual Indian. It appears inconceivable that Parliament could have made the exercise by the bands of their new tax-levying power subject to an implicit forced renunciation by all their members of that basic privilege, without taking care to spell it out in unequivocal terms. When one speaks of the elements of the special status of a group of individuals within the community as determined by Parliament, one can speak of inequality, of course, but not necessarily of discrimination. It appears quite inappropriate to apply to Indian bands' new by-law powers the principles of interpretation developed in municipal law. The devolved taxation powers of municipalities exist only to further governmental objectives of efficiency in operation and administration. The recent granting of taxation powers to Indian bands has a much broader and humane objective, which can only be seen in the context of furthering the ability of natives to govern themselves and thus, to a certain extent, invokes rights and responsibilities that predate all Indian Acts. It would be wrong to subject both sets of rules to the same standard of inflexibility, rigidity and limitation.

*Per Desjardins J.A. (concurring in the result):* Robertson J.A. is agreed with in finding that the lands comprising the rights-of-way of CP are "in the reserve" within the meaning of section 83 of the *Indian Act*. However, the appeals should be dismissed on the ground that the taxation by-laws adopted by the appellants which exempt from taxation Indians' interest in land are discriminatory. They run counter to fundamental principles of administrative law.

The purpose of the section 87—subject to section 83, exempting Indian property from taxation—is to guard against the possibility that one branch of government, through the imposition of taxes, could erode the full measure of the benefits given by that branch of government entrusted with the supervision of Indian affairs: *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85. However, the exemption in section 87 is restricted to taxation by non-Indian governments. The purpose of section 83 is intended to facilitate the development of Aboriginal self-government by allowing bands to exercise the inherently governmental power of taxation on their reserves: *Canadian Pacific Ltd.*

qu'a faite le juge responsable des requêtes entre les possibilités de traitements différents qu'il considérait autorisés implicitement et celles qu'il rejetait puisque, dans tous les cas, ce sont les contribuables qui sont visés. Depuis les toutes premières dispositions de la *Loi sur les Indiens*, les Indiens bénéficient d'un privilège très important du fait qu'ils sont exemptés de taxes relativement à l'usage et à l'occupation de leurs terres de réserve, ce privilège étant exprimé en termes généraux et accordé à chaque Indien individuellement. Il paraît inconcevable que le Parlement ait pu assujettir l'exercice par les bandes de leur nouveau pouvoir de prélever des taxes à la renonciation forcée implicite de tous les membres de la bande à ce privilège fondamental, sans le préciser en des termes non équivoques. Lorsqu'on parle des éléments du statut particulier d'un groupe de personnes dans une collectivité, établis par le législateur, on peut parler d'inégalité, bien sûr, mais pas nécessairement de discrimination. Il paraît tout à fait inopportun d'appliquer aux nouveaux pouvoirs de réglementation des bandes indiennes les principes d'interprétation élaborés en droit municipal. Les pouvoirs de taxation dont sont investies les municipalités existent uniquement dans le but de favoriser l'objectif d'efficacité du gouvernement sur le plan du fonctionnement et de l'administration. L'attribution récente de pouvoirs de taxation aux bandes indiennes vise un objectif beaucoup plus vaste et axé sur des considérations humanitaires, qui ne peut être envisagé que dans le contexte l'encouragement au développement de la capacité des autochtones à se gouverner eux-mêmes et qui, par conséquent, procède dans une certaine mesure de droits et de responsabilités antérieurs à toutes les lois concernant les Indiens. On commettrait une erreur en assujettissant ces deux ensembles de règles à la même norme sur le plan de la souplesse, de la rigidité et des limites imposées.

Le juge Desjardins, J.C.A. (motifs concordants quant au résultat): Le juge Robertson a eu raison de dire que les terres formant le droit de passage de CP sont «situées dans la réserve» au sens de l'article 83 de la *Loi sur les Indiens*. Les appels doivent toutefois être rejetés parce que les règlements administratifs imposant des taxes pris par les appelants, qui exemptent de la taxation les droits des Indiens sur des terres, sont discriminatoires. Il sont contraires aux principes fondamentaux du droit administratif.

Le but de l'article 87—qui, sous réserve de l'article 83, exempte les biens des Indiens de la taxation—est d'empêcher qu'un palier de gouvernement, par l'imposition de taxes, puisse porter atteinte à l'intégrité des bénéfices accordés par le palier de gouvernement responsable du contrôle des affaires indiennes: *Mitchell c. Bande indienne de Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85. Toutefois, l'exemption prévue par l'article 87 se limite aux taxes imposées par des gouvernements non indiens. L'article 83 est destiné à faciliter le développement de l'autonomie gouvernementale des autochtones en permettant aux bandes d'exercer sur leurs réserves le pouvoir proprement gouvernemental de

v. *Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3. Paragraph 83(1)(a) of the Act, when read in conjunction with section 87, is to be interpreted as allowing the band councils, with the approval of the Minister, to run counter to section 87 and to tax for local purposes land or interests in land of both Indians and non-Indians situated in the reserve, including the rights to occupy, possess or use land in the reserve. There are no words in paragraph 83(1)(a) of the Act which guarantee to Indians that they will not be taxed by their band councils. What paragraph 83(1)(a) does is to empower band councils to tax all interests in the reserve, whether they are Indian or non-Indian interests. It does not exempt Indian interests from the taxing power of band councils, as section 87 does with regard to Acts of Parliament and the provincial legislatures.

The rule that the power to make by-laws does not include that of enacting discriminatory provisions unless the enabling legislation provides the contrary has been observed from time immemorial in British and Canadian public law: *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 368. Although the band councils are a *sui generis* type of subordinate statutory bodies, they cannot escape the principles of administrative law which govern subordinate statutory bodies. The by-laws are invalid *in toto* since it cannot be assumed that they would have been adopted had it been known that certain portions of them (exempting band members from taxation) were invalid.

*Per* Robertson J.A. (*dissenting*): The appeals should be allowed. CP could not have validly acquired fee simple title to the rights-of-way. At best, it acquired a statutory easement or licence. Consequently, the lands in question are “in the reserve”, as that term is defined by the *Indian Act* and, therefore, the notices of assessment are valid. Furthermore, the by-laws are not *ultra vires* on the ground of unauthorized discrimination and, therefore, they are valid.

#### Lands comprising the right-of-ways

The determination of the nature of the title conveyed through the intersection of the *Railway Act*, the *Indian Act* and the CPR Act requires the examination of such fundamental questions as: (1) the definition of reserve lands under the *Indian Act*; (2) the intention of Parliament in conveying railway lands to CP; and, most significantly, (3) whether the Crown had the requisite authority to convey fee simple title to CP.

(1) The definition of “reserve” and “designated lands” were examined. The conveyancing documents received by

taxation: *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3. Il faut interpréter l’alinéa 83(1)a) de la Loi, lu conjointement avec l’article 87, comme permettant au conseil de bande, avec l’approbation du ministre, de déroger à l’article 87 et de taxer, à des fins locales, les terres et les droits sur les terres situées dans la réserve appartenant aux Indiens et à des non-Indiens, y compris les droits d’occupation, de possession et d’usage d’une terre située dans la réserve. Aucun des termes utilisés dans l’alinéa 83(1)a) de la Loi ne garantit aux Indiens qu’ils ne seront pas taxés par leurs conseils de bande. L’effet de l’alinéa 83(1)a) consiste à donner aux conseils de bande le pouvoir de taxer tous les droits situés dans la réserve, qu’ils appartiennent à des Indiens ou à des non-Indiens. Il ne soustrait pas les droits des Indiens au pouvoir de taxation des conseils de bande, comme le fait l’article 87 à l’égard des lois fédérales et provinciales.

La règle selon laquelle le pouvoir de faire des règlements ne comporte pas celui d’édicter des dispositions discriminatoires à moins que les textes législatifs habilitants ne prescrivent le contraire a été observée de temps immémorial en droit public anglais et canadien: *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 368. Bien que les conseils de bande constituent des organismes d’origine législative subordonnés qui sont *sui generis*, ils ne peuvent se soustraire aux principes de droit administratif régissant les organismes d’origine législative subordonnés. Les règlements administratifs sont invalides en entier, car on ne peut présumer qu’ils auraient été adoptés si les conseils de bande avaient su que certaines de leurs dispositions (exemptant les bandes indiennes de la taxation) étaient invalides.

Le juge Robertson, J.C.A. (*dissent*): Les appels devraient être accueillis. CP ne pouvait valablement acquérir le titre en fief simple sur les droits de passage. Elle a acquis, tout au plus, une servitude légale ou une permission. Par conséquent, les terres en cause sont «situées dans la réserve», au sens de la *Loi sur les Indiens* et, partant, les avis d’évaluation sont valides. De plus, les règlements administratifs ne sont pas *ultra vires* pour cause de distinction illicite et ils sont donc valides.

#### Les terres formant les droits de passage

Pour déterminer la nature du titre transféré en tenant compte de l’effet combiné de la législation sur les chemins de fer, de la législation sur les Indiens et de la Loi du CP, il faut examiner des questions fondamentales telles: 1) la définition des terres de réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*; 2) l’intention qu’avait le Parlement lorsqu’il a transféré les terres des chemins de fer à CP; et, question plus importante, 3) celle de savoir si la Couronne avait le pouvoir nécessaire pour transférer le titre en fief simple à CP.

1) La définition des termes «réservé» et «terres désignées» a été examinée. Les actes de transfert reçus par CP et

CP and presented to the Court purport to convey fee simple title to each right-of-way, not a determinable fee. It remains to be decided whether the Crown had the authority to convey title in fee simple, notwithstanding the provisions of the *Indian Act* and the *Railway Act*.

It is clear that in order to be exempt from the application of subsection 7(3) of *The Consolidated Railway Act, 1879*, which provides that no railway company can take or use lands vested in Her Majesty without the consent of the Governor in Council and that land so acquired cannot be alienated, two requirements must be met: (1) a special Act must be enacted; and (2) there must be an express provision in that legislation identifying which provisions of the *Railway Act* are to be overridden. In the absence of these preconditions, the Crown cannot convey, and the railway companies cannot acquire, fee simple title to Crown lands, including reserve lands, since the alienation of such lands is prohibited under the *Railway Act*. At best, CP obtained statutory easements to the rights-of-way or licences to use or occupy reserve lands required for railway purposes. When acquiring Crown lands, CP does so subject to the restriction on alienation imposed by subsection 7(3). No article of the contract attached as a schedule to the CPR Act displaced or overrode the restraint on alienation imposed on Crown lands acquired by railway companies. Accordingly, CP could not legally obtain fee simple title to the rights-of-way, the rights-of-way are in the reserve and the notices of assessment are valid. The provisions of the CPR Act and the contract cannot be interpreted so as to extinguish Indian rights to reserve lands in the absence of clear and express language to the contrary. It was noted that "it is appropriate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights, and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them": *Mitchell v. Peguis Indian Band*. In this case, it was neither reasonable nor necessary to hold that the term "absolute property", in section 5 of the CPR Act and article 7 of the contract, was intended to override the provisions of the *Indian Act* so as to effectively extinguish Indian title to reserve lands. CP has never needed any more than a statutory easement to effectively operate its railway lines across reserve lands and a statutory licence with respect to adjacent lands used in railway operations. In the absence of express extinguishment, CP cannot legitimately claim more than is necessary to effectively operate its railway. The contractual obligation imposed on the Crown to convey to CP absolute title to the railway, when properly construed, does not derogate from these two propositions. Furthermore, the obligation to extinguish Indian title was restricted to lands located within the central and eastern segments of the railway. It did not extend to the western segment.

produits devant la Cour prétendent transférer le titre en fief simple, et non un fief éteignable, relativement à chacun des droits de passage. Il reste à décider si la Couronne avait le pouvoir de transférer le titre en fief simple, malgré les dispositions de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi sur les chemins de fer*.

Il est clair que pour échapper à l'application du paragraphe 7(3) de l'*Acte refondu des chemins de fer, 1879*, selon lequel nulle compagnie de chemin de fer ne peut prendre possession, employer ni occuper des terrains appartenant à Sa Majesté, sans le consentement du Gouverneur en conseil et les terres ainsi acquises ne peuvent être aliénées, il faut satisfaire à deux conditions: 1) une loi spéciale doit être édictée; 2) cette loi doit contenir une disposition expresse qui précise les dispositions de la *Loi sur les chemins de fer* auxquelles il déroge. Si ces conditions préalables ne sont pas respectées, la Couronne ne peut pas transférer, et les compagnies de chemin de fer ne peuvent pas acquérir le titre en fief simple sur des terres de la Couronne, y compris des terres de réserve, puisque l'aliénation de ces terres est interdite par la *Loi sur les chemins de fer*. CP a obtenu tout au plus des servitudes légales sur les droits de passage ou la permission d'utiliser et d'occuper les terres de réserve nécessaires pour les besoins du chemin de fer. Lorsque CP acquiert des terres de la Couronne il le fait sous réserve de la restriction quant à l'aliénation établie par le paragraphe 7(3). Aucune clause du contrat jointe en annexe à la Loi du CP n'écarte la restriction à l'aliénation établie à l'égard des terres de la Couronne acquises par les compagnies de chemin de fer ni ne permet d'y déroger. En conséquence, CP ne pouvait pas obtenir légalement le titre en fief simple sur les droits de passage, les droits de passage sont situés dans la réserve et les avis d'évaluation sont valides. Les dispositions de la Loi du CP et du contrat ne doivent donc pas être interprétées de façon à éteindre les droits des Indiens sur les terres de réserve en l'absence d'une disposition contraire claire et expresse. Il a été souligné qu'«il convient d'interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger»: *Mitchell c. Bande indienne de Peguis*. En l'espèce, il n'était ni raisonnable ni nécessaire de statuer que l'expression «propriété absolue», dans l'article 5 de la Loi du CP et la clause 7 du contrat, visait à permettre une dérogation aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* de façon à éteindre effectivement le titre des Indiens sur les terres de réserve. CP n'a jamais eu besoin que d'une servitude légale pour exploiter efficacement sa ligne de chemin de fer traversant les terres de réserve, et que d'une permission légale à l'égard des terrains adjacents utilisés pour l'exploitation du chemin de fer. L'extinction n'étant pas prévue expressément, CP ne peut réclamer légitimement plus que ce qui est nécessaire à l'exploitation efficace de son chemin de fer. Interprétée correctement, l'obligation contractuelle de la Couronne de transférer le titre absolu sur le chemin de fer à Canadien Pacifique ne l'emporte pas sur

### Discrimination

It is common ground that there is no express provision in the *Indian Act* permitting the differential treatment of band members on reserve lands. The central question in these appeals is whether a band council must tax both Indians and non-Indians when enacting a taxation by-law. Ministerial approval of taxation by-laws is of no significance for the reason that the Minister is subject to the same constraints as the appellant Indian bands. There are only two issues to be addressed with respect to the discrimination issue. The first is whether Parliament intended to authorize the type of discrimination alleged by CP. The only objective evidence of Parliamentary intent is found in a pamphlet distributed by the Minister to the effect that reserve Indians would remain exempt from taxation. The second is whether the authority to discriminate arises by necessary implication. Any time a court of law is asked to read an implied term into a statute, that court is being asked to consider competing interests, and to determine which should prevail. In this case, the balance favours the appellants' interests. To the extent that the tax exemption for the Indian interest in reserve lands flows from notions of Aboriginal sovereignty, such exemptions should be protected in the absence of statutory directions to the contrary. Furthermore, it is highly significant that the *Indian Act*, by its very nature, draws distinctions between Indians and non-Indians in Canada. Since by-laws enacted by an Indian band pursuant to section 83 of the *Indian Act* constitute subordinate legislation, it is reasonable to imply that the constitutional authority to distinguish between Indians and non-Indians for the purpose of taxation was delegated to the Indian band councils. However, any attempt by a band council to impose the entire burden of taxation solely on non-Indians would not survive the light of day. There are appeal processes in place which CP has access to, in addition to the courts. As well, it is not band authorities that carry out the assessments, it is the BC Assessment Authority which is under the direction of the provincial government.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury*, S.C. 1850, c. 74, s. 4.

ces deux propositions. De plus, l'obligation d'éteindre le titre des Indiens se limitait aux terres situées dans les sections du centre et de l'est du chemin de fer. Elle ne s'étendait pas à la section de l'ouest

### Discrimination

Il est bien établi que la *Loi sur les Indiens* ne contient aucune disposition expresse permettant de traiter différemment les membres de la bande relativement aux terres de réserve. La question qui est au cœur des appels est celle de savoir si un conseil de bande doit assujettir à la fois les Indiens et les non-Indiens aux règlements administratifs par lesquels il impose des taxes. L'approbation ministérielle des règlements administratifs imposant des taxes ne revêt aucune importance étant donné que le ministre est assujéti aux mêmes contraintes que les bandes indiennes appelantes. Seulement deux questions doivent être examinées en ce qui concerne la discrimination. La première consiste à savoir si le législateur avait l'intention d'autoriser le type de discrimination alléguée par CP. L'unique preuve objective de l'intention du législateur se trouve dans une brochure distribuée par le ministre selon laquelle les Indiens des réserves continueraient à être exemptés des taxes. La seconde est celle de savoir s'il faut conclure à l'existence du pouvoir d'établir une distinction, par déduction nécessaire. Chaque fois qu'une cour de justice est appelée à conclure qu'un terme fait implicitement partie d'une loi, on lui demande d'examiner des intérêts opposés et de décider lesquels doivent l'emporter. En l'espèce, cet examen comparatif est favorable aux appelants. Dans la mesure où l'exemption de taxes visant le droit des Indiens sur les terres de réserve procède de notions de souveraineté des autochtones, elle doit être protégée, à moins d'indication contraire dans la loi. En outre, il est très significatif que la *Loi sur les Indiens* établisse, par sa nature même, des distinctions entre les Indiens et les non-Indiens au Canada. Comme les règlements administratifs pris par une bande indienne en vertu de l'article 83 de la *Loi sur les Indiens* constituent de la législation déléguée, il est raisonnable d'inférer que le pouvoir constitutionnel d'établir une distinction entre les Indiens et les non-Indiens en matière de taxation a été délégué aux conseils de bande indienne. Cependant, toute tentative d'un conseil de bande d'imposer la totalité du fardeau fiscal uniquement aux non-Indiens ne résisterait pas au moindre examen. Il existe des processus d'appel auxquels CP a accès, outre les tribunaux. De même, ce ne sont pas les autorités de la bande qui procèdent aux évaluations, mais la British Columbia Assessment Authority, qui relève du gouvernement provincial.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Acte amendant l'Acte des Sauvages*, S.C. 1887, ch. 33, art. 5.  
*Acte concernant le chemin de fer Canadien du Pacifique*, S.C. 1881, ch. 1, art. préambule, 5, annexe, art. 7, 9, 10, 11, 12, 14, 22, ann. A, art. 17, 18.

- An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province*, S.B.C. 1883, c. 14.
- An Act respecting the Canadian Pacific Railway*, S.C. 1881, c. 1, ss. Preamble, 5, Schedule, ss. 7, 9, 10, 11, 12, 14, 22, Sch. A, ss. 17, 18.
- An Act to amend "The Indian Act"*, S.C. 1887, c. 33, s. 5.
- An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1911, c. 14, s. 1.
- An Act to amend the Indian Act (designated lands)*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1.
- An Act to grant public lands on the Mainland to the Dominion in aid of the Canadian Pacific Railway, 1880*, S.B.C. 1880, c. 11.
- B.C. Order in Council 1036/1938.
- British Columbia Terms of Union*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 10, s. 11.
- Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, ss. 96, 185.
- 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. 15, 25.
- Canadian Pacific Railway Act, 1874 (The)*, S.C. 1874, c. 14.
- Consolidated Railway Act, 1879 (The)*, S.C. 1879, c. 9, ss. 2(2), 3, 7(3), (18).
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(24).
- Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81, ss. 46 (as am. by S.C. 1911, c. 14, s. 1), 48.
- Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 48, 50.
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) "designated lands" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1), "reserve" (as am. *idem*), 23, 28, 35, 37 (as am. *idem*, s. 2), 83 (as am. *idem*, s. 10), 87.
- Indian Act (The)*, R.S.C. 1886, c. 43, ss. 35, 38.
- Indian Act (The)*, S.C. 1951, c. 29, ss. 35, 37.
- Indian Act, 1880 (The)*, S.C. 1880, c. 28, ss. 31, 36.
- Indian Self Government Enabling Act*, S.B.C. 1990, c. 52, s. 11.
- Order in Council P.C. 1891-1653.
- Order in Council P.C. 1930-1116.
- Railway Act*, R.S.C. 1906, c. 37, ss. 4, 175.
- Railway Act*, R.S.C. 1927, c. 170, s. 189.
- Railway Act*, R.S.C. 1952, c. 234, ss. 192, 195.
- Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 130, 133.
- Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 134, 137.
- Railway Act (The)*, R.S.C. 1886, c. 109, s. 3.
- Railway Act (The)*, S.C. 1888, c. 29, ss. 5, 6, 99, 101, 103.
- Railway Act, 1903 (The)*, S.C. 1903, c. 58, ss. 5, 136.
- Railway Act, 1919, The*, S.C. 1919, c. 68, s. 192.
- Royal Proclamation, 1763 (The)*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1.
- Acte des chemins de fer*, S.C. 1888, ch. 29, art. 5, 6, 99, 101, 103.
- Acte des chemins de fer*, S.R.C. 1886, ch. 109, art. 3.
- Acte des chemins de fer, 1903*, S.C. 1903, ch. 58, art. 5, 136.
- Acte des Sauvages*, S.R.C. 1886, ch. 43, art. 35, 38.
- Acte du chemin de fer canadien du Pacifique. 1874*, S.C. 1874, ch. 14.
- Acte pour protéger les sauvages dans le Haut Canada, contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont jouissance, contre tous empiètements et dommages*, S.C. 1850, ch. 74, art. 4.
- Acte refondu des chemins de fer, 1879*, S.C. 1879, ch. 9, art. 2(2), 3, 7(3), (18).
- Acte relatif aux Sauvages, 1880*, S.C. 1880, ch. 28, art. 31, 36.
- An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province*, S.B.C. 1883, ch. 14.
- An Act to grant public lands on the Mainland to the Dominion in aid of the Canadian Pacific Railway, 1880*, S.B.C. 1880, ch. 11.
- B.C. Order in Council 1036/1938.
- 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. 15, 25.
- Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 10, art. 11.
- Décret C.P. 1891-1653.
- Décret C.P. 1930-1116.
- Décret en conseil sur la terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 9.
- Indian Self Government Enabling Act*, S.B.C. 1990, ch. 52, art. 11.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24).
- Loi des chemins de fer*, S.R.C. 1906, ch. 37, art. 4, 175.
- Loi des chemins de fer*, S.R.C. 1927, ch. 170, art. 189.
- Loi des chemins de fer, 1919*, S.C. 1919, ch. 68, art. 192.
- Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 48, 50.
- Loi modifiant la Loi des Sauvages*, S.C. 1911, ch. 14, art. 1.
- Loi modifiant la Loi sur les Indiens (terres désignées)*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1.
- Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81, art. 46 (mod. par S.C. 1911, ch. 14, art. 1), 48.
- Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 134, 137.
- Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1952, ch. 234, art. 192, 195.
- Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2, art. 130, 133.

*Rupert's Land and North-Western Territory Order*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 9.  
 Treaty No. 3 (1873).  
 Treaty No. 4 (1875).  
 Treaty No. 5 (1875).  
 Treaty No. 6 (1876).  
 Treaty No. 7 (1877).

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «terres désignées» (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1), «réserve» (mod., *idem*), 23, 28, 35, 37 (mod., *idem*, art. 2), 83 (mod., *idem*, art. 10), 87.  
*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 35, 37.  
*Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, art. 96, 185.  
*Proclamation royale (1763)*, L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 1.  
 Traité n<sup>o</sup> 3 (1873).  
 Traité n<sup>o</sup> 4 (1875).  
 Traité n<sup>o</sup> 5 (1875).  
 Traité n<sup>o</sup> 6 (1876).  
 Traité n<sup>o</sup> 7 (1877).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Vancouver, City of v. Canadian Pacific Ry. Co.* (1894), 23 S.C.R. 1; *Canadian Pacific Ry. Co. v. James Bay Ry. Co.* (1905), 36 S.C.R. 42; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; (1992), 90 D.L.R. (4th) 129; 41 C.C.E.L. 1; [1992] 3 C.N.L.R. 181; [1992] 1 C.T.C. 225; 92 DTC 6320; 136 N.R. 161; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657; (1997), 147 D.L.R. (4th) 385; [1997] 8 W.W.R. 332; 35 B.C.L.R. (3d) 218; 92 B.C.A.C. 161; [1997] 3 C.N.L.R. 282; 40 M.P.L.R. (2d) 131; 213 N.R. 290; 150 W.A.C. 161; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 368; (1985), 14 D.L.R. (4th) 161; 29 M.P.L.R. 220; 58 N.R. 339; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; (1993), 100 D.L.R. (4th) 167; 10 Admin. L.R. (2d) 196; 79 C.C.C. (3d) 142; 19 C.R. (4th) 329; 14 M.P.L.R. (2d) 35; 149 N.R. 161; 61 O.A.C. 161; *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128; [1982] 3 W.W.R. 554; 15 Sask. R. 37 (Sask. C.A.); *Re Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; 144 D.L.R. (3d) 21; 116 A.P.R. 201; 7 C.R.R. 46 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649; [1999] 1 C.N.L.R. 42; 228 N.R. 378 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1999] 1 S.C.R. x; *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3;

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Vancouver, City of v. Canadian Pacific Ry. Co.* (1894), 23 R.C.S. 1; *Canadian Pacific Ry. Co. v. James Bay Ry. Co.* (1905), 36 R.C.S. 42; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; (1992), 90 D.L.R. (4th) 129; 41 C.C.E.L. 1; [1992] 3 C.N.L.R. 181; [1992] 1 C.T.C. 225; 92 DTC 6320; 136 N.R. 161; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; (1997), 147 D.L.R. (4th) 385; [1997] 8 W.W.R. 332; 35 B.C.L.R. (3d) 218; 92 B.C.A.C. 161; [1997] 3 C.N.L.R. 282; 40 M.P.L.R. (2d) 131; 213 N.R. 290; 150 W.A.C. 161; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 368; (1985), 14 D.L.R. (4th) 161; 29 M.P.L.R. 220; 58 N.R. 339; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; (1993), 100 D.L.R. (4th) 167; 10 Admin. L.R. (2d) 196; 79 C.C.C. (3d) 142; 19 C.R. (4th) 329; 14 M.P.L.R. (2d) 35; 149 N.R. 161; 61 O.A.C. 161; *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al., Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128; [1982] 3 W.W.R. 554; 15 Sask. R. 37 (C.A. Sask.); *Re Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; 144 D.L.R. (3d) 21; 116 A.P.R. 201; 7 C.R.R. 46 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649; [1999] 1 C.N.L.R. 42; 228 N.R. 378 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1999] 1 R.C.S. x; *Kruger c. La Reine*,

(1985), 17 D.L.R. (4th) 591; [1985] 3 C.N.L.R. 15; 32 L.C.R. 65; 58 N.R. 241 (C.A.); *British Columbia (Assessor of Area #25—Northwest-Prince Rupert) v. N & V Johnson Services Ltd.* (1990), 73 D.L.R. (4th) 170; [1991] 1 W.W.R. 527; 49 B.C.L.R. (2d) 173; [1991] 1 C.N.L.R. 90; 1 M.P.L.R. (2d) 170 (C.A.); *Westbank Property Management Ltd. v. Assessor of Area #19—Kelowna*, [1993] 1 C.N.L.R. 176 (B.C.S.C.); *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333; [1979] 6 W.W.R. 84 (Sask. C.A.); *Re Stony Plain Indian Reserve No. 135 Development* (1981), 35 A.R. 412; 130 D.L.R. (3d) 636; [1982] 1 W.W.R. 302; [1982] 1 C.N.L.R. 133 (Alta. C.A.); *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; (1988), 52 D.L.R. (4th) 432; 32 Admin. L.R. 211; 10 C.H.R.R. D/5454; 87 N.R. 37; 17 Q.A.C. 241; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; (1994), 110 D.L.R. (4th) 1; [1994] 3 W.W.R. 609; 88 B.C.L.R. (2d) 145; 20 Admin. L.R. (2d) 202; 41 B.C.A.C. 81; 20 M.P.L.R. (2d) 1; 163 N.R. 81; 66 W.A.C. 81; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; (1990), 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22; 30 Q.A.C. 287; *Cook's Ferry Band (Members of) v. Cook's Ferry Band*, [1990] F.C.J. No. 546 (C.A.) (QL); *Re Stacey and Montour and The Queen* (1981), 63 C.C.C. (2d) 61; [1982] 3 C.N.L.R. 158 (Que. C.A.); *Thompson v. Fraser Companies Ltd.*, [1930] S.C.R. 109; (1929), 3 D.L.R. 778; *The King v. Bonhomme* (1917), 16 Ex. C.R. 437; 38 D.L.R. 647; affd (1918), 59 S.C.R. 679; 49 D.L.R. 690; *B.C. (A.G.) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156; 4 C.N.L.R. 3 (C.A.); *Opetchesah Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119; (1997), 147 D.L.R. (4th) 1; [1997] 7 W.W.R. 253; 90 B.C.A.C. 1; [1998] 1 C.N.L.R. 134; 211 N.R. 241; 9 R.P.R. (3d) 115; 147 W.A.C. 1; *Dugdale v. Dugdale* (1888), 38 Ch. D. 176; *In re Macleay* (1875) L.R. 20 Eq. 186; *Reese et al. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 794; (1957), 10 D.L.R. (2d) 479; *Hartley v. Matson* (1902), 32 S.C.R. 644; 2 M.C.C. 23; *St. Ann's Fishing Club v. The King*, [1950] S.C.R. 211; [1950] 2 D.L.R. 225; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* (1997), 145 D.L.R. (4th) 552; [1998] 2 C.N.L.R. 66 (B.C.S.C.); *Gitanmaax Indian Band v. British Columbia Hydro and Power Authority* (1991), 84 D.L.R. (4th) 562; [1992] 4 C.N.L.R. 28 (B.C.S.C.); *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. Reg.* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.); *C.P.R. v. A.G. for Saskatchewan*, [1951] S.C.R. 190; [1951] 1 D.L.R. 721; (1950), 67 C.R.T.C. 203; [1951] C.T.C. 26; *Halley, James J. v. Minister of National Revenue*, [1963] Ex. C.R. 372; [1963] C.T.C. 108; (1963), 63 DTC 1090; *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983),

[1986] 1 C.F. 3; (1985), 17 D.L.R. (4th) 591; [1985] 3 C.N.L.R. 15; 32 L.C.R. 65; 58 N.R. 241 (C.A.); *British Columbia (Assessor of Area #25—Northwest-Prince Rupert) v. N & V Johnson Services Ltd.* (1990), 73 D.L.R. (4th) 170; [1991] 1 W.W.R. 527; 49 B.C.L.R. (2d) 173; [1991] 1 C.N.L.R. 90; 1 M.P.L.R. (2d) 170 (C.A.); *Westbank Property Management Ltd. v. Assessor of Area #19—Kelowna*, [1993] 1 C.N.L.R. 176 (C.S.C.B.); *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333; [1979] 6 W.W.R. 84 (C.A. Sask.); *Re Stony Plain Indian Reserve No. 135 Development* (1981), 35 A.R. 412; 130 D.L.R. (3d) 636; [1982] 1 W.W.R. 302; [1982] 1 C.N.L.R. 133 (C.A. Alb.); *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; (1988), 52 D.L.R. (4th) 432; 32 Admin. L.R. 211; 10 C.H.R.R. D/5454; 87 N.R. 37; 17 C.A.Q. 241; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; (1994), 110 D.L.R. (4th) 1; [1994] 3 W.W.R. 609; 88 B.C.L.R. (2d) 145; 20 Admin. L.R. (2d) 202; 41 B.C.A.C. 81; 20 M.P.L.R. (2d) 1; 163 N.R. 81; 66 W.A.C. 81; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; (1990), 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225; [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22; 30 Q.A.C. 287; *Bande de Cook's Ferry (Membres de la) c. Bande de Cook's Ferry*, [1990] F.C.J. n° 546 (C.A.) (QL); *Re Stacey and Montour and The Queen* (1981), 63 C.C.C. (2d) 61; [1982] 3 C.N.L.R. 158 (C.A. Qué.); *Thompson v. Fraser Companies Ltd.*, [1930] R.C.S. 109; (1929), 3 D.L.R. 778; *The King v. Bonhomme* (1917), 16 R.C.É. 437; 38 D.L.R. 647; conf. par (1918), 59 R.C.S. 679; 49 D.L.R. 690; *B.C. (A.G.) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156; 4 C.N.L.R. 3 (C.A.); *Bande indienne des Opetchesah c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119; (1997), 147 D.L.R. (4th) 1; [1997] 7 W.W.R. 253; 90 B.C.A.C. 1; [1998] 1 C.N.L.R. 134; 211 N.R. 241; 9 R.P.R. (3d) 115; 147 W.A.C. 1; *Dugdale v. Dugdale* (1888), 38 Ch. D. 176; *In re Macleay* (1875) L.R. 20 Eq. 186; *Reese et al. v. The Queen*, [1957] R.C.S. 794; (1957), 10 D.L.R. (2d) 479; *Hartley v. Matson* (1902), 32 R.C.S. 644; 2 M.C.C. 23; *St. Ann's Fishing Club v. The King*, [1950] R.C.S. 211; [1950] 2 D.L.R. 225; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* (1997), 145 D.L.R. (4th) 552; [1998] 2 C.N.L.R. 66 (C.S.C.-B.); *Gitanmaax Indian Band v. British Columbia Hydro and Power Authority* (1991), 84 D.L.R. (4th) 562; [1992] 4 C.N.L.R. 28 (C.S.C.-B.); *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. Reg.* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.); *C.P.R. v. A.G. for Saskatchewan*, [1951] R.C.S. 190; [1951] 1 D.L.R. 721; (1950), 67 C.R.T.C. 203; [1951] C.T.C. 26; *Halley, James J. v. Minister of National Revenue*, [1963] R.C.É. 372; [1963] C.T.C. 108; (1963), 63 DTC 1090; *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55

144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; (1988), 91 N.B.R. (2d) 43; 53 D.L.R. (4th) 487; 232 A.P.R. 43; [1989] 1 C.N.L.R. 47; 89 N.R. 325; 1 R.P.R. (2d) 105; *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; (1973), 34 D.L.R. (3d) 145; [1973] 4 W.W.R. 1; *Delgamuukw v. British Columbia* (1991), 79 D.L.R. (4th) 185; [1991] 33 W.W.R. 97 (B.C.S.C.); varied (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; [1993] 5 W.W.R. 97; 30 B.C.A.C. 1; [1993] 5 C.N.L.R. 1; 49 W.A.C. 1 (B.C.C.A.); revd in part [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; 220 N.R. 161; 162 W.A.C. 161; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America et al.*, [1980] 1 S.C.R. 1031; (1979), 102 D.L.R. (3d) 385; 80 CLLC 14,006; [1979] 4 C.N.L.R. 21; 30 N.R. 421; *Western Industrial Contractors Ltd. v. Sarcee Development Ltd.* (1979), 15 A.R. 309; 98 D.L.R. (3d) 424; [1979] 3 W.W.R. 631 (C.A.); *Sabattis v. Oromocto Indian Band* (1986), 76 N.B.R. (2d) 227; 32 D.L.R. (4th) 680; 21 Admin. L.R. 294; 192 A.P.R. 227; [1987] 3 C.N.L.R. 99; 14 C.P.C. (2d) 46 (C.A.); *Chadee v. Norway House First Nation* (1996), 113 Man. R. (2d) 110; 139 D.L.R. (4th) 589; [1996] 10 W.W.R. 335; 43 Admin. L.R. (2d) 92; 23 C.C.E.L. (2d) 1; [1997] 2 C.N.L.R. 48; 131 W.A.C. 110 (C.A.); *Deer v. Mohawk Council of Kahnawake*, [1991] 2 F.C. 18; (1990), 41 F.T.R. 306 (T.D.); *Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1994] 1 F.C. 394; (1993), 107 D.L.R. (4th) 582; [1994] 1 C.N.L.R. 71; 18 C.R.R. (2d) 354; 67 F.T.R. 81 (T.D.); *Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 232; [1997] 1 C.N.L.R. 1; 116 F.T.R. 37 (F.C.T.D.); *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Harel v. Dep. M. Rev. of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851; (1977), 80 D.L.R. (3d) 556; [1977] CTC 441; 77 DTC 5438; 18 N.R. 91; *McClanahan v. Arizona State Tax Comm'n*, 411 U.S. 164 (1973); *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976); *Re Leonard and The Queen in right of British Columbia* (1984), 11 D.L.R. (4th) 226; [1984] 4 W.W.R. 37; 52 B.C.L.R. 389; [1984] 4 C.N.L.R. 21 (B.C.C.A.).

N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; (1988), 91 N.B.R. (2d) 43; 53 D.L.R. (4th) 487; 232 A.P.R. 43; [1989] 1 C.N.L.R. 47; 89 N.R. 325; 1 R.P.R. (2d) 105; *Calder et autres c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; (1973), 34 D.L.R. (3d) 145; [1973] 4 W.W.R. 1; *Delgamuukw v. British Columbia* (1991), 79 D.L.R. (4th) 185; [1991] 33 W.W.R. 97 (C.S.C.-B.); mod. par (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; [1993] 5 W.W.R. 97; 30 B.C.A.C. 1; [1993] 5 C.N.L.R. 1; 49 W.A.C. 1 (C.A.C.-B.); inf. en partie par [1997] 3 R.C.S. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; 220 N.R. 161; 162 W.A.C. 161; *Four B Manufacturing Ltd. c. Les Travailleurs unis du vêtement d'Amérique et al.*, [1980] 1 R.C.S. 1031; (1979), 102 D.L.R. (3d) 385; 80 CLLC 14,006; [1979] 4 C.N.L.R. 21; 30 N.R. 421; *Western Industrial Contractors Ltd. v. Sarcee Development Ltd.* (1979), 15 A.R. 309; 98 D.L.R. (3d) 424; [1979] 3 W.W.R. 631 (C.A.); *Sabattis v. Oromocto Indian Band* (1986), 76 N.B.R. (2d) 227; 32 D.L.R. (4th) 680; 21 Admin. L.R. 294; 192 A.P.R. 227; [1987] 3 C.N.L.R. 99; 14 C.P.C. (2d) 46 (C.A.); *Chadee v. Norway House First Nation* (1996), 113 Man. R. (2d) 110; 139 D.L.R. (4th) 589; [1996] 10 W.W.R. 335; 43 Admin. L.R. (2d) 92; 23 C.C.E.L. (2d) 1; [1997] 2 C.N.L.R. 48; 131 W.A.C. 110 (C.A.); *Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake*, [1991] 2 C.F. 18; (1990), 41 F.T.R. 306 (1<sup>re</sup> inst.); *Bande indienne de Batchewana (Membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1994] 1 C.F. 394; (1993), 107 D.L.R. (4th) 582; [1994] 1 C.N.L.R. 71; 18 C.R.R. (2d) 354; 67 F.T.R. 81 (1<sup>re</sup> inst.); *Première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 232; [1997] 1 C.N.L.R. 1; 116 F.T.R. 37 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851; (1977), 80 D.L.R. (3d) 556; [1977] CTC 441; 77 DTC 5438; 18 N.R. 91; *McClanahan v. Arizona State Tax Comm'n*, 411 U.S. 164 (1973); *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976); *Re Leonard and The Queen in right of British Columbia* (1984), 11 D.L.R. (4th) 226; [1984] 4 W.W.R. 37; 52 B.C.L.R. 389; [1984] 4 C.N.L.R. 21 (C.A.C.-B.).

## AUTHORS CITED

Bartlett, Richard H. *Indians and Taxation in Canada*, 3rd ed. Saskatoon: Native Law Centre, 1992.

## DOCTRINE

Bartlett, Richard H. *Indians and Taxation in Canada*, 3rd ed. Saskatoon: Native Law Centre, 1992.

- Burn, E. H. *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15th ed. London: Butterworths, 1994.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Vol. 2 "Restructuring the Relationship". Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1996.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1991.
- Davies, Virginia L. "The Use of Inter Vivos Trusts to Preserve Treaty Entitlements" in *Report of Proceedings of the Forty-Fifth Tax Conference*, Toronto: Canadian Tax Foundation, 1993.
- Dempsey, Hugh A. *Treaty Research Report: Treaty Seven*. Ottawa: Treaties and Historical Research Centre, 1987.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Fourth Student Edition. Toronto: Carswell, 1996.
- Isaac, Thomas F. *Aboriginal Law: Cases, Materials and Commentary*, 2nd ed. Saskatoon: Purich Publications, 1999.
- La Forest, Gerard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.
- Megarry, Sir Robert and M. P. Thompson, eds. *Megarry's Manual of the Law of Real Property*, 7th ed. London: Sweet & Maxwell, 1993.
- Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Smith, Donald Myles. *Title to Indian Reserves in British Columbia*. Vancouver, Faculty of Law, University of British Columbia, 1988.
- Tennant, Paul. *Aboriginal Peoples and Politics: The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989*. Vancouver: University of British Columbia Press, 1990.

APPEAL from a Trial Division decision (*Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1996] 3 F.C. 373; 134 D.L.R. (4th) 555; [1997] 2 C.N.L.R. 16; 11 F.T.R. 161 (T.D.)) setting aside the assessment notices taxing the property of the respondents. Appeal dismissed.

A-480-96  
A-386-96  
A-479-96

APPEARANCES:

Gary S. Snarch and Fiona C. M. Anderson for appellant.  
J. Edward Gouge, Q.C. for respondent.

- Burn, E. H. *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15th ed. London: Butterworths, 1994.
- Canada. Commission royale sur les Peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones*, Vol. 2 «Une relation à redéfinir». Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1996.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1991.
- Davies, Virginia L. "The Use of Inter Vivos Trusts to Preserve Treaty Entitlements" in *Report of Proceedings of the Forty-Fifth Tax Conference*, Toronto: Association canadienne d'études fiscales, 1993.
- Dempsey, Hugh A. *Rapport de recherche: Traité n° sept*. Ottawa: Centre de la recherche historique et d'étude des traités, 1987.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Fourth Student Edition. Toronto: Carswell, 1996.
- Isaac, Thomas F. *Aboriginal Law: Cases, Materials and Commentary*, 2nd ed. Saskatoon: Purich Publications, 1999.
- La Forest, Gerard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.
- Megarry, Sir Robert and M. P. Thompson, eds. *Megarry's Manual of the Law of Real Property*, 7th ed. London: Sweet & Maxwell, 1993.
- Pigeon, Louis-Philippe. *Rédaction et interprétation des lois*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Smith, Donald Myles. *Title to Indian Reserves in British Columbia*. Vancouver: Faculty of Law, University of British Columbia, 1988.
- Tennant, Paul. *Aboriginal Peoples and Politics: The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989*. Vancouver: University of British Columbia Press, 1990.

APPEL d'une décision de la Section de première instance (*Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1996] 3 C.F. 373; 134 D.L.R. (4th) 555; [1997] 2 C.N.L.R. 16; 11 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.)) annulant les avis d'évaluation imposant des taxes sur les biens des intimées. Appel rejeté.

A-480-96  
A-386-96  
A-479-96

ONT COMPARU:

Gary S. Snarch et Fiona C. M. Anderson pour l'appellant.  
J. Edward Gouge, c.r. pour l'intimée.

*Arthur M. Grant* for intervener, the Little Shuswap Indian Band.

*Leslie J. Pinder* and *Clarine Ostrove* for interveners Chief Clarence T. Jules and the Indian Taxation Advisory Board.

SOLICITORS OF RECORD:

*Snarch & Allen*, Vancouver, for appellant.

*Lawson Lundell Lawson & McIntosh*, Vancouver, for respondent.

*Grant, Kovacs, Norell*, Vancouver, for intervener, the Little Shuswap Indian Band.

*Mandell Pinder*, Vancouver, for interveners, Chief Clarence T. Jules and the Indian Taxation Advisory Board.

A-403-96

APPEARANCES:

*Leslie J. Pinder* and *Clarine Ostrove* for appellant and interveners, Chief Clarence T. Jules and Indian Taxation Advisory Board. .

*J. Edward Gouge, Q.C.* for respondent.

*Arthur M. Grant* for intervener, the Little Shuswap Indian Band.

SOLICITORS OF RECORD:

*Mandell Pinder*, Vancouver, for appellant and interveners, Chief Clarence T. Jules and the Indian Taxation Advisory Board.

*Lawson Lundell Lawson & McIntosh*, Vancouver, for respondent.

*Grant, Kovacs, Norell*, Vancouver, for intervener, the Little Shuswap Indian Band.

A-389-96

APPEARANCES:

*Arthur Pape* for appellant.

*J. Edward Gouge, Q.C.* and *W. A. Scott Macfarlane* for respondent.

*Arthur M. Grant* for intervener, the Little Shuswap Indian Band.

*Leslie J. Pinder* and *Clarine Ostrove* for interveners Chief Clarence T. Jules and the Indian Taxation Advisory Board.

*Arthur M. Grant* pour l'intervenante, la Bande indienne de Little Shuswap.

*Leslie J. Pinder* et *Clarine Ostrove* pour les intervenants, le chef Clarence T. Jules et la Commission consultative de la fiscalité indienne.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Snarch & Allen*, Vancouver, pour l'appellant.

*Lawson Lundell Lawson & McIntosh*, Vancouver, pour l'intimée.

*Grant, Kovacs, Norell*, Vancouver, pour l'intervenante, la Bande indienne de Little Shuswap.

*Mandell Pinder*, Vancouver, pour les intervenants, le chef Clarence T. Jules et la Commission consultative de la fiscalité indienne.

A-403-96

ONT COMPARU:

*Leslie J. Pinder* et *Clarine Ostrove* pour l'appellant et les intervenants, le chef Clarence T. Jules et la Commission consultative de la fiscalité indienne.

*J. Edward Gouge, c.r.*, pour l'intimée.

*Arthur M. Grant* pour l'intervenante, la Bande indienne de Little Shuswap.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Mandell Pinder*, Vancouver, pour l'appellant et les intervenants, le chef Clarence T. Jules et la Commission consultative de la fiscalité indienne.

*Lawson Lundell Lawson & McIntosh*, Vancouver, pour l'intimée.

*Grant, Kovacs, Norell*, Vancouver, pour l'intervenante, la Bande indienne de Little Shuswap.

A-389-96

ONT COMPARU:

*Arthur Pape* pour l'appellant.

*J. Edward Gouge, c.r.* et *W. A. Scott Macfarlane* pour l'intimée.

*Arthur M. Grant* pour l'intervenante, la Bande indienne de Little Shuswap.

*Leslie J. Pinder* et *Clarine Ostrove* pour les intervenants, le chef Clarence T. Jules et la Commission consultative de la fiscalité indienne.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Pape & Salter*, Vancouver, for appellant.  
*Lawson Lundell Lawson & McIntosh*, Vancouver,  
 for respondent.  
*Grant, Kovacs, Norell*, Vancouver, for intervener,  
 the Little Shuswap Indian Band.  
*Mandell Pinder*, Vancouver, for interveners, Chief  
 Clarence T. Jules and the Indian Taxation Advisory  
 Board.

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

[1] MARCEAU J.A.: I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared by my brother, Robertson J.A., for disposition of these five related appeals brought against a single decision of the Trial Division [[1996] 3 F.C. 373]. By judicial review applications, Canadian Pacific Limited (CP or the respondent), joined by Unitel Communications Inc. in one of the files, attacked the notices of assessment that each appellant band council had issued against it (or them in one case) pursuant to new taxation by-laws made under section 83 of the *Indian Act*.<sup>1</sup> Two issues were raised in the litigation and were disposed of by the impugned decision. On the first and main issue, my brother is of the view that the learned Motions Judge erred in finding that the notices of assessment were invalid on the basis that the rights-of-way traversing the reserves were held by CP in fee simple determinable and therefore were not lands within the reserves on which the bands had jurisdiction. On the second alternative issue, my brother again takes the view that the learned Motions Judge erred in concluding that the by-laws were invalid because they were discriminatory in that only the property interests of non-Indians situate in the reserves were made subject to taxation. While I share my brother's position on the second issue, I must respectfully express my disagreement on the main one. The two issues being completely distinct, they can only be addressed separately.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Pape & Salter*, Vancouver, pour l'appellant.  
*Lawson Lundell Lawson & McIntosh*, Vancouver,  
 pour l'intimé.  
*Grant, Kovacs, Norell*, Vancouver, pour l'intervenante,  
 la Bande indienne de Little Shuswap.  
*Mandell Pinder*, Vancouver, pour les intervenants,  
 le chef Clarence T. Jules et la Commission consultative  
 de la fiscalité indienne.

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

[1] LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de lire les motifs du jugement rédigés par mon collègue le juge Robertson relativement aux cinq appels reliés interjetés contre une même décision de la Section de première instance [[1996] 3 C.F. 373]. Canadien Pacifique Limitée (CP ou l'intimée), à laquelle s'est jointe Unitel Communications Inc. dans l'un des dossiers, a introduit des demandes de contrôle judiciaire pour contester les avis d'évaluation que chaque conseil de bande appellant lui avait délivrés (ainsi qu'à Unitel, dans un cas) en vertu de nouveaux règlements administratifs imposant des taxes pris en application de l'article 83 de la *Loi sur les Indiens*<sup>1</sup>. Deux questions ont été soulevées dans l'instance et tranchées par la décision contestée. En ce qui a trait à la première question, qui est aussi la question principale, mon collègue est d'avis que le juge responsable des requêtes a commis une erreur en concluant que les avis de cotisation étaient invalides parce que CP détenait un fief simple éteignable sur ses droits de passage traversant les réserves et que ces droits de passage n'étaient donc pas des terres situées dans la réserve à l'égard desquelles les bandes avaient compétence. En ce qui concerne la deuxième question, subsidiaire, mon collègue estime aussi que le juge responsable des requêtes a commis une erreur en concluant que les règlements administratifs étaient invalides parce qu'ils étaient discriminatoires du fait que seuls les droits des non-Indiens sur des immeubles situés dans la réserve étaient assujettis à la taxation. Bien que je partage l'opinion de mon collègue sur la deuxième question, je dois exprimer mon désaccord avec lui sur la question principale. Ces deux questions étant totalement distinctes, elles doivent être examinées séparément.

## I

The Title Issue: Fee Simple  
Title or Mere Easement

[2] The first issue requires essentially a determination of the nature of CP's title to the lands comprised in its rights-of-way traversing the various reserves. If those lands are owned by CP in fee simple, they are no longer lands vested in Her Majesty and set apart for the use and benefit of the Indians. They are thus not part of the reserves and therefore not subject to the bands' tax-levying powers. But if they are not so owned by CP, they cannot be considered as having been taken out of the reserves and would be taxable. In fact, an argument was made that it might not be necessarily so, since a lesser title than fee simple absolute could possibly leave the Crown with a vested interest but one such that the lands could no longer be seen as being for the use and benefit of the Indians. The argument was not seriously maintained, however, as it met the serious difficulty of coping with the definition given to "reserve" and "designated lands" in the Act as it now stands.<sup>2</sup> My colleague deals with the argument in relation to the finding of the Motions Judge that CP's title was determinable fee simple and not fee simple absolute. In fact, in view of my colleague's conclusion as well as mine, the argument has no bearing and it need not be analysed further. This is why, in my heading, I limit the issue of title to a choice between fee simple and easement.

[3] With respect to this first issue, I am satisfied with the review made by my colleague of the facts to be considered, the nature of the litigation and the content of the decision below. As my colleague notes, the Motions Judge's reasons dealt at the same time with the interests of Canadian National Railway and of Canadian Pacific, whose respective applications to the same effect against the same band councils had been joined, with the result that his reasoning does not directly address the respondent's case as opposed to Canadian National's one. Now that Canadian

## I

La question du titre: titre en fief simple  
ou simple servitude

[2] Pour trancher la première question, il faut essentiellement déterminer la nature du titre de CP sur les terres de ses droits de passage qui traversent les différentes réserves. Si ces terres appartiennent à CP en fief simple, elles ne sont plus des terres dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mises de côté à l'usage et au profit des Indiens. Elles ne font donc plus partie des réserves et ne sont pas assujetties aux pouvoirs de taxation des bandes. Par contre, si CP n'en est pas propriétaire en fief simple, elles ne peuvent être considérées comme ayant été exclues des réserves et elles sont taxables. En fait, un argument a été avancé selon lequel il n'en est pas nécessairement ainsi, c'est-à-dire qu'un titre moindre que le fief simple absolu pourrait laisser, à la Couronne, un droit de propriété dont la nature ne permettrait plus de considérer les terres comme destinées à l'usage et au profit des Indiens. Cet argument n'a toutefois pas été plaidé sérieusement, car il comportait de grandes difficultés, ne correspondant pas à la définition des termes «réserve» et «terres désignées» qui figure actuellement dans la Loi<sup>2</sup>. Mon collègue examine l'argument relatif à la conclusion du juge responsable des requêtes selon laquelle le titre de CP était un fief simple éteignable et non un fief simple absolu. En fait, compte tenu de la conclusion de mon collègue et de la mienne, cet argument n'a aucune incidence sur les appels et il n'est pas nécessaire de l'étudier plus à fond. C'est pourquoi, en rubrique, j'ai limité la question du titre au choix entre le fief simple et la servitude.

[3] Pour ce qui est de la première question, je suis satisfait de l'exposé des faits pertinents, de la nature du litige et du contenu de la décision du tribunal d'instance inférieure rédigé par mon collègue. Comme il le souligne, les motifs du juge responsable des requêtes portent à la fois sur les droits de la Compagnie des chemins de fer nationaux et sur ceux de Canadian Pacific, dont les demandes respectives introduites dans le même but contre les mêmes conseils de bande ont été réunies, de sorte que ses motifs ne visent pas directement les prétentions de l'intimée

National's case has been separately submitted and disposed of by this Court,<sup>3</sup> the focus is more exclusive. Incidentally, I agree that the decision of this Court in favour of Canadian National does not impact directly on CP's case, but note that there may be findings there, for example that the expression "right-of-way" in the various instruments of title did not denote an easement,<sup>4</sup> that could have some bearing.

[4] I do not believe, anymore than my brother, that it can reasonably be disputed that the title conveyed to CP by Canada in each of the 15 conveyances at issue was on its face fee simple absolute. One of the appellants, the Matsqui Indian Band, suggested that some ambiguity arises with respect to the specific letters patent affecting their reserve if the Order in Council authorizing its issuance is considered simultaneously. My colleague deals with that suggestion and I leave it at that. As such, in both his and my estimation, the sole real issue is whether the Crown had authority to convey, as it had openly done within all the individual letters patent and grants, a fee simple title.

[5] The thrust of the appellants' argument, as explained by my colleague, is that under the *Indian Act* and the *Railway Act*<sup>5</sup> in force at the time of each conveyance, the federal government lacked the authority to effect a conveyance of fee simple title, its authority being limited to the granting of an easement. Any other grant was *ultra vires*. The purport of the letters patent should therefore be read down accordingly. I am prepared to concede that, if the letters patent were issued on the authority of the *Railway Act* or subject to the provisions of the *Indian Act*, such an argument would no doubt be quite serious. The statutory prohibition against alienation of lands vested in the Crown found in section 99 of *The Railway Act* and the limitations imposed on disposition of reserve lands by the *Indian Act* would render quite problem-

par opposition à celles de la Compagnie des chemins de fer nationaux. La cause de la Compagnie des chemins de fer nationaux ayant été examinée et tranchée séparément par la Cour<sup>3</sup>, les présents appels sont axés davantage sur la situation propre de l'intimée. Je suis d'accord pour dire que la décision rendue par la Cour en faveur de la Compagnie des chemins de fer nationaux n'a pas d'incidence directe sur la cause de CP, mais je tiens à souligner qu'un certain poids pourrait peut-être être accordé à des conclusions qui y sont formulées, comme celle portant que l'expression «droit de passage» dans les différents titres de propriété ne révèle pas l'existence d'une servitude<sup>4</sup>.

[4] À l'instar de mon collègue, je ne crois pas qu'on puisse contester raisonnablement que le titre transféré à CP par le Canada dans chacun des 15 actes de transfert en cause avait l'apparence d'un fief simple absolu. L'un des appelants, la bande indienne de Matsqui, a allégué que les lettres patentes particulières visant sa réserve sont ambiguës, dans une certaine mesure, lorsqu'on les examine conjointement avec le décret qui en autorise la délivrance. Mon collègue traite de cette allégation et je n'ai rien à ajouter. De son point de vue comme du mien, il ne reste donc véritablement qu'une seule question à trancher, soit celle de savoir si la Couronne avait le pouvoir de transférer un titre en fief simple, comme elle l'a fait en apparence dans toutes les lettres patentes et les concessions.

[5] Comme l'a expliqué mon collègue, l'idée maîtresse de l'argumentation des appelants est que le gouvernement fédéral n'avait pas le pouvoir de transférer un titre en fief simple en vertu ni de la législation sur les Indiens, ni de la législation sur les chemins de fer<sup>5</sup> en vigueur à l'époque de chaque transfert, car son pouvoir se limitait à la concession d'une servitude. Toute autre concession outrepassait sa compétence. Il faut donc interpréter les lettres patentes en restreignant leur portée en conséquence. Je suis prêt à admettre que cet argument aurait un poids certain, si les lettres patentes avaient été délivrées sous le régime de la législation sur les chemins de fer ou sous réserve des dispositions de la législation sur les Indiens. L'interdiction légale d'aliéner les terres appartenant à la Couronne édictée par l'article 99 de l'*Acte des*

atic the possibility of a fee simple conveyance. In the absence of an overriding source of authority, the Crown would have probably exceeded its authority.<sup>6</sup>

[6] But none of the conveyances were effected under *The Railway Act* and in only one of the letters patent, the last one in 1968, is there a specific reference to the *Indian Act*. This opens the way to the respondent's position.

[7] The respondent's position is precisely that such an overriding authority to issue the several letters patent as they were actually issued existed, negating the provisions of the *Indian Act* or the *Railway Act* which could have limited the ability of the Crown to grant reserve land in fee simple. That authority, which is expressly referred to in many of the letters patent, was *An Act respecting the Canadian Pacific Railway of 1881* (the CPR Act),<sup>7</sup> an act which was adopted to give effect to the contract negotiated by the government with the promoters of what was to become the Canadian Pacific Railway.

[8] Mr. Justice Robertson rejects CP's submissions and, as a result, is led to adopt substantially the appellants' position based on the *ultra vires* doctrine. In essence, my colleague does not accept that the CPR Act, or the contract annexed thereto and made formally part thereof, expresses a sufficiently clear intention on the part of Parliament to provide for conveyances in fee simple of all the lands that could be required for the railway. Analysing the four provisions relied on by the respondent in support of its submissions, he concludes that section 5 of the CPR Act and article 7 of the contract are too ambiguous to be taken as contemplating the extraordinary effect of extinguishing the Aboriginal interest in the lands, and articles 10 and 12 of the contract do not apply to the lands involved in the western segment of the railway, the only part of the railway with which we are concerned.

*chemins de fer* et les limites à l'aliénation des terres de réserve fixées par la législation sur les Indiens poseraient des problèmes réels pour ce qui est de la possibilité de transférer un titre en fief simple. En l'absence d'une disposition prépondérante attributive de compétence, la Couronne aurait probablement outrepassé ses pouvoirs<sup>6</sup>.

[6] Or, aucun des transferts n'a été effectué sous le régime de la *Loi sur les chemins de fer* et seules les dernières lettres patentes, datant de 1968, mentionnent expressément la *Loi sur les Indiens*. C'est ce qui ouvre la voie à la thèse de l'intimée.

[7] La thèse de l'intimée porte précisément qu'une telle disposition prépondérante, autorisant la délivrance des nombreuses lettres patentes qui ont effectivement été délivrées, existait et neutralisait les dispositions de la législation sur les Indiens ou de la législation sur les chemins de fer qui auraient pu limiter la capacité de la Couronne de concéder les terres de réserve en fief simple. Cette source de compétence, expressément mentionnée dans beaucoup de lettres patentes, était l'*Acte concernant le chemin de fer Canadien du Pacifique* de 1881 (la Loi du CP)<sup>7</sup>, une loi édictée afin de mettre en œuvre le contrat négocié par le gouvernement avec les promoteurs de ce qui allait devenir le chemin de fer Canadien Pacifique.

[8] M. le juge Robertson rejette les prétentions de CP, ce qui l'amène à retenir pour l'essentiel la thèse des appelants, qui est fondée sur la doctrine de l'*ultra vires*. Essentiellement, mon collègue ne croit pas que la Loi du CP, ni le contrat qui y est annexé et en fait officiellement partie, n'expriment une intention suffisamment claire de la part du gouvernement pour prévoir les transferts en fief simple de toutes les terres qui pourraient être nécessaires pour les besoins du chemin de fer. Après avoir analysé les quatre dispositions invoquées par l'intimée à l'appui de ses prétentions, il conclut que l'article 5 de la Loi du CP et la clause 7 du contrat sont trop ambigus pour être considérés comme produisant un effet extraordinaire, savoir l'extinction du droit ancestral sur les terres, et que les clauses 10 et 12 du contrat ne s'appliquent pas aux terres touchées par la section de l'ouest du chemin de fer, soit la seule qui nous préoccupe.

[9] As my understanding of the CPR Act and my analysis of the four provisions referred to differ from that of my colleague, I must respectfully support a conclusion opposite to his.

[10] Let me introduce my analysis of those provisions by three comments, two of general interest and one of more direct and immediate consequence to my reasoning.

[11] My first comment is simple enough. It is perhaps more important with respect to the CPR Act than with most other pieces of legislation that one come to it bearing in mind the very special historical circumstances in which it came into being. My colleague, in his reasons, is clear enough in this respect and I need not go into it in detail. It will not be useless, nevertheless, to refer again to the preamble to the CPR Act which speaks: of the commitment taken by the federal government in the Act of Union bringing the colony of British Columbia into Canada [*British Columbia Terms of Union*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 10] to construct a railway that would connect the seaboard of the new province with the railway system of the rest of the country; of the failure of the government to satisfy its obligation within the time frame of ten years that had been contemplated; of the perceived necessity to do all that was required to complete what had been commenced; and finally, of the direct involvement of the good faith and the honour of the Government in finding, at last, a viable solution. That a piece of legislation passed under such circumstances was meant to produce extraordinary effects should surprise no one. In delivering judgment in the *Vancouver, (City of) v. Canadian Pacific Ry. Co.*,<sup>8</sup> the Supreme Court was quite clear to that effect:

The object of . . . [*An Act Respecting the Canadian Pacific Railway Act*] plainly was . . . to give to the company incorporated for the construction of this great public national work extending over the continent . . . much greater powers and privileges than were given to the railway companies of purely commercial character constructed under the provisions of the Railway Act of 1879 . . .

And again, in *Canadian Pacific Ry. Co. v. James Bay Ry. Co.*,<sup>9</sup> Girouard J., after noting the failure of earlier

[9] Étant donné que ma perception de la Loi du CP et mon analyse de ces quatre dispositions diffèrent de celles de mon collègue, je dois tirer une conclusion contraire à la sienne.

[10] En guise d'introduction à mon analyse de ces dispositions, je ferai trois remarques, dont deux d'intérêt général et une autre qui a une incidence plus directe et plus immédiate sur mon raisonnement.

[11] Ma première remarque est assez simple. Il est important d'aborder la Loi du CP, peut-être plus que toute autre loi, en gardant à l'esprit les circonstances historiques très spéciales dans lesquelles elle a pris naissance. Les motifs de mon collègue sur ce point sont assez clairs, et il n'est pas nécessaire que j'en traite en détail. Il est toutefois utile de mentionner à nouveau le préambule de la Loi du CP, qui fait état: de l'obligation imposée au gouvernement fédéral par l'Acte d'union intégrant la colonie de la Colombie-Britannique au Canada [*Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 10] de construire un chemin de fer reliant le littoral de la nouvelle province au réseau des chemins de fer du reste du pays; de l'inexécution par le gouvernement de son obligation dans le délai prévu de dix ans; de la nécessité de prendre toutes les mesures requises pour terminer ce qui avait été commencé; et, enfin, du fait que la mise en oeuvre d'une solution viable, après tout ce temps, mettait en jeu la bonne foi et l'honneur du gouvernement. Personne ne devrait s'étonner qu'on ait voulu qu'une loi édictée en pareilles circonstances produise des effets extraordinaires. Dans l'arrêt *Vancouver, (City of) v. Canadian Pacific Ry. Co.*,<sup>8</sup> la Cour suprême du Canada s'est exprimée très clairement sur ce point:

[TRADUCTION] L'objet de [. . .] [*l'Acte concernant le chemin de fer Canadien du Pacifique*] consistait nettement [. . .] à conférer à la compagnie constituée aux fins de ce grand ouvrage public national s'étendant sur tout le continent . . . des pouvoirs et privilèges supérieurs à ceux conférés aux compagnies de chemin de fer de nature purement commerciale constituées sous le régime de l'Acte des chemins de fer, 1879 [. . .]

De plus, dans l'arrêt *Canadian Pacific Ry. Co. v. James Bay Ry. Co.*,<sup>9</sup> le juge Girouard a écrit, après

legislation and other efforts to meet the obligation imposed by the Terms of Union, wrote:

As it may easily be understood from the past experience more extensive and, in fact, unprecedented powers were demanded and obtained. To do so the whole policy of the country, as expressed in the Railway Act of 1879, had to be set aside and a new and exceptional one adopted.

[12] My second comment is more involved. It could be more satisfactory if we were better informed as to all the facts that surrounded and followed the enactment of the CPR Act and the contract it was giving effect to. Although we know that lands along the so-called "railway belt" were granted by the province to the Dominion government by the terms of *An Act to grant public lands on the Mainland to the Dominion in aid of the Canadian Pacific Railway, 1880*,<sup>10</sup> which was modified, following further Provincial-Dominion consultations, by *An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province*,<sup>11</sup> we are in the dark as to when and how the reserves between Kamloops and Moody Bay were created.

[13] Counsel for both sides during the course of the hearing maintained that the reserves were created in the latter years of the 1870's, just prior to the enactment of the CPR Act and the granting of the railway belt to the Dominion government. And, in fact, such dates would appear to conform with work of the joint Provincial-Dominion Indian Reserve Commission for British Columbia established by reciprocal Orders in Council in 1876. However, the status of the reserves delineated by the Commission remained unclear due to the failure of the provincial government in Victoria to approve and gazette reserve allotments.<sup>12</sup> As a result, it was not until many years later that the existence of those reserves was "confirmed".

[14] A certain degree of ambiguity also would seem to exist with respect to events surrounding the conveyance of lands to Canadian Pacific. Why did these conveyances take place years, if not decades, after the

avoir souligné que la loi antérieure et les autres efforts déployés n'avaient pas mené à l'accomplissement de l'obligation imposée par les Conditions de l'adhésion:

[TRADUCTION] À la lumière de l'expérience passée, on peut facilement comprendre que des pouvoirs plus étendus, et en fait sans précédent, aient été demandés et accordés. Pour y parvenir, il a fallu mettre de côté l'ensemble de la politique du pays, exprimée dans l'Acte des chemins de fer, 1879, et adopter une nouvelle politique exceptionnelle.

[12] Ma deuxième remarque est plus complexe. Il serait préférable que nous soyons mieux informés de tous les faits qui ont entouré et suivi l'adoption de la Loi du CP et la conclusion du contrat qu'elle a mis en œuvre. Si nous savons que les terres situées le long de la «zone de chemin de fer» ont été concédées par la province au gouvernement fédéral par la loi intitulée *An Act to grant public lands on the Mainland to the Dominion in aid of the Canadian Pacific Railway, 1880*<sup>10</sup>, qui a été modifiée à la suite de consultations provinciales et fédérales par une autre loi, intitulée *An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province*<sup>11</sup>, nous ignorons comment et quand les réserves situées entre Kamloops et Moody Bay ont été créées.

[13] Les avocats des appelants et de l'intimée ont soutenu, au cours des audiences, que les réserves ont été créées à la fin des années 1870, tout juste avant l'édition de la Loi du CP et la concession de la zone de chemin de fer au gouvernement fédéral. Ces dates semblent en effet concorder avec les travaux de la Commission fédérale-provinciale sur les réserves indiennes en Colombie-Britannique (Provincial-Dominion Indian Reserve Commission for British Columbia) constituée par des décrets réciproques en 1876. Le statut des réserves délimitées par la Commission est toutefois demeuré obscur parce que le gouvernement provincial de Victoria n'a pas approuvé et publié dans la gazette les attributions de réserves<sup>12</sup>. En conséquence, ce n'est que de nombreuses années plus tard que l'existence de ces réserves a été «confirmée».

[14] Il semble aussi exister une certaine ambiguïté relativement aux événements entourant le transfert des terres à Canadien Pacifique. Pourquoi ces transferts ont-ils été effectués des années, voire des décennies,

beginning and presumably the completion of the western section of the railway? In certain cases, the explanation may be that the lands taken were not used in the construction of the main line. For example, the 1891 conveyance of lands located within the Matsqui reserve mentions not the construction of the main line but rather the construction of the Mission Branch line. In other instances, it is suggested that the conveyance followed a realization that the line as built did not follow the originally planned route, occupying more land than was initially contemplated. This appears to be what is to be understood from the following extract from a Privy Council Order dated May 23, 1930:<sup>13</sup>

The Committee of the Privy Council have had before them a report, dated 14<sup>th</sup> May, 1930, from the Superintendent General of Indian Affairs, submitting that the Cook's Ferry Indian Reserve No. 4A was confirmed by Order in Council P.C. 2410, dated 31<sup>st</sup> October, 1890. The right of way of the Canadian Pacific Railway was excepted and taken to be 100 feet in width. The railway is constructed on a steep hillside and the plans as finally approved by the Board of Railway Commissioners shows a varying width of from 425 to 450 feet. The right of way does not touch the water, the extra width being on the mountain side. The department of Interior is under obligation to hand over the required right of way to the Canadian Pacific Railway free of charge.

The situation is somewhat confusing.

[15] In the end, however, despite the existence of blank spots in the historical record, and a resulting fuzziness in my perception of the events leading to the drawing up of the letters patent at issue, the historical record following the enactment of the CPR Act does not appear to me to be really relevant. As to reserve creation, no arguments have been put forward suggesting that the lands should not be seen as having been in reserves due to the interplay between the dates of delineation, the date of the granting of the "railway belt" and the dates of reserve confirmations. Certainly the letters patent assume that the lands were reserved lands and I have no difficulty with that assumption. With respect to the reasoning and timing of the individual conveyances, while some clarification might grant one a greater perception of the processes involved in the development of the railway, what is

après le début et, vraisemblablement, l'achèvement de la construction de la section de l'ouest du chemin de fer? Dans certains cas, cela peut s'expliquer par le fait que les terres prises n'ont pas été utilisées pour la construction de la ligne principale. Par exemple, le transfert effectué en 1891 des terres situées dans la réserve de Matsqui mentionne, non pas la construction de la ligne principale, mais celle de l'embranchement de Mission. Dans d'autres cas, les transferts laissent croire qu'ils ont été effectués lorsqu'on s'est rendu compte que la ligne construite ne suivait pas le parcours établi à l'origine, occupant des terres plus étendues qu'on ne l'avait prévu initialement. C'est ce qu'il faut semble-t-il comprendre de l'extrait suivant d'un décret daté du 23 mai 1930<sup>13</sup>:

[TRADUCTION] Le Comité du Conseil privé a reçu un rapport, daté du 14 mai 1930, du Surintendant général des Affaires indiennes, selon lequel la réserve indienne de Cook's Ferry n° 4A a été confirmée par le Décret C.P. 2410, daté du 31 octobre 1890. Le droit de passage de Canadien Pacifique a été exclu et tenu pour mesurer 100 pieds de largeur. Le chemin de fer est construit sur une pente abrupte et les plans qui ont finalement été approuvés par la Commission des chemins de fer indiquent que sa largeur varie de 425 à 450 pieds. Le droit de passage ne touche pas l'eau, la largeur additionnelle se situant du côté de la montagne. Le ministère de l'Intérieur est tenu de remettre gratuitement le droit de passage requis à Canadien Pacifique.

La situation prête à confusion dans une certaine mesure.

[15] En bout de ligne, malgré ce qu'on ignore de l'histoire et l'image floue que j'ai, pour cette raison, des événements qui ont conduit à la rédaction des lettres patentes en cause, les événements historiques qui ont suivi l'entrée en vigueur de la Loi du CP ne me semblent pas vraiment pertinents. En ce qui concerne la création des réserves, aucun argument n'a été avancé selon lequel les terres ne devraient pas être considérées comme situées dans les réserves en raison de l'interaction entre les dates de leur délimitation, la date de la concession de la «zone de chemin de fer» et les dates de la confirmation des réserves. Il est certain que les lettres patentes tenaient pour acquis que les terres étaient des terres de réserve et cette prémisse ne cause pas de problème selon moi. En ce qui a trait à la raison d'être et au moment de chaque transfert, des précisions permettraient peut-être une meilleure

relevant for our purpose is not the rationale behind each individual conveyance but rather its legality in so far as it discloses the granting of a fee simple. This involves not an analysis of the historical record but rather an analysis of the relevant provisions of the CPR Act as the authority on which each individual conveying document has been issued.

[16] My third comment will be to make a point which, in my reasoning, is absolutely basic. A reading of the letters patent informs us unequivocally that everyone involved in their issuance took the position that the lands on which the railway completed by the government was constructed were to be conveyed separately from the railway itself. This is evident by the fact that the letters patent falling within the group A model of the respondent's classification speak first of the obligation on the part of the government to turn over the railway to the Company before turning to the conveyance of the lands over which the railway runs. Such conveyances are identically phrased as follows:

WHEREAS under the provisions of the Act, of the Parliament of Canada passed in the Forty-fourth year of the Reign of Her late Majesty Queen Victoria, Chaptered 1 and entitled "An Act Respecting the Canadian Pacific Railway" and by the terms and conditions of the contract and agreement embodied in the said Act and particularly by the terms and conditions of Section 5 of the said Act and Section 7 of the said contract the Canadian Pacific Railway (hereinafter called "the Company") is entitled to have conveyed to it the portions of the said railway constructed by the Government.

AND WHEREAS the lands hereinafter described are lands to a conveyance of which the Company is entitled under the provisions of the said Act and contract. [Emphasis added.]

[17] There is no reason to believe that this dichotomy was not within the state of mind of the parties to the contract as well as that of Parliament on enacting the Act. Such a conclusion makes sense, in my view. It makes sense for this first reason. These lands, as we have just seen, had been granted by British Columbia to the Dominion in aid of the Canadian Pacific Rail-

perception du processus de développement du chemin de fer, mais ce qui importe pour l'issue des appels, ce ne sont pas les motifs pour lesquels chaque transfert a été effectué, mais sa légalité dans la mesure où il atteste la concession d'un fief simple. Il faut donc analyser non pas les événements historiques, mais les dispositions pertinentes de la Loi du CP comme source du pouvoir de délivrer chacun des actes de transfert.

[16] Ma troisième remarque vise à démontrer un élément absolument fondamental de mon raisonnement. La lecture des lettres patentes nous informe, de façon non équivoque, que toutes les personnes concernées par leur délivrance avaient la conviction que les terres sur lesquelles était situé le chemin de fer construit par le gouvernement devaient être transférées séparément du chemin de fer même. Cela ressort nettement du fait que les lettres patentes appartenant au type A selon la classification proposée par l'intimée parlent d'abord de l'obligation du gouvernement de remettre le chemin de fer entre les mains de la Compagnie avant d'aborder le transfert des terres sur lesquels il est construit. Ces transferts sont tous libellés de façon identique, dans les termes qui suivent:

[TRADUCTION] CONSIDÉRANT qu'en vertu des dispositions de l'Acte du parlement du Canada adopté dans la quarante-quatrième année du règne de feu Sa Majesté la Reine Victoria, chapitre 1, intitulé «Acte concernant le chemin de fer Canadien du Pacifique», et en vertu des conditions du contrat et de l'entente incorporées audit Acte, et particulièrement en vertu des conditions de l'article 5 dudit Acte et de l'article 7 dudit contrat, la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique (ci-après appelée «la Compagnie») est en droit d'obtenir le transfert des portions dudit chemin de fer construit par le gouvernement.

CONSIDÉRANT que les terres ci-après décrites sont des terres dont le transfert à la Compagnie a été autorisé conformément aux dispositions desdits Acte et contrat. [Non souligné dans l'original.]

[17] Il n'existe aucune raison de croire que les parties au contrat, et le Parlement au moment de l'édiction de la Loi, n'avaient pas cette dichotomie à l'esprit. Cette conclusion est logique selon moi. Elle est logique pour une première raison. Ces terres, comme nous venons de le voir, avaient été concédées par la Colombie-Britannique au gouvernement fédéral

way in 1880. As my colleague notes, neither the construction of a railway nor the running of a railway, for that matter, necessarily requires the ownership of the lands associated with its construction or operation. Thus, in my view, it is perfectly natural that, given an obligation to convey both the railway and the lands, the contract would treat the lands and railway separately. One could not speak of accession to the lands if only the railway was to be transferred. And it makes sense for another reason. The railway to be built by the government could not be seen as covering all the lands that would be needed for the operation of the final and fully operative railway along the western segment, since it presumably did not contemplate branches<sup>14</sup> and the possible eventual necessity to widen the right-of-way to allow for a second track.<sup>15</sup>

[18] Now, with those preliminary comments in mind, let us examine those provisions of the CPR Act and the contract that are potentially applicable, i.e. section 5 of the Act and articles 7, 9, 10, 11, 12 and 14 of the contract:

#### The CPR Act

5. Pending the completion of the eastern and central sections of the said railway as described in the said contract, the Government may also transfer to the said Company the possession and right to work and run the several portions of the Canadian Pacific Railway as described in the said Act thirty-seventh Victoria, chapter fourteen, which are already constructed, and as the same shall be hereafter completed; and upon the completion of the said eastern and central sections the Government may convey to the Company, with a suitable number of station buildings, and with water service (but without equipment), those portions of the Canadian Pacific Railway constructed, or agreed by the said contract to be constructed by the Government, which shall then be completed; and upon completion of the remainder of the portion of the said railway to be constructed by the Government, that portion also may be conveyed by the Government to the Company, and the Canadian Pacific Railway defined as aforesaid shall become and be thereafter the absolute property of the Company; the whole, however, upon the terms and conditions, and subject to the restrictions and limitations contained in the said contract.

à titre de subvention pour le chemin de fer Canadien du Pacifique en 1880. Comme le note mon collègue, pour construire un chemin de fer et pour le faire fonctionner, il n'est pas absolument nécessaire d'être propriétaire des terres liées à sa construction et à son exploitation. Par conséquent, j'estime qu'il est parfaitement naturel que, s'il existe une obligation de transférer le chemin de fer et les terres, le contrat traite les terres et le chemin de fer séparément. On ne pourrait pas parler d'accession aux terres si seulement le chemin de fer devait être transféré. Elle est aussi logique pour une autre raison. Le chemin de fer que le gouvernement devait construire ne pouvait pas être considéré comme couvrant toutes les terres qui seraient nécessaires à l'exploitation du chemin de fer définitif, en parfait état de fonctionnement, le long de la section de l'ouest, car il ne prévoyait vraisemblablement pas d'embranchements<sup>14</sup> et la nécessité éventuelle d'élargir plus tard le droit de passage pour installer une deuxième voie<sup>15</sup>.

[18] En gardant à l'esprit ces remarques préliminaires, examinons maintenant les dispositions de la Loi du CP et les clauses du contrat qui sont susceptibles de s'appliquer, soit l'article 5 de la Loi et les clauses 7, 9, 10, 11, 12 et 14 du contrat:

#### La Loi du CP

5. En attendant l'achèvement des sections de l'Est et du Centre du dit chemin de fer, telles que décrites dans le dit contrat, le gouvernement pourra aussi transférer à la dite compagnie la possession et le droit d'exploitation des différentes portions du chemin de fer Canadien du Pacifique tel que décrit dans le dit acte trente-sept Victoria, chapitre quatorze, qui sont déjà construites et au fur et à mesure qu'elles seront terminées à l'avenir; et lors de l'achèvement des dites sections de l'Est et du Centre, le gouvernement pourra transporter à la compagnie, avec un nombre convenable de bâtiments de stations, et avec le service d'eau (mais sans équipement), les portions du chemin de fer Canadien du Pacifique construites ou dont la construction par le gouvernement est convenue sous l'empire du dit contrat, et qui seront alors terminées; et lors de l'achèvement du reste de la portion du dit chemin de fer que doit construire le gouvernement, cette portion pourra aussi être transportée par le gouvernement à la compagnie; et le chemin de fer Canadien du Pacifique défini tel que susdit deviendra et sera ensuite la propriété absolue de la compagnie; le tout, néanmoins, aux termes et conditions, et sauf les restrictions et réserves stipulées au dit contrat.

### The Contract

7. The railway constructed under the terms hereof shall be the property of the Company; and pending the completion of the Eastern and Central sections, the Government shall transfer to the Company the possession and right to work and run the several portions of the Canadian Pacific Railway already constructed or as the same shall be completed. And upon the completion of the Eastern and Central sections, the Government shall convey to the Company, with a suitable number of station buildings and with water service (but without equipment), those portions of the Canadian Pacific Railway constructed or to be constructed by the Government which shall then be completed; and upon completion of the remainder of the portion of railway to be constructed by the Government, that portion shall also be conveyed to the Company; and the Canadian Pacific Railway shall become and be thereafter the absolute property of the Company. And the Company shall thereafter and forever efficiently maintain, work and run the Canadian Pacific Railway.

...

9. In consideration of the premises, the Government agree to grant to the Company a subsidy in money of \$25,000,000, and in land of 25,000,000 acres, for which subsidies the construction of the Canadian Pacific Railway shall be completed and the same shall be equipped, maintained and operated,—the said subsidies respectively to be paid and granted as the work of construction shall proceed, in manner and upon the conditions following, that is to say:—

a. The said subsidy in money is hereby divided and appropriated as follows, namely:—

CENTRAL SECTION.

...

EASTERN SECTION.

...

And the said subsidy in land is hereby divided and appropriated as follows, subject to the reserve hereinafter provided for:—

CENTRAL SECTION.

...

### Le contrat

7. Le chemin de fer construit aux termes des présentes sera la propriété de la compagnie; et en attendant l'achèvement des sections de l'Est et du Centre, le gouvernement transférera à la compagnie la possession et le droit d'exploiter et de mettre en opération les diverses portions du chemin de fer Canadien du Pacifique déjà construites ou à mesure qu'elles seront achevées. Et à l'achèvement des sections de l'Est et du Centre, le gouvernement cédera à la compagnie, avec un nombre convenable de bâtiments pour gares et le service d'eau (mais sans équipement), les portions du chemin de fer Canadien du Pacifique construites ou qui doivent être construites par le gouvernement et qui seront alors achevées; et à l'achèvement du reste de la partie du chemin de fer qui doit être construite par le gouvernement, cette partie sera aussi cédée à la compagnie, et le chemin de fer Canadien du Pacifique deviendra et sera dès lors la propriété absolue de la compagnie. Et la compagnie devra ensuite et à perpétuité entretenir, exploiter et mettre en opération, d'une manière efficace, le chemin de fer Canadien du Pacifique

[. . .]

9. En considération de ce que dessus, le gouvernement convient de donner à la compagnie une subvention de \$25,000,000 en argent et de 25,000,000 d'acres de terre, pour lesquelles subventions la construction du chemin de fer Canadien du Pacifique sera complétée, et le chemin équipé, entretenu et exploité. Ces subventions seront respectivement payées et accordées au fur et à mesure du progrès de la construction, de la manière et aux conditions suivantes, savoir:—

a. La dite subvention en argent est par le présent divisée et affectée comme suit, savoir:—

SECTION DU CENTRE.

[. . .]

SECTION DE L'EST.

[. . .]

Et la dite subvention en terres est par le présent divisée et affectée comme suit, sujet à la réserve ci-après faite:—

SECTION DU CENTRE.

[. . .]

## EASTERN SECTION.

. . .

10. In further consideration of the premises, the Government shall also grant to the Company the lands required for the road bed of the railway, and for its stations, station grounds, workshops, dock ground and water frontage at the termini on navigable waters, buildings, yards and other appurtenances required for the convenient and effectual construction and working of the railway, in so far as such land shall be vested in the Government. . . .

11. The grant of land hereby agreed to be made to the Company, shall be so made in alternate sections of 640 acres each, extending back 24 miles deep, on each side of the railway, from Winnipeg to Jasper House, in so far as such lands shall be vested in the Government,—the Company receiving the sections bearing uneven numbers. But should any of such sections consist in a material degree of land not fairly fit for settlement, the Company shall not be obliged to receive them as part of such grant; and the deficiency thereby caused and any further deficiency which may arise from the insufficient quantity of land along the said portion of railway, to complete the said 25,000,000 acres, or from the prevalence of lakes and water stretches in the sections granted (which lakes and water stretches shall not be computed in the acreage of such sections), shall be made up from other portions in the tract known as the fertile belt, that is to say, the land lying between parallels 49 and 57 degrees of north latitude, or elsewhere at the option of the Company, by the grant therein of similar alternate sections extending back 24 miles deep on each side of any branch line or lines of railway to be located by the Company, and to be shown on a map or plan thereof deposited with the Minister of Railways; or of any common front line or lines agreed upon between the Government and the Company,—the conditions hereinbefore stated as to lands not fairly fit for settlement to be applicable to such additional grants. And the Company may with the consent of the Government, select in the North-West Territories any tract or tracts of land not taken up as a means of supplying or partially supplying such deficiency. But such grants shall be made only from lands remaining vested in the Government.

12. The Government shall extinguish the Indian title affecting the lands herein appropriated, and to be hereafter granted in aid of the railway.

. . .

14. The Company shall have the right, from time to time, to lay out, construct, equip, maintain and work branch lines

## SECTION DE L'EST.

[ . . . ]

10. De plus, en considération de ce que dessus, le gouvernement concédera à la compagnie les terrains dont elle aura besoin pour la voie du dit chemin de fer, les gares et stations et leurs dépendances, les ateliers, les bassins et abords aux termini sur les eaux navigables, les édifices, cours et autres dépendances nécessaires à la construction et à l'exploitation efficaces du chemin de fer, en tant que ces terrains seront la propriété du gouvernement. [ . . . ]

11. Les concessions de terres par le présent consenties en faveur de la compagnie seront faites en sections alternatives de 640 acres chacune, sur une profondeur de 24 milles de chaque côté du chemin de fer entre Winnipeg et Jasper House, en tant que ces terres seront la propriété du gouvernement, la compagnie recevant les sections portant les numéros impairs. Mais si quelques-unes de ces sections comprenaient une quantité notable de terrain qui ne serait pas raisonnablement propre à la colonisation, la compagnie ne sera pas tenue de les accepter comme partie de la concession, et le déficit causé par la défalcation de ces terrains et tout autre déficit qui pourrait être causé par suite d'une quantité insuffisante de terrain le long de la dite partie du chemin de fer pour compléter les dits 25,000,000 d'acres ou par suite du trop grand nombre de lacs et de nappes d'eau dans les sections concédées (lesquels lacs et nappes d'eau ne seront pas compris dans le mesurage de ces sections), seront comblés par des terres prises dans d'autres sections dans la région connue sous le nom de zone fertile, c'est-à-dire, les terres comprises entre les 49e et 57e degrés de latitude nord, ou ailleurs au choix de la compagnie, lesquelles terres seront concédées en sections alternatives semblables sur une profondeur de 24 milles de chaque côté de toutes lignes d'embranchement qui seront tracées par la compagnie, et qui seront indiquées sur une carte ou un plan de l'embranchement ou des embranchements, déposé au ministère des chemins de fer; ou de chaque côté d'une ligne ou de lignes de front communes, convenues entre le gouvernement et la compagnie, les conditions ci-dessus mentionnées relativement aux terrains qui ne seraient pas raisonnablement propres à la colonisation devant être appliquées à ces concessions supplémentaires. Et la compagnie pourra, du consentement du gouvernement, choisir dans les territoires du Nord-Ouest toute étendue ou étendues de terrain non encore occupées pour combler en partie tel déficit. Mais ces concessions ne comprendront que des terres appartenant alors au gouvernement.

12. Le gouvernement éteindra le titre des Sauvages aux terres par le présent affectées et qui seront à l'avenir concédées comme subvention aux chemins de fer.

[ . . . ]

14. La compagnie aura le droit de temps à autre de tracer, construire, équiper, entretenir et exploiter des lignes d'em-

of railway from any point or points along their main line of railway, to any point or points within the territory of the Dominion. Provided always, that before commencing any branch they shall first deposit a map and plan of such branch in the Department of Railways. And the Government shall grant to the Company the lands required for the road bed of such branches, and for the stations, station grounds, buildings, workshops, yards and other appurtenances requisite for the efficient construction and working of such branches, in so far as such lands are vested in the Government.

[19] My colleague speaks of ambiguity in section 5 and article 7 to the extent that they do not refer to the quality of title to be conveyed to Canadian Pacific. I would not have thought that the expression “absolute property” therein could refer to any other concept than full ownership in fee simple. But, in any event, my difficulty with those provisions is their applicability to lands. It may very well be that the railway and the land it covers being definitely united, the “absolute property” concept should be interpreted as covering both. In such an event, the terms used give the impression that concepts of limited interest, such as the granting of an easement, whether statutory or otherwise, were far from the minds of the drafters.

[20] But in fact, based on my third preliminary comment above, I do not believe that section 5 and article 7 were meant to cover the lands. Leaving aside for the moment article 12, to which I will come afterwards, articles 9, 10, 11 and 14 are the only provisions of the Act or the contract that speak openly of lands. Articles 9 and 11 are linked as they both refer to the subsidy lands to be granted to the Company for the purposes of settlement and article 14 relates exclusively to the eventual construction of branches. Article 10 is the only one that may cover lands directly and immediately associated with the railway. Article 10, in my understanding, is a provision of general application which refers at once to the lands that were required for the roadbed and the lands that were to be required for the convenient and effectual construction and working of the railway, wherever be the segment concerned.

branchement entre tout point ou tous points sur le parcours de la ligne-mère et tout endroit ou tous endroits dans les limites du territoire de la Puissance, pourvu toutefois qu'avant de commencer aucun embranchement elle dépose d'abord une carte et un plan de tel embranchement au département des chemins de fer; et le gouvernement accordera à la compagnie les terrains nécessaires à la voie de tels embranchements et aux gares et stations, aux bâtiments, ateliers, cours et autres dépendances requises pour la construction et l'exploitation efficaces de ces embranchements, en tant que ses terres appartiennent au gouvernement.

[19] Mon collègue parle de l'ambiguïté de l'article 5 et de la clause 7 dans la mesure où ils ne mentionnent pas la qualité du titre devant être transféré à Canadien Pacifique. Je n'aurais pas cru que l'expression «propriété absolue» qui y figure puisse renvoyer à un autre concept que la pleine propriété en fief simple. Mais, quoi qu'il en soit, ce qui me préoccupe dans ces dispositions, c'est leur applicabilité aux terres. Il se peut très bien que le chemin de fer et le terrain où il se trouve étant définitivement unis, le concept de «propriété absolue» doive être interprété comme les visant tous les deux. Dans ce cas, les termes utilisés créent l'impression que les rédacteurs de la loi étaient loin d'avoir à l'esprit des concepts de droit limité, telle la concession d'une servitude, par voie législative ou autrement.

[20] Mais en fait, si je m'en remets à la troisième remarque préliminaire que j'ai formulée plus haut, je ne crois pas que l'article 5 et la clause 7 visaient les terres. Si l'on fait abstraction pour l'instant de la clause 12, à laquelle je reviendrai, les clauses 9, 10, 11 et 14 sont les seules dispositions de la Loi ou du contrat qui parlent ouvertement des terres. Les clauses 9 et 11 sont liées car elles mentionnent toutes les deux les concessions de terres qui doivent être accordées en subvention à la compagnie à des fins d'établissement et la clause 14 traite exclusivement de la construction subséquente d'embranchements. La clause 10 est la seule pouvant couvrir les terres qui ont un lien direct et immédiat avec le chemin de fer. J'estime que cette clause est une disposition d'application générale qui vise simultanément les terres requises pour la voie et celles qui seraient requises pour la construction et l'exploitation efficaces du chemin de fer, peu importe la section en cause.

[21] This leads us to article 12. On my analysis of articles 10 and 11 and the very wording of this article 12, it appears to me that the three articles are undoubtedly linked. Article 12 speaks first of “the lands herein appropriated” and then of lands “to be hereafter granted in aid of the railway”. That we have there references to two different groups of land is, in my view, clear on the structure of the sentence and the words used, both being highlighted by the presence of a comma after the word “appropriated”.<sup>16</sup> Subsidy lands described within article 11 would appear, by the use of the phrase “divided and appropriated as follows”, as found within article 9, to be included in article 12’s “lands herein appropriated”. According to the terms of article 11, certain appropriated lands may be rejected by the Company in favour of as then ill-defined lands. It may be that such lands could be described, due to their lack of definition, as being “hereafter granted” and that such an interpretation limits the effect of article 12 to subsidy lands. However, to so find would, in my view, improperly limit the meaning of the phrase “granted in aid of the railway”. The reference to the railway rather than the Company indicates that what is being referred to is not simply subsidy lands but also lands upon which the railway runs or upon which its necessary appurtenances sit. This is as subsidy lands, while not ancillary to the financial viability of the Company nor of the enterprise itself, are in fact ancillary to the railway qua railway. As such, article 12 is a general provision applicable to all lands that are to be conveyed in the implementation of the Act whether the granting or appropriation of such lands stems from the interplay of articles 9 and 11 or from the provisions of article 10.

[22] I take comfort with the interpretation I give to articles 10 and 12 in that it appears to me the only one that could give effect to the rational intentions of the Company. I can see no reason why the Company would seek to own the land upon which its tracks will run in the eastern and central sections of the track, but have no corresponding interest in the ownership of such lands with respect to the western section. Having

[21] Cela nous amène à la clause 12. Selon mon analyse des clauses 10 et 11 et le libellé même de la clause 12, il me semble certain que ces trois clauses sont liées. La clause 12 traite premièrement des «terres par le présent affectées», puis des terres «qui seront à l’avenir concédées comme subvention aux chemins de fer». À mon avis, il ressort clairement de la structure de la phrase et des termes utilisés, mis en évidence par la virgule qui suit le mot «*appropriated*» dans la version anglaise, que cette clause vise deux groupes de terres différents<sup>16</sup>. Compte tenu des mots «divisée et affectée comme suit» figurant dans la clause 9, il semble que les terres concédées décrites dans la clause 11 soient incluses dans les «terres par le présent affectées» auxquelles s’applique la clause 12. Aux termes de la clause 11, la compagnie pouvait rejeter certaines terres affectées au profit de terres alors mal définies. Compte tenu de leur définition imprécise, ces terres pouvaient peut-être être décrites comme les terres «qui seront à l’avenir concédées» et il se peut qu’une telle interprétation limite l’effet de la clause 12 à la subvention en terres. Toutefois, je crois qu’une telle conclusion limiterait indûment le sens des mots «concedées comme subvention au chemin de fer». La mention du chemin de fer plutôt que de la compagnie indique que les terres visées ne se limitent pas à la subvention en terres, mais incluent les terres sur lesquelles le chemin de fer ainsi que ses dépendances nécessaires sont situés. Il en est ainsi car les terres concédées en subvention, bien qu’elles ne soient pas accessoires à la viabilité financière de la compagnie ou de l’entreprise, sont accessoires au chemin de fer proprement dit. Ainsi, la clause 12 est une disposition générale applicable à toutes les terres devant être concédées dans le cadre de la mise en œuvre de la Loi, sans égard au fait que la concession ou l’affectation de ces terres résulte de l’interaction entre les clauses 9 et 11 ou des dispositions de la clause 10.

[22] L’interprétation que j’attribue aux clauses 10 et 12 me semble d’autant plus juste que c’est la seule qui puisse donner effet aux intentions rationnelles de la compagnie. Je ne vois pas pourquoi la compagnie aurait voulu devenir propriétaire des terres sur lesquelles reposent ses voies dans les sections de l’est et du centre du chemin de fer, et n’aurait pas été intéressée à en être propriétaire dans la section de l’ouest. Si elle

a desire to secure ownership of such lands throughout the length of its operations, it is evident to me that the Company would seek to secure an absolute interest in lands so conveyed by ensuring the extinguishment of any aboriginal interest in those lands, irrespective of geographic location.

[23] It is on the basis of this analysis that I must, with respect, disagree with my colleague as to the purport of the CPR Act. In my understanding, the CPR Act was meant to confer on the government the power and the obligation to convey all of the lands required for the railway with respect to any of its three segments in fee simple, free of any Indian interest.

[24] It will have been noted, no doubt, that I refuse to accept the analysis of the Motions Judge which made him qualify the title conveyed to CP as determinable fee simple. It is by reference to the language of the statute involved and the particular document of conveyance used, with the possible help of agreements that may have preceded or behaviour that may have followed, that the nature of a property interest granted to a party like a railway company must be determined.<sup>17</sup> There is nothing in the CPR Act nor in the various conveying documents issued on its authority that would suggest the granting of a title other than fee simple. The mere mention of the purpose of the conveyance within the recitals of individual letters patent cannot be seen as a qualification limiting the effect of operative clauses which clearly grant such an interest. Nevertheless, in spite of my disagreement with the analysis of the Motions Judge, I believe, contrary to Mr. Justice Robertson, that he was right in finding that the lands in the railway right-of-way traversing the reserves are not lands within the reserves upon which the appellants would have a power of taxation.

## II

### The Discrimination Issue

[25] There is, as mentioned at the outset, a second issue that was submitted to the Motions Judge. CP and Unitel Communications Inc. raised an alternative ground in support of their judicial review applications.

souhaitait détenir la propriété de ces terres pour toute la durée de ses activités, il me semble évident que la compagnie a dû tenter d'obtenir un droit absolu sur les terres transférées en s'assurant de l'extinction de tout droit ancestral sur ces terres, peu importe leur emplacement.

[23] C'est cette analyse qui ne me laisse d'autre choix que d'exprimer mon désaccord avec mon collègue quant à l'intention visée par la Loi du CP. À mon sens, la Loi du CP devait conférer au gouvernement le pouvoir et l'obligation de transférer en fief simple, et libres de tout droit des Indiens, toutes les terres requises pour le chemin de fer relativement à chacune des trois sections.

[24] On aura sans doute noté que je refuse de souscrire à l'analyse qui a mené le juge responsable des requêtes à qualifier le titre transféré à CP de fief simple extinguable. Pour déterminer la nature du droit de propriété concédé à une partie telle qu'une compagnie de chemin de fer, il faut s'en remettre au libellé de la loi en cause et de l'acte de transfert particulier utilisé, avec l'aide, peut-être, des ententes qui ont pu précéder le transfert ou des actes qui ont pu le suivre<sup>17</sup>. Aucun élément de la Loi du CP ni des différents documents de transfert délivrés sous son régime ne laisse croire à la concession d'un droit différent d'un titre en fief simple. La simple mention de l'objet du transfert dans les attendus des lettres patentes ne peut être considérée comme une réserve limitant l'effet des clauses essentielles qui confèrent nettement un tel droit. Néanmoins, même si je ne souscris pas à l'analyse effectuée par le juge responsable des requêtes, je crois, contrairement à M. le juge Robertson, qu'il a eu raison de conclure que les terres du droit de passage du chemin de fer traversant les réserves ne sont pas des terres de réserve sur lesquelles les appelants peuvent exercer leur pouvoir de taxation.

## II

### La question de la discrimination

[25] Une deuxième question a été soumise au juge responsable des requêtes, comme je l'ai déjà mentionné. CP et Unitel Communications Inc. ont soulevé un moyen subsidiaire à l'appui de leurs demandes de

They contended that the by-laws on the basis of which the assessments had been issued were invalid because they were discriminatory, in that they provided for variable tax rates for different classes of property within the territory of the reserves. The learned Motions Judge dealt with the argument and accepted it to a certain extent. He agreed that the band councils, in the exercise of their new taxation power given by section 83 of the *Indian Act*, could impose variable rates with respect to different classes of property, but they could not, as they had not been specifically authorized to do so, discriminate as between classes of people. It followed that, in so far as the by-laws purported to impose a tax on the respondents' interests within the reserves, while exempting the similarly situated property of band members, they were invalid. In spite of the position I take on the main issue, in view of the manner in which the Motions Judge finally disposes of this alternative contention, in effect declaring the by-laws invalid in part if they were to be applicable, I cannot simply leave the matter aside, the more so since there are other interests than those of the parties which may be affected.

[26] Mr. Justice Robertson takes the view that the learned Motions Judge was wrong in concluding, as he did, that the by-laws were invalid for being discriminatory and I completely agree. Basically, like Mr. Justice Robertson, I fail to understand the rationale behind the distinction made by the Motions Judge between the possibilities of different treatments that he considers impliedly authorized and those he rejects, since, in all cases, it is the taxpayers who are targeted. My colleague's reasons for rejecting the Motions Judge's finding are clear enough and compelling but nevertheless I wish to add a few brief comments of my own.

[27] Since the earliest *Indian Act* provisions, Indian people have been assured of a quite significant privilege of tax exemption with respect to the use and occupation of their reserve lands, a privilege expressed

contrôle judiciaire. Elles font valoir que les règlements administratifs en vertu desquels les avis d'évaluation ont été délivrés sont invalides parce qu'ils sont discriminatoires, du fait qu'ils établissent des taux d'imposition différents pour différentes catégories de biens situés sur le territoire des réserves. Le juge responsable des requêtes a examiné cet argument et l'a retenu dans une certaine mesure. Il était d'accord pour dire que les conseils de bande peuvent, dans l'exercice du nouveau pouvoir de taxation que leur confère l'article 83 de la *Loi sur les Indiens*, imposer des taux variables relativement à différentes catégories de biens, mais qu'ils ne peuvent pas établir des distinctions entre différentes catégories de personnes, parce qu'ils ne sont pas expressément autorisés à le faire. Il s'ensuit que les règlements administratifs sont invalides, dans la mesure où ils visent à imposer une taxe sur le droit des intimées dans les réserves, tout en exemptant les biens des membres de la bande situés aussi dans les réserves. Malgré la conclusion à laquelle je suis parvenu sur la question principale, compte tenu de la façon dont le juge responsable des requêtes tranche finalement cette question subsidiaire, déclarant en fait les règlements administratifs invalides en partie s'ils sont applicables, je ne puis laisser cette question de côté, d'autant plus que d'autres droits que ceux des parties pourraient être touchés.

[26] M. le juge Robertson estime que le juge responsable des requêtes a eu tort de conclure que les règlements étaient invalides parce qu'ils sont discriminatoires et je suis exactement du même avis. À l'instar du juge Robertson, je ne comprends pas la raison d'être de la distinction que fait le juge responsable des requêtes entre les possibilités de traitements différents qu'il considère autorisés implicitement et celles qu'il rejette puisque, dans tous les cas, ce sont les contribuables qui sont visés. Les motifs rédigés par mon collègue à l'appui du rejet de la conclusion du juge responsable des requêtes sont assez clairs et convaincants, mais j'aimerais y ajouter quelques brèves remarques.

[27] Depuis les toutes premières dispositions de la *Loi sur les Indiens*, les Indiens bénéficient d'un privilège très important du fait qu'ils sont exemptés de taxes relativement à l'usage et à l'occupation de leurs

in general terms and accorded to each individual Indian. It is to me inconceivable that Parliament could have made the exercise by the bands of their new tax-levying power—a power they have been claiming for a long time in their quest for greater autonomy—subject to an implicit forced renunciation by all their members of that basic privilege, without taking care to spell it out in unequivocal terms. The qualification to the opening reservation of section 87 of the *Indian Act*, namely: “Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation”, was added to allow band councils to collect taxes from their members if they chose to do so; it cannot be taken as if it said, for example, “but subject to the exercise by a band of any power given to it by section 83”. In other words, the reservation is there to create an option but not to impose an obligation.

[28] The learned Motions Judge speaks of the possibility of abuse. However, it seems to me that any such fear should be greatly alleviated by the realization that all such taxing by-laws must be approved by the Minister of Indian Affairs. On the other hand, the notion of discrimination which is being invoked is not easy to grasp. Where one speaks of the elements of the special status of a group of individuals within the community as determined by Parliament, one can speak of inequality, of course, but not necessarily of discrimination.

[29] Finally, it appears to me quite inappropriate to apply to Indian bands’ new by-law powers the principles of interpretation developed in municipal law. There is a big difference between municipalities and Indian bands in that the existence of the Indian groupings is not like that of municipal units, wholly dependant on an act of government authority, and the rationale behind the granting of taxation powers to both such bodies is clearly not the same. The devolved taxation powers of municipalities exists, to my mind, only to further governmental objectives of efficiency in operation and administration. The recent granting of taxation powers to Indian bands has a much broader

terres de réserve, ce privilège étant exprimé en termes généraux et accordé à chaque Indien individuellement. Je juge inconcevable que le Parlement ait pu assujettir l’exercice par les bandes de leur nouveau pouvoir de prélever des taxes—qu’elles réclamaient depuis fort longtemps pour jouir d’une autonomie accrue—à la renonciation forcée implicite de tous les membres de la bande à ce privilège fondamental, sans le préciser en des termes non équivoques. La réserve apportée à la disposition dérogatoire énoncée au début de l’article 87 de la *Loi sur les Indiens*, soit les mots: «Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l’article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation», a été ajoutée pour permettre aux conseils de bande de percevoir des taxes auprès de leurs membres s’ils le désirent; on ne peut l’interpréter comme si elle disposait par exemple «mais sous réserve de l’exercice par une bande d’un pouvoir que lui confère l’article 83». Autrement dit, cette réserve vise à offrir une possibilité et non à imposer une obligation.

[28] Le juge responsable des requêtes parle de la possibilité d’abus. Cependant, toute crainte à cet égard devrait être grandement atténuée lorsqu’on constate que tous les règlements administratifs imposant des taxes doivent être approuvés par le ministre des Affaires indiennes. Par contre, la notion de discrimination invoquée n’est pas facile à saisir. Lorsqu’on parle des éléments du statut particulier d’un groupe de personnes dans une collectivité, établis par le législateur, on peut parler d’inégalité, bien sûr, mais pas nécessairement de discrimination.

[29] Il me paraît enfin tout à fait inopportun d’appliquer aux nouveaux pouvoirs de réglementation des bandes indiennes les principes élaborés en droit municipal. Il existe une différence énorme entre une municipalité et une bande indienne, car l’existence de regroupements d’Indiens ne dépend pas totalement, comme celle des unités municipales, d’un acte d’une instance gouvernementale, et la raison fondamentale pour laquelle des pouvoirs de taxation sont attribués à ces deux types d’entités est manifestement différente. Les pouvoirs de taxation dont sont investies les municipalités existent, selon moi, uniquement dans le but de favoriser l’objectif d’efficacité du gouvernement sur le

and humane objective, which can only be seen in the context of furthering the ability of natives to govern themselves and thus, to a certain extent, invokes rights and responsibilities that predate all Indian acts. It would be wrong, in my view, to subject both sets of rules to the same standard of inflexibility, rigidity and limitation.

[30] It is clear to me that the finding of the learned Motions Judge on the second alternative issue raised by the respondents cannot be allowed to stand.

[31] My conclusion in the end is therefore that, in spite of my disagreement with the findings of the Motions Judge, especially on the discrimination issue, his main conclusion that the judicial review applications were well founded, is to be upheld.

[32] I would therefore dismiss the appeals with costs provided, however, that only one set of costs be awarded for the hearing.

\* \* \*

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

[33] DESJARDINS J.A.: I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my colleagues Marceau and Robertson J.J.A. I agree with Robertson J.A. that the lands comprising the rights-of-way of Canadian Pacific are “in the reserve” within the meaning of section 83 of the *Indian Act*<sup>18</sup> (the Act). I respectfully disagree, however, with his views on whether the by-laws are valid. The taxation by-laws adopted by the appellants which exempt from taxation Indians’ interests in land are, in my opinion, discriminatory. They run counter to fundamental principles of administrative law. For the reasons that follow, I conclude that these by-laws are invalid.

plan du fonctionnement et de l’administration. L’attribution récente de pouvoirs de taxation aux bandes indiennes vise un objectif beaucoup plus vaste et axé sur des considérations humanitaires, qui ne peut être envisagé que dans le contexte de la capacité accrue des Autochtones à se gouverner eux-mêmes et qui, par conséquent, procède dans une certaine mesure de droits et de responsabilités antérieurs à toutes les lois concernant les Indiens. Je crois qu’on commettrait une erreur en assujettissant ces deux ensembles de règles à la même norme sur le plan de la souplesse, de la rigidité et des limites imposées.

[30] Il ne fait aucun doute dans mon esprit que la conclusion du juge responsable des requêtes sur la deuxième question, subsidiaire, soulevée par les intimées ne peut être confirmée.

[31] Je conclus donc qu’en dépit de mon désaccord avec le juge responsable des requêtes, plus particulièrement en ce qui concerne la question de la discrimination, sa conclusion principale portant que les demandes de contrôle judiciaire étaient bien fondées doit être maintenue.

[32] Je rejetterais donc les appels avec dépens, étant entendu, toutefois, qu’un seul mémoire de dépens sera adjugé pour l’audition.

\* \* \*

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

[33] LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: J’ai eu l’avantage de lire les motifs du jugement rédigés par mes collègues les juges Marceau et Robertson. Je suis d’accord avec le juge Robertson pour dire que les terres qui forment les droits de passage de Canadien Pacifique sont «situé[s] dans la réserve» au sens de l’article 83 de la *Loi sur les Indiens*<sup>18</sup> (la Loi). Je ne partage toutefois pas son opinion sur la validité des règlements administratifs. Je suis d’avis que les règlements administratifs pris par les appelants, qui imposent des taxes auxquelles ne sont pas assujettis les droits des Indiens sur les terres, sont discriminatoires. Ils sont contraires aux principes fondamentaux du droit admi-

[34] The appellants' taxation by-laws have been designed so as to exempt from taxation all of the interests held by band members and the bands themselves in reserve lands.

[35] The Matsqui Indian Band Property Taxation By-Law assesses all real property except:

- (1) real property which is held by the Band and used by it for band purposes;
- (2) the interests of Band members in real property in their reserve;
- (3) the interests in real property of a corporation whose shares are held exclusively and beneficially by Band members;<sup>19</sup>
- (4) the interests of an Indian, as defined by the Act, in that Indian's real property.<sup>20</sup>

[36] The Skuppah,<sup>21</sup> Seabird Island,<sup>22</sup> Cook's Ferry<sup>23</sup> and Boothroyd<sup>24</sup> taxation by-laws impose a tax on land and interests in land, with a number of exceptions. The land interests exempted from taxation are:

- (1) land occupied or held by a member of the band;
- (2) land occupied or held by the band; and
- (3) land occupied or held by a body corporate owned or controlled by the band.

[37] Like my colleague Robertson J.A., I have reservations about whether a corporation, even though all its shareholders may be status Indians, is itself an "Indian" for taxation purposes so as to enable it to claim an exemption from taxation in respect of reserve land it holds or occupies.<sup>25</sup> But this issue is not before us.

nistratif. Pour les motifs qui suivent, je conclus que ces règlements administratifs sont invalides.

[34] Les règlements administratifs imposant des taxes pris par les appelants ont été conçus pour exempter de la taxation tous les droits détenus par des membres de la bande et par les bandes elles-mêmes sur les terres de réserve.

[35] Le règlement administratif imposant des taxes foncières pris par la bande indienne de Matsqui évalue tous les biens immeubles, sauf:

- 1) les biens immeubles qui sont détenus par la bande et utilisés par elle aux fins de la bande;
- 2) les droits des membres de la bande sur les biens immeubles situés dans leur réserve;
- 3) les droits sur un immeuble d'une société dont les actions sont détenues exclusivement et à titre bénéficiaire par des membres de la bande<sup>19</sup>;
- 4) les droits d'un Indien, au sens de la *Loi sur les Indiens*, sur ses immeubles<sup>20</sup>.

[36] Les règlements administratifs pris par les bandes indiennes de Skuppah<sup>21</sup>, de l'île Seabird<sup>22</sup>, de Cook's Ferry<sup>23</sup> et de Boothroyd<sup>24</sup> imposent des taxes sur les terres et les droits sur les terres, mais établissent certaines exceptions. Les terres et les droits sur les terres décrites ci dessous sont exemptés de taxes:

- 1) les terres occupées ou détenues par un membre de la bande;
- 2) les terres occupées ou détenues par la bande;
- 3) les terres occupées ou détenues par une personne morale dont la bande est propriétaire et dont elle a le contrôle.

[37] Comme mon collègue le juge Robertson, j'ai des réserves concernant la question de savoir si une société peut être elle-même un «Indien» à des fins fiscales, même si ses actionnaires sont des Indiens inscrits, de sorte qu'elle pourrait se prévaloir d'une exemption de taxes relativement aux terres de réserve qu'elle détient ou occupe<sup>25</sup>. Nous ne sommes toutefois pas saisis de cette question.

[38] The taxation by-laws at issue were approved by the Minister of Indian Affairs and Northern Development, on March 9, 1992, pursuant to section 83 of the Act.

[39] The coming into force of these taxation by-laws did not subject Canadian Pacific to double taxation. Under section 11 of the *Indian Self Government Enabling Act*,<sup>26</sup> when an Indian band enacts taxation by-laws, persons subject to taxation under those by-laws are exempt from taxation under provincial enactments.

[40] The British Columbia Assessment Authority (BCAA) was appointed by the appellant Indian bands as assessor under their by-laws. The BCAA sent out property assessment notices on behalf of the appellants to Canadian Pacific sometime prior to May 8, 1992. Rather than using the appeal procedure provided for in the by-laws, Canadian Pacific filed an originating notice of motion seeking judicial review and challenging the application of the by-laws to its rights-of-way.

[41] One of Canadian Pacific's objections to the by-laws was that they tax only the interests of non-Indians in reserve land.

[42] The issue before us is, therefore, whether these by-laws contravene the fundamental rule of administrative law that the power to make by-laws does not include the power to enact discriminatory provisions unless the authorizing legislation allows their adoption.

[43] On the issue of discrimination, the Motions Judge stated:<sup>27</sup>

I am satisfied that the by-laws with regard to discriminating amongst various types of property, even though not outlined in the powers given to the band, are valid.

However, it is also my view that Parliament never intended to grant powers to the Indian bands to exempt certain individuals from being taxed and certain others from

[38] Les règlements administratifs de taxation en cause ont été approuvés par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien le 9 mars 1992, conformément à l'article 83 de la Loi.

[39] L'entrée en vigueur de ces règlements administratifs n'a pas assujéti Canadien Pacifique à une double taxation. L'article 11 de la loi intitulée *Indian Self Government Enabling Act*<sup>26</sup> exempte de la taxation établie par une loi provinciale les personnes assujétiées aux taxes imposées par un règlement administratif d'une bande indienne.

[40] Les bandes indiennes appelantes ont désigné la British Columbia Assessment Authority (BCAA) comme évaluateurs pour l'application de leurs règlements administratifs. La BCAA a envoyé des avis d'évaluation foncière au nom des appelants à Canadien Pacifique, à une date quelconque antérieure au 8 mai 1992. Plutôt que d'utiliser la procédure d'appel prévue par les règlements administratifs, Canadien Pacifique a déposé un avis de requête introductif d'instance pour engager des procédures de contrôle judiciaire et contester l'application des règlements administratifs à ses droits de passage.

[41] L'une des objections aux règlements administratifs soulevées par Canadien Pacifique tenait à ce que seuls les droits des non-Indiens sur les terres de réserve étaient assujétiés aux taxes qu'ils imposent.

[42] La question qui nous est soumise est donc celle de savoir si ces règlements administratifs sont contraires à la règle fondamentale de droit administratif selon laquelle le pouvoir de prendre des règlements administratifs n'inclut pas le pouvoir d'édicter des dispositions discriminatoires, sauf si la loi habilitante le permet.

[43] En ce qui concerne la question de la discrimination, le juge responsable des requêtes a déclaré<sup>27</sup>:

Je suis convaincu que les règlements qui établissent des distinctions entre différents types de biens immeubles, même si ces distinctions ne sont pas expressément prévues dans les pouvoirs conférés à la bande, sont valides.

Toutefois, je suis également d'avis que le législateur n'a jamais eu l'intention d'accorder aux bandes indiennes le pouvoir d'exonérer certains individus des impôts et d'y

not being taxed. This can lead to all kinds of abuse. Had it been Parliament's intention to grant such powers it may very well do so. I am not deciding that matter. All I am saying is that Parliament would have clearly stated this if that is what they intended. Therefore, I sever that part from the by-laws that discriminate as between persons. [My emphasis.]

[44] Canadian Pacific argues that the effect of the appellants' property tax by-laws is to impose the entire burden of taxation on the respondents who receive none of the services funded by the taxes. If the appellants' submissions are correct, Canadian Pacific says, Parliament would have empowered Indian bands to fund local services at any level they wish and to impose the entire costs of such services on industrial land users.

[45] Canadian Pacific argues that nothing in section 83 of the Act authorizes discrimination between lands based upon the identity of their owners.

[46] I agree.

[47] The relevant portions of subsections 87(1) and (2) of the Act read:

87. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely,

(a) the interest of an Indian or a band in reserve lands or surrendered lands; and

(b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve.

(2) No Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (1)(a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property. [Emphasis added.]

[48] According to this provision, the interest of an Indian or a band in reserve lands or surrendered lands and the personal property of an Indian or a band situated in a reserve are protected from taxation by either Parliament or the legislature of a province.

assujettir d'autres personnes. Cela peut mener à toutes sortes d'abus. Si le législateur avait eu l'intention d'accorder de tels pouvoirs, il pouvait très bien le faire. Je ne me prononce pas sur cette question. Tout ce que je dis, c'est que le législateur aurait indiqué clairement que telle était son intention. Par conséquent, je soustrais des règlements la partie dans laquelle des distinctions sont établies entre les personnes. [Non souligné dans l'original.]

[44] Canadien Pacifique soutient que les règlements administratifs pris par les appelants en matière de taxes foncières ont pour effet d'imposer la totalité du fardeau fiscal aux intimées qui ne reçoivent aucun des services financés à l'aide des taxes. Canadien Pacifique fait valoir que, si les prétentions des appelants sont justes, le législateur aurait donné aux bandes indiennes le pouvoir de financer les services locaux au niveau qui lui sied et d'imposer la totalité du coût de ces services aux usagers industriels des terres.

[45] Canadien Pacifique affirme qu'aucun élément de l'article 83 de la Loi n'autorise l'établissement d'une distinction entre les terres selon l'identité de leurs propriétaires.

[46] Je partage cette opinion.

[47] Voici les dispositions pertinentes des paragraphes 87(1) et (2) de la Loi:

87. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation:

a) le droit d'un Indien ou d'une bande sur une réserve ou des terres cédées;

b) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

(2) Nul Indien ou bande n'est assujéti à une taxation concernant la propriété, l'occupation, la possession ou l'usage d'un bien mentionné aux alinéas (1)a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l'un de ces biens. [Non souligné dans l'original.]

[48] En vertu de ces paragraphes, le droit d'un Indien ou d'une bande sur une réserve ou des terres cédées et les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve sont à l'abri des taxes imposées par une loi fédérale ou provinciale. De plus,

Moreover, no Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of this type of property, or is otherwise subject to taxation in respect of any such property.

[49] The purpose of the section 87 exemption was set out in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, by La Forest J..<sup>28</sup>

[The purpose is to] guard against the possibility that one branch of government, through the imposition of taxes, could erode the full measure of the benefits given by that branch of government entrusted with the supervision of Indian affairs. . . .

In summary, the historical record makes it clear that ss. 87 and 89 of the *Indian Act*, the sections to which the deeming provision of s. 90 applies, constitute part of a legislative “package” which bears the impress of an obligation to native peoples which the Crown has recognized at least since the signing of the *Royal Proclamation of 1763*. From that time on, the Crown has always acknowledged that it is honour-bound to shield Indians from any efforts by non-natives to dispossess Indians of the property which they hold *qua* Indians, i.e., their land base and the chattels on that land base.

It is also important to underscore the corollary to the conclusion I have just drawn. The fact that the modern-day legislation, like its historical counterparts, is so careful to underline that exemptions from taxation and distraint apply only in respect of personal property situated on reserves demonstrates that the purpose of the legislation is not to remedy the economically disadvantaged position of Indians by ensuring that Indians may acquire, hold, and deal with property in the commercial mainstream on different terms than their fellow citizens.

[50] In *Williams v. Canada*,<sup>29</sup> Gonthier J. restated the purpose in the following terms:

[The purpose is to] preserve the entitlements of Indians to their reserve lands and to ensure that the use of their property on their reserve lands was not eroded by the ability of government to tax . . . . The corollary of this conclusion was that the purpose of the sections was not to confer a general economic benefit upon the Indians . . . .

[51] Section 87 of the Act declares that within the specified limits, Indians are exempt from taxation by federal and provincial governments. As the interplay between section 83 and 87 makes clear, the exemption

nul Indien ou bande n’est assujetti à une taxation concernant la propriété, l’occupation, la possession ou l’usage d’un tel bien ni autrement soumis à une taxation quant à l’un de ces biens.

[49] Le but de l’exemption prévue par l’article 87 a été décrit par le juge La Forest dans l’arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*<sup>28</sup>:

[Elle vise à empêcher] qu’un palier de gouvernement, par l’imposition de taxes, puisse porter atteinte à l’intégrité des bénéfices accordés par le palier de gouvernement responsable du contrôle des affaires indiennes. [ . . . ]

En résumé, le dossier historique indique clairement que les art. 87 et 89 de la *Loi sur les Indiens*, auxquels s’applique la présomption de l’art. 90, font partie d’un ensemble législatif qui fait état d’une obligation envers les peuples autochtones, dont la Couronne a reconnu l’existence tout au moins depuis la signature de la *Proclamation royale de 1763*. Depuis ce temps, la Couronne a toujours reconnu qu’elle est tenue par l’honneur de protéger les Indiens de tous les efforts entrepris par des non-Indiens pour les déposséder des biens qu’ils possèdent en tant qu’Indiens, c’est-à-dire leur territoire et les chatels qui y sont situés.

Il est également important de souligner la conséquence de la conclusion que je viens de tirer. Le fait que la loi contemporaine, comme sa contrepartie historique, prenne tant de soin pour souligner que les exemptions de taxe et de saisie ne s’appliquent que dans le cas des biens personnels situés sur des réserves démontre que l’objet de la Loi n’est pas de remédier à la situation économiquement défavorable des Indiens en leur assurant le pouvoir d’acquérir, de posséder et d’aliéner des biens sur le marché à des conditions différentes de celles applicables à leurs concitoyens.

[50] Dans l’arrêt *Williams c. Canada*<sup>29</sup>, le juge Gonthier a énoncé à nouveau ce but dans les termes suivants:

[ . . . ] ces articles visent à préserver les droits des Indiens sur leurs terres réservées et à assurer que la capacité des gouvernements d’imposer des taxes [ . . . ] ne porte pas atteinte à l’utilisation de leurs biens situés sur leurs terres réservées. La conséquence de cette conclusion était que les articles en question ne visent pas à conférer un avantage économique général aux Indiens [ . . . ]

[51] L’article 87 de la Loi dispose que, dans les limites précisées, les Indiens sont exemptés des taxes imposées par les gouvernements fédéral et provinciaux. Il ressort clairement de l’interaction des articles

in section 87 is restricted to taxation by non-Indian governments.

[52] This exemption is, however, said to be “subject to section 83”.

[53] The relevant parts of section 83 of the Act read as follows:

83. (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

...

(2) An expenditure made out of moneys raised pursuant to subsection (1) must be so made under the authority of a by-law of the council of the band.

(3) A by-law made under paragraph (1)(a) must provide an appeal procedure in respect of assessments made for the purposes of taxation under that paragraph.

(4) The Minister may approve the whole or a part only of a by-law made under subsection (1). [Emphasis added.]

[54] The purpose of paragraph 83(1)(a) of the Act, adopted in 1988 by what is known as the Kamloops Amendments,<sup>30</sup> was explained in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*<sup>31</sup> by Lamer C.J., writing for himself and Cory J. at paragraph 18:

... it is important that we not lose sight of Parliament’s objective in creating the new Indian taxation powers. The regime which came into force in 1988 is intended to facilitate the development of Aboriginal self-government by allowing bands to exercise the inherently governmental power of taxation on their reserves. Though this Court is not faced with the issue of Aboriginal self-government directly, the underlying purpose and functions of the Indian tax assessment scheme provide considerable guidance in applying the principles of administrative law to the statutory provisions at issue here. I will therefore employ a purposive and functional approach where appropriate in this ruling.

83 et 87 que l’exemption prévue par l’article 87 se limite aux taxes imposées par des gouvernements non-Indiens.

[52] Cette exemption est toutefois accordée expressément «sous réserve de l’article 83».

[53] Voici les dispositions pertinentes de l’article 83 de la Loi:

83. (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l’article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l’approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants:

a) sous réserve des paragraphes (2) et (3), l’imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d’occupation, de possession et d’usage;

[. . .]

(2) Toute dépense à faire sur les fonds prélevés en application du paragraphe (1) doit l’être sous l’autorité d’un règlement administratif pris par le conseil de la bande.

(3) Les règlements administratifs pris en application de l’alinéa (1)a) doivent prévoir la procédure de contestation de l’évaluation en matière de taxation.

(4) Le ministre peut approuver la totalité d’un règlement administratif visé au paragraphe (1) ou une partie seulement de celui-ci. [Non souligné dans l’original.]

[54] Le juge en chef Lamer a expliqué le but visé par l’alinéa 83(1)a) de la Loi, édicté en 1988 par ce qu’il est convenu d’appeler les modifications de Kamloops<sup>30</sup>, dans l’opinion qu’il a rédigée en son nom et au nom du juge Cory dans l’affaire *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*<sup>31</sup>, au paragraphe 18:

[. . .] il importe que nous ne perdions pas de vue l’objectif que visait le législateur fédéral lorsqu’il a investi les Indiens de leurs nouveaux pouvoirs de taxation. Le régime qui est entré en vigueur en 1988 est destiné à faciliter le développement de l’autonomie gouvernementale des autochtones en permettant aux bandes d’exercer sur leurs réserves le pouvoir proprement gouvernemental de taxation. Bien que notre Cour ne soit pas directement saisie de la question de l’autonomie gouvernementale des autochtones, les fonctions et l’objet sous-jacents du régime de taxation établi pour les Indiens nous sont d’un secours considérable en ce qui concerne l’application des principes de droit administratif aux dispositions législatives en cause. Je recour donc dans les présents motifs, chaque fois que cela est indiqué, à une démarche fonctionnelle qui tient compte de l’objet visé.

[55] At paragraph 43 [pages 33-34], he said:

Here, the evidence indicates that the purpose of the tax assessment scheme is to promote the interests of Aboriginal peoples and to further the aims of self-government. Although the scheme resembles the kind of tax assessment regime we see at the municipal level of government in Canada, it is more ambitious in what it sets out to achieve. The scheme seeks to provide governmental experience to Aboriginal bands, allowing them to develop the skills which they will need for self-government. [Emphasis added.]

[56] The Kamloops Amendments were again explained by Lamer C.J. in *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*:<sup>32</sup>

The stated purpose of the Kamloops Amendments is unequivocal. When introducing the new amendments to Parliament, the government made it clear that they were intended to clarify the status of surrendered lands and to draw lands surrendered for lease<sup>33</sup> into the definition of reserve, primarily for the purpose of taxation. At that time, the Parliamentary Secretary to the Minister of Indian Affairs and Northern Development made the following statement (*House of Commons Debates*, vol. XIII, 2nd sess., 33rd Parl., June 2, 1988, at pp. 16046-47):

There are two main purposes to this Bill: first, to clarify the legal status of Indian lands; second, to establish the legal foundation for property taxation by band councils . . . .

The Bill before us will establish that a surrender may take one of two forms—first, an absolute surrender for sale which would remove land completely of all Indian interests and take it out of reserve, which is extremely rare, and, second, a surrender for lease or some other restricted purpose, in which case the land remains part of the reserve. Setting aside part of a reserve for leasing is not a surrender, nor is it a release of the Indian interest in the land.

In order to facilitate and strengthen the distinction between these two types of surrender, land surrendered for lease would be termed “designated land” and the process of such non-absolute surrender would be termed “designation”. This terminology is obviously far superior to the word “surrender”, and the symbolic importance of this change is of great value.

As a result of these amendments Indian communities will be able to set land aside for development without fear of losing the Indian status of the land. The rights they obtain through the Indian Act will continue to apply, such

[55] Au paragraphe 43 [pages 33 et 34], il a précisé:

En l'espèce, la preuve révèle que le régime de taxation vise à mieux servir les intérêts des peuples autochtones et à favoriser la réalisation de leur autonomie gouvernementale. Malgré sa ressemblance avec le type de régime de taxation qui existe dans les municipalités canadiennes, le régime en cause est plus ambitieux du point de vue de ses objectifs. Il a pour objet de permettre aux bandes indiennes d'acquérir de l'expérience en matière gouvernementale et de développer les capacités nécessaires à leur autonomie gouvernementale. [Non souligné dans l'original.]

[56] Les modifications de Kamloops ont été expliquées à nouveau par le juge en chef Lamer dans *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*<sup>32</sup>:

L'objet déclaré des modifications de Kamloops ne laisse place à aucune équivoque. Lorsqu'il a présenté les nouvelles modifications au Parlement, le gouvernement a bien précisé que ces modifications visaient à clarifier le statut des terres cédées et à inclure les terres cédées aux fins de les donner à bail<sup>33</sup> dans la définition de réserve, principalement pour fins de taxation. À ce moment-là, le secrétaire parlementaire du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a fait la déclaration suivante (*Débats de la Chambre des communes*, vol. XIII, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 2 juin 1988, aux pp. 16046 et 16047):

Le projet de loi a deux buts principaux. D'abord préciser le statut juridique des terres indiennes; ensuite, fixer le cadre juridique permettant aux bandes de prélever des impôts fonciers . . . .

Aux termes du projet de loi à l'étude, deux formes de cession seront définies. Premièrement, la cession à titre absolu aux fins de la vente, qui signifie l'abandon de tout intérêt indien dans une terre et son retrait de la réserve, un cas extrêmement rare, et deuxièmement, la cession d'une terre aux fins de la donner à bail ou à une autre fin restreinte, auquel cas elle continue de faire partie de la réserve. La mise de côté d'une partie de la réserve aux fins de la donner à bail ne constitue pas une cession, ni un abandon de l'intérêt indien dans cette terre.

Pour faciliter et renforcer la distinction entre ces deux types de cession, on appellerait respectivement «terres désignées» et «désignation» les terres cédées aux fins de les donner à bail et le processus de cession non absolue de ces terres. Il s'agit d'un progrès certain dans les termes par rapport au terme «cession» et ce changement a une grande valeur symbolique.

Grâce à ces modifications, les collectivités indiennes pourront mettre de côté des terres pour qu'elles soient mises en valeur sans craindre qu'elles ne perdent le statut de terres indiennes. Les droits que leur confère la Loi sur

as voting rights in band elections, protection of cultural property, and the power to govern the land through by-laws.

The last point is very important. At present it is not at all clear in the Indian Act whether the word "reserve" includes surrendered land of any type. There is, therefore, a risk that when land is surrendered for lease it might cease to be defined as part of the reserve and the by-law powers of the band council could not govern the land. This is a totally unacceptable loss of Indian jurisdiction and control of Indian land. It would also mean a very serious vacuum of local jurisdiction over leased Indian land. This has taken place in many instances across Canada and is why the band at Kamloops requested the change. This situation cannot be permitted to continue.

One of the most important by-law powers that bands need is their power to tax use of the land. That brings me to the second purpose of these amendments, which is to establish clearly that band councils have the power to tax any interest or use of reserve lands in order to defray their costs as the government of that land. Such taxation power is obviously indispensable to any form of modern government. Some bands may not wish to use this power, but it must be there for bands which wish to exercise it. [Emphasis added.]

[57] I interpret paragraph 83(1)(a) of the Act when read in conjunction with section 87 as allowing the council of a band, with the approval of the Minister, to run counter to section 87 and to tax for local purposes land or interests in land in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve.

[58] This new power of bands, by its terms, encompasses the power to tax land and interests in land of both Indians and non-Indians situated in the reserve. Parliament has permitted band councils to do what Parliament and the legislatures of the provinces are prohibited from doing by the wording of section 87 of the Act, namely to tax Indian interests in reserve lands. While it may be against the honour of the Crown for Parliament and the provincial legislatures to tax Indian interests in reserves, certainly Parliament, as a sovereign legislature acting under class 24 of

les Indiens vont subsister, par exemple le droit de vote aux élections de bande, la protection de la propriété culturelle et le pouvoir de gouverner le territoire par voie de statuts administratifs.

Ce dernier point est très important. À l'heure actuelle, il n'est pas du tout clair que dans la Loi sur les Indiens le mot «réserve» comprenne les territoires cédés d'une façon ou d'une autre. Il y a donc danger qu'une terre cédée à bail cesse de faire partie de la réserve, et que les statuts administratifs pris par le conseil de bande y soient sans effet. Ce serait là une perte absolument inadmissible de la compétence indienne et de la maîtrise des Indiens sur leur territoire. Cela entraînerait par ailleurs une très grave carence administrative locale sur les terres indiennes cédées à bail. La chose s'est produite à maintes reprises en divers endroits du Canada et c'est la raison pour laquelle la bande de Kamloops a sollicité ces changements. Voilà une situation qui ne peut plus être tolérée.

Une des attributions les plus importantes que les bandes ont besoin d'exercer par voie de statuts administratifs, c'est la taxation de l'occupation du sol. Cela m'amène au deuxième but de ces modifications, qui est de bien préciser que les conseils de bande ont le pouvoir d'imposer le locataire ou l'utilisateur d'une partie du territoire de la réserve pour couvrir leurs dépenses d'administration de ce territoire. Il s'agit là d'une attribution fiscale qui est absolument indispensable aux pouvoirs publics modernes de tous les niveaux. Certaines bandes préféreront peut-être ne pas en faire usage, mais il faut qu'elle soit prévue à l'intention de celles qui désirent l'exercer. [Non souligné dans l'original.]

[57] J'interprète l'alinéa 83(1)a) de la Loi, lu conjointement avec l'article 87, comme permettant au conseil de bande, avec l'approbation du ministre, de déroger à l'article 87 et de taxer, à des fins locales, les terres et les droits sur les terres situées dans la réserve, y compris les droits d'occupation, de possession et d'usage d'une terre située dans la réserve.

[58] Ce nouveau pouvoir dont sont investies les bandes englobe, selon ses termes, le pouvoir de taxer les terres et les droits sur les terres situées dans la réserve des Indiens et des non-Indiens. Le législateur fédéral a permis aux conseils de bande de faire ce que le libellé de l'article 87 de la Loi interdit au Parlement et aux législatures des provinces, savoir taxer les droits des Indiens sur les terres de réserve. Bien que la taxation des droits des Indiens sur les réserves par le Parlement et par les législatures des provinces puisse porter atteinte à l'honneur de la Couronne, il

section 91 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], can allow Indians to tax Indian interests in Indian reserves.

[59] The Boothroyd Indian Band and the Boothroyd Indian Band Council claim that this cannot be so. Since the earliest Indian legislation, they argue, Indian people have enjoyed a tax exemption with respect to the use and occupation of their reserve land. They submit that the taxation powers under paragraph 83(1)(a) of the Act were never intended to mean that their use by band councils would deprive them of the tax exemption which Indians have always enjoyed. They submit that if Parliament had intended to impose on band councils the obligation to tax their members, if they were to use their taxing powers at all, this intention would have been clearly expressed. The proceedings of Parliament and the Senate, with respect to the 1988 amendments to the Act, show that it was the intention of Parliament to ensure that bands could tax non-Indian occupations of reserve land while preserving the tax exemption of bands and band members with respect to their interests in the reserve.

[60] The Indian Taxation Advisory Board submitted a similar argument. It suggests that nothing requires that bands who wish to enter the field of taxation under section 83 of the Act must give up the tax exemption enacted by Parliament in section 87. Section 83, it says, should be interpreted so as to uphold the honour of the Crown in this regard.

[61] Chief Jules of the Kamloops Indian Band, who is the Chairman of the Indian Taxation Advisory Board, stated, in an affidavit, that consultations were held with First Nations prior to the introduction in the House of the Kamloops Amendments. Concerns were

est certain que le Parlement peut, en sa qualité de législature souveraine agissant sous le régime de la catégorie 24 de l'article 91 de 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]], permettre aux Indiens de taxer les droits des Indiens sur les réserves indiennes.

[59] La bande indienne de Boothroyd et le Conseil de la bande indienne de Boothroyd affirment qu'il ne peut en être ainsi. Depuis les toutes premières dispositions législatives régissant les Indiens, disent-ils, le peuple indien bénéficie d'une exemption de taxes relativement à l'usage et à l'occupation de ses terres de réserve. Ils soutiennent que les pouvoirs de taxation conférés par l'alinéa 83(1)a) de la Loi n'ont jamais visé à avoir pour conséquence que l'exercice de ces pouvoirs par les conseils de bande les prive de l'exemption de taxes dont les Indiens ont toujours bénéficié. Ils affirment que, si le Parlement avait eu l'intention d'imposer aux conseils de bande l'obligation de taxer leurs membres, s'ils décidaient d'exercer leurs pouvoirs de taxation, il l'aurait clairement exprimé. Les débats du Parlement et du Sénat sur les modifications apportées à la Loi en 1988 démontrent que le Parlement avait l'intention de s'assurer que les bandes puissent taxer l'occupation des terres de réserve par les non-Indiens, tout en préservant l'exemption de taxes accordée aux bandes et à leurs membres relativement à leurs droits sur la réserve.

[60] La Commission consultative de la fiscalité indienne a présenté un argument similaire. Elle fait valoir que rien ne commande que les bandes qui désirent commencer à imposer des taxes en vertu de l'article 83 de la Loi doivent renoncer à l'exemption de taxes édictée par le Parlement dans l'article 87. Elle affirme que l'article 83 doit être interprété de façon à ne pas porter atteinte à l'honneur de la Couronne à cet égard.

[61] Le chef Jules de la bande indienne de Kamloops, qui préside la Commission consultative de la fiscalité indienne, a déclaré, dans son affidavit, que des consultations ont été tenues auprès des premières nations avant le dépôt des modifications de Kamloops

expressed frequently about whether the proposed changes meant that bands would be required to tax their own members. They received legal advice from government authorities that they would not have to do this. They were told that if the taxation by-laws were properly drafted, the exemption contained in section 87 of the Act could be incorporated into by-laws enacted under section 83 of the Act. Based on discussions with the office of the Minister of Indian Affairs and Northern Development, Chief Jules says he then assured the First Nations with whom he spoke that they would not be required, in enacting taxation by-laws, to tax their own members. Moreover, he said, the Minister of Indian Affairs and Northern Development, in a letter attached to a publication entitled "Proposed Amendments to the Indian Act", issued on August 31, 1987, indicated to the chiefs and council members that the effect of the proposed amendments "will not involve any unintentional or additional loss of Indian rights or powers". Chief Jules added that he testified to that effect before the Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. He said:

One of the notions that has worried many of the Indian chiefs is: Does this mean that I will have to begin to tax my own membership? Of course, the right for taxation exemption is a struggle that Indian people have undertaken, and it has been an historical position of Parliament to exempt Indian people. Indian chiefs were worried that this might mean they would have to start taxing all of their membership. Section 87 of the Indian Act gives a personal property exemption from taxation. Therefore, a band only has to incorporate an exemption, which Parliament has already given bands and individuals, as part of their bylaw. In that way they would not tax their own membership.

[62] Paragraph 83(1)(a) of the Act, as I see it, does not reflect Chief Jules' expectations. Section 87 is a limit on the powers of Parliament and the legislatures of the provinces. It declares certain Indian interests exempt from taxation, notwithstanding what the acts of those legislative bodies may say. Section 87 is essentially a protective measure in favour of Indians.

devant la Chambre. Des inquiétudes ont été maintes fois exprimées quant au fait que les changements proposés obligerait les bandes à taxer leurs propres membres. Les autorités gouvernementales ont émis un avis juridique affirmant que les bandes ne seraient pas assujetties à pareille obligation. On leur a dit que, si les règlements administratifs étaient bien rédigés, l'exemption prévue par l'article 87 de la Loi pourrait être incorporée dans les règlements administratifs pris en application de l'article 83 de la Loi. Le chef Jules a affirmé s'être fondé sur ses discussions avec le bureau du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien pour assurer aux Premières Nations auxquelles il a parlé qu'elles ne seraient pas tenues de taxer leurs membres, si elles prenaient des règlements administratifs imposant des taxes. De plus, dit-il, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien avait indiqué aux chefs et aux membres des conseils, dans une lettre jointe à une publication intitulée «Proposed Amendments to the Indian Act», du 31 août 1987, que les modifications proposées n'emporteraient [TRADUCTION] «aucune perte involontaire ou additionnelle de droits ou de pouvoirs pour les Indiens». Le chef Jules a ajouté qu'il avait témoigné sur ce point devant le Comité sénatorial des Affaires juridiques et constitutionnelles. Il a affirmé:

[TRADUCTION] L'une des notions qui préoccupent beaucoup de chefs indiens est celle-ci: Cela signifie-t-il que je devrai commencer à taxer mes propres membres? Bien sûr, le droit à l'exemption de taxes est un combat que le peuple indien a entrepris et, historiquement, le Parlement a toujours exempté les Indiens. Les chefs indiens s'inquiétaient de fait que cela pourrait signifier qu'ils pourraient être tenus de taxer tous leurs membres. L'article 87 de la Loi sur les Indiens exempte les biens meubles de la taxation. Par conséquent, une bande n'a qu'à incorporer une exemption, que le Parlement a déjà accordée aux bandes et aux Indiens individuellement, dans son règlement administratif. De cette façon, les bandes ne taxeraient pas leurs membres.

[62] L'alinéa 83(1)a) de la Loi, tel que je le perçois, ne correspond pas aux attentes du chef Jules. L'article 87 fixe une limite aux pouvoirs du Parlement et des législatures des provinces. Il déclare certains droits des Indiens exempts de taxation, malgré ce que peuvent prévoir les lois édictées par ces autorités législatives. L'article 87 constitue essentiellement une mesure de protection en faveur des Indiens.

[63] By contrast, paragraph 83(1)(a) of the Act is an empowering provision, albeit a limited one. It gives band councils the power to tax interests in the reserve. There are no words in paragraph 83(1)(a) of the Act which guarantee to Indians that they will not be taxed by their band councils.

[64] If the legislative intent was to reflect, in paragraph 83(1)(a) of the Act, the principle embodied in section 87, Parliament could only have done this by protecting Indian interests in the reserve from taxation by band councils. Such an intent is not to be found in paragraph 83(1)(a) of the Act, as drafted, neither in the express words, nor by necessary implication. Section 87 is “subject to section 83”. One does not find, in section 87 nor in paragraph 83(1)(a) of the Act, that, notwithstanding taxation by-laws adopted by band councils, interests of Indians in the reserve remain exempt from taxation.

[65] No liberal or generous interpretation of paragraph 83(1)(a) of the Act is possible. The spirit of section 87 is simply not there. What paragraph 83(1)(a) does is to empower band councils to tax all interests in the reserve, whether they are Indian or non-Indian interests. Paragraph 83(1)(a) does not exempt Indian interests from the taxing power of band councils, as section 87 does with regard to acts of Parliament and the provincial legislatures.

[66] Moreover, to read paragraph 83(1)(a) of the Act as if it were to leave this historical exemption of Indians from taxation at the discretion of the band councils, for them to apply, as the appellants submit, runs counter to another fundamental principle of law which is found in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc. et al.*<sup>34</sup> where Beetz J., for the Court, stated:<sup>35</sup>

The rule that the power to make by-laws does not include that of enacting discriminatory provisions unless the enabling legislation provides the contrary has been observed from time immemorial in British and Canadian public law.

[63] Par contre, l’alinéa 83(1)a) de la Loi est une disposition attributive de pouvoirs, même si sa portée est limitée. Elle confère aux conseils de bande le pouvoir de taxer les droits situés dans la réserve. Aucun des termes utilisés dans l’alinéa 83(1)a) de la Loi ne garantit aux Indiens qu’ils ne seront pas taxés par leurs conseils de bande.

[64] Si l’intention du législateur était de reprendre, dans l’alinéa 83(1)a) de la Loi, le principe énoncé dans l’article 87, le Parlement n’aurait pu y parvenir qu’en mettant les droits des Indiens sur les réserves à l’abri de la taxation par les conseils de bande. Cette intention n’est pas exprimée dans l’alinéa 83(1)a) de la Loi tel qu’il est libellé, que ce soit en des termes exprès ou par déduction nécessaire. L’article 87 s’applique «sous réserve de l’article 83». Rien n’indique, dans l’article 87 ni dans l’alinéa 83(1)a) de la Loi, que les droits des Indiens sur la réserve demeurent exemptés de taxes malgré les règlements administratifs imposant des taxes pris par les conseils de bande.

[65] Aucune interprétation libérale ou généreuse de l’alinéa 83(1)a) de la Loi n’est possible. L’esprit de l’article 87 ne s’y retrouve tout simplement pas. L’effet de l’alinéa 83(1)a) consiste à donner aux conseils de bande le pouvoir de taxer tous les droits situés dans la réserve, qu’ils appartiennent à des Indiens ou à des non-Indiens. L’alinéa 83(1)a) ne soustrait pas les droits des Indiens au pouvoir de taxation des conseils de bande, comme le fait l’article 87 à l’égard des lois fédérales et provinciales.

[66] Qui plus est, interpréter l’alinéa 83(1)a) de la Loi comme prévoyant que l’exemption de taxes accordée historiquement aux Indiens relève du pouvoir discrétionnaire des conseils de bande, qui pourraient l’appliquer, comme le prétendent les appelants, irait à l’encontre d’un autre principe juridique fondamental énoncé par le juge Beetz, au nom de la Cour, dans l’affaire *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc. et autres*<sup>34</sup>, où il a déclaré<sup>35</sup>:

La règle selon laquelle le pouvoir de faire des règlements ne comporte pas celui d’édicter des dispositions discriminatoires à moins que les textes législatifs habilitants ne prescrivent le contraire a été observée de temps immémorial en droit public anglais et canadien.

[67] Beetz J. reviewed the British and Canadian authorities in support of this proposition. He cited, in particular, the following extract of Louis-Philippe Pigeon in *Rédaction et interprétation des lois*, 1978, at page 34:<sup>36</sup>

[TRANSLATION]

Another important observation has to be made regarding the regulatory power. It is the following: the power to make regulations does not include a power to adopt discriminatory provisions. In other words, unless the legislation authorizing it states the contrary a regulation must apply to everyone in the same way. If the intent is to make a distinction, this must be stated. One of the interesting decisions on this point is *Rex v. Paulowich*, [1940] 1 W.W.R. 537; and there are many others. [My emphasis.]

[68] Later in his judgment, he elaborated further:<sup>37</sup>

It must be held that, in the absence of express provisions to the contrary or implicit delegation by necessary inference, the sovereign legislator has reserved to itself the important power of limiting the rights and freedoms of individuals in accordance with such fine distinctions. The principle transcends the limits of administrative and municipal law. It is a principle of fundamental freedom.

[69] In *R. v. Sharma*,<sup>38</sup> Iacobucci J., for the Court, referred again to the decision of *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc. et al.* and said:

In that case, the Court held that the power to pass municipal by-laws does not entail that of enacting discriminatory provisions (*i.e.*, of drawing a distinction) unless in effect the enabling legislation authorizes such discriminatory treatment. See also Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. 1971), at pp. 406.3-406.4:

It is a fundamental principle of municipal law that by-laws must affect equally all those who come within the ambit of the enabling enactment. Municipal legislation must be impartial in its operation and must not discriminate so as to show favouritism to one or more classes of citizens. Any by-law violating this principle so that all the inhabitants are not placed in the same position regarding matters affected by it is illegal.

The general principle does not apply where the enabling statute clearly specifies that certain persons or things may be excepted from its operation or expressly authorizes

[67] Le juge Beetz a passé en revue les sources britanniques et canadiennes à l'appui de cette proposition. Il a cité notamment l'extrait suivant de l'ouvrage de Louis-Philippe Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois*, 1978, à la page 34<sup>36</sup>:

Il est une autre observation importante à faire sur la question du pouvoir de réglementation. C'est la suivante: le pouvoir de faire des règlements ne permet pas d'établir des dispositions discriminatoires. Autrement dit, un règlement doit, à moins que le texte qui l'autorise dise le contraire, s'appliquer à tout le monde de la même façon. Si l'on veut pouvoir faire des distinctions, il faut le dire. Une des décisions intéressantes sur ce point, c'est *Rex v. Paulowich*, [1940] 1 W.W.R. 537. Il y en a quantité d'autres. [Non souligné dans l'original.]

[68] Plus loin, dans son jugement, il a étoffé ce principe<sup>37</sup>:

Il faut tenir qu'à moins de dispositions explicites au contraire ou de délégation implicite faite par voie d'inférence nécessaire, le législateur souverain s'est réservé à lui-même le pouvoir important de restreindre les droits et libertés des citoyens en fonction de distinctions aussi délicates. Le principe transcende les cadres du droit administratif et du droit municipal. C'est un principe de liberté fondamentale.

[69] Dans l'arrêt *R. c. Sharma*<sup>38</sup>, le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour, s'est reporté à l'arrêt *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc. et autres*. Il a dit:

Dans cet arrêt, la Cour a statué que le pouvoir d'adopter des règlements municipaux n'emportait pas celui d'édicter des dispositions discriminatoires (*c.-à-d.* d'établir une distinction) à moins que la loi habilitante ne permette effectivement un tel traitement discriminatoire. Voir également Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2<sup>e</sup> éd. 1971), aux pp. 406.3 et 406.4:

[TRADUCTION] C'est un principe fondamental en droit municipal que les règlements doivent toucher également tous ceux qui sont visés par le texte habilitant. Le règlement municipal doit être impartial dans son application et ne doit pas faire de distinction de manière à montrer un certain favoritisme envers une ou plusieurs catégories de citoyens. Tout règlement qui viole ce principe de telle sorte que les citoyens ne se trouvent pas tous dans la même situation en ce qui concerne les questions qu'il touche est illégal.

Ce principe général ne s'applique pas lorsque la loi habilitante précise clairement que certaines personnes ou choses peuvent être soustraites à son application ou

some form of discrimination.

The rule against discriminatory by-laws is an outgrowth of the principle that, as statutory bodies, municipalities “may exercise only those powers expressly conferred by statute, those powers necessarily or fairly implied by the expressed power in the statute, and those indispensable powers essential and not merely convenient to the effectuation of the purposes of the corporation” (Makuch, *Canadian Municipal and Planning Law* (1983), at p. 115). [Emphasis added.]

[70] The appellants claim, however, that both *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc. et al.* and *R. v. Sharma* dealt with municipal powers. Band councils, they submit, are not municipalities.

[71] The Boothroyd Indian Band and the Boothroyd Indian Band Council argue that, unlike a municipality, the band is not a creature of statute. First Nations existed and exercised powers of self-government. They cite in support the cases of *R. v. Sioui*;<sup>39</sup> *Cook’s Ferry Band. (Members of) v. Cook’s Ferry Band*;<sup>40</sup> and *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*.<sup>41</sup>

[72] There is no question that Indians and Indian bands have a long history of special relationship with the Crown. The case of *R. v. Sioui* illustrates well the capacity of the Hurons to sign a treaty with the British Crown in 1760, three years before New France itself was ceded to the British Crown. But, at one point in history, self-government for the Indians and the Indian bands meant self-government within Canada.

[73] The precise legal nature of an Indian band remains unclear. In *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al. Re*,<sup>42</sup> the Saskatchewan Court of Appeal made the following statements:

As *municipal councils* are “creatures” of the Legislatures of the Provinces, so *Indian band councils* are the “creatures” of the Parliament of Canada . . . .

permet expressément une certaine forme de discrimination.

La règle interdisant les règlements discriminatoires est une excroissance du principe selon lequel, en tant qu’organismes créés par la loi, les municipalités [TRADUCTION] «peuvent exercer seulement les pouvoirs qui leur sont conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment du pouvoir explicite conféré dans la loi, et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l’organisme» (Makuch, *Canadian Municipal and Planning Law* (1983), à la p. 115). [Non souligné dans l’original.]

[70] Les appelants font toutefois valoir que les arrêts *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc. et autres* et *R. c. Sharma* portent sur les pouvoirs des municipalités. Ils soulignent que les conseils de bande ne sont pas des municipalités.

[71] La bande indienne de Boothroyd et le Conseil de la bande indienne de Boothroyd affirment que, contrairement à une municipalité, la bande n’est pas une création de la loi. Les Premières Nations existaient et exerçaient leur autonomie gouvernementale. Ils citent à l’appui les décisions *R. c. Sioui*;<sup>39</sup>; *Bande de Cook’s Ferry (Membres de la) c. Bande de Cook’s Ferry*;<sup>40</sup>; et *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*.<sup>41</sup>

[72] Il est incontestable que les Indiens et les bandes indiennes entretiennent depuis longtemps des rapports particuliers avec la Couronne. L’affaire *R. c. Sioui* illustre bien la capacité des Hurons de signer un traité avec la Couronne britannique en 1760, trois ans avant que la Nouvelle-France soit elle-même cédée à la Couronne britannique. Mais, à un certain moment dans l’histoire, l’autonomie gouvernementale des Indiens et des bandes indiennes a dû s’exercer à l’intérieur du Canada.

[73] La nature juridique précise d’une bande indienne demeure obscure. Dans l’arrêt *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al. Re*<sup>42</sup>, la Cour d’appel de la Saskatchewan a tenu les propos qui suivent:

[TRADUCTION] Tout comme les *conseils municipaux* sont des «créations» des législatures provinciales, les *conseils de bandes indiennes* sont des «créations» du Parlement du Canada. [. . .]

More specifically s. 81 . . . of the Act clothes Indian band councils with such powers and duties in relation to an Indian reserve and its inhabitants are usually associated with a rural municipality and its council . . . Hence a band council exercises—by way of delegation from Parliament—these and other municipal and governmental powers in relation to the reserve . . . .

. . .

In summary, an Indian band council is an elected public authority, dependent on Parliament for its existence, powers and responsibilities, whose essential function is to exercise municipal and government power—delegated to it by Parliament—in relation to the Indian reserve . . . .

[74] The Quebec Court of Appeal in *Re Stacey and Montour and the Queen*<sup>43</sup> referred to them also as municipalities.

[75] I am reminded, however, of Lamer C.J.'s statement (with which Cory J. agreed) in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*:<sup>44</sup>

Although the scheme resembles the kind of tax assessment regime we see at the municipal level of government in Canada, it is more ambitious in what it sets out to achieve. The scheme seeks to provide governmental experience to Aboriginal bands, allowing them to develop the skills which they will need for self-government.

[76] I am of the view that band councils are a *sui generis* type of subordinate statutory bodies. As such, I fail to see, however, how they could escape the principles of administrative law which govern subordinate statutory bodies.

[77] There is no express provision in paragraph 83(1)(a) of the Act allowing the kind of discrimination which is prohibited under the rules of administrative law. I see no necessary inference which would support the proposition that band councils have, by necessary implication, the power to discriminate between Indians and others in respect of the imposition of taxes. My earlier analysis with regard to section 87 precludes any conclusion to that effect. The spirit of section 87 is contradicted by the very terms of paragraph 83(1)(a).

Plus particulièrement, l'art. 81 [. . .] de la Loi attribue aux conseils de bandes indiennes les pouvoirs et obligations à l'égard des réserves indiennes et de leurs habitants qui sont habituellement associés à une municipalité rurale et à son conseil. [. . .] Le conseil de bande exerce donc—parce que le Parlement les lui a délégués—des pouvoirs municipaux et gouvernementaux, et notamment ceux-ci, à l'égard de la réserve. [. . .]

[. . .]

En résumé, un conseil de bande indienne est une autorité publique élue, dont l'existence, les pouvoirs et les responsabilités dépendent du Parlement, et dont la fonction essentielle consiste à exercer le pouvoir municipal et gouvernemental—que lui a délégué le Parlement—relativement à la réserve indienne. [. . .]

[74] La Cour d'appel du Québec a également considéré les conseils de bande comme des municipalités dans *Re Stacey and Montour and The Queen*<sup>43</sup>.

[75] On me remémore toutefois les propos tenus par le juge en chef Lamer (auxquels a souscrit le juge Cory) dans *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*<sup>44</sup>:

Malgré sa ressemblance avec le type de régime de taxation qui existe dans les municipalités canadiennes, le régime en cause est plus ambitieux du point de vue de ses objectifs. Il a pour objet de permettre aux bandes indiennes d'acquérir de l'expérience en matière gouvernementale et de développer les capacités nécessaires à leur autonomie gouvernementale.

[76] Je suis d'avis que les conseils de bande constituent des organismes d'origine législative subordonnés qui sont *sui generis*. En cette qualité, je ne vois pas comment ils pourraient se soustraire aux principes de droit administratif régissant les organismes d'origine législative subordonnés.

[77] Aucune disposition expresse de l'alinéa 83(1)a) de la Loi ne permet le type de discrimination interdite par les règles de droit administratif. Aucune inférence nécessaire n'appuie selon moi la prétention que les conseils de bande ont, par déduction nécessaire, le pouvoir d'établir une distinction entre les Indiens et les autres personnes relativement à l'imposition de taxes. L'analyse que j'ai déjà effectuée relativement à l'article 87 exclut toute conclusion à cet effet. Le libellé même de l'alinéa 83(1)a) va à l'encontre de l'esprit de l'article 87.

[78] The appeal procedure, which is required under subsection 83(3) of the Act, is in no way an indication that such inference may be made since it is found commonly in municipal by-laws, and does not neutralize the application of the rule in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc. et al.* and *R. v. Sharma*. Nor can the Minister, under subsection 83(4), be the guardian of such a fundamental principle of administrative law as the one found in *Arcade Amusements* and *Sharma*.

[79] The Little Shuswap Indian Band and The Little Shuswap Indian Band Council have submitted that, before the 1988 amendments, municipalities taxed non-Indian leasehold properties in designated lands in order to raise monies to compensate for the services they provided to the holders of those properties. When the bands began to assume their taxing authority after 1988 in these designated lands,<sup>45</sup> those services, as a general rule, were still provided by the municipality. The bands then sought to ensure the continuity of those services by negotiating contracts with the municipalities in question. Indian bands, on the other hand, provided municipal-like services to their members, and still do.

[80] The Motions Judge severed from the taxation by-laws those provisions which exempt band members and bands from taxation. The effect of his decision, say The Little Shuswap Indian Band and The Little Shuswap Indian Band Council, was to impose, upon band members and bands, taxes for services they do not receive. The only parties enjoying such services are the holders of designated lands. If his ruling is upheld, they say, Indian bands will assess Indian interests, which have no real market value, to pay for municipal services Indians do not receive (or that they provide to themselves or pay for by some other means) so as to be able to tax those who, in fact, receive such services. This, in their view, indicates the ludicrous situation created by the Motions Judge's ruling. In their oral submissions, they did not deny, on the other hand, that non-Indian property interests may serve to pay for services exclusively enjoyed by the

[78] La procédure d'appel, exigée par le paragraphe 83(3) de la Loi n'indique aucunement qu'une telle inférence peut être faite, car il en existe souvent de semblables en droit municipal et elles ne neutralisent pas l'application de la règle énoncée dans les arrêts *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc. et autres* et *R. c. Sharma*. Le ministre ne peut pas non plus, en vertu du paragraphe 83(4), agir à titre de gardien d'un principe aussi fondamental du droit administratif que celui établi dans *Arcade Amusements* et *Sharma*.

[79] La bande indienne de Little Shuswap et le Conseil de la bande indienne de Little Shuswap ont fait valoir qu'avant les modifications de 1988, les municipalités taxaient les biens à bail des non-Indiens situés sur des terres désignées, afin de recueillir des fonds à titre d'indemnité pour les services qu'elles fournissaient aux détenteurs de ces biens. Lorsque les bandes ont commencé à exercer leur pouvoir de taxation sur ces terres désignées<sup>45</sup>, après 1988, ces services étaient, en général, encore fournis par la municipalité. Les bandes ont ensuite tenté d'en assurer la continuité en négociant des contrats avec les municipalités en cause. Par ailleurs, les bandes indiennes fournissaient et continuent de fournir à leurs membres les services de la nature de ceux que fournissent les municipalités.

[80] Le juge responsable des requêtes a soustrait des règlements administratifs de taxation les dispositions qui exemptent les membres et les bandes de la taxation. Selon la bande indienne de Little Shuswap et le Conseil de la bande indienne de Little Shuswap, cette décision a eu pour effet d'imposer des taxes aux bandes et à leurs membres relativement à des services qu'ils ne reçoivent pas. Les seules parties à bénéficier de ces services sont les détenteurs des terres désignées. Si cette décision est confirmée, disent-ils, les bandes indiennes évalueront les droits des Indiens, qui n'ont pas de véritable valeur marchande, aux fins du paiement de services municipaux que les Indiens ne reçoivent pas (ou qu'ils se fournissent à eux-mêmes ou paient d'une autre façon) pour permettre que ceux qui bénéficient effectivement de ces services puissent être taxés. Cela fait ressortir, selon eux, le ridicule de la situation créée par la décision du juge responsable

Indian community in the reserve.

[81] We have, on record, no evidence concerning the real market value of Indian interests. Be that as it may, municipalities counter low real estate value with a balanced rate system, not with a taxation exemption based on race or ethnic origin.

[82] The Little Shuswap Indian Band and the Little Shuswap Indian Band Council's submission is a strong indicator, however, that the by-laws cannot be severed blindly. We were given no indication as to how the rating system applies in the impugned by-laws. These by-laws must, therefore, be thought anew in their entirety. Had the band councils known that parts of the by-laws were invalid, they may have structured them differently.<sup>46</sup>

[83] In conclusion, I find no express provision or implicit delegation by necessary inference which would authorize the discrimination reflected in the appellant's taxation by-laws. I conclude that these by-laws are invalid because they run contrary to a principle of fundamental freedom which is also a fundamental principle of administrative law. These by-laws are invalid *in toto* since it cannot be assumed that they would have been adopted had it been known that certain portions of them were invalid.

[84] I would dismiss these appeals with costs provided, however, that only one set of costs be awarded for the hearing.

\* \* \*

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

ROBERTSON J.A. (*dissenting*):

des requêtes. Dans leur plaidoirie orale, ils n'ont pas nié, par contre, que des droits fonciers des non-Indiens peuvent servir à financer des services fournis exclusivement à la collectivité indienne sur la réserve.

[81] Le dossier ne renferme aucun élément de preuve concernant la valeur marchande des droits des Indiens. Quoi qu'il en soit, les municipalités pallient à la faible valeur des biens immeubles en utilisant un système d'imposition équilibré, et non en accordant une exemption de taxes fondée sur la race ou l'origine ethnique.

[82] Les observations de la bande indienne de Little Shuswap et du Conseil de la bande indienne de Little Shuswap révèlent de façon frappante qu'il ne faut pas retrancher à l'aveuglette des éléments des règlements administratifs. On ne nous a fourni aucun renseignement sur la façon dont le système d'imposition établi par les règlements administratifs en cause s'applique. Ces règlements administratifs doivent, par conséquent, être repensés en entier. Si les conseils de bande avaient su que certaines parties de leurs règlements administratifs étaient invalides, ils les auraient structurés différemment<sup>46</sup>.

[83] En conclusion, j'estime qu'on ne peut conclure à l'existence d'aucune disposition expresse ni délégation implicite par inférence nécessaire qui autoriserait la discrimination établie par les règlements administratifs des appelants. Je conclus que ces règlements administratifs sont invalides parce qu'ils vont à l'encontre d'un principe fondamental du droit administratif. Ces règlements sont invalides en entier, car on ne peut présumer qu'ils auraient été adoptés si les conseils de bande avaient su que certaines de leurs dispositions étaient invalides.

[84] Je rejetterais les appels avec dépens, étant entendu qu'un seul mémoire de frais doit être adjugé relativement à l'audition.

\* \* \*

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*dissident*):

## I. INTRODUCTION

[85] Section 83 of the *Indian Act* seeks to promote native self-government by authorizing band councils to enact taxation by-laws and issue property assessment notices in respect of land “in the reserve”. These appeals stem from notices of assessment issued to the respondents, Canadian Pacific and Unitel Communications, under by-laws enacted by the appellant band councils. Canadian Pacific holds title to several rights-of-way traversing the appellants’ reserves, all of which are situated in British Columbia. Unitel is drawn into the legal controversy because its fibre-optic cables are buried under the right-of-way crossing the Matsqui reserve. In response to the notices of assessment, judicial review was sought on the ground that both the notices and taxation by-laws are invalid. With respect to the validity of the notices, the respondents maintain that Canadian Pacific acquired “fee simple” title to each right-of-way and, therefore, the lands are not “in the reserve”. With respect to the taxation by-laws, the respondents argue invalidity on the ground of unauthorized discrimination. The spectre of discrimination arises because all of the impugned by-laws provide that only the property interests of non-Indians on reserve lands are subject to taxation.

[86] The Motions Judge held that the lands in issue were not “in the reserve”, as Canadian Pacific had obtained a “fee simple determinable” to each right-of-way. He also held that the tax exemption accorded reserve lands occupied by band members amounted to unauthorized discrimination. Accordingly, the judicial review applications were allowed. The five appellants seek to have those orders set aside.

[87] In the reasons that follow, I respectfully conclude that Canadian Pacific could not have validly acquired fee simple title to the rights-of-way. At best, it acquired a statutory easement or licence.

## I. INTRODUCTION

[85] L’article 83 de la *Loi sur les Indiens* vise à favoriser l’autonomie gouvernementale des Autochtones en autorisant les conseils de bande à prendre des règlements administratifs imposant des taxes et à délivrer des avis d’évaluation concernant les immeubles «situés dans la réserve». Les appels font suite à la délivrance d’avis d’évaluation aux intimées, Canadien Pacifique et Unitel Communications, en vertu de règlements administratifs pris par les conseils de bande appelants. Canadien Pacifique est propriétaire de plusieurs droits de passage qui traversent les réserves des appelants, toutes situées en Colombie-Britannique. Unitel est mêlée à cette controverse juridique parce que ses câbles à fibres optiques sont enfouis sous le droit de passage qui traverse la réserve de Matsqui. À la suite des avis d’évaluation, les intimées ont introduit des demandes de contrôle judiciaire en plaidant l’invalidité des avis d’évaluation et des règlements administratifs imposant les taxes. En ce qui a trait à la validité des avis, les intimées soutiennent que Canadien Pacifique a acquis le titre en «fief simple» sur chacun des droits de passage et, par conséquent, que ces terres ne sont pas «situées dans la réserve». Pour ce qui est des règlements administratifs imposant les taxes, les intimées font valoir qu’ils sont invalides parce qu’ils établissent une distinction illicite. La question de la discrimination est soulevée parce que tous les règlements administratifs contestés prévoient que seuls les droits des non-Indiens sur un immeuble situé sur les terres de réserve sont assujettis à la taxe.

[86] Le juge responsable des requêtes a statué que les terres en cause n’étaient pas «situées dans la réserve», car Canadien Pacifique avait obtenu un «fief simple extinguable» relativement à chaque droit de passage. Il a aussi statué que l’exemption de taxe applicable aux terres de réserve occupées par des membres de la bande constituait une distinction illicite. En conséquence, les demandes de contrôle judiciaire ont été accueillies. Les cinq appelants sollicitent l’annulation de ces ordonnances.

[87] Dans les motifs qui suivent, je conclus que Canadien Pacifique ne pouvait valablement acquérir le titre en fief simple sur les droits de passage. L’intimée a acquis, tout au plus, une servitude légale ou une

Consequently, the lands in question are “in the reserve”, as that term is defined by the *Indian Act* and, therefore, the notices of assessment are valid. I am also of the respectful view that the by-laws are not *ultra vires* on the ground of unauthorized discrimination and, therefore, they are valid. Thus, the appeals must be allowed.

[88] Though the issues and my conclusions are facile to state, I do not wish to minimize the importance of these appeals in so far as they raise fundamental and difficult questions about the nature of statutory protection for reserve lands. Equally important are the concept of native self-government, which section 83 of the *Indian Act* seeks to promote through the aegis of taxation by-laws,<sup>47</sup> and the historic reasons which warrant an exception to the common law rule prohibiting the enactment of discriminatory by-laws. Absent that historical framework, it would be unjust for this Court to sanction a quasi-legislative scheme in which only non-Indians are subject to taxation on reserve lands.

[89] Finally, it must be acknowledged that the success of these appeals turns on the interpretation of a statute of great historical and political significance, namely, *An Act respecting the Canadian Pacific Railway Act* of 1881 (the CPR Act).<sup>48</sup> On the basis of that legislation, Canadian Pacific seeks to repudiate the appellants’ principal legal argument; namely, that the Crown lacked the authority under both the *Railway Act* and the *Indian Act* to grant Canadian Pacific fee simple title to each of the rights-of-way, irrespective of what the conveyancing documents purport to convey. Canadian Pacific asserts that the CPR Act supercedes both pieces of legislation so as to effectively extinguish Aboriginal title with respect to the rights-of-way traversing reserve lands.

## II. THE LITIGATION

[90] In total, eight judicial review applications were initiated in the Federal Court, challenging the notices of assessment issued under by-laws adopted in accordance with the requirements of the *Indian Act*.<sup>49</sup> Six applications were heard by the Motions Judge. Follow-

permission. Par conséquent, les terres en cause sont «situées dans la réserve», au sens de la *Loi sur les Indiens* et, partant, les avis d’évaluation sont valides. Je suis aussi d’avis que les règlements administratifs ne sont pas *ultra vires* pour cause de distinction illicite et qu’ils sont donc valides. En conséquence, les appels doivent être accueillis.

[88] Bien que les questions en litige et mes conclusions soient faciles à énoncer, je ne voudrais pas minimiser l’importance de ces appels en ce qu’ils soulèvent des questions fondamentales et épineuses concernant la nature de la protection légale dont bénéficient les terres de réserve. Le concept de l’autonomie gouvernementale des Autochtones, que l’article 83 de la *Loi sur les Indiens* vise à favoriser en permettant la prise de règlements administratifs imposant des taxes<sup>47</sup>, et les raisons historiques qui justifient une exception à la règle de common law interdisant les règlements administratifs discriminatoires sont tout aussi importants. En l’absence de ce cadre historique, il serait injuste que la Cour sanctionne un régime quasi législatif qui assujettit uniquement les non-Indiens aux taxes sur les terres de réserve.

[89] Enfin, il faut reconnaître que l’issue des appels tient à l’interprétation d’une loi d’une grande importance sur les plans historique et politique, savoir l’*Acte concernant le chemin de fer Canadien du Pacifique* de 1881 (la Loi du CP)<sup>48</sup>. Canadien Pacifique s’appuie sur cette loi pour réfuter le principal argument juridique des appelants portant que la Couronne n’avait pas le pouvoir, en vertu ni de la législation sur les chemins de fer ni de la législation sur les Indiens, de transférer à Canadien Pacifique le titre en fief simple sur chacun des droits de passage, sans égard à la prétendue portée des actes de transfert. Canadien Pacifique affirme que la Loi du CP a préséance sur ces deux législations et qu’il éteint effectivement le titre ancestral sur les droits de passage qui traversent les terres de réserve.

## II. LE LITIGE

[90] Huit demandes de contrôle judiciaire ont été introduites au total devant la Cour fédérale pour contester les avis d’évaluation délivrés en vertu des règlements administratifs pris conformément à la *Loi sur les Indiens*<sup>49</sup>. Six demandes ont été entendues par

ing the release of his decision, the parties to the two remaining applications sought and obtained consent judgments in conformity with his ruling. Subsequently, all eight decisions were appealed to this Court. One appeal was abandoned. Two others were consolidated and decided by another panel of this Court in 1998.<sup>50</sup> However, in each of those appeals, the Canadian National Railway was the respondent, not Canadian Pacific. Other factual and substantive differences between the cases currently under appeal and the two decided in 1998 include the fact that the earlier appeals focussed on: (1) whether there had been a surrender by the Indian bands in question; (2) the applicability of section 35 of the *Indian Act*, or what is commonly referred to as the “taking” or “expropriation” provision; and (3) the wording of the relevant conveying documents. Because of these differences and because Canadian Pacific is relying on the CPR Act to establish fee simple title to its rights-of-way, it is common ground that the earlier appeals do not impact directly on those presently before us.

[91] Although Canadian Pacific was granted leave to submit one memorandum in respect of all five appeals, no order for consolidation was sought, presumably because of factual differences. Nevertheless, unless otherwise noted, I have assumed factual uniformity. This approach was adopted by counsel in the four days of oral argument before this Court. The submissions of the interveners focussed solely on the issue of discrimination because of its potential impact on Aboriginal self-government, which is important to all Indian bands and not just those whose taxation by-laws are currently under review.

### III. THE DECISION BELOW

[92] This is one instance where little is gained by analyzing the reasons for judgment rendered below.<sup>51</sup> I say this for two reasons. First, much of what was decided below is applicable only to the rights-of-ways occupied by Canadian National. That entity is not a

le juge responsable des requêtes. Après le prononcé de sa décision, les parties aux deux demandes restantes ont demandé et obtenu un jugement sur consentement conforme à cette décision. Par la suite, ces huit décisions ont été portées en appel devant la présente Cour. Il y a eu désistement d'un de ces appels. Deux autres ont été réunis et tranchés par une autre formation de la Cour en 1998<sup>50</sup>. Dans ces appels, l'intimée était la Compagnie des chemins de fer nationaux et non Canadien Pacifique. Parmi les autres différences de fait et de fond entre les affaires tranchées en 1998 et celles dont la Cour est maintenant saisie, notons que les premières portaient sur: 1) la question de savoir s'il y avait eu cession des terres par les bandes indiennes en cause; 2) l'applicabilité de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*, que l'on désigne couramment comme prévoyant la «prise» ou «l'expropriation» des terres; et 3) le libellé des actes de transfert pertinents. Compte tenu de ces différences, et du fait que Canadien Pacifique invoque la Loi du CP pour établir son titre en fief simple sur les droits de passage, il est bien établi que les appels déjà tranchés n'ont aucune incidence directe sur ceux que la Cour examine maintenant.

[91] Bien que Canadien Pacifique ait été autorisée à présenter un seul mémoire relativement aux cinq appels, aucune ordonnance prescrivant la réunion des instances n'a été demandée, probablement en raison de différences factuelles. J'ai toutefois tenu l'uniformité des faits pour acquise, sauf mention expresse. C'est de cette façon que les avocats ont abordé les dossiers lors des quatre jours d'audience devant la Cour. Les observations des intervenants n'ont porté que sur la question de la discrimination en raison de son incidence éventuelle sur l'autonomie gouvernementale des Autochtones, qui revêt de l'importance pour toutes les bandes indiennes et non exclusivement pour celles dont les règlements imposant des taxes sont actuellement soumis au contrôle de la Cour.

### III. LA DÉCISION DU TRIBUNAL D'INSTANCE INFÉRIEURE

[92] En l'espèce, il n'y a pas d'avantage notable à tirer d'une analyse des motifs du tribunal d'instance inférieure<sup>51</sup>, et ce pour deux raisons. Premièrement, la plus grande partie de la décision de première instance ne s'applique qu'aux droits de passage de la Compa-

party to the present appeals. Second, the issues before us are strikingly different than those advanced before the Motions Judge. Once Canadian Pacific invoked the provisions of the CPR Act as the basis for acquiring fee simple title to its rights-of-way, much of the Motions Judge's analysis became irrelevant. However, the finding that each of the letters patent issued to Canadian Pacific conveyed a fee simple determinable cannot be ignored and is, in my respectful view, in error.

#### IV. ISSUES

[93] All parties agree that there are two principal issues to be resolved: (1) whether the lands comprising the rights-of-way are "in the reserve" within the meaning of section 83 of the *Indian Act*; and (2) if so, whether the tax exemption accorded band members constitutes unauthorized discrimination, rendering each of the taxation by-laws invalid. The former issue requires an examination of such fundamental questions as: (1) the definition of reserve lands under the *Indian Act*; (2) the intention of Parliament in conveying railway lands to Canadian Pacific; and, most significantly; (3) whether the Crown had the requisite authority to convey fee simple title to Canadian Pacific. In essence, this Court is being called upon to determine the precise nature of the title conveyed through the intersection of the *Railway Act*, the *Indian Act* and the CPR Act.

#### V. ANALYSIS

##### A. Are the rights-of-way "in the reserve"?

###### (1) The definition of "reserve"

[94] Paragraph 83(1)(a) of the *Indian Act* sets out the requirement that only lands within a reserve are

gnie des chemins de fer nationaux. Cette entité n'est pas partie aux appels actuels. Deuxièmement, les questions que la Cour doit maintenant trancher sont radicalement différentes de celles plaidées devant le juge responsable des requêtes. Depuis que Canadien Pacifique a invoqué les dispositions de la Loi du CP pour établir qu'il a acquis le titre en fief simple sur les droits de passage, la majeure partie de l'analyse effectuée par le juge responsable des requêtes n'est plus pertinente. Toutefois, on ne peut ignorer sa conclusion portant que les lettres patentes délivrées à Canadien Pacifique ont emporté le transfert d'un fief simple éteignable. Pour ma part, j'estime que cette conclusion est erronée.

#### IV. LES QUESTIONS EN LITIGE

[93] Les parties s'entendent pour dire que deux questions principales doivent être tranchées: 1) celle de savoir si les terres formant les droits de passage sont «situées dans la réserve» au sens de l'article 83 de la *Loi sur les Indiens*; et 2) le cas échéant, celle de savoir si l'exemption de taxe accordée aux membres de la bande établit une distinction illicite, de sorte que chacun des règlements administratifs imposant des taxes serait invalide. La première question commande l'examen de questions fondamentales telles: 1) la définition des terres de réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*; 2) l'intention qu'avait le Parlement lorsqu'il a transféré les terres des chemins de fer à Canadien Pacifique; et, question plus importante, 3) celle de savoir si la Couronne avait le pouvoir nécessaire pour transférer le titre en fief simple à Canadien Pacifique. Essentiellement, la Cour doit déterminer la nature précise du titre transféré en tenant compte de l'effet combiné de la législation sur les chemins de fer, de la législation sur les Indiens et de la Loi du CP.

#### V. ANALYSE

##### A. Les droits de passage sont-ils «situés dans la réserve»?

###### 1) La définition du terme «réserve»

[94] En vertu de l'alinéa 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens*, seules les terres situées dans une réserve

subject to taxation by band councils. The definition of “reserve” is found in subsection 2(1). The relevant portions of both sections read as follows:

2. (1) . . .

“designated lands” means a tract of land or any interest therein the legal title to which remains vested in Her Majesty and in which the band for whose use and benefit it was set apart as a reserve has, otherwise than absolutely, released or surrendered its rights or interests, whether before or after the coming into force of this definition;

“reserve”

(a) means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band, and

(b) except in subsection 18(2), sections 20 to 25, 28, 36 to 38, 42, 44, 46, 48 to 51, 58 to 60 and the regulations made under any of those provisions, includes designated lands;

83. (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve; [Emphasis added.]

[95] Based on the above definition of reserve lands, including “designated lands”, the appellants argue that since the Crown did not convey “absolute” title to the rights-of-way to Canadian Pacific, those lands are “in the reserve”. The appellants rely on the Motions Judge’s finding that Canadian Pacific received only a fee simple determinable to each right-of-way to support the proposition that it did not acquire absolute title. Admittedly, a fee simple determinable is less than a fee simple absolute. Therefore, it is argued that all of the rights-of-way are “in the reserve”. I cannot accept this submission for two reasons. First, the conveyancing documents in question were properly drafted to convey fee simple title to the rights-of-way, not a fee simple determinable. Second, the term “otherwise than absolutely” in the definition of “designated lands” applies only where there has been a

peuvent être assujetties aux taxes imposées par les conseils de bande. La définition du terme «réservation» figure au paragraphe 2(1). Voici les dispositions pertinentes de ces deux articles:

2. (1) [ . . . ]

«réservation» Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu’elle a mise de côté à l’usage et au profit d’une bande; y sont assimilées les terres désignées, sauf pour l’application du paragraphe 18(2), des articles 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58 et 60, ou des règlements pris sous leur régime.

«terres désignées» Parcelle de terrain, ou tout droit sur celle-ci, propriété de Sa Majesté et relativement à laquelle la bande a l’usage et au profit de laquelle elle a été mise de côté à titre de réserve cédé, avant ou après l’entrée en vigueur de la présente définition, ses droits autrement qu’à titre absolu.

[ . . . ]

83. (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l’article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l’approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants:

a) sous réserve des paragraphes (2) et (3), l’imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d’occupation, de possession et d’usage; [Non souligné dans l’original.]

[95] En s’appuyant sur cette définition des terres de réserve, qui inclut les «terres désignées», les appelants soutiennent que la Couronne n’a pas transféré à Canadian Pacific le titre «absolu» sur les droits de passage et que ces terres sont donc «situées dans la réserve». Les appelants invoquent la conclusion du juge responsable des requêtes selon laquelle Canadian Pacific n’a reçu qu’un fief simple extinguable relativement à chaque droit de passage pour étayer leur prétention que l’intimée n’a pas acquis le titre absolu. Il est admis que le fief simple extinguable constitue un droit moindre qu’un fief simple absolu. Les appelants font donc valoir que tous les droits de passage sont «situés dans la réserve». Je ne peux souscrire à cette conclusion, et ce pour deux raisons. Premièrement, les actes de transfert en cause ont été rédigés comme il se doit pour transférer non pas un

surrender of reserve lands. The present appeals do not involve a surrender of Indian lands and, therefore, what is relevant is the requirement that the Crown retain legal title for lands to be “in the reserve”. I turn first to the Motions Judge’s finding that Canadian Pacific received a fee simple determinable estate in the disputed rights-of-way.

(a) Fee simple vs. fee simple determinable

[96] There are 15 rights-of-way in issue and, therefore, 15 conveyances which need to be examined to determine whether fee simple title passed to Canadian Pacific or a determinable fee as found by the Motions Judge. At the same time, no one objected to the fact that not all of the conveyances were placed in evidence before this Court. Nevertheless, it is evident that the documents so placed utilize the language necessary at common law to create title in fee simple. The “words of limitation” and the “*habendum*” used, for example, in the letters patent in respect of the Matsqui right-of-way reveal clearly a conveyance of title in fee simple:

[w]e by these Presents do grant sell alien convey and assure unto the said The Canadian Pacific Railway Company their successors and assigns for ever all that parcel or tract of land situate lying and being in the Matsqui (Sahhahcom) Indian Reserve . . . .

TO HAVE AND TO HOLD the said parcel or tract of land hereby granted conveyed and assured unto the said The Canadian Pacific Railway Company their successor and assign for ever . . . .

[97] Accepting that all of the conveyancing documents are substantively similar to the Matsqui grant, then it is necessary to examine the legal basis on which the Motions Judge ruled that all of the conveyances amounted to a fee simple determinable. If

fief simple extinguable, mais le titre en fief simple sur les droits de passage. Deuxièmement, l’expression «autrement qu’à titre absolu» figurant dans la définition des «terres désignées» s’applique uniquement lorsqu’il y a eu cession des terres de réserve. Les appels ne portent pas sur une cession de terres indiennes et, en conséquent, ce qui importe c’est la nécessité que la Couronne ait conservé le droit de propriété sur les terres pour que celles-ci soient «situées dans la réserve». Je traiterai d’abord de la conclusion du juge responsable des requêtes selon laquelle Canadien Pacifique a reçu un domaine en fief simple extinguable sur les droits de passage litigieux.

a) Fief simple et fief simple extinguable

[96] 15 droits de passage sont en cause et, par conséquent, il faut examiner 15 transferts pour déterminer si le titre en fief simple a été transmis à Canadien Pacifique ou s’il s’agit plutôt d’un fief extinguable comme l’a conclu le juge responsable des requêtes. Par ailleurs, personne n’a soulevé d’objection relativement au fait que les actes de transfert n’ont pas tous été déposés en preuve devant la Cour. Néanmoins, il est évident que les documents produits utilisent les mots nécessaires, selon la common law, pour créer un titre en fief simple. Les termes de dévolution (*words of limitation*) et la clause de désignation (*habendum*) utilisés, par exemple dans les lettres patentes relativement au droit de passage traversant la réserve de Matsqui attestent clairement le transfert d’un titre en fief simple:

[TRADUCTION] [. . .] au moment de sceller nos présentes lettres patentes Nous cédon, vendons, aliénon et transférions à la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique, à ses successeurs et ayants cause à perpétuité, tout ce lopin de terre situé à l’intérieur de la réserve indienne de Matsqui (Sahhahcom) [. . .]

POUR, ladite Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique, ses successeurs et ayants cause à perpétuité, avoir et posséder ledit lot de terre, cédé et transféré par les présentes [. . .]

[97] En tenant pour acquis que tous les actes de transfert sont essentiellement semblables à celui concernant Matsqui, il faut examiner le fondement juridique de la décision du juge responsable des requêtes portant que tous les actes de transfert se

the Motions Judge were correct that Canadian Pacific acquired only a fee simple determinable to each right-of-way, then I would have to consider whether the lands were outside the reserves. That is an issue which I wish to avoid. Above all, I wish to dispel several misconceptions which are beginning to take root in the jurisprudence as to what constitutes a fee simple determinable. It is apparent that the Motions Judge is of the view that a fee simple determinable results from the inclusion, for example, of a recital that lands were granted “for railway purposes”. At one point, he stated:<sup>52</sup>

I am satisfied that there is a common theme that runs through the letters patent, the orders in council and the applicable legislation; and, that theme is the applicants were granted the lands specifically for railway purposes. Therefore, I am satisfied that the interest in the lands granted to the railways was a determinable fee. Consequently, title vests with the applicants and the lands do not fall within the Indian bands’ taxing authority. [Emphasis added.]

[98] He continued, holding:<sup>53</sup>

I am satisfied that if the terminating event is integral to the size of the interest, then a determinable fee is created. On the other hand, if the terminating event is not integral to that size, then a conditional interest is created. In the instant case the terminating event, i.e., the impugned lands ceasing to be used for railway purposes, is integral to the size of the interest. Phrases such as “for the purposes of a railway” used by the letters patent and contained in the legislation are more in the line of the magic words that create a determinable fee than they are in line with creating a conditional interest.

[99] In my respectful view, this understanding of the nature of a fee simple determinable estate is clearly wrong. A fee simple determinable does not arise simply because a conveyancing document includes a recital as to the purpose of the grant, e.g., for railway purposes, as held by the Motions Judge. A property conveyancer would appreciate why such a recital is placed in a conveyancing document. Under the *Railway Act*, the Crown may only convey to railway companies such lands as are necessary for railway purposes.<sup>54</sup> Without a recital to that effect, the abstracter would be put on constructive notice that the

limitaient à un fief simple extinguable. Si le juge responsable des requêtes a eu raison de conclure que Canadien Pacifique a acquis uniquement un fief simple extinguable sur chacun des droits de passage, je devrai examiner la question de savoir si les terres sont situées à l’extérieur des réserves. C’est une question que je veux éviter. Mais je souhaite surtout dissiper plusieurs idées fausses qui commencent à prendre racine dans la jurisprudence quant à ce qui constitue un fief simple extinguable. Il appert que le juge responsable des requêtes est d’avis qu’un fief simple extinguable résulte de l’inclusion, par exemple, d’un attendu portant que les terres sont transférées «pour les besoins d’un chemin de fer». Il a notamment écrit<sup>52</sup>:

Je suis convaincu qu’un thème commun lie les lettres patentes, les arrêtés en conseil et les lois applicables, c’est-à-dire que les terres ont été cédées aux requérantes précisément pour les besoins du chemin de fer. Par conséquent, je suis convaincu que le droit sur les terres qui a été cédé aux compagnies de chemin de fer était un droit extinguable. Par conséquent, le titre est dévolu aux requérantes et les terres ne sont pas assujetties au pouvoir de taxation des bandes indiennes. [Non souligné dans l’original.]

[98] Puis, il a poursuivi en concluant<sup>53</sup>:

Je suis convaincu que si l’événement qui éteint le droit porte sur la totalité de ce droit, alors un droit extinguable est créé. Par ailleurs, si cet événement ne porte pas sur l’intégralité du droit, alors un droit conditionnel est créé. En l’espèce, l’événement résolutoire, c’est-à-dire le cas où les terres contestées cesseront d’être utilisées pour les besoins du chemin de fer, vise l’intégralité du droit conféré. Des expressions comme «pour les besoins d’un chemin de fer» utilisées dans les lettres patentes et dans les lois applicables s’apparentent davantage aux mots magiques qui contribuent à créer un droit extinguable qu’à ceux qui donnent naissance à un droit conditionnel.

[99] Selon moi, cette perception de la nature d’un domaine en fief simple extinguable est manifestement erronée. Un fief simple extinguable ne découle pas du simple fait qu’un acte de transfert inclut un attendu décrivant le but dans lequel le transfert est effectué, par exemple, pour les besoins d’un chemin de fer, comme l’a conclu le juge responsable des requêtes. Un spécialiste des actes de transfert verrait l’utilité de l’inclusion d’un tel attendu. En vertu de la législation sur les chemins de fer, la Couronne ne peut transférer à une compagnie de chemin de fer que les terres nécessaires aux fins du chemin de fer<sup>54</sup>. Sans attendu

conveyance of Crown lands may be in contravention of the *Railway Act*.

[100] It is important to recognize that a fee simple determinable is created by qualifying the words of limitation used in creating an estate in fee simple. For example, a fee simple determinable might provide that lands are granted to the grantee and its successors and assigns “for so long as the lands are used for railway purposes”.<sup>55</sup> As I understand the facts, similar wording was used in the conveyances to Canadian National, which were in issue in the earlier appeals to this Court and, therefore, the finding that what this railway received was a fee simple determinable to its right-of-ways accords with the law. However, this line of analysis has no application to the present appeals.

[101] In conclusion, the conveyancing documents received by Canadian Pacific and presented to this Court purport to convey fee simple title to each right-of-way, not a determinable fee. It remains to be decided whether the Crown had the authority to convey title in fee simple, notwithstanding the provisions of the *Indian Act* and the *Railway Act*. Before considering this issue, however, I wish to point out that the term “otherwise than absolutely” in the definition of “designated lands” is irrelevant to the disposition of these appeals. What is relevant is whether legal title to reserve lands remains vested in Her Majesty.

(b) “Designated lands”

[102] The term “designated lands” was added to the *Indian Act* in 1988<sup>56</sup> in order to reverse the finding in *Re Leonard and the Queen in right of British Columbia*<sup>57</sup> (hereinafter the *Leonard* decision) that reserve lands surrendered solely for the purpose of leasing no longer constitute lands within a reserve for taxation purposes. In *St. Mary’s Indian Band*,<sup>58</sup> the Supreme Court described these amendments in the following terms:

à cet effet, la personne qui rédigerait le résumé d’un titre aurait la connaissance imputée que le transfert des terres de la Couronne risque de ne pas être conforme à la législation sur les chemins de fer.

[100] Il est important de reconnaître qu’un fief simple éteignable est créé par l’ajout de restrictions aux termes de dévolution utilisés pour créer un domaine en fief simple. Par exemple, un fief simple éteignable peut prévoir que le transfert des terres en faveur du bénéficiaire et de ses successeurs vaut «tant que les terres sont utilisées pour les besoins du chemin de fer»<sup>55</sup>. D’après ce que je comprends des faits, des termes semblables ont été utilisés dans les actes de transfert en faveur de la Compagnie des chemins de fer nationaux, qui étaient en litige dans les appels déjà tranchés par la Cour et, par conséquent, la conclusion portant que cette société de chemin de fer a reçu un fief simple éteignable relativement à ses droits de passage est conforme au droit. Toutefois, ce raisonnement ne s’applique pas aux présents appels.

[101] En conclusion, les actes de transfert reçus par Canadien Pacifique et produits devant la Cour prétendent transférer le titre en fief simple, et non un fief éteignable, relativement à chacun des droits de passage. Il faut encore décider si la Couronne avait le pouvoir de transférer le titre en fief simple, malgré les dispositions de la législation sur les Indiens et de la législation sur les chemins de fer. Avant d’examiner cette question, je désire souligner que l’expression «autrement qu’à titre absolu» qui figure dans la définition du terme «terres désignées» n’a aucune incidence sur l’issue des appels. Ce qui est pertinent, c’est de savoir si Sa Majesté est toujours propriétaire des terres de réserve.

b) «Terres désignées»

[102] Le terme «terres désignées» a été ajouté à la *Loi sur les Indiens* en 1988<sup>56</sup> pour faire échec à la conclusion tirée dans *Re Leonard and The Queen in right of British Columbia*<sup>57</sup> (ci-après appelé l’arrêt *Leonard*), selon laquelle les terres de réserve cédées uniquement aux fins d’être données à bail ne constituent plus des terres situées dans la réserve aux fins de l’imposition de taxes. Dans l’arrêt *Bande indienne de St. Mary’s*<sup>58</sup>, la Cour suprême a décrit ces modifications dans les termes suivants:

It is obvious, however, that Parliament did not draw all lands surrendered by an Indian band within the legal definition of “reserve”. Had this been the desired end, the means would have been decidedly less elaborate. Instead, recognizing the need to keep land surrendered for sale outside the definition of “reserve”, Parliament created a two-tiered system of surrenders. That surrenders for sale were meant to remain beyond the definition of reserve is evidenced by the precondition in s. 37(1) that land be surrendered absolutely prior to being sold. That surrenders for lease were meant to be drawn within the definition of “designated lands” is evidenced by a number of features of the Kamloops Amendments, the most obvious being the fact that s. 38(2) uses the word “designate”.

Why did Parliament use this broad “otherwise than absolutely” language? If its express intention was to keep surrenders for sale outside the reserve, why did Parliament not define “designated lands” in a more explicit manner? I offer one convincing response: Parliament must have selected the broad “otherwise than absolutely” phraseology in order to account for other contingencies—to allow, at one end, for other limited forms of surrenders, such as a right of way, to be considered designated land, and to ensure, at the other end, that other forms of permanent surrenders such as exchange or gift remain beyond our notions of reserve land. Parliament could have tailored its definition of “designated lands” to the specific distinction between lease and sale. [Emphasis added.]

[103] Accordingly, the Kamloops Amendments ensure that if reserve lands are surrendered “otherwise than absolutely”, as when lands are surrendered for the purpose of leasing, such lands remain “in the reserve” within the meaning of section 83. In short, the term “otherwise than absolutely” applies to cases involving a surrender of reserve lands. This is not one of those cases. However, my disagreement on this point is not fatal to the appellants’ case.

[104] What is relevant to these appeals is that for lands to be within a reserve, “legal title” must be “vested in Her Majesty”. That requirement is set out in the opening words of paragraph 2(1)(a) and again in the definition of “designated lands”. I pause here to emphasize that in my respectful opinion, and contrary to what was decided in the *Leonard* case, a surrender for purposes of leasing does not divest the grantor of

Il est évident, toutefois, que le législateur n’a pas inclus toutes les terres cédées par une bande indienne dans la définition légale de «réserve». Si telle avait été la fin recherchée, les moyens employés auraient été carrément moins complexes. Au contraire, conscient de la nécessité d’exclure de la définition de «réserve» les terres cédées afin d’être vendues, le législateur a créé un régime de cessions à deux niveaux. La condition préalable énoncée au par. 37(1), savoir que les terres doivent être cédées à titre absolu avant d’être vendues, montre que le législateur entendait exclure les terres cédées à cette fin de la définition de réserve. Plusieurs éléments des modifications de Kamloops, dont le plus manifeste est l’emploi du verbe «désigner» au par. 38(2), montrent qu’on entendait que les terres cédées pour être données à bail soient visées par la définition de «terres désignées».

Pourquoi le législateur a-t-il employé l’expression générale «autrement qu’à titre absolu»? Si son intention expresse était d’exclure des terres faisant partie de la réserve les terres cédées à des fins de vente, pourquoi n’a-t-il pas défini l’expression «terres désignées» d’une manière plus explicite? J’ai une réponse convaincante à offrir: le législateur doit avoir choisi l’expression générale «autrement qu’à titre absolu» afin de parer à d’autres éventualités—d’une part, pour permettre que des terres faisant l’objet d’autres formes limitées de cession, comme un droit de passage, soient considérées comme des terres désignées, et, d’autre part, pour faire en sorte que les terres faisant l’objet d’autres formes de cessions permanentes, comme l’échange ou le don, demeurent en dehors de nos conceptions de terres faisant partie d’une réserve. Le législateur aurait pu formuler sa définition de «terres désignées» en fonction de la distinction spécifique entre la location et la vente. [Non souligné dans l’original.]

[103] Par conséquent, les modifications de Kamloops garantissent que les terres cédées «autrement qu’à titre absolu», par exemple aux fins de les donner à bail, demeurent «situées dans la réserve» au sens de l’article 83. En résumé, l’expression «autrement qu’à titre absolu» s’applique aux cas où les terres de réserve ont été cédées. Ce n’est pas le cas en l’espèce. Toutefois, mon désaccord sur ce point n’a pas d’effet inéluctable sur la cause des appelants.

[104] En l’espèce, ce qui importe c’est que les terres ne sont situées dans la réserve que si «Sa Majesté» en est toujours «propriétaire». Cette condition est fixée par le libellé du début de la définition du terme «terres désignées». Je tiens à souligner en passant que, selon moi, et contrairement à ce qui a été décidé dans l’arrêt *Leonard*, en cédant une terre aux fins de la donner à bail, le cédant ne se départit pas du droit de propriété

legal title to lands. Legal title, however, is divested if there is a conveyance in fee simple. Thus, if Canadian Pacific validly acquired fee simple title to the right-of-ways from the Crown, the notices of assessment are invalid. Conversely, if Canadian Pacific is entitled only to a lesser interest in land, such as an easement, regardless of what the conveyancing documents purport to convey, the lands in question are “in the reserve” and, therefore, the assessments are valid. This is so because a conveyance amounting to an easement or a licence does not divest the grantor (e.g., the Crown) of legal title.<sup>59</sup>

[105] Two principal submissions were pursued before this Court. The first was advanced by the appellant Matsqui, which argued that the documents preceding the issuance of letters patent demonstrate that the Crown did not intend to grant Canadian Pacific fee simple title to the right-of-ways. The second submission, advanced by all five appellants, was that the Crown did not have the authority to convey fee simple title to the right-of-ways because of restrictive provisions found in the *Railway Act* and the *Indian Act*. Canadian Pacific maintains that the requisite authority stems from the CPR Act. If so, that Act has the effect of extinguishing Indian title to reserve lands granted for railway purposes. I hasten to add that when I speak of Indian title to reserve lands, I am simply referring to the legal title held by the Crown for the benefit of the Indians. I shall deal first with the submission advanced by Matsqui.

(2) The Matsqui reserve—Was there an intention to convey fee simple title?

[106] Canadian Pacific owns one right-of-way crossing the Matsqui reserve. Matsqui seizes upon the fact that the term “right-of-way” has two meanings. As a term of art, its meaning is restricted to an interest in real property which falls within the broad category of easements. When used in its colloquial sense, however, the term simply connotes access to a particular parcel of property, without conveying the precise legal character of the owner’s title. Matsqui maintains that the documents relating to the issuance

sur cette terre. Mais il s’en départit lorsqu’il y a un transfert en fief simple. Ainsi, si Canadien Pacifique a valablement acquis de la Couronne le titre en fief simple sur ses droits de passage, les avis d’évaluation sont invalides. Si, au contraire, Canadien Pacifique ne peut faire valoir qu’un droit moindre sur ces terres, telle une servitude, peu importe l’objet prétendu des actes de transfert, ces terres sont «situées dans la réserve» et les évaluations sont valides. Cela s’explique par le fait que l’auteur du transfert (p. ex. la Couronne) ne se départit pas de son droit de propriété lorsqu’il procède à un transfert équivalant à une servitude ou à une permission<sup>59</sup>.

[105] Deux arguments principaux ont été plaidés devant la Cour. Le premier a été proposé par l’appellant de Matsqui, qui a soutenu que les documents précédant la délivrance des lettres patentes démontrent que la Couronne n’avait pas l’intention d’accorder à Canadien Pacifique le titre en fief simple sur les droits de passage. Le deuxième, que les cinq appelants ont fait valoir, porte que la Couronne n’avait pas le pouvoir de transférer le titre en fief simple relativement aux droits de passage, compte tenu des restrictions édictées dans la législation sur les chemins de fer et dans la législation sur les Indiens. Canadien Pacifique plaide que le pouvoir requis découle de la Loi du CP. Le cas échéant, cette loi a pour effet d’éteindre le titre des Indiens sur les terres de réserve transférées pour les besoins du chemin de fer. Je m’empresse d’ajouter que par titre des Indiens sur les terres de réserve, j’entends simplement le droit de propriété appartenant à la Couronne au profit des Indiens. Je traiterai en premier lieu de l’argument de l’appellant de Matsqui.

2) La réserve de Matsqui—Existence de l’intention de transférer le titre en fief simple

[106] Canadien Pacifique est propriétaire d’un droit de passage qui traverse la réserve de Matsqui. La bande de Matsqui essaie de tirer parti du fait que le terme «droit de passage» a deux sens. Comme terme technique, il a le sens restreint d’un droit foncier appartenant à la catégorie générale des servitudes. Toutefois, dans la langue courante, il évoque simplement l’accès à une parcelle donnée de terrain, sans véhiculer le caractère juridique précis du titre du propriétaire. L’appellant de Matsqui soutient que, s’ils

of the letters patent, properly constructed, reveal that Canadian Pacific obtained only an easement. This argument is premised on the following facts.

[107] In 1890, lawyers for Canadian Pacific wrote to the Superintendent of Indian Affairs with a view to purchasing a right-of-way across the Matsqui reserve for \$120. The responsible Minister recommended “acceptance of the offer and for a sale of the land as a right of way”. Order in Council No. 1653, dated July 21, 1891, which authorized the conveyance, states that Canadian Pacific applied for a right-of-way through the Indian reserve at Matsqui, that the land required for that purpose consisted of 2.47 acres, and that Canadian Pacific was prepared to pay \$120. At the same time, Matsqui concedes that the letters patent issued on August 25, 1891 to Canadian Pacific evidences a conveyance of fee simple title.

[108] However, Matsqui contends that the letters patent do not unambiguously provide for fee simple title when construed together with the authorizing Order in Council. Therefore, it submits that Canadian Pacific’s interest in the right-of-way is subject to the rule that Crown grants should be construed strictly in favour of the Crown and in a manner consistent with the “honour of the Crown”,<sup>60</sup> in order to ensure that the interests of Canada’s Aboriginal peoples are adequately protected. Thus, in its view, Canadian Pacific obtained no more than an easement. In my respectful opinion, this argument cannot succeed.

[109] If there is any ambiguity, it is contained in the documents giving rise to the sale transaction, specifically, the Order in Council. Admittedly, it is unclear whether the term “right-of-way” was being used as a term of art or not. However, that ambiguity was resolved by the letters patent which clearly indicates conveyance of title in fee simple. Surely, Canadian Pacific is entitled to rely on a formal document of conveyance which admits of no ambiguity. In effect, Matsqui is seeking rectification of a document when it has not yet demonstrated that the Crown mistakenly conveyed fee simple title. Had there been an error on

sont bien interprétés, les documents relatifs à la délivrance des lettres patentes révèlent que Canadien Pacifique a obtenu une simple servitude. Cet argument s’appuie sur les faits que voici.

[107] En 1890, les avocats de Canadien Pacifique ont écrit au surintendant des Affaires indiennes dans le but d’acheter un droit de passage traversant la réserve de Matsqui pour la somme de 120 \$. Le ministre responsable a recommandé [TRADUCTION] «l’acceptation de l’offre et la vente du terrain sous forme d’un droit de passage». Le décret n° 1653, daté du 21 juillet 1891, qui autorisait le transfert, précise que Canadien Pacifique a demandé un droit de passage traversant la réserve indienne de Matsqui, que le terrain requis à cette fin mesurait 2,47 acres et que Canadien Pacifique était disposé à payer 120 \$. Par ailleurs, l’appelant de Matsqui reconnaît que les lettres patentes délivrées le 25 août 1891 à Canadien Pacifique attestent le transfert d’un titre en fief simple.

[108] Néanmoins, l’appelant de Matsqui fait valoir que les lettres patentes ne prévoient pas sans équivoque un titre en fief simple lorsqu’on les interprète conjointement avec le décret qui les autorise. En conséquence, il plaide que le droit de Canadien Pacifique sur le droit de passage est assujéti à la règle voulant que les transferts effectués par la Couronne reçoivent une interprétation stricte et compatible avec [TRADUCTION] «l’honneur de la Couronne»<sup>60</sup>, pour protéger adéquatement les droits des peuples autochtones au Canada. À son avis, Canadien Pacifique n’a rien obtenu de plus qu’une servitude. Je dois malheureusement rejeter cet argument.

[109] Si ambiguïté il y a, c’est dans les documents à l’origine de l’opération, c’est-à-dire dans le décret. De l’aveu de tous, il n’est pas clair si le terme «droit de passage» a été utilisé dans son sens technique ou non. Toutefois, cette ambiguïté a été résolue par les lettres patentes qui attestent clairement le transfert du titre en fief simple. Canadien Pacifique peut sûrement s’appuyer sur un acte de transfert formel qui ne laisse subsister aucune équivoque. En fait, l’appelant de Matsqui tente d’obtenir la rectification d’un acte, alors qu’il n’a pas été démontré que la Couronne a transféré le titre en fief simple par erreur. Si la Couronne s’était

the part of the Crown, the equitable remedy of rectification might have been available. But it is certainly not open to Matsqui to ask this Court to rewrite a conveyance to which Matsqui was not a party. In this regard, the Supreme Court's decision in *St. Mary's Indian Band*, *supra*, is of no assistance to Matsqui.

[110] In *St. Mary's Indian Band*, the issue was whether the band council had made an absolute surrender of reserve lands for use as a municipal airport, rendering them beyond the reach of the band's taxation by-law. In spite of its conclusion that the band intended to surrender the lands absolutely, the Supreme Court held that, given the *sui generis* nature of the Indian interest in reserve lands, the Court should not apply technical common law rules governing real property to frustrate the interests of Aboriginal peoples.<sup>61</sup> Matsqui relied heavily on this principle in the case at bar, asserting that the conveyancing documents should be given a liberal interpretation favouring the preservation of its interest in the reserve lands. However, it is significant that the Indian band in *St. Mary's Indian Band* was challenging a conveyance made under the surrender provisions, to which it was a necessary party. That is not the situation at bar.

[111] Nonetheless, assuming that the Crown intended to convey, and did in fact convey, fee simple title to the right-of-way, it remains to be decided whether the Crown had the requisite authority to convey such title to Canadian Pacific.

(3) Did the Crown have the authority to convey fee simple title?

[112] The thrust of the appellants' argument is that the government lacked the authority to convey fee simple title to the rights-of-way under the *Indian Act* and the *Railway Act* in force at the time of each conveyance. At best, they claim, Canadian Pacific was entitled to a statutory easement.

trompée, elle aurait peut-être pu exercer un recours en rectification prévu par l'*equity*. Mais il est certain que l'appelant de Matsqui n'a pas le pouvoir de demander à la Cour de récrire un acte de transfert auquel Matsqui n'était pas partie. Sur ce point, l'arrêt *Bande indienne de St. Mary's* de la Cour suprême, précité, ne lui est d'aucun secours.

[110] Dans *Bande indienne de St. Mary's*, la question en litige était celle de savoir si le conseil de bande avait cédé des terres de réserve à titre absolu aux fins d'un aéroport municipal, de sorte qu'elles ne pouvaient être assujetties aux règlements administratifs de la bande imposant des taxes. En dépit de la conclusion que la bande n'avait pas l'intention de céder les terres à titre absolu, la Cour suprême a statué que, compte tenu de la nature *sui generis* du droit des Indiens sur les terres de réserve, elle ne devait pas appliquer les règles techniques de common law régissant les biens immeubles pour faire échec aux droits des peuples autochtones<sup>61</sup>. L'appelant de Matsqui s'est fortement appuyé sur ce principe en l'espèce, en affirmant que les actes de transfert devaient recevoir une interprétation libérale favorisant la préservation de ses droits sur les terres de réserve. Toutefois, le fait que la bande indienne de St. Mary's ait contesté un transfert, effectué sous le régime des dispositions régissant les cessions, auquel elle devait nécessairement être partie, est important. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

[111] Malgré tout, en tenant pour acquis que la Couronne avait l'intention de transférer, et a en fait transféré le titre en fief simple sur le droit de passage, il faut encore déterminer si la Couronne avait le pouvoir de transférer un tel titre à Canadien Pacifique.

3) La Couronne avait-elle le pouvoir de transférer le titre en fief simple?

[112] L'idée maîtresse de l'argumentation des appelants est que le gouvernement n'avait pas le pouvoir de transférer le titre en fief simple sur les droits de passage, en vertu ni de la législation sur les Indiens ni de la législation sur les chemins de fer en vigueur à l'époque de chaque transfert. Au mieux, disent-ils, Canadien Pacifique avait droit à une servitude légale.

[113] At issue in these appeals are 15 distinct rights-of-way running through the appellants' reserves. We were informed that all of the relevant reserves were created in either 1878 or 1879. The first right-of-way was conveyed by letters patent in 1891; the last, in 1968. The remaining 13 rights-of-way were conveyed between 1911 and 1935.

[114] Despite the appellants' insistence that the relevant legislation be examined as of the date the rights-of-way were conveyed to Canadian Pacific, it is helpful to begin with the relevant provisions of the *Indian Act* and *Railway Act* in force at the time the CPR Act of 1881 was enacted. Although both Acts have undergone frequent revisions, the following analysis attempts to simplify matters. I turn first to a preliminary consideration.

(a) Does the federal Crown own the underlying fee?

[115] Both the appellants and respondents discouraged this Court from delving into the issue of whether the underlying title to reserve lands lies with the Crown in right of Canada or the province of British Columbia. The parties agree that the underlying title is with the former. Therefore, if the CPR Act, the *Railway Act* and the *Indian Act* interact to authorize the conveyance of fee simple title to the rights-of-way, those conveyances are valid against the Crown in right of the province of British Columbia. While I am willing to accept that the reversionary interest in reserve lands in British Columbia lies with the federal Crown for the purposes of this appeal, I doubt that such a concession could have been made between 1871 and 1938.

[116] The earliest date at which British Columbia could be said to have abandoned its reversionary right to reserve lands was 1912, when the *McKenna-McBride Agreement* was adopted.<sup>62</sup> The more likely date is 1938, when B.C. Order in Council 1036/1938 purported to transfer title in the province's Indian

[113] Les présents appels portent sur 15 droits de passage distincts traversant les réserves des appelants. La Cour a été informée que toutes les réserves pertinentes ont été créées en 1878 ou en 1879. Le premier droit de passage a été transféré par lettres patentes en 1891; le dernier, en 1968. Les 13 autres droits de passage ont été transférés entre 1911 et 1935.

[114] Bien que les appelants affirment avec insistance que les dispositions législatives auxquelles il faut se reporter sont celles en vigueur à la date du transfert des droits de passage en faveur de Canadian Pacific, il est utile de commencer par examiner les dispositions pertinentes de la législation sur les Indiens et de la législation sur les chemins de fer en vigueur à l'époque où la Loi du CP a été édictée en 1881. Ces deux lois ont été modifiées maintes fois, mais je tenterai, dans l'analyse qui suit, de simplifier les choses. Commençons par une considération préliminaire.

a) La Couronne fédérale est-elle propriétaire du fief sous-jacent?

[115] Les appelants et les intimées ont pressé la Cour de ne pas approfondir la question de savoir si le titre sous-jacent sur les terres de réserve appartient à la Couronne du chef du Canada ou à la province de Colombie-Britannique. Les parties s'entendent pour dire qu'il appartient à la première. Par conséquent, si la Loi du CP, la législation sur les chemins de fer et la législation sur les Indiens combinées autorisent le transfert du titre en fief simple sur les droits de passage, les transferts sont valides et opposables à la Couronne du chef de la Colombie-Britannique. Bien que je sois disposé à accepter, aux fins de l'appel, que le droit de réversion à l'égard des terres de réserve en Colombie-Britannique appartient à la Couronne fédérale, je doute qu'une telle admission aurait pu être faite entre 1871 et 1938.

[116] La date la plus ancienne à laquelle la Colombie-Britannique pourrait être considérée comme ayant abandonné son droit de réversion à l'égard des terres de réserve est 1912, année de la conclusion de la *Convention McKenna-McBride*<sup>62</sup>. La date la plus probable est 1938, année du Décret C.-B. 1036/1938

reserves to Ottawa.<sup>63</sup> Nevertheless, I accept the parties' concession in the context in which it was made. Presumably, conveyances to Canadian Pacific of fee simple title to reserve lands prior to the date British Columbia relinquished its reversionary rights are effective under the antiquated doctrines of "after-acquired property" and "feeding the estoppel".<sup>64</sup> This is assuming, of course, that conveyances in fee simple were authorized under the CPR Act, as alleged by Canadian Pacific, an issue which will be addressed below.

(b) The general framework: The *Indian Act* and the *Railway Act*

[117] The *Indian Act* in force when the CPR Act was adopted was *The Indian Act, 1880*.<sup>65</sup> Section 36 of that Act provides:

36. No reserve or a portion of a reserve shall be sold, alienated or leased until it has been released or surrendered to the Crown . . . .

This restriction on the disposition of reserve lands has been retained in section 37 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 2] of the current Act.<sup>66</sup>

[118] Section 31 of *The Indian Act, 1880* is also relevant. It provides, *inter alia*, that if any railway passes through a reserve "belonging to . . . any band of Indians", compensation must be paid by the railway company to the Receiver General for the use of the "band of Indians for whose benefit the reserve is held". This section eventually became section 35 of the current *Indian Act*,<sup>67</sup> and is commonly referred to as the "taking" or "expropriation" provision. Section 31 of *The Indian Act, 1880* does not stipulate the precise nature of the legal title that a railway company could obtain under that provision, nor does it require the consent of the Governor in Council. The latter requirement was first imposed under an 1887 amendment to the *Indian Act*.<sup>68</sup>

ayant pour objet le transfert du titre de la province sur les réserves indiennes en faveur d'Ottawa<sup>63</sup>. J'accepte néanmoins l'admission des parties dans le contexte dans lequel elle a été faite. On peut présumer que les transferts en faveur de Canadien Pacifique du titre en fief simple sur les terres de réserve effectués avant que la Colombie-Britannique abandonne ses droits de réversion sont exécutoires par application des théories désuètes des «biens acquis ultérieurement» et du «soutien de la préclusion»<sup>64</sup>. Cela en tenant bien sûr pour acquis que ces transferts en fief simple étaient autorisés par la Loi du CP, comme le prétend Canadien Pacifique. La question de cette autorisation sera examinée plus loin.

b) Le cadre général: La législation sur les Indiens et la législation sur les chemins de fer

[117] La législation sur les Indiens en vigueur à l'époque où la Loi du CP a été adoptée était l'*Acte relatif aux Sauvages, 1880*<sup>65</sup>. Voici le texte de l'article 36 de cette Loi:

36. Nulle réserve ou partie de réserve ne pourra être vendue, aliénée ou affermée avant d'avoir été cédée ou abandonnée à la Couronne [ . . . ]

L'article 37 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 2] de la loi actuelle a maintenu cette restriction à l'aliénation des terres de réserve<sup>66</sup>.

[118] L'article 31 de l'*Acte relatif aux Sauvages, 1880* est aussi pertinent. Il prévoit notamment que, si un chemin de fer passe sur une réserve «appartenant à une bande de Sauvages», il sera payé une indemnité au receveur général pour l'usage de la «bande de Sauvages au profit de laquelle la réserve est affectée». Cet article est devenu l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* actuelle<sup>67</sup> et on le désigne couramment comme la disposition permettant la «prise» ou «l'expropriation» des terres. L'article 31 de l'*Acte relatif aux Sauvages, 1880* ne prévoyait pas la nature précise du titre légal qu'une compagnie de chemin de fer pouvait acquérir sous son régime et il n'exigeait pas le consentement du gouverneur en conseil. Cette exigence a été imposée pour la première fois par une modification apportée à la *Loi des Sauvages* en 1887<sup>68</sup>.

[119] The 1887 amendment to the *Indian Act* prohibited the taking of reserve lands for railway or public purposes without the consent of the Governor in Council. The obligation to pay compensation remained intact. For present purposes, the only other significant amendment to section 35 [then section 46] occurred in 1911, when the taking of reserve lands for public and railway purposes was permitted, subject to the following conditions: (1) the consent of the Governor in Council had to be obtained; (2) compensation had to be paid; and (3) the expropriating entity had to be empowered under its enabling legislation to take lands or an interest in lands without the consent of the owner. The 1911 amendment reads:<sup>69</sup>

46. No portion of any reserve shall be taken for the purpose of any railway, road, public work, or work designed for any public utility without the consent of the Governor in Council, but any company or municipal or local authority having statutory power, either Dominion or provincial, for taking or using lands or any interest in land without the consent of the owner may, with the consent of the Governor in Council as aforesaid, and subject to the terms and conditions imposed by such consent, exercise such statutory power with respect to any reserve or portion of a reserve; and in any such case compensation shall be made therefor to the Indians of the band, and the exercise of such power, and the taking of the lands or interest therein and the determination and payment of the compensation shall, unless otherwise provided by the order in council evidencing the consent of the Governor in Council, be governed by the requirements applicable to the like proceedings by such company, municipal or local authority in ordinary cases. [Emphasis added.]

[120] Four significant facts must be noted at this juncture. First, with respect to the condition precedent that the taking authority have statutory authority to expropriate lands without the consent of the owner, such power was expressly granted to railway companies, including Canadian Pacific, no later than 1888.<sup>70</sup>

[121] Second, the taking power in the amended expropriation provision does not necessarily result in the grantee obtaining fee simple title (see discussion,

[119] Les modifications apportées en 1887 à l'*Acte des Sauvages* interdisaient la prise de terres de réserve pour les besoins d'un chemin de fer ou à une fin publique sans le consentement du gouverneur en conseil. L'obligation de payer une indemnité a été maintenue. La seule autre modification notable apportée à l'article 35 pertinente [alors, article 46] en l'espèce est survenue en 1911, lorsque la prise de terres de réserve pour les besoins d'un chemin de fer ou à une fin publique a été autorisée sous réserve des conditions suivantes: 1) le consentement du gouverneur en conseil devait être obtenu; 2) une indemnité devait être payée; 3) l'autorité procédant à l'expropriation devait avoir le pouvoir, en vertu de sa loi habilitante, de prendre des terres ou un intérêt dans des terres sans le consentement du propriétaire. Voici le texte de la modification de 1911<sup>69</sup>:

46. Nulle partie d'une réserve ne doit être prise pour les besoins d'un chemin de fer, d'une route, d'un ouvrage public ou d'un ouvrage destiné à quelque utilité publique sans le consentement du Gouverneur en conseil, mais toute compagnie ou toute autorité municipale ou provinciale possédant le pouvoir statuaire, soit fédéral soit provincial, de prendre et d'utiliser des terres ou quelque intérêt dans des terres, sans le consentement du propriétaire, peut, avec le consentement du Gouverneur en conseil comme susdit, et subordonnement aux termes et conditions imposés par ce consentement, exercer ce pouvoir statuaire à l'égard de toute réserve ou partie d'une réserve, et dans tout pareil cas une indemnité doit être versée aux sauvages de la bande, et l'exercice de ce pouvoir et la prise des terres ou d'un intérêt dans des terres, ainsi que la détermination et le versement de l'indemnité doivent, à moins de dispositions contraires dans l'arrêté du conseil qui fait preuve du consentement du Gouverneur en conseil, être régis par les prescriptions applicables à des procédures similaires prises par cette compagnie, ou cette autorité municipale ou provinciale dans des cas ordinaires. [Non souligné dans l'original.]

[120] Quatre faits importants doivent être soulignés à cette étape. Premièrement, concernant la condition préalable selon laquelle l'autorité qui prend les terres doit avoir le pouvoir légal d'exproprier des terres sans le consentement du propriétaire, ce pouvoir a été expressément conféré aux compagnies de chemin de fer, y compris à Canadien Pacifique, dès 1888<sup>70</sup>.

[121] Deuxièmement, le pouvoir de prendre des terres, prévu dans la disposition modifiée permettant l'expropriation, n'emporte pas nécessairement le

*infra*). Indeed, the Governor in Council could impose terms and conditions when consenting to such a taking which, presumably, would have extended to defining the estate to be conveyed. Furthermore, when reserve lands are expropriated under this provision, the Governor in Council arguably owes a fiduciary duty to the affected Indians to act in, or at least consider, their best interests.<sup>71</sup>

[122] Third, it is clear from the 1911 amendment that a taking under the expropriation provision had to be accomplished using the general procedure established by the taking entity's empowering legislation. In this regard, it is relevant to note that when the *Railway Act* was amended in 1888,<sup>72</sup> restrictions similar to those in the taking provisions of the *Indian Act* were imposed on the power of railway companies to take lands vested in Her Majesty, including reserve lands. Specifically, section 99 provides that no lands vested in Her Majesty could be taken without the consent of the Governor in Council, and that the Governor in Council's consent could be conditional on prescribed terms. Section 101 provides that reserve lands could not be taken, used or occupied without the consent of the Governor in Council and, where such consent is given, compensation shall be paid to the affected Indians.

[123] If sections 99 and 101 of *The Railway Act* are examined alongside the 1911 amendment to section 35 of the *Indian Act*, it is abundantly clear that the expropriation schemes created by the two statutes are substantively similar and operate concurrently. The *Indian Act* authorizes the expropriation of reserve lands by a railway company for railway purposes, subject to the consent of the Governor in Council and the payment of compensation. The expropriation process and the amount of compensation required is, in turn, determined by reference to the *Railway Act*.

transfert du titre en fief simple en faveur du bénéficiaire du transfert (voir l'examen de cette question, plus loin). En effet, le gouverneur en conseil pourrait, en donnant son consentement à la prise des terres, imposer des termes et conditions pouvant vraisemblablement s'étendre à la définition du domaine transféré. De plus, il est possible de prétendre que, lorsque des terres de réserve sont expropriées en vertu de cette disposition, le gouverneur en conseil a une obligation fiduciaire envers les Indiens touchés d'agir dans leur intérêt véritable ou, du moins, d'en tenir compte<sup>71</sup>.

[122] Troisièmement, il ressort clairement de la modification de 1911 qu'une prise de terres effectuée en vertu de la disposition permettant l'expropriation devait être réalisée en conformité avec la procédure générale établie par la loi habilitante régissant l'autorité en cause. Sur ce point, il est pertinent de noter qu'au moment de la modification apportée à la législation sur les chemins de fer en 1888<sup>72</sup>, le pouvoir des compagnies de chemin de fer de prendre des terres appartenant à Sa majesté, y compris des terres de réserve, a été assujéti à des restrictions semblables à celles édictées dans les dispositions de la législation sur les Indiens prévoyant la prise de terres. En particulier, selon l'article 99, aucune terre appartenant à Sa Majesté ne pouvait être prise, utilisée ni occupée sans le consentement du gouverneur en conseil, et le consentement du gouverneur en conseil pouvait être assujéti à des conditions prescrites. Par application de l'article 101, les terres de réserve ne pouvaient être prises, utilisées ni occupées sans le consentement du gouverneur en conseil et, lorsque ce consentement était obtenu, une indemnité devait être versée aux Indiens touchés.

[123] L'examen des articles 99 et 101 de l'*Acte des chemins de fer* en regard de la modification apportée en 1911 à ce qui est devenu l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* actuelle révèle très clairement que les régimes d'expropriation créés par ces deux lois sont essentiellement semblables et fonctionnent concurremment. La législation sur les Indiens autorise l'expropriation de terres de réserve par une compagnie de chemin de fer pour les besoins d'un chemin de fer, sous réserve du consentement du gouverneur en conseil et du paiement d'une indemnité. Le processus

[124] Finally, the power to take reserve lands for public purposes has been retained under the current version of the *Indian Act*.<sup>73</sup>

[125] Ignoring the provisions of the *Railway Act* for the moment, there are only two principal ways that title to reserve lands can be acquired under the *Indian Act*.<sup>74</sup> First, title may be acquired by means of a valid surrender of the lands to the Crown by an Indian band. The second involves the taking or expropriation provision of the *Indian Act*. For Canadian Pacific, both of these options must be examined in light of a restriction found within the *Railway Act* which effectively prohibits railway companies from acquiring fee simple title to Crown lands.

[126] Subsection 7(3) of *The Consolidated Railway Act, 1879*<sup>75</sup> provides that no railway company can take or use lands vested in Her Majesty without the consent of the Governor in Council and that lands so acquired cannot be alienated. That provision reads as follows:

7. . . .

3. No railway company shall take possession of, use or occupy any lands vested in Her Majesty, without the consent of the Governor in Council; but with such consent any such company may take and appropriate for the use of their railway and works, but not alienate, so much of the wild lands of the Crown lying on the route of the railway, as have not been granted or sold, and as may be necessary for such railway, and also so much of the public beach, or of the land covered with the waters of any lake, river, stream or canal, or of their respective beds, as is necessary for making and completing and using their said railway and works, . . . . [Emphasis added.]

[127] It is trite law that an absolute restriction on alienation is antithetical to the notion of title in fee simple.<sup>76</sup> For that reason, any conveyance from the

d'expropriation et le montant de l'indemnité sont, pour leur part, établis en fonction de la législation sur les chemins de fer.

[124] Enfin, le pouvoir de prendre des terres de réserve à des fins publiques a été maintenu dans la *Loi sur les Indiens* actuelle<sup>73</sup>.

[125] Si l'on fait abstraction pour l'instant des dispositions de la *Loi sur les chemins de fer*, il n'existe que deux façons principales d'acquérir le titre sur des terres de réserve sous le régime de la *Loi sur les Indiens*<sup>74</sup>. Premièrement, on peut acquérir le titre au moyen d'une cession valide des terres de la Couronne effectuée par la bande indienne. Le deuxième moyen fait intervenir la disposition de la *Loi sur les Indiens* permettant la prise ou l'expropriation de terres. En ce qui concerne Canadian Pacific, ces deux possibilités doivent être examinées en regard d'une restriction établie par la *Loi sur les chemins de fer*, qui interdit en fait aux compagnies de chemin de fer d'acquérir le titre en fief simple sur les terres de la Couronne.

[126] Le paragraphe 7(3) de l'*Acte refondu des chemins de fer, 1879*<sup>75</sup> prévoit qu'aucune compagnie de chemin de fer ne peut prendre ni utiliser les terres appartenant à Sa Majesté sans le consentement du gouverneur en conseil et que les terres ainsi prises ne peuvent être aliénées. Voici ce paragraphe:

7. [. . .]

3. Nulle compagnie de chemin de fer ne prendra possession, n'emploiera ou n'occupera de terrains appartenant à Sa Majesté, sans le consentement du Gouverneur en conseil; mais avec ce consentement, toute compagnie de chemin de fer pourra prendre et s'approprier, pour l'usage de son chemin de fer et de ses travaux, mais non l'aliéner, telle partie des terres incultes de la Couronne qui n'ont pas encore été vendues ou concédées, située sur la ligne du chemin de fer, et qui sera nécessaire pour le chemin de fer, ainsi que telle partie de la grève publique ou des terrains couverts par les eaux de tout lac, rivière, cours d'eau ou canal, ou de leurs lits respectifs, qui sera nécessaire pour faire, compléter et exploiter les dits chemin de fer et travaux [. . .] [Non souligné dans l'original.]

[127] Il est de droit constant qu'une restriction absolue quant à l'aliénation est contraire à la notion de titre en fief simple<sup>76</sup>. Pour cette raison, aucun transfert

Crown to a railway company cannot be a fee simple, let alone a fee simple determinable. Admittedly, subsection 7(3) may be rendered inapplicable by the adoption of a "Special Act". This possibility is set out in subsection 2(2) and section 3 of *The Consolidated Railway Act, 1879*, the relevant portions of which read as follows:

2. . . .

2. The said sections [five to thirty four, inclusive] shall also apply to every railway constructed or to be constructed under the authority of any Act passed by the Parliament of Canada, and shall, so far as they are applicable to the undertaking, and unless they are expressly varied or excepted by the Special Act, be incorporated with the Special Act, form part thereof, and be construed therewith as forming one Act.

3. For the purpose of excepting from incorporation with the Special Act any of the sections forming Part First of this Act, it shall be sufficient in the Special Act to enact, that the sections of this Act proposed to be excepted, referring to them by the words forming the headings of such sections respectively, shall not be incorporated with such Act, and the Special Act shall thereupon be construed accordingly. [Emphasis added.]

[128] Accordingly, it is clear that in order to be exempt from the application of subsection 7(3) of *The Consolidated Railway Act, 1879*, two requirements must be met: (1) a "Special Act" must be enacted; and (2) there must be an express provision in that legislation identifying which provisions of the *Railway Act* are to be overridden. In the absence of these preconditions, the Crown cannot convey, and railway companies cannot acquire, fee simple title to Crown lands, including reserve lands, since the alienation of such lands is prohibited under the *Railway Act*. A conveyance which purports to do otherwise is ineffectual. According to the *ultra vires* doctrine, the Crown cannot grant a greater estate than that prescribed by the governing statute, irrespective of what the orders in council and letters patent purport to convey.<sup>77</sup>

[129] It is significant that the restriction on alienation, the compensation requirement when reserve lands are taken, and the accompanying preconditions

effectué par la Couronne en faveur d'une compagnie de chemin de fer ne peut lui conférer un fief simple, et *a fortiori* un fief simple extinguable. Il faut reconnaître que l'application du paragraphe 7(3) peut être écartée par l'adoption d'un «acte spécial». Cette possibilité est créée par le paragraphe 2(2) et l'article 3 de l'*Acte refondu des chemins de fer, 1879*, dont les dispositions pertinentes sont ainsi libellées:

2. [. . .]

2. Les dites sections s'appliqueront aussi à toute voie ferrée construite ou qui sera à l'avenir construite sous l'autorité de toute loi passée par le Parlement du Canada, et seront, en tant qu'elles peuvent s'appliquer à l'entreprise, et à moins qu'elles ne soient modifiées ou mises de côté par l'acte spécial, incorporées dans l'acte spécial et en formeront partie, de manière à ne faire qu'une seule et même loi.

3. Pour excepter de l'incorporation dans l'acte spécial quelque une des sections composant la première partie du présent acte, il suffira que l'acte spécial statue, en les désignant par leur titre, que les sections du présent acte qui doivent faire exception ne feront pas partie de l'acte spécial et l'acte spécial, sera interprété en conséquence. [Non souligné dans l'original.]

[128] En conséquence, il est clair que pour échapper à l'application du paragraphe 7(3) de l'*Acte refondu des chemins de fer, 1879*, il faut satisfaire à deux conditions: 1) un «acte spécial» doit être édicté; 2) cette loi doit contenir une disposition expresse qui précise les dispositions de la *Loi sur les chemins de fer* auxquelles il déroge. Si ces conditions préalables ne sont pas respectées, la Couronne ne peut pas transférer, et les compagnies de chemin de fer ne peuvent pas acquérir le titre en fief simple sur des terres de la Couronne, y compris des terres de réserves, puisque l'aliénation de ces terres est interdite par la *Loi sur les chemins de fer*. Un transfert dont l'objet passe outre à ces conditions est sans effet. Selon le principe de l'*ultra vires*, la Couronne ne peut concéder un domaine plus étendu que ne le lui permet la loi applicable, peu importe le prétendu transfert effectué par les décrets et les lettres patentes<sup>77</sup>.

[129] Il est révélateur que la restriction à l'aliénation, l'obligation de payer une indemnité et les conditions préalables auxquelles il faut satisfaire pour y

to overriding these restrictions were retained in the *Railway Act* until its repeal in 1996.<sup>78</sup> Indeed, the restriction on alienation has been preserved in the successor to the *Railway Act*, the *Canada Transportation Act*. Subsection 96(1) of that Act reads:

96. (1) Where a railway company took possession of, used or occupied land under section 134 of the *Railway Act* before the coming into force of section 185, the railway company may not alienate the land except to transfer it to a railway company for the purpose of continuing railway operations or to the Crown. [Emphasis added.]

[130] While there is jurisprudence which supports the understanding that, as of 1911, fee simple title could be obtained under section 35 of the *Indian Act*,<sup>79</sup> such cases did not involve the taking of reserve lands by a railway company. Thus, the question remains whether, in light of the restrictions imposed by the *Railway Act*, Canadian Pacific could acquire fee simple title to reserve lands under section 35 of the *Indian Act* following the 1911 amendments (provided the Governor in Council did not impose terms effectively transferring a lesser estate). In other words, does the 1911 amendment override the provisions of the *Railway Act*? In light of the statutory requirements for exempting a railway company from the restrictions set out in the *Railway Act*, it is difficult to argue that section 35 of the *Indian Act* has such an effect. In any event, this issue need not be decided here as it is common ground that none of the conveyances in question were made pursuant to section 35 of the *Indian Act*. (*Quaere* whether the 1968 Cook's Ferry grant was made under section 35?)

[131] In summary, at all relevant times, Canadian Pacific could not have validly obtained fee simple title to the reserve lands in question under the *Railway Act* because of the prohibition against alienation of lands acquired from the Crown for railway purposes. At best, Canadian Pacific obtained statutory easements to the rights-of-way or licences to use or occupy reserve

déroger aient été maintenues dans la *Loi sur les chemins de fer* jusqu'à son abrogation en 1996<sup>78</sup>. En fait, la restriction à l'aliénation des terres a été reprise dans la *Loi sur les transports au Canada*, qui a remplacé la *Loi sur les chemins de fer*. Le paragraphe 96(1) de cette Loi dispose:

96. (1) La compagnie de chemin de fer qui, en vertu de l'article 134 de la *Loi sur les chemins de fer* dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 185, a pris possession de terres appartenant à la Couronne, ou les a utilisées ou occupées, ne peut les aliéner qu'au profit d'une compagnie de chemin de fer—pour l'exploitation d'un chemin de fer—ou de la Couronne. [Non souligné dans l'original]

[130] Bien que certaines décisions judiciaires appuient la thèse selon laquelle, en 1911, il était possible d'obtenir le titre en fief simple en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*<sup>79</sup>, ces affaires ne portaient pas sur la prise de terres de réserve par des compagnies de chemin de fer. Par conséquent, la question de savoir si, compte tenu des restrictions imposées par la législation sur les chemins de fer, Canadian Pacific pouvait acquérir le titre en fief simple sur les terres de réserve en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* à la suite des modifications de 1911 (à condition que le gouverneur en conseil n'impose pas de termes emportant le transfert d'un domaine moindre) n'est pas résolue. En d'autres termes, la modification de 1911 permet-elle une dérogation à la législation sur les chemins de fer? Compte tenu des conditions légales auxquelles une compagnie de chemin de fer doit satisfaire pour se soustraire aux restrictions établies par la législation sur les chemins de fer, on peut difficilement prétendre que l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* a cet effet. Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire de trancher cette question car tous s'accordent pour dire qu'aucun des transferts en cause n'a été effectué en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*. (On peut se demander si la concession de Cook's Ferry a été effectuée en vertu de l'article 35.)

[131] En résumé, à toutes les époques pertinentes, Canadian Pacific n'aurait pas pu obtenir valablement le titre en fief simple sur les terres de réserve en cause en vertu de la législation sur les chemins de fer, étant donné l'interdiction d'aliéner les terres de la Couronne acquises pour les besoins d'un chemin de fer. Canadian Pacific a obtenu tout au plus des

lands required for railway purposes. For this reason, it is necessary to determine whether the provisions of the CPR Act of 1881 override those outlined in the *Railway Act*.

(c) The impact of *An Act respecting the Canadian Pacific Railway*<sup>80</sup>

[132] This part of my analysis requires a basic appreciation of the well-known historical events leading up to the passage of the CPR Act and its constituent parts. Under the *British Columbia Terms of Union* (1871),<sup>81</sup> the Dominion government was obligated to complete a railway linking British Columbia with the rest of Canada within 10 years. Nine years later, the dream of a railway linking east and west remained unfulfilled. Knowing that it could not live up to its ambitious policy and its legal obligations to British Columbia without the assistance of the private sector, the Dominion government struck a deal with the promoters of what was to become Canadian Pacific. The contract was potentially lucrative, but it involved significant financial risks. (In 1884, Canadian Pacific returned to Parliament for a \$30 million loan.) The terms of the agreement were approved in 1880 and ratified by the CPR Act in 1881. That Act consists only of a preamble and six sections, with the contract attached as a schedule comprising a further 22 articles. Another schedule is attached to that schedule, outlining the powers to be exercised by the company to be incorporated by the promoters, namely, Canadian Pacific.

[133] Canadian Pacific's position is straightforward: the Crown was authorized to convey fee simple title to the rights-of-way to Canadian Pacific, and did in fact convey such title in accordance with the CPR Act. Canadian Pacific also maintains that Parliament agreed to extinguish "Indian title" to the railway lands. Specifically, section 5 of the CPR Act and article 7 of the contract state that, once the railway was com-

servitudes légales sur les droits de passage ou la permission d'utiliser et d'occuper les terres de réserve nécessaires pour les besoins du chemin de fer. Pour cette raison, il faut maintenant déterminer si les dispositions de la Loi du CP de 1881 permettent une dérogation à celles de la législation sur les chemins de fer.

c) L'incidence de l'Acte concernant le chemin de fer Canadien du Pacifique<sup>80</sup>

[132] Cette partie de mon analyse exige une compréhension de base des événements historiques bien connus qui ont mené à l'adoption de la Loi du CP et des éléments qui la composent. En vertu des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* (1871)<sup>81</sup>, le gouvernement fédéral était tenu d'achever un chemin de fer reliant la Colombie-Britannique au reste du Canada dans un délai de dix ans. Neuf ans plus tard, le rêve d'un chemin de fer reliant l'est à l'ouest n'avait toujours pas été réalisé. Conscient du fait qu'il ne pourrait pas mettre en œuvre son ambitieuse politique et s'acquitter de ses obligations juridiques envers la Colombie-Britannique sans l'aide du secteur privé, le gouvernement fédéral a conclu un marché avec les promoteurs de ce qui allait devenir Canadian Pacific. Le contrat pouvait s'avérer lucratif, mais il comportait d'importants risques financiers. (En 1884, le Canadian Pacific s'est à nouveau adressé au Parlement pour obtenir un prêt de 30 millions de dollars.) Les termes de la convention ont été approuvés en 1880 et ratifiés par la Loi du CP en 1881. Cette Loi ne comprend qu'un préambule et six articles; le contrat, qui comporte 22 clauses, y est joint en annexe. Une autre annexe, jointe à la première, décrit les pouvoirs conférés à la compagnie qui devait être constituée par les promoteurs, c'est-à-dire Canadian Pacific.

[133] La position de Canadian Pacific est simple: la Couronne était autorisée à transférer le titre en fief simple sur les droits de passage à Canadian Pacific, et elle lui a effectivement transféré ce titre en fief simple en vertu de la Loi du CP. Canadian Pacific soutient de plus que le Parlement a convenu d'éteindre le «titre des Indiens» sur les terres de chemin de fer. Plus précisément, l'article 5 de la Loi du CP et la

pleted, the government was bound to convey it to Canadian Pacific in its entirety, at which time the railway would become the “absolute property” of Canadian Pacific. Article 12 imposes an obligation on the government to extinguish “Indian title” to lands “herein appropriated and to be hereafter granted in aid of the railway”. Although there are only slight differences in the wording of section 5 of the Act and section 7 of the contract, it is helpful to reproduce both:

5. Pending the completion of the eastern and central sections of the said railway as described in the said contract, the Government may also transfer to the said Company the possession and right to work and run the several portions of the Canadian Pacific Railway as described in the said Act thirty-seventh Victoria, chapter fourteen, which are already constructed, and as the same shall be hereafter completed; and upon the completion of the said eastern and central sections the Government may convey to the Company, with a suitable number of station buildings . . . those portions of the Canadian Pacific Railway constructed, or agreed by the said contract to be constructed by the Government, which shall then be completed; and upon completion of the remainder of the portion of the said railway to be constructed by the Government, that portion also may be conveyed by the Government to the Company, and the Canadian Pacific Railway defined as aforesaid shall become and be thereafter the absolute property of the Company; the whole, however, upon the terms and conditions, and subject to the restrictions and limitations contained in the said contract.

. . .

7. The railway constructed under the terms hereof shall be the property of the Company; and pending the completion of the Eastern and Central sections, the Government shall transfer to the Company the possession and right to work and run the several portions of the Canadian Pacific Railway already constructed or as the same shall be completed. And upon the completion of the Eastern and Central sections, the Government shall convey to the Company, with a suitable number of station buildings . . . those portions of the Canadian Pacific Railway constructed or to be constructed by the Government which shall then be completed; and upon completion of the remainder of the portion of railway to be constructed by the Government, that portion shall also be conveyed to the Company; and the Canadian Pacific Railway shall become and be thereafter the absolute property of the Company. And the Company shall thereafter and forever efficiently maintain, work and run the Canadian Pacific Railway. [Emphasis added.]

clause 7 du contrat prévoient qu’une fois le chemin de fer achevé, le gouvernement avait l’obligation de le transférer dans son intégralité à Canadien Pacifique, de sorte qu’à ce moment, le chemin de fer deviendrait la propriété absolue de Canadien Pacifique. La clause 12 impose au gouvernement l’obligation d’éteindre le «titre des Sauvages» sur les terres «par le présent affectées et qui seront à l’avenir concédées comme subvention au chemin de fer.» Bien que l’article 5 de la Loi et la clause 7 du contrat ne diffèrent que très peu, il est utile de les reproduire tous les deux:

5. En attendant l’achèvement des sections de l’Est et du Centre du dit chemin de fer, telles que décrites dans le dit contrat, le gouvernement pourra aussi transférer à la dite compagnie la possession et le droit d’exploitation des différentes portions du chemin de fer Canadien du Pacifique tel que décrit dans le dit acte trente-sept Victoria, chapitre quatorze, qui sont déjà construites et au fur et à mesure qu’elles seront terminées à l’avenir; et lors de l’achèvement des dites sections de l’Est et du Centre, le gouvernement pourra transporter à la compagnie, avec un nombre convenable de bâtiments de stations, et avec le service d’eau (mais sans équipement), les portions du chemin de fer Canadien du Pacifique construites ou dont la construction par le gouvernement est convenue sous l’empire du dit contrat, et qui seront alors terminées; et lors de l’achèvement du reste de la portion du dit chemin de fer que doit construire le gouvernement, cette portion pourra aussi être transportée par le gouvernement à la compagnie; et le chemin de fer Canadien du Pacifique défini tel que susdit deviendra et sera ensuite la propriété absolue de la compagnie; le tout, néanmoins, aux termes et conditions, et sauf les restrictions et réserves stipulées au dit contrat.

[. . .]

7. Le chemin de fer construit aux termes des présentes sera la propriété de la compagnie; et en attendant l’achèvement des sections de l’Est et du Centre, le gouvernement transférera à la compagnie la possession et le droit d’exploiter et de mettre en opération les diverses portions du chemin de fer Canadien du Pacifique déjà construites ou à mesure qu’elles seront achevées. Et à l’achèvement des sections de l’Est et du Centre, le gouvernement cédera à la compagnie, avec un nombre convenable de bâtiments pour gares et le service d’eau (mais sans équipement), les portions du chemin de fer Canadien du Pacifique construites ou qui doivent être construites par le gouvernement et qui seront alors achevées; et à l’achèvement du reste de la partie du chemin de fer qui doit être construite par le gouvernement, cette partie sera aussi cédée à la compagnie, et le chemin de fer Canadien du Pacifique deviendra et sera dès lors la propriété absolue de la compagnie. Et la compagnie devra ensuite et à perpétuité entretenir, exploiter et mettre en opération, d’une manière efficace, le chemin de fer Canadien du Pacifique. [Non souligné dans l’original.]

[134] Before dealing with the substance of Canadian Pacific's position, one preliminary matter must be addressed. There is some question as to whether all 15 conveyances were made pursuant to the CPR Act, since some do not expressly state that they were so issued. Counsel for Canadian Pacific, Mr. Gouge, kindly slotted each of the letters patent into one of three categories. There are eight type "A" conveyances, which specifically invoke section 5 of the CPR Act and article 7 of the contract as authority for the conveyances. The six type "B" conveyances recall an agreement between Canada and Canadian Pacific "for the absolute purchase" of the lands, but do not identify any statutory authority for the conveyances. Finally, the 1968 Cook's Ferry conveyance states that it was made pursuant to the *Indian Act*.

[135] The appellants did not contest Canadian Pacific's position that the type "A" and type "B" conveyances were made pursuant to the CPR Act. As for the remaining conveyance, Canadian Pacific asked that we infer that it was made pursuant to that legislation, rather than the *Indian Act*. To the best of my recollection, the appellants did not contest this point, preferring to deal with Canadian Pacific's main argument. While I am prepared to accept these concessions for the purpose of these appeals, I wish to note that they do not explain why Canadian Pacific paid for its rights-of-way when no monetary compensation was required under the contract. A further explanation of the agreement between the government and Canadian Pacific is required.

[136] Under the terms of the contract, the Dominion government agreed to build, and ultimately convey to Canadian Pacific, the western segment of the railway which stretched from Kamloops to Port Moody. In return, Canadian Pacific agreed to complete the construction of two other railway segments on which the government had earlier commenced construction, namely, the eastern segment (from Lake Nipissing to Selkirk) and the central segment (from Selkirk to Kamloops). Once these two segments were completed, the government agreed to convey them to Canadian Pacific as well. There was no obligation on the part of

[134] Avant d'examiner le fond de la thèse de Canadien Pacifique, il faut régler une question préliminaire. Il n'est pas certain que les 15 transferts ont été effectués en vertu de la Loi du CP, étant donné que certains ne le mentionnent pas expressément. L'avocat de Canadien Pacifique, M<sup>e</sup> Gouge, a eu la bienveillance de partager les lettres patentes en trois catégories. Il y a les transferts du type «A», qui mentionnent expressément que les transferts sont effectués sous le régime de l'article 5 de la Loi du CP et de la clause 7 du contrat. Les six transferts du type «B» renvoient à une convention conclue entre le Canada et Canadien Pacifique aux fins de «l'achat à titre absolu» des terres, mais ne précisent pas en vertu de quelles dispositions législatives ils sont effectués. Enfin, le transfert de Cook's Ferry en 1968 précise qu'il est effectué en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

[135] Les appelants n'ont pas contesté la prétention de Canadien Pacifique portant que les transferts du type «A» et du type «B» ont été effectués en vertu de la Loi du CP. Quant au transfert restant, Canadien Pacifique a demandé à la Cour d'inférer qu'il a été effectué en vertu de cette loi plutôt que de la *Loi sur les Indiens*. Je n'ai pas souvenir que les appelants aient contesté ce point, préférant traiter de l'argument principal de Canadien Pacifique. Bien que je sois disposé à accepter ces admissions aux fins des appels, je tiens à souligner qu'elles n'expliquent pas pourquoi Canadien Pacifique a payé ses droits de passage, alors qu'aucune indemnité pécuniaire n'était stipulée dans le contrat. Une meilleure explication de la convention conclue entre le gouvernement du Canada et Canadien Pacifique s'impose.

[136] Selon les stipulations du contrat, le gouvernement fédéral s'est engagé à construire et à transférer par la suite à Canadien Pacifique la section de l'ouest du chemin de fer, qui allait de Kamloops à Port Moody. En retour, Canadien Pacifique convenait d'achever la construction de deux autres sections de chemin de fer, déjà entamée par le gouvernement, soit la section de l'est (reliant le lac Nipissing à Selkirk) et la section du centre (allant de Selkirk à Kamloops). Le gouvernement s'est engagé à transférer aussi ces deux sections, une fois achevées, à Canadien Pacifique. Canadien Pacifique n'avait l'obligation de

Canadian Pacific to provide monetary consideration for those conveyances. Nevertheless, all of the letters patent or Crown grants in issue refer to a sale at a fixed price. While Mr. Gouge wished to provide an explanation for this apparent contradiction, counsel in the court below had failed to lead any evidence on this point. To facilitate matters, counsel for the appellants allowed Mr. Gouge to explain. Briefly stated, it appears that Canadian Pacific and the Crown could not agree on the exact amount of land to be conveyed and, as a result, Canadian Pacific agreed to provide monetary compensation.

[137] While I am not entirely satisfied with this explanation, I am prepared to accept that all of the disputed conveyances were made pursuant to the CPR Act for the purpose of deciding these appeals. I do so because it is common ground that all of the rights-of-way in issue are located in the western segment of the railway, and because the CPR Act obligated the Crown to transfer the completed railway to Canadian Pacific as its “absolute property”. Accordingly, even if the government and Canadian Pacific were mistaken as to the true legal basis on which letters patent could issue, the fact remains that Canadian Pacific was entitled to conveyances under the CPR Act. However, the nature of the interest that the government was authorized to convey under that Act is another matter.

[138] Canadian Pacific argues that the provisions of the CPR Act and the contract clearly displace those of the *Indian Act* and the *Railway Act*, thereby authorizing a grant of fee simple and extinguishing the Indians’ interest in the rights-of-way. It bases this conclusion on three arguments: first, it claims that article 22 of the contract precludes the application of subsection 7(3) of *The Consolidated Railway Act, 1879*, which restricts the alienation of Crown lands acquired for railway purposes; second, it claims that the contract stipulated that Canadian Pacific was to receive “absolute property” to the railway lands crossing the appellants’ reserves, effectively extinguishing Indian title to those lands; and third, it claims

fournir aucune contrepartie pécuniaire en échange de ces transferts. Néanmoins, toutes les lettres patentes ou les concessions de la Couronne en cause mentionnent une vente à un prix déterminé. M<sup>e</sup> Gouge a voulu expliquer cette contradiction apparente, mais l’avocat qui avait plaidé devant le tribunal d’instance inférieure n’avait produit aucune preuve sur ce point. Pour faciliter les choses, les avocats des appelants ont consenti à ce que M<sup>e</sup> Gouge fournisse une explication. En bref, il semble que Canadien Pacifique et la Couronne n’aient pas pu s’entendre sur l’étendue exacte des terres qui devaient être transférées et, en conséquence, Canadien Pacifique a accepté de verser une indemnité pécuniaire.

[137] Bien que je ne sois pas entièrement convaincu par cette explication, je suis prêt à reconnaître, pour trancher les appels, que tous les transferts ont été effectués en vertu de la Loi du CP. Je m’y résous parce qu’il est bien établi que tous les droits de passage en cause font partie de la section de l’ouest du chemin de fer, et parce que la Loi du CP obligeait la Couronne à transférer la totalité du chemin de fer à Canadien Pacifique pour qu’il devienne sa «propriété absolue». Par conséquent, même si le gouvernement et Canadien Pacifique se sont trompés sur le véritable fondement juridique des lettres patentes, il demeure que Canadien Pacifique avait droit aux transferts en vertu de la Loi du CP. Toutefois, c’est une question totalement distincte que celle de savoir quelle était la nature du droit que le gouvernement était autorisé à transférer en vertu de cette Loi.

[138] Canadien Pacifique soutient qu’il est clair que les dispositions de la Loi du CP et du contrat remplacent celles de la législation sur les Indiens et de la législation sur les chemins de fer, autorisant donc l’attribution d’un fief simple et l’extinction du titre des Indiens sur les droits de passage. L’intimée fonde cette conclusion sur trois arguments: premièrement, elle prétend que la clause 22 du contrat exclut l’application du paragraphe 7(3) de l’*Acte refondu des chemins de fer, 1879*, qui pose une restriction à l’aliénation des terres de la Couronne acquises pour les besoins d’un chemin de fer; deuxièmement, elle fait valoir que le contrat stipulait que Canadien Pacifique devait recevoir la «propriété absolue» des terres de chemin de fer

that article 12 of the contract expressly required the government to extinguish Indian title to the railway lands in issue. I propose to address each of these three arguments in turn, beginning with the interaction between article 22 of the contract and subsection 7(3) of *The Consolidated Railway Act, 1879*.

(i) Article 22 of the contract and subsection 7(3) of *The Consolidated Railway Act, 1879*

[139] Canadian Pacific notes that article 22 of the contract provides that the provisions of *The Consolidated Railway Act, 1879* only apply to Canadian Pacific in so far as they are not inconsistent with the CPR Act and the contract. Thus, Canadian Pacific maintains that the restraint on alienation imposed under *The Consolidated Railway Act, 1879* does not apply to Canadian Pacific, since that restriction is inconsistent with the “absolute title” provided for under the CPR Act and the contract. Article 22 of the contract states:

22. The Railway Act of 1879, in so far as the provisions of the same are applicable to the undertaking referred to in this contract, and in so far as they are not inconsistent herewith or inconsistent with or contrary to the provisions of the Act of incorporation to be granted to the Company, shall apply to the Canadian Pacific Railway. [Emphasis added.]

[140] The difficulty I have with Canadian Pacific’s argument concerns the legal effect of article 22 of the contract. There is no doubt that the CPR Act was intended to override inconsistent provisions of *The Consolidated Railway Act, 1879*. Indeed, Schedule A to the contract, which sets out the powers of the railway company to be incorporated for the purpose of constructing the railway, provides for this in section 17, which states:

17. “*The Consolidated Railway Act, 1879*,” in so far as the provisions of the same are applicable to the undertaking authorized by this charter, and in so far as they are not inconsistent with or contrary to the provisions hereof, and save and except as hereinafter provided, is hereby incorporated herewith.

traversant les réserves des appelants, avec l’extinction du titre des Indiens sur ces terres; troisièmement, elle soutient que la clause 12 du contrat oblige expressément le gouvernement à éteindre le titre des Indiens sur les terres de chemin de fer en cause. J’ai l’intention d’étudier ces arguments tour à tour, en commençant par l’interaction entre la clause 22 du contrat et le paragraphe 7(3) de l’*Acte refondu des chemins de fer, 1879*.

(i) La clause 22 du contrat et le paragraphe 7(3) de l’Acte refondu des chemins de fer, 1879

[139] Canadien Pacifique fait remarquer que la clause 22 du contrat prévoit que les dispositions de l’*Acte refondu des chemins de fer, 1879*, ne s’appliquent à Canadien Pacifique que dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la Loi du CP et le contrat. Ainsi, Canadien Pacifique soutient que la restriction à l’aliénation imposée par l’*Acte refondu des chemins de fer, 1879* ne s’applique pas à Canadien Pacifique, car elle est incompatible avec le «titre absolu» prévu par la Loi du CP et par le contrat. La clause 22 du contrat est ainsi libellée:

22. «L’Acte des chemins de fer, 1879,» en tant que ses dispositions sont applicables à l’entreprise mentionnée dans le présent contrat, et en tant qu’elles ne sont pas en contradiction avec lui ou incompatibles avec les dispositions de l’acte constitutif qui devra être accordé à la compagnie, s’appliquera au chemin de fer Canadien du Pacifique. [Non souligné dans l’original.]

[140] L’aspect de l’argument de Canadien Pacifique qui me préoccupe est l’effet juridique de la clause 22 du contrat. Il ne fait aucun doute que la Loi du CP devait l’emporter sur les dispositions incompatibles de l’*Acte refondu des chemins de fer, 1879*. En fait, l’annexe A au contrat, énonçant les pouvoirs conférés à la compagnie de chemin de fer qui devait être constituée pour la construction du chemin de fer, le prévoit à l’article 17:

17. «L’*Acte refondu des chemins de fer, 1879*,» en tant que ses dispositions sont applicables à l’entreprise autorisée par cette charte, et en tant qu’elles ne sont pas incompatibles ou contradictoires avec les dispositions de celle-ci, et sauf et excepté tel que ci-après prescrit, est incorporé dans le présent acte.

[141] But it is equally true that section 3 of *The Consolidated Railway Act, 1879* (and its successors) stipulates that any overriding legislation, that is, any “Special Act”, must identify which provisions of *The Consolidated Railway Act, 1879* are being displaced. This explains the presence of section 18 in Schedule A to the contract, which expressly details those provisions of *The Consolidated Railway Act, 1879*, that are being overridden or modified. Section 18 in Schedule A reads:

**18.** As respects the said railway, the seventh section of “*The Consolidated Railway Act, 1879*” relating to POWERS, and the eighth section thereof relating to PLANS AND SURVEYS, shall be subject to the following provisions:—

*a.* The Company shall have the right to take, use and hold the beach and land below high water mark, in any stream, lake, navigable water, gulf or sea, in so far as the same shall be vested in the Crown and shall not be required by the Crown, to such extent as shall be required by the Company for its railway and other works, and as shall be exhibited by a map or plan thereof deposited in the office of the Minister of Railways. But the provisions of this sub-section shall not apply to any beach or land lying East of Lake Nipissing except with the approval of the Governor in Council.

*b.* It shall be sufficient that the map or plan and book of reference for any portion of the line of the railway not being within any district or county for which there is a Clerk of the Peace, be deposited in the office of the Minister of Railways of Canada; and any omission, mis-statement or erroneous description of any lands therein may be corrected by the Company, with the consent of the Minister and certified by him; and the Company may then make the railway in accordance with such certified correction.

*c.* The eleventh sub-section of the said eighth section of the Railway Act shall not apply to any portion of the railway passing over ungranted lands of the Crown, or lands not within any surveyed township in any Province; and in such places, deviations not exceeding five miles from the line shown on the map or plan as aforesaid, deposited by the Company, shall be allowed, without any formal correction or certificate; and any further deviation that may be found expedient may be authorized by order of the Governor in Council, and the Company may then make their railway in accordance with such authorized deviation.

*d.* The map or plan and book of reference of any part of the main line of the Canadian Pacific Railway made and deposited in accordance with this section, after approval by

[141] Mais il est aussi vrai que l'article 3 de l'*Acte refondu des chemins de fer, 1879* (et les dispositions qui l'ont remplacé) dispose que toute mesure législative dérogatoire, c'est-à-dire tout «acte spécial», doit préciser les dispositions de l'*Acte refondu des chemins de fer, 1879* sur lesquelles il l'emporte. Cette exigence explique la présence de l'article 18 dans l'annexe A du contrat, qui énumère expressément les dispositions de l'*Acte refondu des chemins de fer, 1879* qui lui sont subordonnées ou qui sont modifiées. L'article 18 de l'annexe A dispose:

**18.** En ce qui concerne le dit chemin de fer, la septième section de «l'*Acte des chemins de fer, 1879*,» relative aux POUVOIRS, et sa huitième section, relative AUX PLANS ET ARPENTAGES, seront subordonnées aux dispositions suivantes: —

*a.* La compagnie aura le droit de prendre, utiliser et garder la grève et le terrain au-dessous de la marque des hautes eaux, sur tous cours d'eau, lacs, rivières navigables, golfes ou mers, en tant qu'ils seront la propriété de la Couronne et que celle-ci n'en aura pas besoin, sur telle étendue dont aura besoin la compagnie pour son chemin de fer et autres constructions et qui sera indiquée par une carte ou un plan déposé au bureau du ministre des chemins de fer. Mais les dispositions de ce paragraphe ne s'appliqueront à aucune grève ni à aucun terrain à l'est du lac Nipissingue, excepté avec l'approbation du Gouverneur en conseil.

*b.* Il suffira que la carte ou plan et le livre de renvoi de toute partie de la ligne du chemin de fer n'étant pas dans un district ou comté pour lequel il y a alors un greffier de la paix, soient déposés au bureau du ministre des chemins de fer du Canada; et toute omission, énonciation fautive, ou description erronée de terrains qui sera faite, pourra être corrigée par la compagnie du consentement du ministre et certifiée par lui, et la compagnie pourra alors construire le chemin de fer conformément à telle correction certifiée.

*c.* Le onzième paragraphe de la huitième section susdite de l'acte des chemins de fer ne s'appliquera à aucune partie du chemin de fer traversant des terres non concédées de la Couronne, ou des terres ne se trouvant pas dans un canton arpenté de quelque province; et dans ces lieux des déviations n'excédant pas cinq milles de la ligne indiquée sur la carte ou le plan comme susdit, déposé par la compagnie seront permises sans correction ou certificat formels; et toute déviation ultérieure qui pourra être jugée à propos pourra être autorisée par ordre du Gouverneur en conseil, et la compagnie pourra alors construire son chemin de fer conformément à la déviation ainsi autorisée.

*d.* La carte ou plan et le livre de renvoi d'une partie quelconque de la ligne principale du chemin de fer Canadien du Pacifique, faits et déposés conformément à la présente

the Governor in Council, and of any branch of such railway hereafter to be located by the said Company in respect of which the approval of the Governor in Council shall not be necessary shall avail as if made and deposited as required by the said "*Consolidated Railway Act, 1879*," for all the purposes of the said Act, and of this Act; and any copy of, or extract therefrom, certified by the said Minister or his deputy, shall be received as evidence in any court of law in Canada.

e. It shall be sufficient that a map or profile of any part of the completed railway, which shall not lie within any county or district having a registry office, be filed in the office of the Minister of Railways.

[142] What is clear and fatal to Canadian Pacific's argument is that the restraint on alienation in subsection 7(3) of *The Consolidated Railway Act, 1879* is not explicitly overridden. Paragraph 18(a) clearly addresses subsection 7(3), but only to extend the scope of the latter portion of that subsection relating to the taking, use or occupation of public beaches and lands below the high water mark of certain water bodies, title to which is vested in the Crown. The only reasonable inference is that, in acquiring Crown lands, the remaining elements of subsection 7(3) would apply. Thus, when acquiring Crown lands, Canadian Pacific does so subject to the restriction on alienation imposed by subsection 7(3). It is telling that in *Vancouver, (City of) v. Canadian Pacific Ry. Co.*,<sup>82</sup> a case dealing with lands taken pursuant to paragraph 18(a) of Schedule A to the contract, counsel for Canadian Pacific acknowledged that the restriction on alienation applied to lands so acquired, stating:<sup>83</sup>

The respondents [Canadian Pacific] have no power to alienate the foreshore inasmuch as they have the right to take, use and hold the beach and land to such extent as shall be required by the company for its proposed railway and other works, and for no other purpose. [Underlining added.]

[143] Surely, it must have been anticipated that Canadian Pacific would require additional Crown lands to complete the construction of the central and eastern segments of the railway and, in time, would be acquiring from the Crown title to these lands and

section, après avoir été approuvés par le Gouverneur en conseil, et de tout embranchement de tel chemin de fer devant être plus tard tracé par la compagnie et pour lequel la sanction du Gouverneur en conseil ne sera pas nécessaire, vaudront tout comme s'ils avaient été faits et déposés tel que prescrit par «l'*Acte refondu des chemins de fer, 1879*,» à toutes les fins du dit acte et du présent acte; et toute copie ou tous extraits des dits plan et livre de renvoi, certifiés conformes par le dit ministre ou son député, seront reçus comme preuve dans toute cour de droit en Canada.

e. Il suffira qu'une carte ou qu'un profil de toute partie complétée du chemin de fer, qui ne sera pas située dans un comté ou district ayant un bureau d'enregistrement, soit déposé au bureau du ministre des chemins de fer.

[142] Ce qui est clair, et qui réfute l'argument de Canadien Pacifique, c'est qu'une dérogation à la restriction à l'aliénation établie par le paragraphe 7(3) de *l'Acte refondu des chemins de fer, 1879* n'est pas explicitement prévue. Il est clair que l'alinéa 18a) vise le paragraphe 7(3), mais uniquement pour étendre la portée de la dernière partie de cette disposition concernant la prise, l'utilisation ou l'occupation des grèves et terrains au-dessous de la marque des hautes eaux, dont la Couronne est propriétaire. La seule inférence raisonnable que l'on peut tirer est que, lors de l'acquisition de terres de la Couronne, les autres éléments du paragraphe 7(3) s'appliqueraient. Par conséquent, Canadien Pacifique acquiert les terres de la Couronne sous réserve de la restriction quant à l'aliénation établie par le paragraphe 7(3). Il est révélateur que dans l'affaire *Vancouver, (City of) v. Canadian Pacific Ry. Co.*,<sup>82</sup> qui portait sur des terres prises en vertu de l'alinéa 18a) de l'annexe A au contrat, les avocats de Canadien Pacifique aient reconnu que la restriction quant à l'aliénation s'appliquait aux terres ainsi acquises, en affirmant<sup>83</sup>:

[TRADUCTION] Les intimées [Canadien Pacifique] n'ont aucun pouvoir d'aliéner la batture dans la mesure où elles ont le droit de prendre, utiliser et garder la grève et le terrain en tant que la compagnie en aura besoin pour son chemin de fer projeté et ses autres constructions et à aucune autre fin. [Soulignement ajouté.]

[143] Certes, on a dû prévoir que Canadien Pacifique aurait besoin de terres de la Couronne additionnelles pour terminer la construction des sections du centre et de l'est du chemin de fer et qu'elle acquerrait, en temps voulu, le titre sur ces terres et sur celles où le

those on which the federal government was building the western segment. If the restriction on alienation was not intended to apply to those lands, section 18 of Schedule A could have expressly precluded the application of subsection 7(3) of *The Consolidated Railway Act, 1879*. Indeed, that is what was required under subsection 2(2) and section 3 of that Act.

[144] In conclusion, I am of the view that article 22 of the contract does not displace or override the restraint on alienation imposed on Crown lands acquired by railway companies. Accordingly, Canadian Pacific could not legally obtain fee simple title to the right-of-ways. This determination means that the right-of-ways are “in the reserve” and that the notices of assessment are valid. It also follows that if article 22 of the contract is insufficient to override subsection 7(3) of *The Consolidated Railway Act, 1879*, because of its failure to expressly do so, then other provisions of the CPR Act and the contract which purport to transfer absolute title to the railway and which impose an obligation on the government to extinguish Indian title also lack the specificity required to oust the application of subsection 7(3). Nonetheless, I feel compelled to deal with the alternative issue as to whether the provisions of the CPR Act and contract override those of the *Indian Act*. As discussed earlier, under the latter Act fee simple title can be obtained only by way of a surrender as required by section 37 or by a taking under section 35. My reason for pursuing the alternative submission is that my construction of *The Consolidated Railway Act, 1879* may be found to be in error. I hasten to add that all of the parties devoted considerable time to the two aspects of this issue.

(ii) The meaning of “absolute property”

[145] I cannot accept Canadian Pacific’s submission that, simply because of the extraordinary circumstances leading up to the signing of the contract and the passage of the CPR Act, it was intended that Canadian Pacific obtain fee simple title to reserve

gouvernement fédéral construisait la section de l’ouest. Si on avait eu l’intention de soustraire ces terres à l’application de la restriction quant à l’aliénation, l’article 18 de l’annexe A aurait pu écarter expressément l’application du paragraphe 7(3) de l’*Acte refondu des chemins de fer, 1879*. En fait, c’est ce qu’exigeaient le paragraphe 2(2) et l’article 3 de cette Loi.

[144] En conclusion, je suis d’avis que la clause 22 du contrat n’écarter pas la restriction à l’aliénation établie à l’égard des terres de la Couronne acquises par les compagnies de chemin de fer et ne permet pas d’y déroger. En conséquence, Canadien Pacifique ne pouvait pas obtenir légalement le titre en fief simple sur les droits de passage. Cette conclusion signifie que les droits de passage sont «situés dans la réserve» et que les avis d’évaluation sont valides. Il s’ensuit que, si la clause 22 du contrat ne permet pas de dérogation au paragraphe 7(3) de l’*Acte refondu des chemins de fer, 1879*, parce qu’elle ne le prévoit pas expressément, les autres dispositions de la Loi du CP et du contrat qui ont pour objet prétendu de transférer la propriété absolue sur le chemin de fer et qui obligent le gouvernement à éteindre le titre des Indiens ne sont pas non plus assez précises pour écarter l’application du paragraphe 7(3). Néanmoins, je dois me prononcer sur la question subsidiaire de savoir si les dispositions de la Loi du CP et du contrat l’emportent sur celles de la législation sur les Indiens. Comme je l’ai déjà expliqué, le titre en fief simple ne peut être obtenu sous le régime de cette Loi qu’au moyen d’une cession en vertu de l’article 37 ou de la prise d’une terre en vertu de l’article 35. Je tranche la question subsidiaire au cas où mon interprétation de l’*Acte refondu des chemins de fer, 1879* serait jugée erronée. Je m’empresse d’ajouter que toutes les parties ont consacré un temps considérable aux deux aspects de cette question.

(ii) Le sens de l’expression «propriété absolue»

[145] Je peux retenir la prétention de Canadien Pacifique selon laquelle, du seul fait des circonstances extraordinaires ayant mené à la signature du contrat et à l’édiction de la Loi du CP, on avait l’intention que Canadien Pacifique obtienne, par dérogation à la

lands required for the construction and operation of the railway, so as to override the provisions of the *Indian Act*. With great respect, I doubt that the parties ever considered the exact nature of the legal title to be transferred to Canadian Pacific, so long as such title enabled Canadian Pacific to operate the railway efficiently and effectively. Otherwise, the parties would not have drafted a contract which is a model of brevity, compared to today's standards, especially when considering the relatively vast sums of money involved.

[146] In my view, section 5 of the CPR Act and article 7 of the contract are ambiguous to the extent that they do not refer to the quality of title to be conveyed to Canadian Pacific. That is, they do not state that Canadian Pacific was to receive "absolute title" to real and personal property required for the building and operation of the railway. Section 5 merely provides that the government will convey the "Canadian Pacific Railway" described in "thirty-seventh Victoria, chapter fourteen" to Canadian Pacific and, thereafter, the railway would become the "absolute property" of Canadian Pacific. This leads to the question of what railway is described in "thirty-seventh Victoria, chapter fourteen".

[147] As explained by the Supreme Court in *C.P.R. v. A.G. for Saskatchewan*,<sup>84</sup> section 5 of the CPR Act refers to *The Canadian Pacific Railway Act, 1874*<sup>85</sup> [S.C. 1874, c. 14]. That legislation describes an earlier attempt to construct a railway from sea to sea, but which floundered and provided the impetus for the contractual accord between Canadian Pacific and the Dominion government, which was reflected in the CPR Act of 1881. The 1874 Act refers, in general terms, to seven segments of the transcontinental railway which were to be constructed.

[148] A precise determination of what was to be conveyed to Canadian Pacific pursuant to section 5 of the CPR Act is complicated by the fact that the railway described in the 1874 legislation is greater in

législation sur les Indiens, le titre en fief simple sur les terres de réserve requises pour la construction et l'exploitation du chemin de fer. Je doute que les parties se soient déjà intéressées à la nature exacte du titre légal qui devait être transféré à Canadien Pacifique, tant que ce titre permettait à Canadien Pacifique d'exploiter effectivement le chemin de fer de façon efficace. Autrement, les parties n'auraient pas rédigé un contrat qui est un modèle de concision, comparativement aux normes actuelles, plus particulièrement si l'on tient compte des sommes relativement élevées en jeu.

[146] Selon moi, l'article 5 de la Loi du CP et la clause 7 du contrat sont ambigus dans la mesure où ils ne précisent pas la qualité du titre qui devait être transféré à Canadien Pacifique. C'est-à-dire qu'ils ne mentionnent pas que Canadien Pacifique devait recevoir le «titre absolu» sur les biens meubles et immeubles nécessaires pour la construction et l'exploitation du chemin de fer. L'article 5 prévoit simplement que le gouvernement transférera le «chemin de fer Canadien du Pacifique» décrit dans l'acte «trente-sept Victoria, chapitre quatorze» à Canadien Pacifique et que le chemin de fer deviendra par la suite la «propriété absolue» de Canadien Pacifique. Cela soulève la question de savoir quel est le chemin de fer décrit dans l'acte «trente-sept Victoria, chapitre quatorze».

[147] Comme la Cour suprême l'a expliqué dans l'arrêt *C.P.R. v. A.G. for Saskatchewan*<sup>84</sup>, l'article 5 de la Loi du CP renvoie à *L'Acte du chemin de fer canadien du Pacifique, 1874*<sup>85</sup> [S.C. 1874, ch. 14]. Cette loi décrit une tentative antérieure de construire un chemin de fer d'un océan à l'autre, qui a cependant échoué. Elle a servi d'amorce à la signature de l'entente entre Canadien Pacifique et le gouvernement fédéral, qui se retrouve dans la Loi du CP de 1881. La Loi de 1874 mentionne, en termes généraux, sept sections du chemin de fer transcontinental qui devaient être construites.

[148] La question de savoir avec précision ce qui devait être transféré à Canadien Pacifique en vertu de l'article 5 de la Loi du CP se complique du fait que le chemin de fer décrit dans la Loi de 1874 est d'une

scope than that described in the contract. Of the seven railway segments to be built under the 1874 Act, three were not mentioned in the contract. It was for this reason that the Supreme Court concluded that the railway contemplated by the contract was not accurately described in the 1874 legislation and, therefore, the earlier legislation was not to be used in construing the contract.<sup>86</sup> In short, the fact that the railway was to become the absolute property of Canadian Pacific reveals nothing of the underlying title to the lands to be conveyed; it only demonstrates that the parties were preoccupied with identifying which segments of the railway were part of the bargain.

[149] In addition, the term “absolute” is itself ambiguous, a fact noted by Justice Thurlow (as he then was) in *Halley, James J. v. Minister of National Revenue*:<sup>87</sup>

In my opinion the word “absolute” even when used in a technical sense in connection with the vesting of property may signify at least two different legal concepts. In one sense it may be used to denote the lack of limitation of the extent or duration of an interest in personal property while in another it may mean the freedom of the interest from dependence on other things or persons.

[150] Similarly, in the present context, the term “absolute property” can be interpreted in one of two ways. It may be construed in its technical sense to conclude that Canadian Pacific received fee simple title to the rights-of-way. On the other hand, it may simply reflect the understanding that, as between the Dominion of Canada and Canadian Pacific, the former was to relinquish all of its rights to the railway. In my view, the second construction is the proper one because it accords with the rules of statutory interpretation. No court should be prepared to adopt a construction which undermines the proprietary rights of third parties, unless there are compelling reasons for doing so. Though no analogy is ever perfect, I offer the following to illustrate my point.

[151] Assume that the government and citizen X are squabbling over who is the true owner of the infamous “blackacre” and that they agree to resolve their differences in the following manner: the government

plus grande envergure que celui décrit dans le contrat. C’est pour cette raison que la Cour suprême a conclu que le chemin de fer prévu dans le contrat n’était pas décrit correctement dans la Loi de 1874 et, par conséquent, que cette loi antérieure ne devait pas être utilisée pour interpréter le contrat<sup>86</sup>. Bref, le fait que le chemin de fer devait devenir la propriété absolue de Canadien Pacifique ne révèle rien du titre sous-jacent sur les terres qui devait être transféré; il démontre simplement que les parties se préoccupaient de préciser quelles parties du chemin de fer faisaient partie du marché.

[149] De plus, le terme «absolu» est lui-même ambigu, comme l’a noté le juge Thurlow (plus tard juge en chef) dans *Halley James J. v. Minister of National Revenue*<sup>87</sup>:

[TRADUCTION] À mon avis, le terme «absolu», même employé dans un sens technique relativement à la dévolution d’un bien, peut s’entendre d’au moins deux concepts juridiques différents. Dans un sens, il peut être utilisé pour dénoter l’absence de limite quant à la portée ou à la durée d’un droit sur un bien meuble, alors que dans l’autre, il peut s’entendre de l’indépendance du droit par rapport à toute chose ou personne.

[150] De même, dans le présent contexte, l’expression «propriété absolue» peut être interprétée de deux façons. On peut lui attribuer son sens technique pour conclure que Canadien Pacifique a reçu le titre en fief simple sur les droits de passage. Par contre, elle peut simplement exprimer l’idée que, pour ce qui est des rapports entre le gouvernement du Canada et Canadien Pacifique, le premier devait délaissier tous ses droits sur le chemin de fer. Je suis d’avis que cette deuxième interprétation est juste, parce qu’elle est conforme aux règles d’interprétation des lois. Aucun tribunal ne serait disposé à retenir une interprétation qui porte atteinte aux droits de propriété des tiers, à moins que des motifs incontournables ne l’exigent. Bien qu’aucune analogie ne soit jamais parfaite, j’utiliserai celle qui suit pour illustrer mon point de vue.

[151] Supposons que le gouvernement et le citoyen X se disputent pour savoir qui est le véritable propriétaire d’un bien-fonds «unique» et qu’ils s’entendent pour régler leur différend de la façon suivante: le

provides a deed to citizen X “absolutely” relinquishing its interest in blackacre for \$100. It is trite law that if blackacre is subject to a mortgage vested in a third party, citizen X takes blackacre subject to that security interest. Citizen X may have a cause of action against the government for breach of contract or covenant, but that does not affect the rights of the third party. It is equally trite law that you cannot sell what you do not own (*nemo dat quod non habet*). In the present case, the appellants are the third party, and they are entitled to the “use and benefit” of reserve lands and the protections provided under the *Indian Act*. The moral of the analogy is that the term “absolute property” should not receive a broad interpretation when the rights of third parties are affected. It follows that the provisions of the CPR Act and the contract should not be interpreted so as to extinguish Indian rights to reserve lands in the absence of clear and express language to the contrary.

[152] This analysis is further supported by the seminal decision of Justice La Forest, then of the New Brunswick Court of Appeal, in *Re Estabrooks Pontiac Buick Ltd.*,<sup>88</sup> in which he held that a restrictive interpretation of legislation which attempts to diminish the proprietary rights of third parties is preferable, absent specific statutory directions to the contrary.<sup>89</sup> Justice La Forest’s comments regarding statutory interpretation are of some significance in this regard:<sup>90</sup>

There is no doubt that the duty of the courts is to give effect to the intention of the Legislature as expressed in the words of the statute. And however reprehensible the result may appear, it is our duty if the words are clear to give them effect. This follows from the constitutional doctrine of the supremacy of the Legislature when acting within its legislative powers. The fact that the words as interpreted would give an unreasonable result, however, is certainly ground for the courts to scrutinize a statute carefully to make abundantly certain that those words are not susceptible of another interpretation. For it should not be readily assumed that the Legislature intends an unreasonable result or to perpetrate an injustice or absurdity. [Emphasis added.]

gouvernement fournit un acte scellé au citoyen X, attestant qu’il délaisse le bien-fonds à titre absolu pour la somme de 100 \$. Il est bien établi en droit que, si le bien-fonds est grevé d’une hypothèque en faveur d’un tiers, le citoyen X acquiert le bien-fonds sous réserve de cette sûreté. Le citoyen X peut avoir une cause d’action contre le gouvernement pour rupture de contrat ou d’engagement, mais cela n’a aucune incidence sur les droits du tiers. Il est aussi bien établi en droit que personne ne peut vendre ce qui ne lui appartient pas (*nemo dat quod non habet*). En l’espèce, les appelants sont les tiers et ils ont droit à l’usage et au profit des terres de réserve ainsi qu’à la protection que leur offre la *Loi sur les Indiens*. Ce qu’il faut retenir de cette analogie, c’est que l’expression «propriété absolue» ne doit pas recevoir une interprétation large lorsque les droits d’un tiers sont touchés. Les dispositions de la Loi du CP et du contrat ne doivent donc pas être interprétées de façon à éteindre les droits des Indiens sur les terres de réserve en l’absence d’une disposition contraire claire et expresse.

[152] L’arrêt de principe prononcé par le juge La Forest, alors de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, dans l’affaire *Re Estabrooks Pontiac Buick Ltd.*<sup>88</sup>, appuie aussi ce raisonnement. Dans cet affaire, le juge La Forest a statué qu’il faut privilégier une interprétation restrictive des mesures législatives qui visent à réduire les droits de propriété des tiers, à moins d’une indication contraire précise dans la loi<sup>89</sup>. Ses remarques sur l’interprétation législative sont intéressantes<sup>90</sup>:

Il ne fait aucun doute que le devoir des tribunaux est de donner effet à l’intention du législateur, telle qu’elle est formulée dans le libellé de la Loi. Tout répréhensible que le résultat puisse apparaître, il est de notre devoir, si les termes sont clairs, de leur donner effet. Cette règle découle de la doctrine constitutionnelle de la suprématie de la Législature lorsqu’elle agit dans le cadre de ses pouvoirs législatifs. Pendant, le fait que les termes, selon l’interprétation qu’on leur donne, conduiraient à un résultat déraisonnable constitue certainement une raison pour motiver les tribunaux à examiner minutieusement une loi pour bien s’assurer que ces termes ne sont pas susceptibles de recevoir une autre interprétation, car il ne faudrait pas trop facilement prendre pour acquis que le législateur recherche un résultat déraisonnable ou entend créer une injustice ou une absurdité. [Non souligné dans l’original.]

[153] It would be unreasonable to hold that the term “absolute property” extinguishes the interest of Indian bands in their reserve lands. The Indians’ interest in reserve lands is a pre-existing legal right<sup>91</sup> which finds its origins in the occupation of Canada by Aboriginal peoples prior to European settlement.<sup>92</sup> As noted above, the alienation of this interest is subject to stringent restrictions under the *Indian Act* and at common law through the fiduciary duty doctrine. To undermine these strong protections in the absence of express language would clearly be unreasonable. Such an approach would also undermine the canons of statutory interpretation that have developed in the context of Aboriginal rights.

[154] The general rule applicable when interpreting statutes relating to Indians is that ambiguities and “doubtful expressions” should be resolved in favour of the Indians.<sup>93</sup> Indeed, as Justice La Forest stated in *Mitchell v. Peguis Indian Band*:<sup>94</sup>

... it is clear that in the interpretation of any statutory enactment dealing with Indians, and particularly the *Indian Act*, it is appropriate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights, and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them. Thus if legislation bears on treaty promises, the courts will always strain against adopting an interpretation that has the effect of negating commitments undertaken by the Crown . . . . [Emphasis added.]

Similarly, in the case at bar, this Court should balk at adopting an interpretation which is tantamount to an implied extinguishment of the Indians’ interest in reserve lands.

[155] This approach is further supported by the concurring reasons of Chief Justice Dickson, in which he applies the general rule to third parties, stating:<sup>95</sup>

It is Canadian society at large which bears the historical burden of the current situation of native peoples and, as a result, the liberal interpretive approach applies to any statute relating to Indians, even if the relationship thereby affected is a private one. Underlying *Nowegijick* is an appreciation of societal responsibility and a concern with remedying disadvantage, if only in the somewhat marginal context of treaty and statutory interpretation. [Emphasis added.]

[153] Il serait déraisonnable de statuer que l’expression «propriété absolue» emporte l’extinction du droit des bandes indiennes sur leurs terres de réserve. Le droit des Indiens sur les terres de réserve constitue un droit en common law pré-existant<sup>91</sup> qui tire son origine de l’occupation du Canada par les peuples autochtones avant l’établissement des Européens<sup>92</sup>. Comme je l’ai mentionné plus haut, l’aliénation de ce droit est assujéti à des restrictions sévères énoncées dans la *Loi sur les Indiens* et reconnues en common law par application de la doctrine de l’obligation fiduciaire. Il serait déraisonnable d’ébranler ces solides protections en l’absence de termes exprès. Une telle approche porterait de plus atteinte aux principes fondamentaux de l’interprétation législative qui ont été élaborés dans le contexte des droits ancestraux.

[154] La règle générale applicable à l’interprétation des lois concernant les Indiens veut que «toute ambiguïté» profite aux Indiens<sup>93</sup>. En effet, comme le juge La Forest l’a dit dans l’arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*<sup>94</sup>:

[. . .] il est clair que dans l’interprétation d’une loi relative aux Indiens, et particulièrement de la *Loi sur les Indiens*, il convient d’interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d’interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger. Donc si la loi porte sur des promesses contenues dans un traité, les tribunaux vont toujours s’efforcer de rejeter une interprétation qui a pour effet de nier les engagements pris par la Couronne [. . .] [Non souligné dans l’original.]

De même, en l’espèce, la Cour doit hésiter à adopter une interprétation qui aurait pour effet d’éteindre implicitement le droit des Indiens sur les terres de réserve.

[155] Les motifs concordants du juge en chef Dickson, dans lesquels il applique la règle générale aux tiers, appuient aussi ce raisonnement<sup>95</sup>:

C’est la société canadienne dans son ensemble qui porte le fardeau historique de la situation actuelle des peuples autochtones et, par conséquent, l’interprétation libérale s’applique à toute loi visant les Indiens, même si les rapports touchés par ce moyen sont de nature privée. L’arrêt *Nowegijick* se fonde sur la reconnaissance de la responsabilité de la société et le souci de remédier aux désavantages, ne serait-ce que dans le contexte quelque peu marginal de

l'interprétation des traités et des lois. [Non souligné dans l'original.]

His reasons were uncontradicted on this point.

Ses motifs n'ont pas été contredits sur ce point.

[156] I acknowledge that this interpretative rule does not automatically result in an interpretation that is favourable to the Indians. An examination of the statute with a view to discerning Parliament's intent is required. Any interpretation must be reconciled with the policies underlying the provision, as measured against its impact on those who come within its ambit.

[156] Je reconnais que cette règle d'interprétation ne mène pas automatiquement à une interprétation favorable aux Indiens. Il faut examiner la loi dans le but de découvrir l'intention du législateur. Toute interprétation doit cadrer avec les politiques qui sous-tendent la disposition en cause, en regard de son incidence sur les personnes qu'elle touche.

[157] In my view, there are no compelling reasons or policy considerations which mandate adopting the interpretation advanced by Canadian Pacific. It is neither reasonable nor necessary to hold that the term "absolute property" was intended to override the provisions of the *Indian Act* so as to effectively extinguish Indian title to reserve lands. First of all, article 12 of the contract expressly provides for the extinguishment of Indian title. Presumably, an express provision displaces the need to imply such a provision; thus, it is simply a matter of determining the scope of the extinguishment provision. Second, the legitimate expectations of Canadian Pacific at the time the contract was concluded are not undermined by the *Indian Act*.

[157] J'estime qu'aucun motif ni aucune considération de principe incontournable ne commande l'adoption de l'interprétation suggérée par Canadien Pacifique. Il n'est ni raisonnable ni nécessaire de statuer que l'expression «propriété absolue» visait à permettre une dérogation aux dispositions de la législation sur les Indiens de façon à éteindre effectivement le titre des Indiens sur les terres de réserve. Premièrement, la clause 12 du contrat prévoit expressément l'extinction du titre des Indiens. On peut présumer que l'existence d'une disposition expresse écarte la nécessité d'en inférer une semblable; il s'agit donc simplement de déterminer la portée de la disposition prévoyant l'extinction. Deuxièmement, la législation sur les Indiens ne porte pas atteinte aux attentes légitimes qu'avait Canadien Pacifique à l'époque de la passation du contrat.

[158] Some might be inclined to imply an extinguishment if to hold otherwise would defeat the purpose of section 5 of the CPR Act and article 7 of the contract and, correlatively, the legitimate expectations of Canadian Pacific. In my view, however, the CPR Act and the *Indian Act* can be read together without undermining those expectations. For example, in 1881, Canadian Pacific required only an easement to fulfil its contractual obligation to "efficiently maintain, work and run" the railway under article 7 of the contract, and the same holds true today. The 1988 decision of the Supreme Court in *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*,<sup>96</sup> which held that a statutory easement is sufficient to support a permanent injunction, buttresses my point.

[158] Certains pourraient être portés à inférer l'extinction du titre des Indiens si une conclusion contraire faisait échec à l'objectif de l'article 5 et de la clause 7 du contrat et, partant, aux attentes légitimes de Canadien Pacifique. Selon moi, il est toutefois possible d'interpréter ensemble la Loi du CP et la législation sur les Indiens sans décevoir ces attentes. Par exemple, en 1881, Canadien Pacifique n'a demandé qu'une servitude pour s'acquitter de son obligation contractuelle d'«entretenir, exploiter et mettre en opération, d'une manière efficace» le chemin de fer conformément à la clause 7 du contrat, et il en est encore de même aujourd'hui. L'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*<sup>96</sup>, prononcé en 1988, renforce mon opinion, la Cour suprême du Canada y ayant statué qu'une

[159] In conclusion, Canadian Pacific has never needed any more than a statutory easement to effectively operate its railway lines across reserve lands and a statutory licence with respect to adjacent lands used in railway operations. In the absence of an express extinguishment, Canadian Pacific cannot legitimately claim more than is necessary to effectively operate its railway. The obligation imposed on the Crown to convey to Canadian Pacific absolute title to the railway, when properly construed, does not derogate from these two propositions.

(iii) The obligation to extinguish indian title

[160] The above analysis becomes irrelevant if article 12 of the contract imposes an obligation on the government to extinguish “Indian title”. Article 12 states that “[t]he Government shall extinguish the Indian title affecting the lands herein appropriated, and to be hereafter granted in aid of the railway”. Canadian Pacific maintains that this provision effectively requires the government to extinguish Indian title to all of the lands to be conveyed to Canadian Pacific, namely, the eastern, central and western segments of the railway. It argues that Parliament has expressed a clear intention, through the adoption of the CPR Act, to extinguish Indian title with respect to Canadian Pacific’s right-of-ways running through the appellants’ reserve lands.

[161] In my view, Canadian Pacific’s argument is flawed in two material respects. First, it presumes that the enactment of the CPR Act of 1881 was alone sufficient to extinguish Indian title to the lands in question and, therefore, no other positive act on the part of the Dominion government was necessary to achieve that end. Arguably, it was intended that the extinguishment of Indian title would be accomplished through the treaty process, not through the enactment of the *Indian Act*. However, as this issue was not raised by the appellants, I must base my decision on an alternative ground. My second and fundamental

servitude légale suffisait à fonder une injonction permanente.

[159] En conclusion, Canadien Pacifique n’a jamais eu besoin que d’une servitude légale, pour exploiter efficacement sa ligne de chemin de fer traversant les terres de réserve, et que d’une permission légale, à l’égard des terrains adjacents utilisés pour l’exploitation du chemin de fer. L’extinction n’étant pas prévue expressément, Canadien Pacifique ne peut réclamer légitimement plus que ce qui est nécessaire à l’exploitation efficace de son chemin de fer. Interprétée correctement, l’obligation de la Couronne de transférer le titre absolu sur le chemin de fer à Canadien Pacifique ne l’emporte pas sur ces deux propositions.

(iii) L’obligation d’éteindre le titre des Indiens

[160] L’analyse qui précède perd toute pertinence si la clause 12 du contrat impose au gouvernement l’obligation d’éteindre le «titre des Indiens». Aux termes de la clause 12, «[l]e gouvernement éteindra le titre des Sauvages aux terres par le présent affectées et qui seront à l’avenir concédées comme subvention au chemin de fer». Canadien Pacifique soutient que cette disposition exige en fait que le gouvernement éteigne le titre des Indiens sur toutes les terres transférées à Canadien Pacifique, soit sur les sections de l’est, du centre et de l’ouest du chemin de fer. L’intimée fait valoir que le législateur a exprimé clairement, par l’édiction de la Loi du CP, l’intention d’éteindre le titre des Indiens à l’égard des droits de passage de Canadien Pacifique qui traversent les terres de réserve des appelants.

[161] À mon avis, la prétention de Canadien Pacifique comporte des failles sous deux aspects importants. Premièrement, elle tient pour acquis que l’édiction de la Loi du CP de 1881 suffisait à elle seule pour éteindre le titre des Indiens sur les terres en cause et, par conséquent, que le gouvernement fédéral n’avait à prendre aucune autre mesure pour réaliser cet objectif. Il serait possible de plaider que l’intention exprimée était que l’extinction du titre des Indiens se fasse par la signature de traités, et non par l’édiction de la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, comme cet argument n’a pas été soulevé par les appelants, je dois

objection to Canadian Pacific's argument is based on the fact that the obligation to extinguish Indian title was restricted to lands located within the central and eastern segments of the railway. It did not extend to the western segment. This particular objection raises the question as to why the Dominion government would agree to extinguish Indian title to lands within one stretch of the railway, but not another. Before addressing this apparent contradiction, I must deal with the arguments advanced by the parties.

[162] Canadian Pacific's position is straightforward: it claims that the obligation to extinguish Indian title under article 12 applies to the entire railway line. The appellants argue that the lands referred to in article 12 are limited to those described in article 11. In turn, article 11 is said to refer to "subsidy lands" located alongside the railway line extending from "Winnipeg to Jasper House", which are within the eastern and central segments of the railway. Accordingly, the appellants contend that, regardless of what is meant by the phrase "to extinguish Indian title", article 12 does not apply to the western segment of the railway in which all of the disputed rights-of-way are found. Canadian Pacific counters with an alternative submission, namely, that article 12 applies also to section 10, and that the lands described in that latter provision encompass the entire railway line.

[163] In my respectful opinion, the appellants' construction is the correct one. My analysis begins with the reproduction of section 3 of the CPR Act and articles 9, 10, 11 and 12 of the contract which read, in part, as follows:

3. Upon the organization of the said Company, and the deposit by them, with the Government, of one million dollars . . . , and in consideration of the completion and perpetual and efficient operation of the railway by the said Company, . . . the Government may grant to the Company a subsidy of twenty-five million dollars in money, and twenty-five million acres of land, . . . and may also grant to the Company the land for right of way, stations and other purposes . . . .

fonder ma décision sur un moyen subsidiaire. Ma deuxième objection fondamentale à la prétention de Canadien Pacifique s'appuie sur le fait que l'obligation d'éteindre le titre des Indiens se limitait aux terres situées dans les sections du centre et de l'est du chemin de fer. Elle ne s'étendait pas à la section de l'ouest. Cette objection particulière soulève la question de savoir pourquoi le gouvernement fédéral aurait convenu d'éteindre le titre des Indiens dans une partie du chemin de fer, et non dans l'autre. Avant d'examiner cette contradiction apparente, je dois me prononcer sur les arguments plaidés par les parties.

[162] La thèse de Canadien Pacifique est simple: l'obligation d'éteindre le titre des Indiens prévue par la clause 12 s'applique à la totalité de la ligne de chemin de fer. Pour leur part, les appelants soutiennent que les terres mentionnées dans la clause 12 se limitent à celles décrites dans la clause 11. Or, la clause 11 vise les «terres concédées comme subvention» situées le long de la ligne de chemin de fer entre «Winnipeg et Jasper House», dans les sections de l'est et du centre du chemin de fer. En conséquence, les appelants affirment que, sans égard à la signification des termes «éteindra le titre des Sauvages», la clause 12 ne s'applique pas à la section de l'ouest du chemin de fer, où se trouvent tous les droits de passages litigieux. Canadien Pacifique réfute cette thèse en faisant une observation subsidiaire selon laquelle la clause 12 s'applique aussi à la clause 10 et les terres décrites dans cette dernière englobent la totalité de la ligne de chemin de fer.

[163] Je crois pour ma part que l'interprétation proposée par les appelants est juste. Je commencerai mon analyse en reproduisant en partie l'article 3 de la Loi du CP et les clauses 9, 10, 11 et 12 du contrat:

3. Lors de l'organisation de la compagnie et du dépôt, entre les mains du gouvernement, d'un million de piastres [ . . . ], et en considération de l'achèvement et de l'exploitation efficace et perpétuelle du dit chemin de fer par la compagnie, [ . . . ] le gouvernement pourra octroyer à la compagnie une subvention de vingt-cinq millions de piastres en argent et de vingt-cinq millions d'acres de terres, [ . . . ] Et il pourra aussi concéder à la compagnie les terrains nécessaires à la voie, aux stations et autres objets [ . . . ]

. . .

9. In consideration of the premises, the Government agree [*sic*] to grant to the Company a subsidy in money of \$25,000,000, and in land of 25,000,000 acres, for which subsidies the construction of the Canadian Pacific Railway shall be completed and the same shall be equipped, maintained and operated,—the said subsidies respectively to be paid and granted as the work of construction shall proceed, in manner and upon the conditions following, that is to say:—

*a.* The said subsidy in money is hereby divided and appropriated as follows, namely:—

## CENTRAL SECTION.

. . .

## EASTERN SECTION.

. . .

And the said subsidy in land is hereby divided and appropriated as follows, subject to the reserve hereinafter provided for:—

## CENTRAL SECTION.

. . .

## EASTERN SECTION.

. . .

10. In further consideration of the premises, the Government shall also grant to the Company the lands required for the road bed of the railway, and for its stations, station grounds, workshops, . . . and other appurtenances required for the convenient and effectual construction and working of the railway, in so far as such land shall be vested in the Government . . . .

11. The grant of land hereby agreed to be made to the Company, shall be so made in alternate sections of 640 acres each, extending back 24 miles deep, on each side of the railway, from Winnipeg to Jasper House, in so far as such lands shall be vested in the Government . . . . But should any of such sections consist in a material degree of land not fairly fit for settlement, . . . the deficiency thereby caused . . . shall be made up from other portions in the tract known as the fertile belt . . . or elsewhere at the option of the Company . . . .

12. The Government shall extinguish the Indian title affecting the lands herein appropriated, and to be hereafter granted in aid of the railway.

[. . .]

9. En considération de ce que dessus, le gouvernement convient de donner à la compagnie une subvention de \$ 25,000,000 en argent, et de 25,000,000 d'acres de terre, pour lesquelles subventions la construction du chemin de fer Canadien du Pacifique sera complétée, et le chemin équipé, entretenu et exploité. Ces subventions seront respectivement payées et accordées au fur et à mesure du progrès de la construction de la manière et aux conditions suivantes, savoir: —

*a.* La dite subvention en argent est par le présent divisée et affectée comme suit, savoir:—

## SECTION DU CENTRE.

[. . .]

## SECTION DE L'EST.

[. . .]

et la dite subvention en terres est par le présent divisée et affectée comme suit, sujet à la réserve ci-après faite:—

## SECTION DU CENTRE.

[. . .]

## SECTION DE L'EST.

[. . .]

10. De plus, en considération de ce que dessus, le gouvernement concédera à la compagnie les terrains dont elle aura besoin pour la voie du dit chemin de fer, les gares et stations et leurs dépendances, les ateliers, [. . .] et autres dépendances nécessaires à la construction et à l'exploitation efficaces du chemin de fer, en tant que ces terrains seront la propriété du gouvernement. [. . .]

11. Les concessions de terres par le présent consenties en faveur de la compagnie seront faites en sections alternatives de 640 acres chacune, sur une profondeur de 24 milles de chaque côté du chemin de fer entre Winnipeg et Jasper House, en tant que ces terres seront la propriété du gouvernement [. . .]. Mais si quelques-unes de ces sections comprennent une quantité notable de terrain qui ne serait pas raisonnablement propre à la colonisation, [. . .] le déficit causé par la défalcation de ces terrains [. . .] ser[*a*] comb[*l*é] par des terres prises dans d'autres sections dans la région connue sous le nom de zone fertile [. . .] ou ailleurs au choix de la compagnie [. . .]

12. Le gouvernement éteindra le titre des Sauvages aux terres par le présent affectées et qui seront à l'avenir concédées comme subvention au chemin de fer.

[164] It is evident from the foregoing that, in addition to receiving title to the entire railway in return for its promise to construct the eastern and central segments, Canadian Pacific was also entitled to a “subsidy” of \$25 million and 25 million acres of land. (The land subsidy aided the railway in that it ensured the economic viability of the project.) Furthermore, article 9 of the contract reveals that the land subsidy was to be “divided and appropriated” between the eastern and central segments. Article 11 states that the subsidy lands were to be granted in alternating sections of 640 acres, 24 miles deep, along each side of the railway “from Winnipeg to Jasper House”. These conveyances were conditional on the lands being vested in the “Government” (the federal Crown). Article 11 also provides that if there was a deficiency of land, that deficiency was to be made up from lands located in the “fertile belt”.

[165] Thus, when article 12 speaks of extinguishing Indian title to lands “herein appropriated, and to be hereafter granted in aid of the railway”, it is referring to lands granted as a subsidy under article 11. Canadian Pacific argues that the lands referred to in article 12 are also those described in article 10 because of the phrase “and to be hereafter granted in aid of the railway” in article 12. This argument might have some merit but for the fact that article 10 only refers to lands within the eastern and central segments of the railway line, not the western segment.

[166] Article 10 imposes an additional obligation on the Dominion government; namely, to convey lands to Canadian Pacific for the “construction and working of the railway” to the extent that such lands were “vested in the Government”. Obviously, if the Crown did not own such lands, Canadian Pacific would have been obligated to purchase them. However, article 10 does not state, as argued by Canadian Pacific, that the government was to convey any additional lands to Canadian Pacific for railway purposes. If that were the case, then that part of article 10 which refers to lands

[164] Il ressort manifestement de ce qui précède que Canadien Pacifique, en plus de recevoir le titre sur la totalité du chemin de fer en échange de sa promesse de construire les sections de l’est et du centre, avait droit à une «subvention» de 25 millions de dollars et de 25 millions d’acres de terre. (La subvention en terres constituait une subvention pour le chemin de fer en ce qu’elle assurait la viabilité économique du projet.) De plus, la clause 9 du contrat révèle que la subvention en terre était «divisée et affectée» entre les sections de l’est et du centre. La clause 11 précise que les terres devaient être concédées comme subvention en sections de 640 acres, sur une profondeur de 24 milles, de chaque côté du chemin de fer «entre Winnipeg et Jasper House». Ces transferts étaient assujettis à la condition que les terres soient la propriété du «gouvernement» (la Couronne fédérale). La clause 11 prévoyait aussi que tout déficit quant aux terres serait comblé par des terres prises dans la région de la «zone fertile».

[165] Par conséquent, lorsque la clause 12 parle d’éteindre le titre des Indiens sur les terres «par le présent affectées et qui seront à l’avenir concédées comme subvention au chemin de fer», elle renvoie aux terres concédées comme subvention en vertu de la clause 11. Canadien Pacifique soutient que les terres visées par la clause 12 sont aussi celles décrites dans la clause 10 compte tenu des mots «et qui seront à l’avenir concédées comme subvention au chemin de fer» figurant dans la clause 12. Cet argument pourrait avoir un certain poids, si ce n’était que la clause 10 ne vise que des terres situées dans les sections de l’est et du centre de la ligne de chemin de fer, et non dans la section de l’ouest.

[166] La clause 10 impose une obligation additionnelle au gouvernement fédéral, soit celle de transférer des terres à Canadien Pacifique pour «la construction et [ . . . ] l’exploitation [ . . . ] du chemin de fer» en tant que ces terres «seront la propriété du gouvernement». De toute évidence, si la Couronne n’était pas propriétaire de ces terres, Canadien Pacifique était tenue de les acheter. Toutefois, la clause 10 ne précise pas, comme le soutient Canadien Pacifique, que le gouvernement avait l’obligation de transférer des terres additionnelles à Canadien Pacifique pour les besoins

“required for the convenient and effectual construction and working of the railway” would have to be ignored. Article 10 only refers to lands in the eastern and central segments of the railway because Canadian Pacific did not need to acquire lands for the construction of the western segment—the government was obligated to construct that portion of the railway. Title to lands in the western segment had to be obtained from the province of British Columbia under section 11 of the Terms of Union. In turn, such lands were to be transferred to Canadian Pacific when construction of that segment was completed, pursuant to section 5 of the CPR Act and article 7 of the contract.

[167] In conclusion, articles 9, 10, 11 and 12 of the contract all apply to lands within the eastern and central segments of the railway. However, articles 11 and 12 apply only to those lands lying between Winnipeg and Jasper House. It follows that the obligation to extinguish Indian title does not apply to the lands in question. As a matter of statutory interpretation and historical necessity, this makes eminently good sense.

(d) Why extinguish Indian title in the Prairies, and not British Columbia?

[168] I now propose to return to the issue as to why the parties would agree to limit the government’s obligation to extinguish Indian title to a portion of the railway, rather than the whole. I acknowledge that, strictly speaking, it is unnecessary for me to address that question. I do so only to demonstrate that the interpretation which I have placed on article 12 does not give rise to an illogical or absurd distinction.

[169] It is not difficult to understand why Canadian Pacific would insist on the government extinguishing Indian title to lands which we now describe collectively as the Prairie provinces. The subsidy lands described in article 11 formed part of Rupert’s Land, which had been surrendered by the Hudson’s Bay

du chemin de fer. Si c’était le cas, il faudrait faire abstraction de la partie de la clause 10 qui mentionne les terres «nécessaires à la construction et à l’exploitation efficaces du chemin de fer». La clause 10 vise seulement les terres situées dans la section de l’est et dans la section du centre du chemin de fer parce que Canadien Pacifique n’avait pas besoin d’acquérir des terres pour la construction de la section de l’ouest—c’est le gouvernement qui avait l’obligation de construire cette section du chemin de fer. Le titre sur les terres situées dans la section de l’ouest avait été obtenu de la province de la Colombie-Britannique en vertu de l’article 11 des Conditions d’adhésion. Ces terres devaient ensuite être transférées à Canadien Pacifique lorsque la construction de cette section serait achevée, en vertu de l’article 5 de la Loi du CP et de la clause 7 du contrat.

[167] En conclusion, les clauses 9, 10, 11 et 12 du contrat s’appliquent toutes aux terres situées dans les sections de l’est et du centre du chemin de fer, et les clauses 11 et 12 ne s’appliquent qu’aux terres situées entre Winnipeg et Jasper House. Il s’ensuit que l’obligation d’éteindre le titre des Indiens ne s’applique pas aux terres en cause. Cette conclusion est éminemment logique sur le plan de l’interprétation des lois et de la nécessité historique.

d) Pourquoi éteindre le titre des Indiens dans les Prairies, et non en Colombie-Britannique?

[168] Je reviendrai maintenant à la question de savoir pourquoi les parties auraient accepté de limiter l’obligation du gouvernement d’éteindre le titre des Indiens à une partie du chemin de fer, plutôt qu’au chemin de fer en entier. Je reconnais que je ne suis pas vraiment tenu de trancher cette question. Je ne le fais que pour démontrer que l’interprétation que j’ai attribuée à la clause 12 ne crée pas de distinction illogique ou absurde.

[169] Il n’est pas difficile de comprendre pourquoi Canadien Pacifique aurait insisté pour que le gouvernement éteigne le titre des Indiens sur les terres que nous décrivons ici collectivement comme les provinces des Prairies. Les terres concédées comme subvention décrites dans la clause 11 faisaient partie

Company to Her Majesty. Pursuant to an Imperial Order in Council issued in 1870, Rupert's Land was admitted into the Union, together with the North-Western Territories [*Rupert's Land and North-Western Territory Order*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 9]. Under the terms of that Order in Council, any claims by Indians to compensation for lands required for settlement were to be dealt with by the Canadian government in consultation with the Imperial government. A schedule to the Order in Council stated that it was the government's duty to make adequate provision for the protection of the Indian tribes. In light of these obligations, the Canadian government recognized Aboriginal title to the lands and began negotiating "numbered treaties". Of course, at the time the CPR Act of 1881 was enacted, the treaty process was on-going in the prairie provinces.

[170] This explains why Canadian Pacific would want to ensure that "Indian title" to subsidy lands within the eastern and central segments of the railway would be extinguished. However, it does not provide an explanation for the failure of the contract to impose that obligation on the government in respect of railway lands in the western segment, that is, in British Columbia. One possible explanation is now a matter of public record. When British Columbia joined Confederation in 1871, and at the time of the CPR Act and contract in 1881, the prevailing view was that Aboriginal title did not exist in British Columbia, because it had been extinguished by legislation enacted by the colony of British Columbia prior to Confederation. This view was raised by the Supreme Court in *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*<sup>97</sup> and was accepted by the Trial Judge in *Delgamuukw v. British Columbia*.<sup>98</sup> It is sufficient for my purposes to note that there is a plausible rationale for the failure of the CPR Act and contract to impose an obligation on the government to extinguish Indian title to railway lands in British Columbia. Correlatively, there is a rational explanation for the imposition of such a requirement with respect to the railway lands in the Prairie provinces.

de la Terre de Rupert, qui avait été cédée à sa Majesté par la Compagnie de la Baie d'Hudson. La Terre de Rupert et les Territoires du Nord-Ouest ont été admis dans l'union par un décret impérial pris en 1870 [*Décret en conseil sur la terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 9]. En vertu de ce décret, toutes les demandes d'indemnité faites par les Indiens relativement aux terres requises pour l'établissement devaient être traitées par le gouvernement du Canada en collaboration avec le gouvernement impérial. Une annexe au décret précisait que le gouvernement avait l'obligation de prendre des mesures suffisantes pour protéger les tribus indiennes. Compte tenu de ces obligations, le gouvernement du Canada a reconnu le titre ancestral sur les terres et amorcé la négociation des «traités numérotés». Bien sûr, à l'époque de l'adoption de la Loi du CP en 1881, le processus de négociation des traités était toujours en cours dans les provinces des Prairies.

[170] Cela explique pourquoi Canadien Pacifique aurait voulu s'assurer de l'extinction du «titre des Indiens» sur les terres concédées comme subvention, situées dans les sections du centre et de l'est. Toutefois, cela n'explique pas le fait que le contrat n'impose pas cette obligation au gouvernement relativement aux terres de chemin de fer situées dans la section de l'ouest, c'est-à-dire en Colombie-Britannique. L'une des explications possible est maintenant notoire. Lorsque la Colombie-Britannique a été admise dans la Confédération en 1871, et lorsque la Loi du CP et le contrat ont pris effet en 1881, l'opinion la plus répandue voulait que le titre ancestral n'existe pas en Colombie-Britannique parce qu'il avait été éteint par des mesures législatives prises par la colonie de la Colombie-Britannique avant la Confédération. Ce point de vue a été soulevé par la Cour suprême dans l'arrêt *Calder et autres c. Procureur général de la Colombie-Britannique*<sup>97</sup> et retenu par le juge de première instance dans l'affaire *Delgamuukw v. Colombie-Britannique*<sup>98</sup>. Il suffit ici de noter qu'il existe une raison plausible pour laquelle la Loi du CP et le contrat n'imposent pas au gouvernement l'obligation d'éteindre le titre des Indiens sur les terres de chemin de fer situées en Colombie-Britannique. Parallèlement, il existe une explication rationnelle à l'imposition d'une telle obligation relativement aux

[171] In closing, I would like to draw attention to the fact that the numbered treaties expressly provided that the government would not sell, lease or otherwise dispose of reserve lands without the consent of the Indians. Treaty 3, which was signed in 1873, states:

. . . the aforesaid reserves of lands, or any interest or right therein or appurtenant thereto, may be sold, leased or otherwise disposed of by the said Government for the use and benefit of the said Indians, with the consent of the Indians entitled thereto first had and obtained . . . [Emphasis added.]

[172] Treaties 4 (1875), 5 (1875), 6 (1876) and 7 (1877) contain similar provisions and were entered into between 1873 and 1877. With respect to Treaty 7, signed in 1877, confusion arose over the exact location of the original Blackfoot reserve and there was concern that Canadian Pacific's railway was traversing reserve lands.<sup>99</sup> On June 27, 1883, and after the CPR Act of 1881 had been brought into force, a new treaty was signed whereby the "Indian tribe" agreed to give up its strip of land in return for a new reserve bordering on the railway right-of-way. This particular historical episode supports the view that the CPR Act was never intended to extinguish Indian title to reserve lands without the consent of the Indians. *Quaere*: Why is it presumed that extinguishment of Indian title would be achieved by the mere adoption of the CPR Act, as opposed to the treaty process? Why bother negotiating treaties only to pass legislation which overrides fundamental concessions granted to the Indians? These are questions I need not address. But in the event that this case proceeds to another judicial forum, those questions might warrant serious consideration.

#### (e) Conclusion

[173] In conclusion, I am of the view that the CPR Act did not authorize the government to convey fee simple title to the rights-of-way crossing the appellants' reserves to Canadian Pacific. Notwith-

terres de chemin de fer situées dans les provinces des Prairies.

[171] En terminant, j'aimerais souligner que, dans les traités numérotés, le gouvernement convient expressément de ne pas vendre, louer ni aliéner autrement les terres de réserve sans le consentement des Indiens. Le Traité n° 3, signé en 1873, stipule:

[. . .] pourvu aussi que les réserves susdites de terres ou tout intérêt ou droit sur elles ou en dépendant, puissent être vendus, loués ou aliénés autrement par le dit gouvernement pour l'usage et le bénéfice des dits Sauvages, avec le consentement préalablement donné et obtenu des Sauvages qui y ont droit. [Non souligné dans l'original.]

[172] Les Traités n° 4 (1875), 5 (1875), 6 (1876) et 7 (1877) contiennent des dispositions semblables et ont été signés entre 1873 et 1877. En ce qui concerne le Traité n° 7, signé en 1877, il régnait une certaine confusion sur l'emplacement exact de la réserve originale de Blackfoot et on s'inquiétait du fait que le chemin de fer canadien du Pacifique traverse les terres de réserve<sup>99</sup>. Le 27 juin 1883, après l'entrée en vigueur de la Loi du CP de 1881, un nouveau traité a été signé, dans lequel la «tribu indienne» consent à abandonner sa bande de terre en échange d'une nouvelle réserve contiguë au droit de passage du chemin de fer. Cet épisode historique appuie le point de vue selon lequel la Loi du CP n'a jamais visé à éteindre le titre des Indiens sur les terres de réserve sans leur consentement. On peut se poser les questions suivantes: Pourquoi présumer que le titre des Indiens pouvait être éteint par la simple adoption de la Loi du CP, plutôt que par le processus de négociation des traités? Pourquoi se préoccuper de négocier des traités si l'on édicte ensuite des mesures législatives qui l'emportent sur les concessions fondamentales consenties aux Indiens? Ce sont des questions sur lesquelles il n'est pas nécessaire que je me prononce. Toutefois, si l'affaire est soumise à une autre cour de justice, leur examen approfondi pourrait être justifié.

#### e) Conclusion

[173] En conclusion, j'estime que la Loi du CP n'autorise pas le gouvernement à transférer à Canadien Pacifique le titre en fief simple sur les droits de passage traversant les réserves des appelants. Peu

standing what the letters patent purport to convey, Canadian Pacific was and is entitled to no more than a statutory easement or licence with respect to each of the 15 disputed rights-of-way. This is so because of the restriction on the alienation of Crown lands acquired by railway companies in the *Railway Act*. The provisions of the CPR Act and contract do not override that restriction because they fail to expressly state that the relevant provision of the *Railway Act* was being displaced, as required under the latter Act. Alternatively, the obligation of the Dominion government to convey “absolute title” to the railway to Canadian Pacific cannot be construed as an obligation to convey fee simple title to the rights-of-way. The title obligation simply reflects the understanding that, as between these two parties, the Dominion government was to relinquish all of its rights in the railway to Canadian Pacific. It does not mean that the government intended to abrogate Indian rights guaranteed under the *Indian Act*. In addition, the obligation upon the Dominion government to extinguish “Indian title” applies only to the central and eastern segments of the railway, and not the western segment in which all of the rights-of-way in question are situated.

importe le prétendu transfert effectué par les lettres patentes, Canadien Pacifique n’avait et n’a toujours droit à rien de plus qu’une servitude légale ou une permission à l’égard de chacun des 15 droits de passage litigieux. Il en est ainsi en raison de la restriction à l’aliénation des terres de la Couronne acquises par les compagnies de chemin de fer édictée dans la législation sur les chemins de fer. Les dispositions de la Loi du CP et du contrat ne l’emportent pas sur cette restriction parce qu’elles ne permettent pas expressément une dérogation à la disposition pertinente de la législation sur les chemins de fer, comme l’exige cette dernière. Subsidiairement, l’obligation du gouvernement fédéral de transférer le «titre absolu» sur le chemin de fer à Canadien Pacifique ne peut pas être interprétée comme l’obligation de transférer le titre en fief simple sur les droits de passage. L’obligation relative au titre exprime uniquement l’idée que, pour ce qui est des rapports entre les parties, le gouvernement fédéral devait délaissier tous ses droits sur le chemin de fer en faveur de Canadien Pacifique. Elle ne signifie pas que le gouvernement avait l’intention d’abolir les droits des Indiens garantis par la législation sur les Indiens. De plus, l’obligation du gouvernement fédéral d’éteindre le «titre des Indiens» s’applique uniquement aux sections du centre et de l’est du chemin de fer, et non à la section de l’ouest où tous les droits de passage en cause sont situés.

[174] It follows that Canadian Pacific’s rights-of-way are “in the reserve” within the meaning of section 83 of the *Indian Act*. It also follows that the notices of assessment issued pursuant to the appellants’ taxation by-laws are valid, unless the by-laws themselves are found to be invalid.

[174] Il s’ensuit que les droits de passage de Canadien Pacifique sont «situés dans la réserve» au sens de l’article 83 de la *Loi sur les Indiens*. Il s’ensuit également que les avis d’évaluation délivrés en vertu des règlements administratifs imposant des taxes pris par les appelants sont valides, à moins que ces règlements administratifs soient eux-mêmes invalides.

**B. Are the taxation by-laws invalid on the ground of unauthorized discrimination?**

[175] Canadian Pacific challenges the appellants’ taxation by-laws on the ground that the exemption from taxation of the appellant Indian bands and their members constitutes unauthorized discrimination. The by-laws of four of the bands also exempt corporations whose shares are owned by the band. The Matsqui by-

**B. Les règlements administratifs imposant des taxes sont-ils invalides parce qu’ils établissent une distinction illicite?**

[175] Canadien Pacifique conteste les règlements administratifs imposant des taxes pour le motif que l’exemption de taxe accordée aux bandes indiennes appelantes et à leurs membres établit une distinction illicite. Les règlement administratifs de quatre des bandes exemptent aussi les sociétés dont les actions

law provides further exemptions for status Indians, as defined in the *Indian Act*, and corporations whose shares are beneficially owned by band members. However, unauthorized discrimination was argued solely on the basis of the exemption accorded the interests of band members living on reserve lands.<sup>100</sup> The following analysis addresses only this allegation.

[176] In essence, Canadian Pacific argues that the differential tax treatment accorded non-Indians on reserve lands amounts to discrimination which is not authorized by sections 83 and 87 of the *Indian Act*. The relevant portions of these provisions read as follows:

**83.** (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

...

(3) A by-law made under paragraph (1)(a) must provide an appeal procedure in respect of assessments made for the purposes of taxation under that paragraph.

(4) The Minister may approve the whole or a part only of a by-law made under subsection (1).

...

**87.** (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely,

(a) the interest of an Indian or a band in reserve lands or surrendered lands; and

...

(2) No Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (1)(a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property.

[177] These provisions clearly establish that Indians are not subject to taxation with respect to their interest in reserve lands (including designated lands) unless a

sonnt détenues par la bande. Le règlement administratif de Matsqui crée des exemptions additionnelles visant les Indiens inscrits, au sens de la *Loi sur les Indiens*, et les sociétés dont les actions sont détenues à titre bénéficiaire par des membres de la bande. Toutefois, la distinction illicite invoquée ne concerne que l'exemption touchant les droits des membres de la bande qui vivent sur des terres de réserve<sup>100</sup>. L'analyse qui suit ne porte que sur cette allégation.

[176] Canadien Pacifique soutient essentiellement que le traitement différent réservé aux non-Indiens en ce qui concerne les taxes crée une distinction qui n'est pas autorisée par les articles 83 et 87 de la *Loi sur les Indiens*. Voici les dispositions pertinentes de ces articles:

**83.** (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants:

a) sous réserve des paragraphes (2) et (3), l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

[. . .]

(3) Les règlements administratifs pris en application de l'alinéa (1)a) doivent prévoir la procédure de contestation de l'évaluation en matière de taxation.

(4) Le ministre peut approuver la totalité d'un règlement administratif visé au paragraphe (1) ou une partie seulement de celui-ci.

[. . .]

**87.** (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation:

a) le droit d'un Indien ou d'une bande sur une réserve ou des terres cédées;

[. . .]

(2) Nul Indien ou bande n'est assujéti à une taxation concernant la propriété, l'occupation, la possession ou l'usage d'un bien mentionné aux alinéas (1)a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l'un de ces biens.

[177] Ces dispositions établissent clairement que les Indiens ne sont pas assujétiés à la taxation relativement à leurs droits sur les terres de réserve (y compris les

by-law adopted under section 83 states otherwise. However, it is equally clear that these sections do not address the question of whether an Indian band may exempt itself and its members from a taxation by-law adopted under section 83. In other words, these sections do not expressly authorize an Indian band to pass a by-law which only taxes the interests of non-Indians on reserve lands.

[178] Canadian Pacific argues that the rules of statutory interpretation require delegated legislative authority to be construed as precluding discriminatory legislation, unless the delegating statute expressly permits such discrimination or it arises by necessary implication. This rule was first adopted by the Supreme Court in *Arcade Amusements*, in which Justice Beetz stated:<sup>101</sup>

The rule that the power to make by-laws does not include that of enacting discriminatory provisions unless the enabling legislation provides the contrary has been observed from time immemorial in British and Canadian public law. It has been and still is applied in municipal law.

[179] After reviewing the abundant case law applying this rule, Justice Beetz summarized the principle as follows:<sup>102</sup>

It must be held that, in the absence of express provisions to the contrary or implicit delegation by necessary inference, the sovereign legislator has reserved to itself the important power of limiting the rights and freedoms of individuals in accordance with such fine distinctions. The principle transcends the limits of administrative and municipal law. It is a principle of fundamental freedom. [Emphasis added.]

Accordingly, it is argued that authority for the differential tax treatment embodied in the impugned by-laws must be found in the express language of the *Indian Act* or by necessary implication.

[180] It is common ground that there is no express provision in the *Indian Act* permitting the differential

terres désignées), sauf disposition contraire d'un règlement administratif pris en application de l'article 83. Il est cependant tout aussi clair que ces dispositions ne traitent pas de la question de savoir si la bande indienne peut s'exempter elle-même, ainsi que ses membres de l'application d'un règlement administratif pris en application de l'article 83. En d'autres termes, ces dispositions n'autorisent pas expressément une bande indienne à prendre un règlement administratif qui ne taxerait que les droits des non-Indiens sur les terres de réserve.

[178] Canadien Pacifique fait valoir que, selon les règles d'interprétation des lois, un pouvoir de législation déléguée doit être interprété comme interdisant la prise de mesures législatives discriminatoires, sauf si la loi habilitante permet l'établissement d'une distinction, expressément ou par déduction nécessaire. Cette règle a été énoncée pour la première fois par le juge Beetz de la Cour suprême qui a dit, dans l'arrêt *Arcade Amusements*<sup>101</sup>:

La règle selon laquelle le pouvoir de faire des règlements ne comporte pas celui d'édicter des dispositions discriminatoires à moins que les textes législatifs habilitants ne prescrivent le contraire a été observée de temps immémorial en droit public anglais et canadien. On l'a appliquée et on l'applique encore en droit municipal.

[179] Après avoir examiné l'abondante jurisprudence dans laquelle cette règle a été appliquée, le juge Beetz a résumé ainsi ce principe<sup>102</sup>:

Il faut tenir qu'à moins de dispositions explicites au contraire ou de délégation implicite faite par voie d'inférence nécessaire, le législateur souverain s'est réservé à lui-même le pouvoir important de restreindre les droits et libertés des citoyens en fonction de distinctions aussi délicates. Le principe transcende les cadres du droit administratif et du droit municipal. C'est un principe de liberté fondamentale. [Non souligné dans l'original.]

En conséquence, il est allégué que la différence de traitement prévu par les règlements administratifs contestés en matière de taxation doit être autorisée par la *Loi sur les Indiens*, expressément ou par déduction nécessaire.

[180] Il est bien établi que la *Loi sur les Indiens* ne contient aucune disposition expresse permettant de

tax treatment of band members on reserve lands. Indeed, Canadian Pacific notes that section 83 of the *Indian Act* does not contain any language which supports the inference that band councils have the power to discriminate between band members and non-Indians with respect to taxation. In addition, it submits that there are no grounds on which to imply such a power.

[181] Canadian Pacific also maintains that a narrow construction of section 83, which would deny Indian bands the power to discriminate in favour of band members, would not effect a change in the tax exemption enjoyed under section 87, since section 87 only provides immunity from federal and provincial taxation. Finally, Canadian Pacific submits that it is simply unfair to impose the entire burden of taxation on non-Indians, particularly those that would not receive any services funded by such taxes. Since I am of the respectful view that these submissions cannot succeed, I need not outline each of the appellants' counter-arguments. I will, however, deal with some of the arguments raised by the interveners.

[182] Section 87 of the *Indian Act* expressly provides that the tax exemption outlined therein can be overridden by a by-law adopted under section 83. Indeed, by the phrase "but subject to section 83", section 87 expressly allows a band council to tax band members' interests in reserve lands. This accords with the underlying rationale of section 83, namely, the promotion of Aboriginal self-government, by allowing Indian bands to develop revenue streams independent of the federal and provincial governments through taxation. Accordingly, it is not necessary to determine whether such exemption extends beyond federal and provincial taxes. The central question in these appeals is whether a band council must tax both Indians and non-Indians when enacting a taxation by-law.

traiter différemment les membres de la bande en matière de taxation relativement aux terres de réserve. En effet, Canadien Pacifique fait remarquer que les termes de l'article 83 de la *Loi sur les Indiens* ne peuvent fonder aucune inférence que les conseils de bande ont le pouvoir d'établir une distinction entre les membres de la bande et les non-Indiens en ce qui concerne la taxation. De plus, l'intimée soutient qu'il n'existe aucun motif sur lequel fonder l'existence d'un tel pouvoir implicite.

[181] Canadien Pacifique fait aussi valoir qu'une interprétation stricte de l'article 83, qui nierait aux bandes indiennes le pouvoir d'établir une distinction en faveur des membres de la bande, ne modifierait pas l'exemption de taxe dont ils bénéficient en vertu de l'article 87, étant donné que celui-ci ne les met à l'abri que des taxes fédérales et provinciales. Enfin, Canadien Pacifique affirme qu'il est tout simplement injuste de faire porter tout le fardeau des taxes par les non-Indiens, plus particulièrement par ceux qui ne recevraient aucun service financé par ces taxes. Étant donné que je suis d'avis que ces prétentions ne peuvent être retenues, il n'est pas nécessaire que je décrive chacun des arguments plaidés par les appelants pour les réfuter. J'examinerai toutefois certaines observations présentées par les intervenants.

[182] L'article 87 de la *Loi sur les Indiens* prévoit expressément que l'exemption de taxe qui y est prévue peut être écartée par un règlement administratif pris en vertu de l'article 83. En effet, les mots «mais sous réserve de l'article 83» figurant dans l'article 87 permettent expressément au conseil de bande d'imposer des taxes sur les droits des membres de la bande sur les immeubles situés dans la réserve. Cette autorisation est conforme à l'objet sous-jacent de l'article 83, soit promouvoir l'autonomie gouvernementale des Autochtones en permettant aux bandes indiennes de se doter de sources de revenu indépendantes des gouvernements fédéral et provinciaux par voie de taxation. En conséquence, il n'est pas nécessaire de décider si cette exemption se limite aux taxes fédérales et provinciales. La question qui est au cœur des appels est celle de savoir si un conseil de bande doit assujettir à la fois les Indiens et les non-Indiens aux règlements administratifs par lesquels il impose des taxes.

[183] I accept that ministerial approval of a taxation by-law is of no significance for the reason that the Minister is subject to the same constraints as the appellant Indian bands. I also accept Canadian Pacific's right to invoke municipal law principles dealing with discrimination. The courts have frequently drawn an analogy between the powers exercised by an Indian band council and a municipality.<sup>103</sup> However, it is important to note that the powers of a band council extend beyond those granted to a municipality.<sup>104</sup> Nevertheless, I am bound by Justice Beetz's classic statement that the discrimination principle transcends that of municipal law; it is "a principle of fundamental freedom".

[184] To the extent that the by-laws in question can be said to be discriminatory, such discrimination is based on "race", since non-Indians are treated differently than band members even though both occupy lands within a reserve. Whether this apparent inequality is discriminatory within the meaning of section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitutional Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] is a separate question, which need not be decided since neither the Charter nor other human rights legislation has been invoked in this case.<sup>105</sup> Understandably, the law will not readily condone the unequal treatment of people based on racial classification, whether the discriminatory law is adopted by the federal government, a federal agency, a provincial government, a municipality or an Indian band council.

[185] While accepting the above proposition, I pause here to observe that the concept of unacceptable discrimination often depends upon the way in which legal issues are framed. For those who view the issue before us as involving a taxation scheme which benefits Indians at the expense of non-Indians, the concept of "good governance" would appear to

[183] Je suis d'accord pour dire que l'approbation ministérielle des règlements administratifs imposant des taxes ne revêt aucune importance étant donné que le ministre est assujéti aux mêmes contraintes que les bandes indiennes appelantes. Je reconnais en outre à Canadien Pacifique le droit d'invoquer les principes de droit municipal touchant la discrimination. Les tribunaux établissent souvent une analogie entre les pouvoirs exercés par le conseil d'une bande indienne et ceux dont est investie une municipalité<sup>103</sup>. Il importe cependant de souligner que les pouvoirs d'un conseil de bande ont une portée plus étendue que ceux d'une municipalité<sup>104</sup>. Néanmoins, je suis lié par le principe classique énoncé par le juge Beetz selon lequel ce principe touchant la discrimination transcende celui du droit municipal; c'est «un principe de liberté fondamentale».

[184] Dans la mesure où les règlements administratifs en cause peuvent être tenus pour discriminatoires, leur caractère discriminatoire est fondé sur la «race», puisque les non-Indiens sont traités différemment des membres de la bande, même s'ils occupent tous des terres dans la réserve. La question de savoir si cette inégalité apparente est discriminatoire au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11, (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] est une question distincte, que je ne suis pas tenu de trancher, car ni la Charte, ni d'autres dispositions législatives en matière de droits de la personne n'ont été plaidées en l'espèce<sup>105</sup>. Naturellement, la loi ne saurait tolérer facilement que des personnes soient traitées différemment en raison de leur race, peu importe que les mesures législatives en cause aient été prises par le gouvernement fédéral, un organisme fédéral, un gouvernement provincial, une municipalité ou le conseil d'une bande indienne.

[185] Bien que je souscrive à cette proposition, je tiens à souligner que le concept de discrimination inacceptable dépend souvent de la façon dont les questions juridiques sont articulées. Pour ceux qui envisagent les questions dont la Cour est saisie comme portant sur un régime de taxation qui avantage les Indiens au détriment des non-Indiens, le concept de

prescribe the equal treatment of all citizens, regardless of race. On the other hand, I understand that the Indian bands in question might view the issue differently. For them, the concept of “self-government” is better equated with the idea of autonomy and, correlatively, a diminished role for federal and provincial governments. In the present case, the Indian bands have sought to exempt themselves and their members from taxation, while imposing taxes on non-Indians occupying reserve lands. This approach is understandable in light of the fact that reserve lands were set aside for the use and benefit of Indians, even though legal title continues to reside with the Crown. It is fair to assume that Indians view reserve lands as their own, just as other Canadians take pride in owning real estate. However, the Indians’ right of exclusive possession of reserve lands is undermined by the right of others to traverse such lands pursuant to statutory authority. The fact that the owners of the right-of-ways, such as Canadian Pacific, paid for the use of the reserve lands does not detract from their obligation to pay property taxes. It is only a question as to whom such taxes should be paid. Understandably, the Indian bands in this case do not wish to be compelled to tax themselves in order to impose taxes upon those who use their lands.

[186] There are really only two issues to be addressed with respect to the discrimination issue. The first, asserted by Chief Jules and the Indian Taxation Advisory Board as interveners, concerns whether Parliament intended to authorize the type of discrimination alleged by Canadian Pacific. The second is whether the authority to discriminate arises by necessary implication, as contemplated by *Arcade Amusements, supra*. This latter question can only be answered by weighing the competing policy considerations advanced by the appellants and Canadian Pacific.

[187] Chief Jules states in his affidavit that the issue of whether reserve lands occupied by Indians could

«bon gouvernement» semblerait commander un traitement égal pour tous les citoyens, sans égard à leur race. Par contre, je comprends que les bandes indiennes en cause puissent percevoir la question différemment. Elles assimilent davantage «l’autonomie gouvernementale» à la capacité de se gouverner et, en conséquence, à l’atténuation du rôle joué par les gouvernements fédéral et provinciaux. En l’espèce, les bandes indiennes ont voulu s’exempter des taxes, ainsi que leurs membres, tout en y assujettissant les non-Indiens qui occupent des terres de réserve. Cette façon de procéder est compréhensible si l’on considère que les terres de réserve ont été mises de côté à l’usage et au profit des Indiens, même si la Couronne en demeure propriétaire. On peut à juste titre tenir pour acquis que les Indiens considèrent leurs terres de réserve comme leur appartenant, tout comme les autres Canadiens s’enorgueillissent d’être propriétaires de biens immeubles. Le droit des Indiens à la possession exclusive des terres de réserve est amoindri par le droit de traverser ces terres que des lois accordent à des tiers. Le fait que les propriétaires de droits de passage, comme Canadian Pacifique, aient payé pour utiliser les terres de réserve ne les soustrait pas à l’obligation de payer des taxes foncières. La seule question qui se pose est celle de savoir à qui ils les paieront. Naturellement, les bandes indiennes en cause ne veulent pas être contraintes de s’imposer des taxes à elles-mêmes pour pouvoir y assujettir ceux qui utilisent leurs terres.

[186] Seulement deux questions doivent être examinées en ce qui concerne la discrimination. La première, énoncée par le chef Jules et la Commission consultative de la fiscalité indienne, consiste à savoir si le législateur avait l’intention d’autoriser le type de discrimination alléguée par Canadian Pacifique. La seconde est celle de savoir s’il faut conclure à l’existence du pouvoir d’établir une distinction, par déduction nécessaire, comme ce serait possible selon l’arrêt *Arcade Amusements*, précité. Pour répondre à cette dernière question, il faut nécessairement soupeser les considérations de politique qui s’opposent proposées par les appelants et par Canadian Pacifique.

[187] Le chef Jules affirme, dans son affidavit, avoir soulevé auprès du ministère des Affaires indiennes,

retain their exempt status without affecting the right to tax non-Indians was raised by him with the Department of Indian Affairs when the Kamloops Amendments were being considered. Chief Jules goes on to state that a legal opinion was sought on the issue, and that counsel for the Minister opined that Indian bands could adopt by-laws taxing only non-Indians' interests on reserve lands. A copy of that legal opinion was submitted as an exhibit to Chief Jules's affidavit. While such evidence is admissible according to *Re B.C. Motor Vehicle Act*,<sup>106</sup> that case dictates that it can be given little if any weight.

[188] It is clear that the Kamloops Amendments were enacted solely to ensure that lands surrendered for the purpose of leasing were "in the reserve" and, therefore, subject to taxation by the Indian band under section 83. If exempting the interests of band members on reserve lands from these taxation by-laws was also of concern to the Minister and Parliament, then surely the issue could have been dealt with at that time. Only those responsible for the swift passage of the amendments through Parliament can address why the amendments did not expressly deal with this problem.

[189] The only objective evidence of Parliamentary intent is found in a pamphlet distributed by the Minister which echoes the appellants' argument that reserve Indians would remain exempt from taxation. Such statements of administrative policy and interpretation are not determinative, but are entitled to some weight.<sup>107</sup> Standing alone, however, that evidence is not sufficient to support the appellants' argument. This leads me to the second of the two questions outlined above.

[190] The remaining question is whether this Court is prepared to find an implied authorization to discriminate. Any time a court of law is asked to read an implied term into a statute, that court is being asked to consider competing interests, and to determine which of the competing interests should prevail. In my

lors de l'étude des modifications de Kamloops, la question de savoir si les terres de réserve occupées par des Indiens peuvent demeurer exemptées sans porter atteinte au droit de taxer les non-Indiens. Le chef Jules ajoute qu'une opinion juridique a été demandée sur cette question et que les avocats du Ministère étaient d'avis que les bandes indiennes pouvaient prendre des règlements administratifs imposant des taxes auxquelles seuls les droits des non-Indiens sur les terres de réserve seraient assujettis. Un exemplaire de cette opinion juridique a été produit comme pièce jointe à l'affidavit du chef Jules. Bien qu'une telle preuve soit admissible, selon le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*<sup>106</sup>, cet arrêt commande qu'on ne lui accorde que peu ou pas de poids.

[188] Il est clair que les modifications de Kamloops ont été édictées dans l'unique but de s'assurer que les terres cédées pour être données à bail soient «situées dans la réserve» et, partant, assujetties aux taxes imposées par la bande indienne en vertu de l'article 83. Si le ministre et le Parlement s'étaient aussi préoccupés d'exempter des taxes imposées par ces règlements administratifs les droits des membres de la bande sur les terres de réserve, ils auraient certainement pu régler cette question au même moment. Seuls les responsables de l'adoption rapide de ces modifications par le Parlement peuvent expliquer pourquoi celles-ci n'ont pas réglé expressément ce problème.

[189] L'unique preuve objective de l'intention du législateur se trouve dans une brochure distribuée par le ministre, qui fait écho à l'argument des appelants selon lequel les Indiens des réserves continueraient à être exemptés des taxes. Pareil énoncé d'une politique et d'une interprétation administratives n'est pas déterminant, mais on peut lui accorder un certain poids<sup>107</sup>. Seule, cette preuve ne suffit toutefois pas à étayer la prétention des appelants. Ce qui m'amène à la seconde des deux questions énoncées plus haut.

[190] La dernière question est celle de savoir si la Cour est disposée à conclure à l'existence d'une autorisation implicite d'établir une distinction. Chaque fois qu'une cour de justice est appelée à conclure qu'un terme fait implicitement partie d'une loi, on lui demande d'examiner des intérêts opposés et de décider

respectful view, the balance favours the appellants' interests.

[191] At the outset, I must point out that there are two potential considerations which, at the end of the day, are neutral in that neither supports nor detracts from the positions of the parties. First, it is common ground that the notion of "taxation without representation" has no relevance to these appeals. Simply taxing Indians occupying reserve lands would not change the reality that non-Indians would still be taxed without representation. Second, Canadian Pacific is not seeking to avoid paying taxes, since its right-of-ways would be subject to taxation under municipal by-laws or the provincial property taxation regime in British Columbia if they were found not to be taxable by the appellant Indian bands.

[192] There are two policy considerations advanced by the appellants and interveners which support an implied authorization to discriminate by necessary implication. In my view, only the second is persuasive. The first consideration was raised by the intervener, the Little Shuswap Indian Band. It argues that it would be impractical to tax band members' interests in reserve lands because of the difficulty of assessing their land values. This argument is premised on the fact that such interests cannot be equated with fee simple title, posing a problem with respect to the method of valuing land without reference to market concepts. However, this argument also applies to the interests of non-Indians in reserve lands, since their title is necessarily less than fee simple. For example, in *Canadian National Railway Co. v. Matsqui Indian Band*, *supra*, Canadian National was found to have acquired a fee simple determinable to its right-of-ways. While it is undoubtedly difficult to place a value on a fee simple determinable interest in reserve land which may revert to the appellants, Canadian Pacific's lands have always been subject to taxation and assessment, and the same could be done with other reserve lands.

lesquels doivent l'emporter. Je suis d'avis que cet examen comparatif est favorable aux appelants.

[191] Je dois préciser dès le départ que deux considérations potentielles sont neutres, au bout du compte, car aucune n'appuie ni ne réfute l'une ou l'autre des thèses des parties. Premièrement, il est bien établi que la notion de «taxation sans représentation» n'est pas pertinente dans le cadre des présents appels. Le simple fait de taxer les Indiens qui occupent les terres de réserve ne changerait rien à la taxation sans représentation des non-Indiens. Deuxièmement, Canadian Pacific ne cherche pas à éviter le paiement des taxes, car si ses droits de passage n'étaient pas jugés taxables par les bandes indiennes, ils seraient assujettis à des taxes en vertu des règlements municipaux ou du régime provincial d'impôts fonciers de la Colombie-Britannique.

[192] Deux considérations de politique plaidées par les appelants et les intervenants appuient l'existence, par voie de déduction nécessaire, d'une autorisation implicite d'établir une distinction. À mon avis, seule la deuxième est convaincante. La première, soulevée par la bande indienne de Little Shuswap, porte qu'il ne serait pas possible en pratique de taxer les droits des membres de la bande sur les terres de réserve en raison de la difficulté d'évaluer ces terres. Cet argument se fonde sur le fait que ces droits ne peuvent équivaloir au titre en fief simple, ce qui pose un problème quant à la méthode d'évaluation des terres sans référence aux concepts de marché. Toutefois, cet argument s'applique tout autant aux droits des non-Indiens sur les terres de réserve, car leur titre est nécessairement moindre qu'un titre en fief simple. Par exemple, dans L'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Bande indienne de Matsqui*, précité, la Cour a conclu que la Compagnie des chemins de fer nationaux avait acquis un fief simple éteignable sur son droit de passage. Il est sans l'ombre d'un doute difficile d'établir la valeur d'un fief simple éteignable sur une terre de réserve qui peut être rétrocédé aux appelants, mais les terres de Canadian Pacific ont toujours été assujetties à la taxation et à l'évaluation, et les autres terres de réserve pourraient recevoir le même traitement.

[193] The second consideration flows from the fact that reserve Indians have been tax exempt from the time of the first *Indian Act*.<sup>108</sup> The tax exemption in section 87 of the *Indian Act* for the Indian interest in reserve lands and property derives from the historic obligation of the Crown to protect Indian lands, an obligation which was first recognized by *The Royal Proclamation, 1763*.<sup>109</sup> Such an exemption is also consistent with the notion of Aboriginal sovereignty over reserve lands or, in other words, Aboriginal self-government.<sup>110</sup> Furthermore, Aboriginal sovereignty has been recognized as the source of the tax exemption over reserve lands and property in the United States, and the Supreme Court of Canada may be moving in a similar direction.<sup>111</sup>

[194] Accordingly, the tax exemption for reserve lands in section 87 may be seen as an inherent Aboriginal right, stemming from the historic occupation of such lands by autonomous Aboriginal societies. While such a characterization will undoubtedly lead to questions as to the scope of the exemption and extinguishment, it is not necessary to decide those issues here. It is sufficient to note that, to the extent that the tax exemption for the Indian interest in reserve lands flows from notions of Aboriginal sovereignty, such exemption should be protected in the absence of statutory directions to the contrary.

[195] It is highly significant that the *Indian Act*, by its very nature, draws distinctions between Indians and non-Indians in Canada. Indeed, the codified tax exemption in section 87 constitutes a significant distinction between Indians and non-Indians. Such distinctions are within Parliament's jurisdiction to enact, due to its exclusive authority over "Indians and lands reserved for Indians" in class 24, section 91 of the *Constitution Act, 1867*. By-laws enacted by an Indian band pursuant to section 83 of the *Indian Act* constitute subordinate legislation. Accordingly, it is reasonable to imply that the constitutional authority to distinguish between Indians and non-Indians for the purpose of taxation was delegated to the Indian band councils.

[193] La deuxième considération découle du fait que les Indiens des réserves sont exemptés de taxes depuis l'entrée en vigueur de la première loi concernant les Indiens<sup>108</sup>. L'exemption de taxes prévue par l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, qui vise les droits des Indiens sur les biens et les terres de réserve, tire son origine de l'obligation historique de la Couronne de protéger les terres de réserve, obligation qui a été reconnue pour la première fois par la *Proclamation royale (1763)*<sup>109</sup>. Une telle exemption est aussi conforme à la notion de souveraineté des Autochtones sur les terres de réserve ou, en d'autres termes, à l'autonomie gouvernementale des Autochtones<sup>110</sup>. De plus, la souveraineté des Autochtones a été reconnue comme la source de l'exemption de taxes sur les biens et les terres de réserve aux États-Unis, et la Cour suprême du Canada pourrait suivre cette voie<sup>111</sup>.

[194] En conséquence, l'exemption de taxes sur les terres de réserve prévue par l'article 87 peut être considérée comme un droit ancestral inhérent, découlant de l'occupation de ces terres par des sociétés autochtones autonomes. Une telle catégorisation mènera certainement à des questions sur la portée de l'exemption et de l'extinction, mais il n'est pas nécessaire de les résoudre pour l'instant. Il suffit de souligner que, dans la mesure où l'exemption de taxes visant le droit des Indiens sur les terres de réserve procède de notions de souveraineté des Autochtones, elle doit être protégée, à moins d'indication contraire dans la loi.

[195] Il est très significatif que la *Loi sur les Indiens* établisse, par sa nature même, des distinctions entre les Indiens et les non-Indiens au Canada. En effet, l'exemption de taxes codifiée à l'article 87 constitue une distinction importante entre les Indiens et les non-Indiens. Le Parlement a la compétence requise pour édicter de telles distinctions, compte tenu de la compétence exclusive sur «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens» qui lui est conférée par la catégorie 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les règlements administratifs pris par une bande indienne en vertu de l'article 83 de la *Loi sur les Indiens* constituent de la législation déléguée. En conséquence, il est raisonnable d'inférer que le pouvoir constitutionnel d'établir une distinction entre les

[196] At the end of the day, the only pertinent policy argument advanced by Canadian Pacific to counter an implied authorization to discriminate between Indians and non-Indians for the purpose of taxation is that such by-laws would be potentially unfair or abusive. Canadian Pacific offered the hypothetical example of a band council which constructed a community centre out of tax dollars provided by the only taxable entity occupying reserve lands, namely, Canadian Pacific. The appellants challenge the perception that the taxation by-laws in question have been drafted so as to achieve the unfairness alluded to by Canadian Pacific. The appellants point out, and rightly so, that there are appeal processes in place which Canadian Pacific has access to, in addition to the courts. As well, it has been pointed out that band authorities do not carry out the assessments. That is presently done by the British Columbia Assessment Authority which is under the direction of the provincial government. In my view, any attempt by a band council to impose the entire burden of taxation solely on non-Indians would not survive the light of day. This view was shared by counsel for the respective appellants.

[197] For all of these reasons, I am prepared to hold that there is, by reasonable implication, authority on the part of band councils to continue to exempt the property interests of reserve Indians from taxation.

## VI. DISPOSITION

[198] The appeals should be allowed with costs. The judgments rendered below should be set aside and substituted with an order dismissing each of the applications for judicial review.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-5 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 10).

<sup>2</sup> These terms are defined in s. 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1] as follows:

2. (1) . . .

Indiens et les non-Indiens en matière de taxation a été délégué aux conseils de bande indienne.

[196] En bout de ligne, le seul argument de politique pertinent proposé par Canadien Pacifique pour réfuter l'autorisation implicite d'établir des distinctions entre les Indiens et les non-Indiens en matière de taxation porte que de tels règlements administratifs pourraient s'avérer injustes et abusifs. Canadien Pacifique a donné comme exemple hypothétique le cas d'un conseil de bande qui construirait un centre communautaire à l'aide des taxes prélevées auprès de l'unique entité taxable occupant des terres de réserve, savoir, Canadien Pacifique. Les appelants contestent l'idée que les règlements administratifs en cause ont été rédigés de façon à créer l'injustice évoquée par Canadien Pacifique. Ils soulignent, à juste titre, qu'il existe des processus d'appel auxquels Canadien Pacifique a accès, outre les tribunaux. De même, ils ont fait remarquer que ce ne sont pas les autorités de la bande qui procèdent aux évaluations. Actuellement, celles-ci sont effectuées par la British Columbia Assessment Authority, qui relève du gouvernement provincial. J'estime que toute tentative d'un conseil de bande d'imposer la totalité du fardeau fiscal uniquement aux non-Indiens connaîtrait une fin abrupte. Les avocats des différents appelants partagent mon avis sur ce point.

[197] Pour tous ces motifs, je suis disposé à statuer que les conseils de bande ont, par déduction nécessaire, le pouvoir de continuer à exempter de la taxation les droits fonciers des Indiens des réserves.

## VI. DISPOSITIF

[198] Je suis d'avis d'accueillir les appels avec dépens. Je suis d'avis d'annuler les jugements rendus par le tribunal d'instance inférieure et de les remplacer par une ordonnance rejetant chacune des demandes de contrôle judiciaire.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-5 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 10).

<sup>2</sup> Voici comment ces termes sont définis à l'art. 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch 17, art. 1]:

2. (1) [. . .]

“designated lands” means a tract of land or any interest therein the legal title to which remains vested in Her Majesty and in which the band for whose use and benefit it was set apart as a reserve has, otherwise than absolutely, released or surrendered its rights or interests, whether before or after the coming into force of this definition;

“reserve”

(a) means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band, and

(b) except in subsection 18(2), sections 20 to 25, 28, 36 to 38, 42, 44, 46, 48 to 51, 58 to 60 and the regulations made under any of those provisions, includes designated lands;

<sup>3</sup> *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, (1998), 162 D.L.R. (4th) 649 (F.C.A.).

<sup>4</sup> *Id.*, Décarry J.A.’s reasons, at pp. 667-668:

Yet, in my view, the expression “right of way”, in the context in which it was used, merely described the land taken and did not qualify the interest on the land that was surrendered. The expression was used, in other words, to define precisely what land was taken; it was not used to describe what right in that land was meant to be given up by the Band. Finally, the expression was used in all the documents in the context of an outright sale of land.

<sup>5</sup> *The Railway Act*, S.C. 1888, c. 29, as in force in 1891, the time of the first conveyance.

<sup>6</sup> I say “probably” because the conclusion may not be so automatic following the decision of this Court in *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3 (C.A.), where it was apparently found that the surrender provision of the *Indian Act* [R.S.C. 1927, c. 98] would not apply in instances of alienation resulting from a taking by the Crown pursuant to s. 48 of the *Indian Act*.

<sup>7</sup> S.C. 1881, c. 1.

<sup>8</sup> (1894), 23 S.C.R. 1.

<sup>9</sup> (1905), 36 S.C.R. 42, at p. 74.

<sup>10</sup> S.B.C. 1880, c. 11.

<sup>11</sup> S.B.C. 1883, c. 14.

<sup>12</sup> See generally D. M. Smith, *Title to Indian Reserves in British Columbia* (Faculty of Law, University of British Columbia, Vancouver, 1988). It is not clear, however, whether there was ever any intention on the part of the provincial government to approve reserves located within areas which were to be part of the railway belt.

<sup>13</sup> Order in Council P.C. 1930-1116.

<sup>14</sup> The grant of the right-of-way dated August 25, 1891 refers to “that certain strip or portion of land occupied by the Mission Branch of the Canadian Pacific Railway”. See Appeal Book, Vol. 1, of A-389-96, at p. 174.

«réserve» Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu’elle a mise de côté à l’usage et au profit d’une bande; y sont assimilées les terres désignées, sauf pour l’application du paragraphe 18(2), des articles 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58 et 60, ou des règlements pris sous leur régime.

[. . .]

«terres désignées» Parcelle de terrain, ou tout droit sur celle-ci, propriété de Sa Majesté et relativement à laquelle la bande à l’usage et au profit de laquelle elle a été mise de côté à titre de réserve a cédé, avant ou après l’entrée en vigueur de la présente définition, ses droits autrement qu’à titre absolu.

<sup>3</sup> *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, (1998), 162 D.L.R. (4th) 649 (C.A.F.).

<sup>4</sup> *Id.*, motifs du juge d’appel Décarry, aux p. 667 et 668:

Pourtant, à mon avis, l’expression «droit de passage», dans le contexte dans lequel elle a été utilisée, décrit simplement les terres prises et ne qualifie pas le droit consenti sur les terres qui ont été cédées. Autrement dit, l’expression a été utilisée pour définir précisément quelles terres étaient prises; elle n’a pas été utilisée pour décrire à quel droit la bande consentait à renoncer sur cette terre. Finalement, l’expression a été utilisée dans tous les documents dans le contexte d’une vente ferme.

<sup>5</sup> *Acte des chemins de fer*, S.C. 1888, ch. 29, en vigueur en 1891, au moment de la première cession.

<sup>6</sup> Je dis «probablement», parce que cette conclusion ne s’impose peut-être plus automatiquement depuis l’arrêt *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3 (C.A.), dans lequel la Cour a apparemment conclu que la disposition de la *Loi des Indiens* [S.R.C. 1927, ch. 98] régissant les cessions ne s’applique pas aux aliénations résultant de la prise d’une terre par la Couronne sous le régime de l’art. 48 de la *Loi des Indiens*.

<sup>7</sup> S.C. 1881, ch 1.

<sup>8</sup> (1894), 23 R.C.S. 1.

<sup>9</sup> (1905), 36 R.C.S. 42, à la p. 74.

<sup>10</sup> S.B.C. 1880, ch. 11.

<sup>11</sup> S.B.C. 1883, ch. 14.

<sup>12</sup> Voir, en général, D. M. Smith, *Title to Indian Reserves in British Columbia* (Faculty of Law, University of British Columbia: Vancouver, 1988). Toutefois, on ne sait pas avec certitude si le gouvernement provincial a eu, à quelque moment que ce soit, l’intention d’approuver les réserves situées à l’intérieur des zones qui devaient faire partie de la zone de chemin de fer.

<sup>13</sup> Décret C.P. 1930-1116.

<sup>14</sup> La concession d’un droit de passage datée du 25 août 1891 renvoie à une [TRADUCTION] «certaine bande ou portion de terrain occupée par l’embranchement de Mission du Chemin de fer Canadien Pacifique». Voir le dossier d’appel, vol. 1, dans A-389-96, à la p. 174.

<sup>15</sup> The grant of land to Canadian Pacific dated December 9, 1968 refers to a “railway widening according to plan 53921 in the Canadian Land Survey Records in Ottawa”. See CPR Reference Volume, at tab 4.

<sup>16</sup> With respect to the use of punctuation in aid of interpretation of a statute, see Côté, P.-A. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1991, at p. 62.

<sup>17</sup> See *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654.

<sup>18</sup> R.S.C., 1985, c. I-5.

<sup>19</sup> It is stated that if a corporation’s shares are held, in whole or in part, by band members in trust for any person who is not a band member, then such corporation’s real property is not exempt from taxation.

<sup>20</sup> (A-389-96), A.B., at p. 36.

<sup>21</sup> (A-480-96), A.B., at p. 14.

<sup>22</sup> (A-386-96), A.B., at p. 37.

<sup>23</sup> (A-479-96), A.B., at p. 29.

<sup>24</sup> (A-403-96), A.B., at p. 41. The intervener, the Indian Taxation Advisory Board, has indicated in its brief that 69 First Nation communities across Canada currently have real property taxation by-laws in force which contain exemptions for the band and band members similar to those contained in the bands’ by-laws in the case at bar.

<sup>25</sup> *British Columbia (Assessor of Area #25—Northwest/Prince Rupert) v. N & V Johnson Services Ltd.* (1990), 73 D.L.R. (4th) 170 (B.C.C.A.). *Westbank Property Management Ltd. v. Assessor of Area #19—Kelowna*, [1993] 1 C.N.L.R. 176 (B.C.S.C.); see also *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333 (Sask. C.A.); *Re Stony Plain Indian Reserve No. 135 Development* (1981), 35 A.R. 412 (C.A.); Virginia L. Davies, “The Use of Inter Vivos Trusts to Preserve Treaty Entitlements” in *Report of Proceedings of the Forty-Fifth Tax Conference* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1993) 54:1, at p. 54:5.

<sup>26</sup> S.B.C. 1990, c. 52.

<sup>27</sup> *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1996] 3 F.C. 373 (T.D.), at p. 419.

<sup>28</sup> [1990] 2 S.C.R. 85, at pp. 130-131.

<sup>29</sup> [1992] 1 S.C.R. 877, at p. 885.

<sup>30</sup> S.C. 1988, c. 23, s. 10 [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 10].

<sup>31</sup> [1995] 1 S.C.R. 3, at p. 24.

<sup>32</sup> [1997] 2 S.C.R. 657, at pp. 672-674, para. 24.

<sup>33</sup> Underlined in text.

<sup>34</sup> [1985] 1 S.C.R. 368. Also known as *Fountainhead Fun Centres Ltd., v. Montréal (City)*.

<sup>15</sup> La concession d’un droit de passage datée du 9 décembre 1968 renvoie à un [TRADUCTION] «élargissement du chemin de fer conforme au plan 53921 des Registres d’arpentage des terres du Canada, à Ottawa». Voir le volume de référence du C.P., onglet 4.

<sup>16</sup> En ce qui concerne le recours à la ponctuation pour interpréter une disposition législative, voir Côté, P.-A. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Cowanville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1990, à la p. 67.

<sup>17</sup> Voir *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654.

<sup>18</sup> L.R.C. (1985), ch. I-5.

<sup>19</sup> Il est précisé que les biens immeubles d’une société dont les actions sont détenues, en tout ou en partie, en fiducie par des membres de la bande au profit d’une personne qui n’est pas membre de la bande ne bénéficient pas de l’exemption fiscale.

<sup>20</sup> (A-389-96), cahier d’appel, à la p. 36.

<sup>21</sup> (A-480-96), cahier d’appel, à la p. 14.

<sup>22</sup> (A-386-96), cahier d’appel, à la p. 37.

<sup>23</sup> (A-479-96), cahier d’appel, à la p. 29.

<sup>24</sup> (A-403-96), cahier d’appel, à la p. 41. La Commission consultative de la fiscalité indienne, intervenante, a mentionné dans son mémoire que des règlements administratifs de taxation établissant des exemptions pour la bande et les membres de la bande, semblables à celles prévues par les règlements administratifs des bandes visées en l’espèce, sont en vigueur dans 69 collectivités des Premières Nations, partout au Canada.

<sup>25</sup> *British Columbia (Assessor of Area # 25—Northwest/Prince Rupert) v. N & V Johnson Services Ltd.* (1990), 73 D.L.R. (4th) 170 (C.A.C.-B.). *Westbank Property Management Ltd. v. Assessor of Area #19—Kelowna*, [1993] 1 C.N.L.R. 176 (C.S.C.-B.); voir aussi *Re Kinookimaw Beach Association and The Queen in right of Saskatchewan* (1979), 102 D.L.R. (3d) 333 (C.A. Sask.); *Re Stony Plain Indian Reserve No. 135 Development* (1981), 35 A.R. 412 (C.A.); Virginia L. Davies, “The Use of Inter Vivos Trusts to Preserve Treaty Entitlements” dans *Report of Proceedings of the Forty-Fifth Tax Conference* (Toronto: Association canadienne d’études fiscales, 1993) 54:1, à la p. 54:5.

<sup>26</sup> S.B.C. 1990, ch. 52.

<sup>27</sup> *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1996] 3 C.F. 373 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 419.

<sup>28</sup> [1990] 2 R.C.S. 85, aux p. 130 et 131.

<sup>29</sup> [1992] 1 R.C.S. 877, à la p. 885.

<sup>30</sup> L.C. 1988, ch. 23, art. 10 [L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 10].

<sup>31</sup> [1995] 1 R.C.S. 3, à la p. 24.

<sup>32</sup> [1997] 2 R.C.S. 657, aux p. 672 à 674, par. 24.

<sup>33</sup> Souligné dans l’original.

<sup>34</sup> [1985] 1 R.C.S. 368. Aussi connu sous l’intitulé *Fountainhead Fun Centres Ltd., c. Montréal (Ville)*.

- <sup>35</sup> *Id.*, at p. 404.
- <sup>36</sup> *Id.*, at p. 406.
- <sup>37</sup> *Id.*, at p. 413.
- <sup>38</sup> [1993] 1 S.C.R. 650, at pp. 667-668. See also *Forget v. Québec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, at p. 105; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, at pp. 259 and 275.
- <sup>39</sup> [1990] 1 S.C.R. 1025.
- <sup>40</sup> [1990] F.C.J. No. 546 (C.A.) (QL).
- <sup>41</sup> [1995] 1 S.C.R. 3, at p. 33.
- <sup>42</sup> (1982), 135 D.L.R. (3d) 128 (Sask. C.A.), at pp. 133-134.
- <sup>43</sup> (1981), 63 C.C.C. (2d) 61 (Que. C.A.), at p. 68. See also T. F. Isaac, *Aboriginal Law: Cases, Materials and Commentary*, 2nd ed. (Saskatoon: Purich Publications, 1999), at p. 505 ff.
- <sup>44</sup> [1995] 1 S.C.R. 3, at pp. 33-34, para. 43.
- <sup>45</sup> The term "designated land", a defined term in the Act, is comprised in the definition of "reserve", also defined. See R.S.C., 1985, c. I-5, s. 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1].
- <sup>46</sup> P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Fourth Student Edition (Toronto: Carswell, 1996), at p. 344, para 15.6.
- <sup>47</sup> See *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at p. 24.
- <sup>48</sup> S.C. 1881, c. 1.
- <sup>49</sup> R.S.C., 1985, c. I-5.
- <sup>50</sup> *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649 (F.C.A.); leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied March 25, 1999 [[1999] 1 S.C.R. x].
- <sup>51</sup> Now reported at [1996] 3 F.C. 373 (T.D.).
- <sup>52</sup> *Id.*, at pp. 412-413.
- <sup>53</sup> *Id.*, at pp. 414-415.
- <sup>54</sup> See *The Consolidated Railway Act, 1879*, S.C. 1879, c. 9, s. 7(3). *The Railway Act*, S.C. 1888, c. 29, s. 99 (and successor legislation) retained this requirement.
- <sup>55</sup> See Sir Robert Megarry and M. P. Thompson, *Megarry's Manual of the Law of Real Property*, 7th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1993), at pp. 35 and 197-198.
- <sup>56</sup> *An Act to amend the Indian Act (designated lands)*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1.
- <sup>57</sup> (1984), 11 D.L.R. (4th) 226 (B.C.C.A.).
- <sup>58</sup> *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657, at p. 675.
- <sup>59</sup> See Megarry, *supra*, note 55, at pp. 59 and 321-322.
- <sup>60</sup> See, for example, *Thompson v. Fraser Companies Ltd.*, [1930] S.C.R. 109; and *The King v. Bonhomme* (1917), 16 Ex. C.R. 437; *affd* (1918), 59 S.C.R. 679.
- <sup>61</sup> *St. Mary's Indian Band*, *supra*, note 58, at p. 668.
- <sup>35</sup> *Id.*, à la p. 404.
- <sup>36</sup> *Id.*, à la p. 406.
- <sup>37</sup> *Id.*, à la p. 413.
- <sup>38</sup> [1993] 1 R.C.S. 650, aux p. 667 et 668. Voir aussi *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, à la p. 105; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, aux p. 259 et 275.
- <sup>39</sup> [1990] 1 R.C.S. 1025.
- <sup>40</sup> [1990] F.C.J. n° 546 (C.A.) (QL).
- <sup>41</sup> [1995] 1 R.C.S. 3, à la p. 33.
- <sup>42</sup> (1992), 135 D.L.R. (3d) 128 (C.A. Sask.), aux p. 133 et 134.
- <sup>43</sup> (1981), 63 C.C.C. (3d) 61 (C.A. Qué.), à la p. 68. Voir aussi T. F. Isaac, *Aboriginal Law: Cases, Materials and Commentary*, 2<sup>e</sup> éd. (Saskatoon: Purich Publications, 1999), à la p. 505 et suiv.
- <sup>44</sup> [1995] 1 R.C.S. 3, aux p. 33 et 34, par. 43.
- <sup>45</sup> L'expression «terres désignées», définie dans la Loi, est incluse dans la définition du terme «réserve», qui est aussi défini. Voir L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1].
- <sup>46</sup> P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Fourth Student Edition (Toronto: Carswell, 1996), à la p. 344, par. 15.6.
- <sup>47</sup> Voir *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, à la p. 24.
- <sup>48</sup> S.C. 1881, ch. 1.
- <sup>49</sup> L.R.C. (1985), ch. I-5.
- <sup>50</sup> *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée le 25 mars 1999 [[1999] 1 R.C.S. x].
- <sup>51</sup> Maintenant publiés dans [1996] 3 C.F. 373 (1<sup>re</sup> inst.).
- <sup>52</sup> *Id.*, aux p. 412 et 413.
- <sup>53</sup> *Id.*, aux p. 414 et 415.
- <sup>54</sup> Voir l'Acte refondu des chemins de fer, 1879, S.C. 1879, ch. 9, art. 7(3). L'Acte des chemins de fer, S.C. 1888, ch. 29, art. 99 et les dispositions qui l'ont remplacé ont maintenu cette condition.
- <sup>55</sup> Voir Sir Robert Megarry et M. P. Thompson, *Megarry's Manual of the Law of Real Property*, 7<sup>e</sup> éd. (Londres: Sweet & Maxwell, 1993), aux p. 35, 197 et 198.
- <sup>56</sup> *Loi modifiant la Loi sur les Indiens (terres désignées)*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1.
- <sup>57</sup> (1984), 11 D.L.R. (4th) 226 (C.A.C.-B.).
- <sup>58</sup> *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657, aux p. 675 et 676.
- <sup>59</sup> Voir Megarry, précité, note 55, aux p. 59, 321 et 322.
- <sup>60</sup> Voir par ex., *Thompson v. Fraser Companies Ltd.*, [1930] R.C.S. 109; et *The King v. Bonhomme* (1917), 16 R.C.É. 437; *conf. par* (1918), 59 R.C.S. 679.
- <sup>61</sup> *Bande indienne de St. Mary's*, précité, note 58 à la p. 668.

<sup>62</sup> See generally Gerard V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (Toronto: University of Toronto Press, 1969), at pp. 132-133.

<sup>63</sup> The provincial and federal orders in council which adopted the *McKenna-McBride Agreement* did not deal with the province's reversionary interest in reserve lands. That issue was finally addressed with the adoption of the *Scott-Cathcart Agreement* in 1938 by B.C. Order in Council 1036. See *B.C. (A.G.) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156 (C.A.), per Anderson J.A. (Toy, Proudfoot and Hinds J.J.A. concurring).

<sup>64</sup> See Megarry, *supra*, note 55, at pp. 59 and 321-322.

<sup>65</sup> S.C. 1880, c. 28. This Act consolidated and amended the laws respecting Indians which had been enacted from 1868 to 1879.

<sup>66</sup> S. 36 of *The Indian Act, 1880* became s. 38 (*The Indian Act*, R.S.C. 1886, c. 43), then s. 48 of the *Indian Act* (R.S.C. 1906, c. 81), then s. 50 (R.S.C. 1927, c. 98) and finally s. 37 (S.C. 1951, c. 29). The current wording of s. 37 of *The Indian Act* was enacted as part of the Kamloops Amendments, *supra*, note 56.

<sup>67</sup> S. 31 of *The Indian Act, 1880* became s. 35 (*The Indian Act*, R.S.C. 1886, c. 43); then s. 46 of the *Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81; then s. 48 of the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98; and finally s. 35 of *The Indian Act*, R.S.C. 1951, c. 29.

<sup>68</sup> *An Act to amend "The Indian Act"*, S.C. 1887, c. 33, s. 5.

<sup>69</sup> *An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1911, c. 14, s. 1.

<sup>70</sup> *The Railway Act*, *supra*, note 54, s. 103.

<sup>71</sup> *Opechesah Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119, at p. 157 (per McLachlin J.). See also *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3 (C.A.), at pp. 17-19 (per Heald J.A.) and at p. 48 (per Urie J.A.).

<sup>72</sup> *Supra*, note 54.

<sup>73</sup> R.S.C., 1985, c. I-5, s. 35.

<sup>74</sup> I acknowledge that s. 28 of the *Indian Act* authorizes the Minister to issue permits enabling any persons to use or occupy reserve lands. These permits are limited to a period not exceeding one year, unless the band council consents to a longer duration. This provision is not applicable in the case at bar.

<sup>75</sup> S.C. 1879, c. 9.

<sup>76</sup> Megarry, *supra*, note 55, at p. 34. See also E. H. Burn, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15th ed. (London: Butterworths, 1994); *In Re Macleay* (1875) L.R. 20 Eq. 186; and *Dugdale v. Dugdale* (1888), 38 Ch. D. 176.

<sup>77</sup> See, for ex., *Reese et al. v. The Queen* [1957] S.C.R. 794; *Hartley v. Matson* (1902), 32 S.C.R. 644; and *St. Ann's Fishing Club v. The King*, [1959] S.C.R. 211.

<sup>62</sup> Voir en général Gerard V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (Toronto: University of Toronto Press, 1969), aux p. 132 et 133.

<sup>63</sup> Les décrets provincial et fédéral adoptant la *Convention McKenna-McBride* ne traitaient pas du droit de réversion à l'égard des terres de réserve. Cette question a finalement été réglée avec l'adoption de la *Convention Scott-Cathcart* en 1938 par le Décret C.-B. 1036. Voir *B.C. (A.G.) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156 (C.A.), le juge Anderson (les juges Toy, Proudfoot et Hinds ayant souscrit à son opinion).

<sup>64</sup> Voir Megarry, précité, note 55, aux p. 59, 321 et 322.

<sup>65</sup> S.C. 1880, ch. 28. Cette Loi a codifié et modifié les lois concernant les Indiens qui avaient été édictées entre 1868 et 1879.

<sup>66</sup> L'art. 36 de l'*Acte relatif aux Sauvages, 1880* est devenu l'art. 38 de l'*Acte des Sauvages*, S.R.C. 1886, ch. 43; l'art. 48 de la *Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81; l'art. 50 de la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98; et finalement, l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29. Le libellé de l'art. 37 actuel a été adopté dans le cadre des modifications de Kamloops, précitées, note 56.

<sup>67</sup> L'art. 31 de l'*Acte relatif aux Sauvages, 1880* est devenu successivement l'art. 35 de l'*Acte des Sauvages*, S.R.C. 1886, ch. 43; l'art. 46 de la *Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81; l'art. 48 de la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98; et l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29.

<sup>68</sup> *Acte amendant l'Acte des Sauvages*, S.C. 1887, ch. 33, art. 5.

<sup>69</sup> *Loi modifiant la Loi des Sauvages*, S.C. 1911, ch. 14, art. 1.

<sup>70</sup> *Acte des chemins de fer*, précité, note 54, à l'art. 103.

<sup>71</sup> *Bande indienne des Opechesah c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119, à la p. 157 (le juge McLachlin). Voir aussi *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3 (C.A.), aux p. 17 à 19 (le juge Heald) et à la p. 48 (le juge Urie).

<sup>72</sup> Précitée, note 54.

<sup>73</sup> L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 35.

<sup>74</sup> Je reconnais que l'art. 28 de la *Loi sur les Indiens* autorise le ministre à délivrer des permis autorisant toute personne à utiliser ou à occuper les terres de réserve pour une période maximale d'un an, mais la durée de validité de ces permis peut dépasser un an si le conseil de la bande y consent. Cette disposition n'est pas applicable en l'espèce.

<sup>75</sup> S.C. 1879, ch. 9.

<sup>76</sup> Megarry, précité, note 55, à la p. 34. Voir aussi E. H. Burn, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15<sup>e</sup> éd. (Londres: Butterworths, 1994); *In Re Macleay* (1875) L.R. 20 Eq. 186; et *Dugdale v. Dugdale* (1888), 38 Ch. D. 176.

<sup>77</sup> Voir, par ex., *Reese et al. v. The Queen*, [1957] R.C.S. 794; *Hartley v. Matson* (1902), 32 R.C.S. 644; et *St. Ann's Fishing Club v. The King*, [1959] R.C.S. 211.

<sup>78</sup> *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, s. 185. s. 2 and 3 of *The Consolidated Railway Act, 1879* became s. 3 of *The Railway Act*, R.S.C. 1886, c. 109 and then ss. 5-6 of *The Railway Act* S.C. 1888, c. 29. These sections were ultimately re-enacted in a form substantially the same as the 1985 enactment in 1903 (*The Railway Act, 1903*, S.C. 1903, c. 58, s. 5) and became s. 4 in the 1906 revisions *Railway Act*, R.S.C. 1906, c. 37. S. 7(3) of the 1879 Act became s. 99 (*The Railway Act*, S.C. 1888, c. 29), then s. 189 (*Railway Act*, R.S.C. 1927, c. 170), s. 192 (*Railway Act*, R.S.C. 1952, c. 234), s. 130 (*Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2) and ultimately s. 134 (*Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3). The provision requiring compensation for the use, taking or damage to reserve lands was first enacted as s. 101 (S.C. 1888, c. 29). It became s. 136 (S.C. 1903, c. 58), then s. 175 (R.S.C. 1906, c. 37), s. 192 (S.C. 1919, c. 68), s. 195 (R.S.C. 1952, c. 234), s. 133 (R.S.C. 1970, c. R-2) and finally s. 137 (R.S.C. 1985, c. R-3).

<sup>79</sup> See *Kruger*, *supra*, note 71; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* (1997), 145 D.L.R. (4th) 552 (B.C.S.C.); and *Gitanmaax Indian Band v. British Columbia Hydro and Power Authority* (1991), 84 D.L.R. (4th) 562 (B.C.S.C.).

<sup>80</sup> The historical events leading up to Confederation provide some of the context for the passage of the CPR Act. These events are eloquently summarized in *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. Reg.* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), at pp. 53-56.

<sup>81</sup> R.S.C., 1985, Appendix II, No. 10.

<sup>82</sup> (1894), 23 S.C.R. 1.

<sup>83</sup> *Id.*, at p. 9.

<sup>84</sup> [1951] S.C.R. 190.

<sup>85</sup> *Id.*, at p. 199.

<sup>86</sup> *Id.*, at p. 200.

<sup>87</sup> [1963] Ex. C.R. 372, at p. 375.

<sup>88</sup> (1982), 44 N.B.R. (2d) 201 (C.A.).

<sup>89</sup> *Id.*, at pp. 212-214.

<sup>90</sup> *Id.*, at p. 210.

<sup>91</sup> *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, at pp. 378-379.

<sup>92</sup> *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at p. 1082.

<sup>93</sup> *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29.

<sup>94</sup> [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 143.

<sup>95</sup> *Id.*, at p. 99.

<sup>96</sup> [1988] 2 S.C.R. 654.

<sup>97</sup> [1973] S.C.R. 313 (*per* Judson J.).

<sup>98</sup> (1991), 79 D.L.R. (4th) 185 (B.C.S.C.); varied (1993), 104 D.L.R. (4th) 470 (B.C.C.A.); *revd* in part [1997] 3 S.C.R. 1010. See also P. Tennant, *Aboriginal Peoples and*

<sup>78</sup> *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, art. 185. Les art. 2 et 3 de l'*Acte refondu des chemins de fer, 1879* sont devenus l'art. 3 de l'*Acte des chemins de fer*, S.R.C. 1886, ch. 109, puis les art. 5 et 6 de l'*Acte des chemins de fer*, S.C. 1888, ch. 29. Ces articles ont ensuite été édictés à nouveau essentiellement dans la même forme que les dispositions de 1985 en 1903 (*Acte des chemins de fer, 1903*, S.C. 1903, ch. 58, art. 5) et sont devenus l'art. 4 lors de la refonte de 1906 (*Loi des chemins de fer*, S.R.C. 1906, ch. 37). L'art. 7(3) de l'Acte de 1879 est devenu l'art. 99 (*Acte des chemins de fer*, S.C. 1888, ch. 29), puis l'art. 189 (*Loi des chemins de fer*, S.R.C. 1927, ch. 170), l'art. 192 (*Loi sur le chemins de fer*, S.R.C. 1952, ch. 234), l'art. 130 (*Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2) et enfin l'art. 134 (*Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3). La disposition établissant l'obligation de payer une indemnité pour l'utilisation ou la prise de terres de réserve ou les dommages qui leur sont causés a été édictée pour la première fois par l'art. 101 (S.C. 1888, ch. 29). Cette disposition est devenue l'art. 136 (S.C. 1903, ch. 58), l'art. 175 (S.R.C. 1906, ch. 37), l'art. 192 (S.C. 1919, ch. 68), l'art. 195 (S.R.C. 1952, ch. 234), l'art. 133 (S.R.C. 1970, ch. R-2) et finalement l'art. 137 (L.R.C. (1985), ch. R-3).

<sup>79</sup> Voir *Kruger*, précité, note 71; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* (1997), 145 D.L.R. (4th) 552 (C.S.C.-B.); et *Gitanmaax Indian Band v. British Columbia Hydro and Power Authority* (1991), 84 D.L.R. (4th) 562 (C.S.C.-B.).

<sup>80</sup> Les événements historiques qui ont mené à la Confédération sont l'un des éléments qui situent le contexte de l'édition de la Loi du CP. Ces événements sont résumés avec éloquence dans *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. Reg.* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), aux p. 53 à 56.

<sup>81</sup> L.R.C. (1985), appendice II, n° 10.

<sup>82</sup> (1894), 23 R.C.S. 1.

<sup>83</sup> *Id.*, à la p. 9.

<sup>84</sup> [1951] R.C.S. 190.

<sup>85</sup> *Id.*, à la p. 199.

<sup>86</sup> *Id.*, à la p. 200.

<sup>87</sup> [1963] R.C.É. 372, à la p. 375.

<sup>88</sup> (1982), 44 N.B.R. (2d) 201 (C.A.).

<sup>89</sup> *Id.*, aux p. 212 et 214.

<sup>90</sup> *Id.*, à la p. 210.

<sup>91</sup> *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, aux p. 378 et 379.

<sup>92</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, à la p. 1082.

<sup>93</sup> *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29.

<sup>94</sup> [1990] 2 R.C.S. 85, à la p. 143.

<sup>95</sup> *Id.*, à la p. 99.

<sup>96</sup> [1988] 2 R.C.S. 654.

<sup>97</sup> [1973] R.C.S. 313 (le juge Judson).

<sup>98</sup> (1991), 79 D.L.R. (4th) 185 (C.S.C.-B.); *mod.* par (1993), 104 D.L.R. (4th) 470 (C.A.C.-B.); *inf.* en partie par [1997] 3 R.C.S. 1010. Voir aussi P. Tennant, *Aboriginal*

*Politics: The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989* (Vancouver: University of B.C. Press, 1990), at pp. 39-52.

<sup>99</sup> See Hugh A. Dempsey, *Treaty Research Report: Treaty Seven* (Ottawa: Treaties and Historical Research Centre, 1987), at pp. 48-49.

<sup>100</sup> There may be additional issues with respect to the exemption of corporations whose shares are owned by the band or band members since such corporations are not "Indians" within the meaning of the *Indian Act*. See, for ex., *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America et al.*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Western Industrial Contractors Ltd. v. Sarcee Development Ltd.* (1979), 15 A.R. 309 (C.A.); and *British Columbia (Assessor of Area #25—Northwest-Prince Rupert) v. N & V Johnson Services Ltd.* (1990), 73 D.L.R. (4th) 170 (B.C.C.A.). However, these issues were not argued before this Court.

<sup>101</sup> *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 368, at p. 404.

<sup>102</sup> *Id.*, at p. 413.

<sup>103</sup> See *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al. Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128 (Sask. C.A.); *Sabattis v. Oromocto Indian Band* (1986), 76 N.B.R. (2d) 227 (C.A.); *Chadee v. Norway House First Nation* (1996), 113 Man. R. (2d) 110 (C.A.); *Deer v. Mohawk Council of Kahnawake*, [1991] 2 F.C. 18 (T.D.); and *Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1994] 1 F.C. 394 (T.D.).

<sup>104</sup> *Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 232 (F.C.T.D.).

<sup>105</sup> Arguably, the tax exemption in the *Indian Act* is merely a codification of an Aboriginal or treaty right to immunity from taxation: see Richard H. Bartlett, *Indians and Taxation in Canada*, 3rd ed. (Saskatoon: Native Law Centre, 1992), at pp. 26-27. If so, it is arguable that the preservation of this immunity in the impugned by-laws may be protected from a Charter challenge under s. 15 by s. 25, which provides that the Charter shall not derogate from Aboriginal, treaty or other rights of Aboriginal peoples.

<sup>106</sup> [1985] 2 S.C.R. 486.

<sup>107</sup> *Harel v. Dep. M. Rev. of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851, at p. 859 (per de Grandpré J.).

<sup>108</sup> *An Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury*, S.C. 1850, c. 74, s. 4.

<sup>109</sup> *Id.*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1.

<sup>110</sup> See Bartlett, *supra*, note 105 at p. 26; and Canada Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Vol. 2 "Restruc-

*Peoples and Politics: The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989* (Vancouver: University of B.C. Press, 1990), aux p. 39 à 52.

<sup>99</sup> Voir Hugh A. Dempsey, *rapport de recherche: Traité n° sept.* (Ottawa: Centre de la recherche historique et de l'étude des traités, 1987), aux p. 48 et 49.

<sup>100</sup> D'autres questions peuvent se poser concernant l'exemption des sociétés par actions dont les actions appartiennent à la bande ou à des membres de la bande, car ces sociétés par actions ne sont pas des «Indiens» au sens de la *Loi sur les Indiens*. Voir par ex., *Four B Manufacturing Ltd. c. Les Travailleurs unis du vêtement d'Amérique et al.*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Western Industrial Contractors Ltd. v. Sarcee Development Ltd* (1979), 15 A.R. 309 (C.A.); et *British Columbia (Assessor of Area # 25—Northwest-Prince Rupert) v. N & V Johnson Services Ltd.* (1990), 73 D.L.R. (4th) 170 (C.A.C.-B.). Ces questions n'ont toutefois pas été plaidées en l'espèce.

<sup>101</sup> *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 368, à la p. 404.

<sup>102</sup> *Id.*, à la p. 413.

<sup>103</sup> Voir *Whitebear Band Council and Carpenters Provincial Council of Saskatchewan et al. Re* (1982), 135 D.L.R. (3d) 128 (C.A. Sask.); *Sabattis v. Oromocto Indian Band* (1986), 76 N.B.R. (2d) 227 (C.A.); *Chadee v. Norway House First Nation* (1996), 113 Man. R. (2d) 110 (C.A.); *Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake*, [1991] 2 C.F. 18 (1<sup>re</sup> inst.); et *Bande indienne de Batchewana (Membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1994] 1 C.F. 394 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>104</sup> *Première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 232 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>105</sup> On pourrait soutenir que l'exemption de taxe établie par la *Loi sur les Indiens* ne constitue qu'une codification d'un droit ancestral ou issu de traités à l'immunité fiscale: voir Richard H. Bartlett, *Indians and Taxation in Canada*, 3<sup>e</sup> éd. (Saskatoon: Native Law Centre, 1992), aux p. 26 et 27. Le cas échéant, on peut prétendre que la préservation de cette immunité dans les règlements administratifs contestés est peut-être à l'abri d'un recours fondé sur l'art. 15 la Charte par application de l'art. 25, selon lequel la Charte ne peut porter atteinte aux droits ancestraux, issus de traités ou autres des peuples autochtones.

<sup>106</sup> [1985] 2 R.C.S. 486.

<sup>107</sup> *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851, à la p. 859 (le juge de Grandpré).

<sup>108</sup> *Acte pour protéger les sauvages dans le Haut Canada, contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont jouissance, contre tous empiètements et dommages*, S.C. 1850, ch. 74, art. 4.

<sup>109</sup> *Id.*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 1.

<sup>110</sup> Voir Bartlett, précité, note 105, à la p. 26; et Canada Commission royale sur les Peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones*, vol. 2

turing the Relationship” (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1996), at p. 291.

<sup>111</sup> See *McClanahan v. Arizona State Tax Comm'n*, 411 U.S. 164 (1973); and *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976). The latter decision of the U.S. Supreme Court was cited with approval by La Forest J. in *Mitchell*, *supra*, note 94. See also *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; and Bartlett, *supra*, note 105, at pp. 23-26.

«Une relation à redéfinir» (Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1996), à la p. 291.

<sup>111</sup> Voir *McClanahan v. Arizona State Tax Comm'n*, 411 U.S. 164 (1973); et *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976). Cette dernière décision de la Cour suprême des États-Unis a été citée et approuvée par le juge La Forest, dans l'affaire *Mitchell*, précitée, note 94. Voir aussi *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; et Bartlett, précité, note 105, aux p. 23 à 26.

T-224-97  
T-1221-98

T-224-97  
T-1221-98

**Karlheinz Schreiber** (*Applicant*)

**Karlheinz Schreiber** (*demandeur*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Le procureur général du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: SCHREIBER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**  
**(T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: SCHREIBER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**  
**(1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, MacKay J.—Vancouver, April 7, 8 and 9; Ottawa, August 30, 1999.

Section de première instance, juge MacKay—Vancouver, 7, 8 et 9 avril; Ottawa, 30 août 1999.

*Administrative law — Judicial review — Declarations — Application for declaration coercive search and seizure of documents in Canada requiring prior judicial authorization by grant of search warrant — Attorney General not disputing legal proposition — No justiciable issue between parties — No legal issue to be resolved by declaration — Not Court's practice to issue declaration about state of law for use in another forum i.e. Swiss courts.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Jugements déclaratoires — Demande de jugement déclaratoire selon lequel les mesures coercitives de perquisition et de saisie des documents au Canada exigent une autorisation judiciaire préalable sous forme de mandat de perquisition — Le procureur général ne conteste pas cette proposition juridique — Aucune question à trancher entre les parties — Aucune question juridique à résoudre par voie de jugement déclaratoire — Il n'est pas d'usage à la Cour de rendre un jugement déclaratoire au sujet de l'état du droit pour que celui-ci soit utilisé devant un autre tribunal, i.e. les tribunaux suisses.*

*Administrative law — Judicial review — Mandamus — Application for mandamus ordering withdrawal of letter of request from Minister of Justice to Swiss authorities seeking assistance with RCMP investigation into fraud on government — Application not out of time as proceedings could not be commenced until refusal to withdraw — Mandamus not granted unless public legal duty owed to applicant — Applicant argued Attorney General having duty to withdraw request when facts alleged in request without foundation — Relying on apology for language in request wrongly indicating RCMP concluding criminal activities had occurred — Basis for duty to withdraw request not established — Not acknowledged allegations of fact in letter of request without foundation — Criminal investigation ongoing — To extent duty on respondent arising by implication from Swiss law, duty owed to Swiss authorities, not to applicant — Court not convinced, absent evidence of abuse by Attorney General, duty to applicant outweighed duty to public re: administration of justice.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Mandamus — Demande de mandamus ordonnant le retrait de la demande d'assistance que le ministre de la Justice a envoyée aux autorités suisses pour obtenir leur aide relativement à une enquête de la GRC sur des fraudes envers le gouvernement — La demande n'est pas hors délai parce que la procédure ne pouvait être intentée qu'après le refus de retrait — Le mandamus n'est pas accordé à moins qu'il n'existe une obligation légale à caractère public envers le demandeur — Le demandeur prétend que le procureur général a l'obligation de retirer la demande d'assistance quand les faits qui y sont allégués ne sont pas fondés — Il s'appuie sur les excuses présentées pour les termes qui ont été utilisés dans la demande d'assistance et qui indiquent à tort que la GRC avait conclu à des activités criminelles — Le fondement de l'obligation de retirer la demande d'assistance n'est pas établi — Il n'est pas reconnu que les allégations de fait dans la demande d'assistance sont sans fondement — L'enquête criminelle continue — Dans la mesure où le défendeur a une obligation qui découle directement ou implicitement du droit suisse, cette obligation est due aux autorités suisses et non au demandeur — La Cour n'est pas convaincue, en l'absence d'une preuve d'abus de la part du procureur général, que l'obligation qui est due au demandeur l'emporte sur l'obligation qui est due au public en ce qui concerne l'administration de la justice.*

*Crown — Prerogatives — Application for mandamus ordering withdrawal of letter of request from Minister of*

*Couronne — Prerogatives — Demande de mandamus ordonnant le retrait de la demande d'assistance que le*

*Justice to Swiss authorities seeking assistance with RCMP investigation into fraud on government — Statutes, prerogatives sources of authority for Crown — Prerogative residue of powers inherent in Crown, recognized as essential even in absence of statutory provision enacted by Parliament — Issuance of request for assistance to foreign state for assistance lawful by virtue of prerogative in respect of administration of justice, including investigation of alleged criminal activities, initiation of means of fostering international co-operation for this purpose — In issuing request, Attorney General not acting simply as any other person, but as chief law officer, adviser of Crown federal.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Whether refusal to withdraw letter of request from Minister of Justice to Swiss authorities seeking assistance with RCMP investigation into fraud on government decision of federal board, commission or other tribunal — Decision made pursuant to Crown prerogative within respondent's authority as chief law officer of Crown federal — Subject to judicial review.*

*Practice — Res judicata — Prior to within applications for mandamus, declaration, earlier F.C.T.D. proceeding (subsequently reversed by S.C.C.) determining letter of request from Minister of Justice to Swiss authorities seeking assistance with RCMP investigation into fraud on government constituted breach of Charter, s. 8 right to protection against unlawful search and seizure — Attorney General submitting applicant precluded by application of res judicata from now questioning authority to issue request — Res judicata not applicable as earlier proceeding based on agreed facts to determine agreed question of law — Scope thereof not providing for argument about basis of authority to issue request.*

These were applications for *mandamus* ordering withdrawal of the letter of request and for a declaration concerning Canadian law, said to be for guidance of Swiss courts. In an earlier challenge to the request, the Federal Court Trial Division held that without prior judicial approval, the request constituted infringement of the applicant's Charter, section 8 right to protection against unlawful search and seizure. That decision was upheld by the Federal Court of Appeal, but reversed by the Supreme Court of Canada. In 1995 a letter of request had been sent to Swiss authorities on behalf of the Minister of Justice seeking their assistance

*ministre de la Justice a envoyée aux autorités suisses pour obtenir leur aide relativement à une enquête de la GRC sur des fraudes envers le gouvernement — Les lois et la prérogative sont les sources du pouvoir de la Couronne — La prérogative est le résidu des pouvoirs inhérents de la Couronne qui sont reconnus comme essentiels même en l'absence de dispositions législatives adoptées par le Parlement — L'envoi d'une demande d'assistance à un État étranger est légal du fait de la prérogative concernant l'administration de la justice, notamment la tenue d'une enquête sur des activités criminelles alléguées, et la prise de mesures pour favoriser la coopération internationale à cette fin — En envoyant la demande d'assistance, le procureur général n'agit pas simplement comme une autre personne; il agit plutôt en qualité de premier conseiller juridique de la Couronne fédérale.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Le refus de retirer la demande d'assistance que le ministre de la Justice a envoyée aux autorités suisses pour obtenir leur aide relativement à une enquête de la GRC sur des fraudes envers le gouvernement est-elle une décision d'un office fédéral? — La décision a été prise aux termes de la prérogative royale qui est confiée au défendeur à titre de premier conseiller juridique de la Couronne fédérale — Elle peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.*

*Pratique — Res judicata — Dans un litige antérieur aux présentes demandes mandamus et de jugement déclaratoire, la Section de première instance de la Cour fédérale a conclu que la demande d'assistance que le ministre de la Justice a envoyée aux autorités suisses pour obtenir leur aide relativement à une enquête de la GRC sur des fraudes envers le gouvernement constituait une atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, prévu à l'art. 8 de la Charte (cette décision a, par la suite, été infirmée par la C.S.C.) — Le procureur général prétend que, du fait de l'application du principe de la chose jugée, le demandeur ne peut plus maintenant contester le pouvoir d'envoyer la demande d'assistance — Le principe de la chose jugée ne s'applique pas parce que la procédure antérieure était fondée sur un exposé conjoint des faits afin que soit tranchée une question de droit dont les parties avaient convenu — La portée de cette procédure ne prévoyait pas d'argumentation au sujet du fondement du pouvoir de présenter une demande d'assistance.*

Il s'agit de demandes visant l'obtention d'un *mandamus* ordonnant le retrait de la demande d'assistance, et d'un jugement déclaratoire concernant le droit canadien, dont le but serait de guider les tribunaux suisses. Dans une contestation antérieure de la demande d'assistance, la Section de première instance de la Cour fédérale a décidé que, sans une autorisation judiciaire préalable, la demande d'assistance constituait une atteinte au droit du demandeur prévu à l'article 8 de la Charte, c'est-à-dire à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Cette décision a été maintenue par la Cour d'appel fédérale, mais

in connection with an RCMP investigation into allegations of offences under *Criminal Code*, section 121 (fraud on the government). It included a request that Swiss authorities obtain and provide records and documents relating to the accounts, or safety deposit boxes, at a named bank in Zurich, held in the names of certain persons or corporations, including the applicant. It also included an assurance that Canada would extend to Switzerland reciprocal co-operation. None of the records and documents concerning the applicant's bank accounts or safety deposit boxes that may have been obtained by Swiss authorities have yet been delivered to Canadian officials. After receipt of a letter of apology for language contained in the request for assistance which wrongly indicated that the RCMP had reached conclusions that the applicant had engaged in criminal activity, the applicant requested the respondent to withdraw the letter of request.

The respondent urged that the decision not to withdraw the request was not subject to judicial review since it was not a decision of a "federal board, commission or tribunal". It also submitted that some of the applicant's submissions, in particular those questioning the respondent's authority to issue the request, were not raised in a timely fashion and should be precluded by application of the principle of *res judicata*. It was urged that these submissions could have been made in the applicant's first proceeding, and the Court should not now permit them to be raised. The applicant urged that the request was defective on its face and without further explanation was misleading to Swiss authorities.

The two main issues were whether the applicant had established the requirements for an order of *mandamus*, and whether the Court should issue the declaratory relief sought. Other preliminary issues were whether a decision not to revoke or withdraw the letter of request is subject to judicial review; whether the application was filed late; whether the doctrine of *res judicata* precluded the applicant from raising certain arguments concerning the respondent's authority to issue the request; and whether the request should be revoked because it was misleading.

*Held*, the applications should be dismissed.

For *mandamus* to be awarded, the Court must be satisfied that a public legal duty was owed to the applicant, that the respondent refused to fulfil that duty, and in considering all the circumstances, including the lack of any other remedy, on balance an order compelling a public officer to perform the duty is warranted. The applicant had not established that

infirmée par la Cour suprême du Canada. En 1995, une demande d'assistance avait été envoyée aux autorités suisses au nom du ministre de la Justice afin d'obtenir leur aide relativement à une enquête menée par la GRC au sujet d'allégations d'infractions visées à l'article 121 du *Code criminel* (fraudes envers le gouvernement). On y demandait aux autorités suisses de saisir et de remettre les dossiers et documents ayant trait aux comptes ou aux coffres de sûreté, détenus dans une banque nommément désignée de Zurich, au nom de certaines personnes ou sociétés, notamment le demandeur. La lettre comportait également une assurance que le Canada offrirait à la Suisse une collaboration réciproque. Aucun des dossiers et documents concernant les comptes bancaires ou les coffres de sûreté du demandeur qui ont pu être saisis par les autorités suisses n'a encore été remis aux représentants canadiens. Après qu'il eut reçu une lettre d'excuses pour les mots utilisés dans la demande d'assistance (lesquels indiquaient à tort que la GRC avait conclu que le demandeur avait participé à des activités criminelles), le demandeur a demandé que le défendeur retire la demande d'assistance.

Le défendeur fait valoir que la décision de ne pas retirer la demande d'assistance ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire puisqu'il ne s'agit pas d'une décision d'un «office fédéral». Il prétend également que certaines des observations du demandeur, en particulier celles qui contestent le pouvoir du défendeur d'envoyer la demande d'assistance, n'ont pas été soulevées à temps et qu'elles devraient être exclues du fait de l'application du principe de la chose jugée. On fait valoir que ces observations auraient pu être faites dans la première instance intentée par le demandeur et que la Cour ne devrait pas permettre qu'elles soient soulevées maintenant. Le demandeur soutient qu'à première vue la demande d'assistance est viciée et que, sans autre explication, elle peut tromper les autorités suisses.

Les deux questions principales sont de savoir si le demandeur a établi les conditions nécessaires pour obtenir une ordonnance de *mandamus*, et de savoir si la Cour devrait accorder le jugement déclaratoire demandé. D'autres questions préliminaires sont de savoir si la décision de ne pas révoquer ou retirer la demande d'assistance peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire, si la demande a été présentée tardivement, si la doctrine de la chose jugée empêche le demandeur de soulever certains arguments qui ont trait au pouvoir du défendeur d'envoyer la demande d'assistance et si la demande d'assistance devrait être révoquée parce qu'elle est trompeuse.

*Jugement*: les demandes sont rejetées.

Pour qu'une ordonnance de *mandamus* soit rendue, la Cour doit être convaincue qu'une obligation légale à caractère public existe envers le demandeur, que le défendeur a refusé de s'acquiescer de cette obligation, et que, compte tenu de toutes les circonstances, y compris l'absence de tout autre redressement, il est justifié, d'après la prépon-

a public legal duty to withdraw the request was owed to him in the circumstances.

The sources of authority of the Crown, i.e. the government, are statutes and the prerogative. The latter is the residue of powers inherent in the Crown, which the courts recognize as essential even in the absence of statutory provision enacted by Parliament. Despite the shared view of counsel, issuance of a letter of request for assistance to a foreign state is lawful by virtue of the prerogative power in respect of the administration of justice, including the investigation of alleged criminal activities, and the initiation of means of fostering international co-operation for this purpose. In issuing the request the Attorney General does not act simply as any other person, but as the chief law officer and legal adviser of the federal Crown.

The applicant argued that the respondent has a duty, arising from her official, professional and ethical responsibilities, to withdraw the request when the facts alleged in the request are without foundation. The acknowledgement that some language in the request wrongly indicated that the RCMP had concluded that criminal activities occurred, which the apology to the applicant referred to, was not an acknowledgement that the facts alleged in the request were without foundation. The apology expressly noted that the RCMP investigation into the matter was ongoing.

The applicant submitted that a duty on the respondent to withdraw the request was implied as a result of obligations said to arise under requirements of Swiss law concerning the granting of any request. Whether the applicant was entitled to the relief sought was entirely dependent on Canadian, not Swiss, law. The determination of the application of Swiss law in the circumstances of this case should be left to the Swiss Court. Moreover, to the extent that there may be said to be any duty upon the respondent arising under or by implication from Swiss law, that duty would be one owed to Swiss authorities, not to the applicant.

Two other considerations militated against issuing an order to withdraw the request. The first was that the respondent also had a responsibility in relation to the administration of justice to facilitate arrangements for the investigation by police authorities of allegations of criminal activity. That responsibility gave rise to a public duty owed to the public at large. Weighed in the balance with the duty claimed to be owed to the applicant, the Court was not persuaded that without more, i.e. some evidence of clear abuse by the respondent, the balance would favour the granting of an order of *mandamus*. The second consideration was that the

dérance des inconvénients, de rendre une ordonnance obligeant un fonctionnaire à s'acquitter de cette obligation. Le demandeur n'a pas établi qu'il existe une obligation légale à caractère public de retirer la demande d'assistance, et que cette obligation lui est due dans les circonstances.

Les sources du pouvoir de la Couronne, c'est-à-dire du gouvernement, sont les lois et la prérogative. Cette dernière source est le résidu des pouvoirs inhérents de la Couronne, que les tribunaux reconnaissent comme essentiels même en l'absence de dispositions législatives adoptées par le Parlement. Malgré le consensus des avocats, l'envoi d'une demande d'assistance à un État étranger est légal du fait de la prérogative concernant l'administration de la justice, notamment la tenue d'une enquête sur des activités criminelles alléguées, et la prise de mesures pour favoriser la coopération internationale à cette fin. En envoyant la demande d'assistance, le procureur général n'agit pas simplement comme une autre personne; il agit plutôt en qualité de premier conseiller juridique de la Couronne fédérale.

Le demandeur prétend que le défendeur a l'obligation, qui découle de ses responsabilités officielles, professionnelles et éthiques, de retirer la demande d'assistance quand les faits qui y sont allégués ne sont pas fondés. Le fait de reconnaître que certains mots utilisés dans la demande d'assistance indiquent à tort que la GRC avait conclu à des activités criminelles, ce qui est mentionné dans la lettre d'excuses qui a été envoyée au demandeur, n'est pas une reconnaissance que les faits allégués dans la demande d'assistance ne sont pas fondés. Les excuses indiquaient expressément que l'enquête de la GRC sur l'affaire continuait.

Le demandeur prétend que le défendeur a l'obligation de retirer la demande d'assistance par suite des obligations qui découleraient des exigences du droit suisse concernant l'acceptation de toute demande d'aide. Le droit du demandeur d'obtenir la réparation recherchée doit être déterminé entièrement à partir du droit canadien et non à partir du droit suisse. On devrait laisser aux tribunaux suisses le soin de se prononcer sur l'application du droit suisse aux circonstances de l'espèce. En outre, dans la mesure où l'on peut prétendre que le défendeur a une obligation qui découle directement ou implicitement du droit suisse, cette obligation serait due aux autorités suisses et non au demandeur.

Deux autres considérations militent contre la délivrance d'une ordonnance en vue de retirer la demande d'assistance. La première considération est que le défendeur avait également une responsabilité relative à l'administration de la justice de faciliter les arrangements permettant aux autorités policières d'enquêter sur des allégations d'activités criminelles. Cette responsabilité donne lieu à une obligation d'ordre public qui est due aux citoyens en général. Si l'on pondère cette obligation avec l'obligation qui serait due au demandeur, la Cour n'est pas convaincue qu'en l'absence d'une preuve supplémentaire, c.-à.-d. certains éléments de

decision to issue or withdraw the request was within the accusatorial and investigatory functions of the law officers of the Crown in the administration of justice. In such matters the Court should accord very considerable deference to the decision of the Attorney General. By long-standing practice courts do not interfere in such matters, barring some flagrant impropriety on the respondent's part. The decision to refuse to withdraw the request must be patently unreasonable. That was not the case here.

This was not a case for the awarding of declaratory relief as claimed by the applicant. The respondent did not dispute the basic legal proposition sought to be declared. Indeed, the Attorney General agreed with it. Thus there was no justiciable issue between the parties, no legal issue for the Court to resolve by declaration. Moreover, the applicant desired the declaration primarily for use as evidence before the Swiss Court. It is not within this Court's practice to issue a declaration about the state of the law, without argument based on conflicting interests, for use in another forum.

The preliminary issues raised by the respondent did not preclude consideration of the merits of the applications. The decision not to withdraw the request was made by virtue of the prerogative power of the Crown within the authority of the respondent as chief law officer of the Crown federal. The decision here questioned by the *mandamus* application was subject to judicial review.

Proceedings relating to the decision not to withdraw the request could have begun only after there was a refusal of the applicant's request to the respondent that the request be withdrawn. The *mandamus* proceeding was commenced in a timely fashion. The principle of *res judicata* had no application for the earlier proceeding dealing with alleged violation of Charter rights went forward on agreed facts to determine expeditiously an agreed question of law. The scope of that proceeding, determined by agreement between the parties, did not provide for argument about the basis of authority to issue the request except with respect to the application of the Charter.

It was clear that the Swiss authorities considered the request to be concerned with allegations, not conclusions, of criminal activity. Further, they understood that coercive

preuve établissant qu'il y a eu manifestement des abus de la part du défendeur, la balance penche en faveur de la délivrance d'une ordonnance de *mandamus*. La deuxième considération est que la décision d'envoyer ou de retirer la demande d'assistance est une décision qui fait partie des fonctions d'accusation et d'enquête des conseillers juridiques de la Couronne dans l'administration de la justice. En pareils cas, la Cour doit faire preuve d'une très grande retenue à l'égard de la décision du procureur général. Il existe une pratique de longue date selon laquelle les tribunaux n'interviennent pas dans les affaires de ce genre, sauf en cas d'erreur flagrante de la part du défendeur. La décision de refuser de retirer la demande d'assistance doit être manifestement déraisonnable. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Il ne s'agit pas d'un cas où il est approprié d'octroyer le jugement déclaratoire recherché par le demandeur. Le défendeur ne conteste pas la proposition juridique de base que l'on voudrait faire déclarer. En fait, le procureur général y souscrit. Il n'y a donc pas de question à trancher entre les parties, et il n'y a pas de question juridique que la Cour puisse résoudre par voie de jugement déclaratoire. Qui plus est, le demandeur souhaite utiliser le jugement déclaratoire principalement comme preuve devant les tribunaux suisses. Il n'est pas d'usage à la Cour de rendre un jugement déclaratoire au sujet de l'état du droit, sans argumentation fondée sur des intérêts contradictoires, pour que celui-ci soit utilisé devant un autre tribunal.

Les questions préliminaires soulevées par le défendeur n'empêchent pas l'examen du fond des demandes. La décision de ne pas retirer la demande d'assistance a été prise aux termes du pouvoir découlant de la prérogative de la Couronne qui est confiée au défendeur à titre de premier conseiller juridique de la Couronne fédérale. La décision contestée en l'espèce par la demande de *mandamus* peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

Les procédures ayant trait à la décision de ne pas retirer la demande d'assistance ne pouvaient être intentées qu'après que le défendeur eut refusé la demande que lui adressait le demandeur pour que la demande d'assistance soit retirée. L'instance relative au *mandamus* a été intentée à l'intérieur du délai prescrit. Le principe de la chose jugée ne s'applique pas étant donné que la procédure antérieure traitant de la violation alléguée des droits garantis par la Charte a été entendue sur un exposé conjoint des faits afin de trancher rapidement une question de droit dont les parties avaient convenu. La portée de cette procédure, déterminée sur consentement des parties, ne prévoyait pas d'argumentation au sujet du fondement du pouvoir de présenter une demande d'assistance, en dehors de ce qui concernait l'application de la Charte.

Il est clair que les autorités suisses ont jugé que la demande d'assistance traitait d'allégations et non pas de conclusions d'activités criminelles. En outre, ils ont compris

search and seizure of documents in Canada might require different processes than those applied in Switzerland. Even if the request was misleading to Swiss authorities, thus raising issues of responsibility to Swiss authorities under principles of international comity, it would not raise any issue of a duty owed to the applicant which would warrant the granting an order of *mandamus* directing that the request be withdrawn.

que les mesures coercitives de perquisition et de saisie de documents au Canada pourraient exiger des procédures différentes de celles qui s'appliquent en Suisse. Même si la demande d'assistance était trompeuse pour les autorités suisses (ce qui entraînerait des questions de responsabilité envers les autorités suisses en vertu des principes de courtoisie internationale), cela ne soulèverait pas de question d'obligation due au demandeur qui pourrait justifier de rendre une ordonnance de *mandamus* pour que la demande d'assistance soit retirée.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 8.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 121.

*Department of Justice Act*, R.S.C., 1985, c. J-2, s. 4(b).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).

*Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 30, s. 3(2).

*Treaty between Canada and the Swiss Confederation on Mutual Assistance in Criminal Matters*, 7 October, 1993, [1995] Can. T.S. No. 24.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 52 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); aff'd [1994] 3 S.C.R. 1100; (1994), 29 Admin. L.R. (2d) 1; 59 C.P.R. (3d) 82; 176 N.R. 1.

##### DISTINGUISHED:

*A.T. Arche Treuhand A.G. v. Attorney General of Gibraltar*, [1995] 1 L.R.C. 656 (S.C. Gibraltar); *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 S.C.R. 539; (1986), 32 D.L.R. (4th) 1; [1987] 1 W.W.R. 304; 8 B.C.L.R. (2d) 273; 22 Admin. L.R. 153; 72 N.R. 135; *Teh Cheng Poh alis Char Meh v. Public Prosecutor, Malaysia*, [1980] A.C. 458 (P.C.).

##### REFERRED TO:

*Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1996] 3 F.C. 931; (1996), 137 D.L.R. (4th) 582; 108 C.C.C. (3d) 208; 1 C.R. (5th) 188; 116 F.T.R. 151 (T.D.); *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1996] 3 F.C. 947;

#### 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. 8.

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 121.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).

*Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 4b).

*Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 3(2).

*Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Canada et la Confédération suisse*, 7 octobre 1993, [1995] R.T. Can. n° 24.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 52 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100; (1994), 29 Admin. L.R. (2d) 1; 59 C.P.R. (3d) 82; 176 N.R. 1.

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*A.T. Arche Treuhand A.G. v. Attorney General of Gibraltar*, [1995] 1 L.R.C. 656 (S.C. Gibraltar); *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1986] 2 R.C.S. 539; (1986), 32 D.L.R. (4th) 1; [1987] 1 W.W.R. 304; 8 B.C.L.R. (2d) 273; 22 Admin. L.R. 153; 72 N.R. 135; *Teh Cheng Poh alis Char Meh v. Public Prosecutor, Malaysia*, [1980] A.C. 458 (P.C.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1996] 3 C.F. 931; (1996), 137 D.L.R. (4th) 582; 108 C.C.C. (3d) 208; 1 C.R. (5th) 188; 116 F.T.R. 151 (1<sup>re</sup> inst.); *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1996] 3 C.F.

(1996), 96 DTC 6493; 118 F.T.R. 231 (T.D.); *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 176; (1997), 144 D.L.R. (4th) 711; 114 C.C.C. (3d) 97; 6 C.R. (5th) 314; 210 N.R. 9 (C.A.); *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841; (1998), 158 D.L.R. (4th) 577; 124 C.C.C. (3d) 129; 16 C.R. (5th) 1; 225 N.R. 297; *Jefford v. Canada*, [1988] 2 F.C. 189; (1988), 47 D.L.R. (4th) 321; 28 C.L.R. 266; 21 C.P.R. (3d) 28 (C.A.); *Re Balderstone et al. and The Queen* (1983), 4 D.L.R. (4th) 162; [1983] 6 W.W.R. 438; 23 Man. R. (2d) 125; 8 C.C.C. (3d) 532; 6 C.R.R. 356 (C.A.); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Gariepy v. Canada (Administrator of Federal Court)*, [1989] 1 F.C. 544; (1988), 22 F.T.R. 86 (T.D.).

APPLICATIONS for *mandamus* ordering withdrawal of the letter of request on behalf of the Minister of Justice sent to Swiss authorities seeking their assistance in connection with an RCMP investigation into allegations of offences under *Criminal Code*, section 121, and for a declaration concerning Canadian law, said to be for the guidance of Swiss courts. Applications dismissed.

## APPEARANCES:

*Robert W. Hladun, Q.C.* and *Eric C. Lund* for applicant.  
*S. David Frankel, Q.C.* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Hladun & Company*, Edmonton, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] MACKAY J.: By two originating notices of motion the applicant seeks relief pursuant to sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and 18.1 [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 as amended (the Act). The applications, arising from the same facts, were heard together. These reasons explain the disposition of both applica-

947; (1996), 96 DTC 6493; 118 F.T.R. 231 (1<sup>re</sup> inst.); *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 176; (1997), 144 D.L.R. (4th) 711; 114 C.C.C. (3d) 97; 6 C.R. (5th) 314; 210 N.R. 9 (C.A.); *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; (1998), 158 D.L.R. (4th) 577; 124 C.C.C. (3d) 129; 16 C.R. (5th) 1; 225 N.R. 297; *Jefford c. Canada*, [1988] 2 C.F. 189; (1988), 47 D.L.R. (4th) 321; 28 C.L.R. 266; 21 C.P.R. (3d) 28 (C.A.); *Re Balderstone et al. and The Queen* (1983), 4 D.L.R. (4th) 162; [1983] 6 W.W.R. 438; 23 Man. R. (2d) 125; 8 C.C.C. (3d) 532; 6 C.R.R. 356 (C.A.); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Gariepy c. Canada (Administrateur de la Cour fédérale)*, [1989] 1 C.F. 544; (1988), 22 F.T.R. 86 (1<sup>re</sup> inst.).

DEMANDES visant l'obtention d'un *mandamus* ordonnant le retrait de la demande d'assistance qui a été envoyée aux autorités suisses au nom du ministre de la Justice afin d'obtenir leur aide relativement à une enquête de la GRC au sujet d'allégations d'infractions visées à l'article 121 du *Code criminel*, et d'un jugement déclaratoire concernant le droit canadien, dont le but serait de guider les tribunaux suisses. Demandes rejetées.

## ONT COMPARU:

*Robert W. Hladun, c.r.* et *Eric C. Lund* pour le demandeur.  
*S. David Frankel, c.r.* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Hladun & Company*, Edmonton, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MACKAY: Dans deux requêtes introductives d'instance, le demandeur recherche une réparation aux termes des articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] et 18.1 [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et leurs modifications (la Loi). Les requêtes, fondées sur les mêmes faits, ont été entendues ensemble. Les présents

tions which are now dismissed by separate orders.

[2] The first application, in Court file T-224-97, filed on February 7, 1997, seeks relief by various orders, primarily in the nature of *mandamus*, and the second, filed on June 16, 1998, in Court file T-1221-98, seeks a declaration, in a particular form. Both relate to a letter of request for legal assistance, dated September 29, 1995, signed by Kimberly Prost on behalf of the Minister of Justice (the request), and forwarded to Swiss authorities seeking their assistance in relation to the investigation of circumstances that ultimately came to be widely known as the Airbus investigation.

[3] An earlier challenge to that request, filed in Court file T-670-96, by agreement between the parties was treated as an action and proceeded by stated case. Mr. Justice Wetston of this Court upheld the applicant's position that the Minister's request required prior judicial approval, in accord with Canadian standards for a police search and seizure of records in this country. Without prior judicial approval the request constituted an infringement upon the applicant's right, under section 8 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]], to protection against unlawful search and seizure.<sup>1</sup> That decision was upheld by the Court of Appeal<sup>2</sup> but it was reversed by the Supreme Court of Canada.<sup>3</sup> After that last decision was rendered in May 1998, the applicant filed the second of these two applications now before the Court, and the two were ordered to be heard together, since they arise from the same circumstances.

#### The background

[4] The letter of request, signed by Ms. Prost, Senior Counsel and Director of the International Assistance

motifs expliquent le rejet des deux requêtes au moyen d'ordonnances distinctes.

[2] La première demande déposée le 7 février 1997, faisant l'objet du dossier T-224-97, réclame une réparation sous forme de plusieurs ordonnances, essentiellement de la nature du *mandamus*, et la deuxième, déposée le 16 juin 1998, dans le dossier T-1221-98, recherche une déclaration sous une forme particulière. Les deux demandes ont trait à une demande d'assistance juridique, datée du 29 septembre 1995 et signée par Kimberly Prost au nom du ministre de la Justice (la demande d'assistance), qui a été envoyée aux autorités suisses pour obtenir leur aide relativement à une enquête sur les circonstances se rapportant à l'affaire Airbus.

[3] Une contestation antérieure de cette demande d'assistance, faisant l'objet du dossier T-670-96, a été traitée comme une action, sur consentement des parties, et a été entendue par mémoire spécial. Le juge Wetston de la présente Cour a souscrit à la position du demandeur qui soutenait que la demande du ministre exigeait une autorisation judiciaire préalable, conformément aux normes canadiennes applicables aux perquisitions et aux saisies de documents effectuées par la police au Canada. Sans cette autorisation judiciaire préalable, la demande d'assistance constituait une atteinte au droit du demandeur prévu à l'article 8 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]], c'est-à-dire à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives<sup>1</sup>. Cette décision a été maintenue par la Cour d'appel<sup>2</sup>, mais infirmée par la Cour suprême du Canada<sup>3</sup>. Après le prononcé de cette dernière décision en mai 1998, le demandeur a déposé la deuxième de ces deux requêtes dont est maintenant saisie la Cour, qui a ordonné que les deux requêtes soient entendues ensemble, puisqu'elles découlent des mêmes circonstances.

#### Le contexte

[4] La lettre de demande, signée par M<sup>me</sup> Prost, avocate-conseil et directrice du Groupe d'assistance

Group of the Department of Justice, Canada, requested assistance of Swiss authorities in connection with an investigation by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) concerning allegations of offences under section 121 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]. It included a request that Swiss authorities, *inter alia*, obtain and provide records and documents relating to the accounts, or safety deposit boxes, at a named bank in Zurich, Switzerland, held in the names of certain persons or corporations, including Mr. Schreiber. The letter from Ms. Prost included an assurance in the following terms:

On behalf of the Government of Canada, I give the assurance to the Competent Legal Authority of Switzerland that:

1. In similar criminal investigations, Canada will extend to the Government of Switzerland reciprocal cooperation and is ready and willing to render assistance to Switzerland in accordance with the law of Canada; and

[5] As a follow up to the letter, Ms. Prost wrote again to Swiss authorities, on November 14, 1995, to emphasize that the request was presented in the context of an investigation and that “the information provided in the request must be read in that context”. The letter urged that the request be kept confidential, and disclosed, essentially, only to those with a need to know.

[6] After receipt of the request by Swiss authorities, the Swiss Federal Prosecutor ordered the bank concerned to produce records and documents relating to the applicant’s accounts. A challenge to that order by Mr. Schreiber and his wife, in the Swiss Federal Court, was dismissed on May 1, 1996.

[7] None of the records and documents concerning the applicant’s bank accounts or safety deposit boxes that may have been obtained by Swiss authorities have as yet been delivered to Canadian officials. Initially that delay followed a request on behalf of the respondent that action on the request by Swiss authorities be

internationale du ministère de la Justice du Canada, sollicitait l’assistance des autorités suisses relativement à une enquête menée par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) au sujet d’allégations d’infractions visées à l’article 121 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]. On y demandait entre autres aux autorités suisses de saisir et de remettre les dossiers et documents ayant trait aux comptes ou aux coffres de sûreté, détenus en Suisse dans une banque nommément désignée de Zurich, au nom de certaines personnes ou sociétés, notamment M. Schreiber. La lettre de M<sup>me</sup> Prost comportait une assurance rédigée dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Au nom du gouvernement du Canada, je peux donner aux autorités juridiques compétentes de la Suisse l’assurance qui suit:

1. Dans des enquêtes criminelles semblables, le Canada offrira au gouvernement suisse une collaboration réciproque et il est prêt à fournir à la Suisse toute forme d’assistance qui est conforme au droit du Canada; et

[5] Cette lettre de demande a été suivie d’une autre lettre de M<sup>me</sup> Prost adressée aux autorités suisses, le 14 novembre 1995, dans laquelle elle soulignait que la demande avait été présentée dans le contexte d’une enquête et que [TRADUCTION] «les renseignements fournis dans la demande devaient être lus dans ce contexte». La lettre insistait sur le caractère confidentiel de la demande et sur le fait qu’elle ne devait être communiquée qu’aux personnes qui avaient besoin d’en connaître le contenu.

[6] Après que les autorités suisses eurent reçu la demande d’assistance, le procureur fédéral suisse a ordonné à la banque visée de produire les dossiers et documents ayant trait aux comptes du demandeur. Une contestation de cette ordonnance déposée par M. Schreiber et son épouse, devant la Cour fédérale suisse, a été rejetée le 1<sup>er</sup> mai 1996.

[7] Aucun des dossiers et documents concernant les comptes bancaires ou les coffres de sûreté du demandeur qui ont pu être saisis par les autorités suisses n’a encore été remis aux représentants canadiens. Ce retard est d’abord attribuable à une demande présentée au nom du défendeur pour obtenir une suspension des

suspended, as had been directed by Mr. Justice Gibson as a condition of his order of August 15, 1996, by which he stayed the decision of Wetston J. pending its appeal.<sup>4</sup> Following the decision of the Supreme Court of Canada in May 1998, which held that the Charter was not applicable in the circumstances, advice about that decision was apparently conveyed on behalf of the respondent to Swiss authorities, who were then asked to resume action on the request. Counsel for the applicant was aware of this action in July 1998. No action appears to have been taken by Swiss authorities until a further request for resumption was made in May 1999 by Canadian officials. This apparently led to further action by Swiss authorities.

[8] After hearing these applications in Vancouver in April, 1999, while decision was reserved, I heard further applications by telephone conference, in early July 1999 following notice to the applicant limiting a time for submissions opposing an order that the Swiss Federal Prosecutor proposed for release of information in response to the request, and again on July 28, 1999 after that order had been made. In both those applications, interlocutory orders were sought to restrain delivery to, or receipt by, Canadian officials of information ordered by the Swiss Prosecutor to be released, pending disposition of the applications now dealt with in these reasons. I dismissed both of those applications. It was clear that the applicant could, and at the time of the second application affirmed his plans to, appeal the Swiss order to the Swiss Federal Court. In the circumstances I was not persuaded that irreparable harm was established as likely to affect the applicant if the interlocutory order were not granted and I should subsequently grant the relief the applicant here seeks. Moreover, in my opinion the balance of convenience favoured the respondent's position that the interlocutory order sought should not be granted. At the date of these reasons it is the Court's understanding that no information has yet been conveyed by Swiss authorities in response to the request.

mesures prises par les autorités suisses suite à la demande d'assistance, comme l'avait ordonné le juge Gibson dans les conditions de l'ordonnance qu'il a rendue le 15 août 1996, et par laquelle il suspendait la décision du juge Wetston en attendant le règlement de l'appel<sup>4</sup>. À la suite de la décision de la Cour suprême du Canada en mai 1998, qui a statué que la Charte n'était pas applicable dans les circonstances, les autorités suisses ont apparemment été mises au courant de cette décision au nom du défendeur, qui leur a demandé de donner suite aux mesures proposées dans la demande d'assistance. L'avocat du demandeur était au courant de ces mesures en juillet 1998. Aucune autre mesure ne semble avoir été prise par les autorités suisses jusqu'à ce qu'une nouvelle demande soit présentée en mai 1999 par les représentants canadiens pour qu'il soit donné suite aux mesures demandées. Apparemment, les autorités suisses auraient pris d'autres mesures.

[8] Après avoir entendu les présentes requêtes à Vancouver, en avril 1999, et pendant que la décision était en délibéré, j'ai entendu d'autres requêtes par conférence téléphonique, au début de juillet 1999, après avoir avisé le demandeur qu'il disposait d'un temps limité pour déposer ses observations à l'encontre d'une ordonnance que le procureur fédéral suisse se proposait de prendre pour que les renseignements soient communiqués en réponse à la demande d'assistance, et de nouveau le 28 juillet 1999, après que cette ordonnance eut été rendue. Dans les deux requêtes, on demandait des ordonnances interlocutoires pour empêcher que les renseignements dont le procureur suisse avait ordonné la communication soient remis aux représentants canadiens en attendant le règlement des requêtes dont traitent les présents motifs. J'ai rejeté ces deux requêtes. Il est clair que le demandeur pouvait, et au moment de la deuxième requête il a confirmé que telle était son intention, appeler de l'ordonnance suisse devant la Cour fédérale suisse. Dans les circonstances, je n'étais pas convaincu que le demandeur avait établi qu'il subirait vraisemblablement un préjudice irréparable si l'ordonnance interlocutoire n'était pas accordée et que je devais donc accorder la réparation demandée en l'espèce. En outre, à mon avis, la prépondérance des inconvénients favorisait la position du défendeur qui soutenait que

[9] It is well known that the request gave rise to other proceedings, the outcome of which is said by the applicant to have significance for these proceedings. In November 1995, a civil action for damages, said to arise from the letter of request, was commenced by the Right Honourable Brian Mulroney, former Prime Minister of Canada, as one of those who, with the applicant, was alleged in the request to be implicated in offences under investigation by the RCMP. That action was settled on January 5, 1997. By an agreement of settlement a formal apology was made to Mr. Mulroney, and the parties to that civil action, including the respondent Attorney General, acknowledged that some language in the request “indicates wrongly, that the RCMP had reached conclusions that Mr. Mulroney had engaged in criminal activity”. Any such conclusions were acknowledged to be unjustified. The settlement agreement also specified that the RCMP must continue investigating allegations of illegality, and that the RCMP and the Department of Justice, in sending the request, had acted within their legitimate responsibilities.

[10] A few days later, by letter dated January 9, 1997, the then Minister of Justice and the Commissioner of the RCMP together wrote to the applicant, enclosing a copy of the settlement agreement reached with Mr. Mulroney, and they apologized to Mr. Schreiber, stating in part:

The RCMP investigation in this matter continues. It is important to emphasize, however, that it is an investigation at this stage, no charges have been laid, and all of those under investigation are presumed to be innocent.

Some of the language contained in the Request for assistance indicates, wrongly, that the RCMP had reached conclusions that you had engaged in criminal activity.

Based on what is set out above, and as a matter of logical consistency, the Government of Canada and the RCMP fully

l’ordonnance interlocutoire recherchée ne devait pas être accordée. À la date des présents motifs, la Cour croit comprendre qu’aucun renseignement n’a encore été transmis par les autorités suisses en réponse à la demande d’assistance.

[9] Il est bien connu que la demande d’assistance a donné lieu à d’autres procédures, dont le résultat, au dire du demandeur, a des répercussions importantes sur les présentes instances. En novembre 1995, une action civile en dommages-intérêts, découlant vraisemblablement de la demande d’assistance, a été intentée par M. Brian Mulroney, ancien premier ministre du Canada, au sujet duquel la demande d’assistance alléguait qu’il s’était rendu coupable d’infractions faisant l’objet d’une enquête menée par la GRC, au même titre que le demandeur. Cette action a été réglée le 5 janvier 1997. Dans une entente de règlement, des excuses officielles ont été faites à M. Mulroney, et les parties à cette action civile, notamment le procureur général défendeur, ont reconnu que certaines parties de la demande d’assistance [TRADUCTION] «indiquent à tort que la GRC avait conclu que M. Mulroney avait participé à des activités criminelles». Il a été reconnu que ces conclusions étaient injustifiées. L’entente de règlement précisait également que la GRC devait continuer à enquêter sur les allégations d’illégalité, et que la GRC et le ministère de la Justice, en envoyant la demande d’assistance, avaient agi dans les limites de leurs responsabilités légitimes.

[10] Quelques jours plus tard, dans une lettre datée du 9 janvier 1997, le ministre de la Justice de l’époque et le commissaire de la GRC ont tous deux écrit au demandeur, en joignant une copie de l’entente de règlement conclue avec M. Mulroney, et ont présenté leurs excuses à M. Schreiber, indiquant en partie ce qui suit:

[TRADUCTION] L’enquête de la GRC sur cette affaire continue. Il est important toutefois de souligner qu’il s’agit à cette étape d’une enquête, qu’aucune accusation n’a été portée, et que toutes les personnes visées par l’enquête sont présumées innocentes.

Certains mots utilisés dans la demande d’assistance indiquent, à tort, que la GRC avait conclu que vous aviez participé à des activités criminelles.

Compte tenu de ce qui précède, et pour des raisons de cohérence logique, le gouvernement du Canada et la GRC

apologize to you for that language, and regret any effect that it may have had on you or your family.

[11] On January 28, 1997, Daniel A. Bellemare, Assistant Deputy Minister of Justice, wrote to Swiss authorities to advise them of the settlement of the litigation with the Right Honourable Mr. Mulroney. His letter stated in part:

The apology issued to Mr. Mulroney (a similar apology was subsequently issued to Mr. Moores and Mr. Schreiber), related to some of the language used in the request, which indicated wrongly, that the RCMP had concluded that illegal activity had occurred. You will recall that in her letter to you of November 14, 1995 (attached for convenience), Ms. Prost reiterated that the letter of request was always intended to convey allegations only. I believe Swiss authorities have recognized this fact all along.

[12] On January 30, 1997, after receipt of the letter of apology by the applicant, counsel for the applicant wrote to the respondent and asked that the letter of request be withdrawn. It was urged on behalf of the applicant that, in view of the terms of settlement of the litigation initiated by Mr. Mulroney and the letters of apology sent to the applicant and others, the basis for the request had been denied and the Government of Canada could no longer ask Swiss authorities to rely upon or to reply to the request. When there was no response on behalf of the respondent, the applicant filed the originating motion in T-224-97 on February 7, 1997. That application seeks orders in the nature of *mandamus* directing that a copy of the settlement agreement between the Right Honourable Mr. Mulroney and the respondent, and of the letter of apology sent to the applicant, be sent to Swiss authorities; that the respondent withdraw and revoke the request, dated September 29, 1995, and that all records or documents seized by Swiss authorities on behalf of the respondent since the request be forthwith delivered up to the applicant.

[13] The request to withdraw the request was repeated on behalf of the applicant by letters sent in February 1998 and in May 1998. On May 25, 1998,

vous présentent toutes leurs excuses pour l'utilisation de ces mots, et regrettent les désagréments que votre famille et vous-même avez pu subir.

[11] Le 28 janvier 1997, Daniel A. Bellemare, sous-ministre adjoint de la Justice, a écrit aux autorités suisses pour les informer du règlement du litige concernant M. Mulroney. La lettre indique en partie ce qui suit:

[TRADUCTION] Les excuses présentées à M. Mulroney (des excuses semblables ont par la suite été faites à MM. Moores et Schreiber) portaient sur certains des termes utilisés dans la demande d'assistance qui indiquaient, à tort, que la GRC avait conclu qu'il y avait eu des activités illégales. Vous vous rappellerez que dans la lettre qu'elle vous adressait le 14 novembre 1995 (jointe aux présentes pour en faciliter la consultation), M<sup>me</sup> Prost réitérait que la lettre de demande avait essentiellement pour but de communiquer des allégations seulement. Je pense que les autorités suisses reconnaissent depuis le début que tel était le cas.

[12] Le 30 janvier 1997, après que son client eut reçu la lettre d'excuses, l'avocat du demandeur a écrit au défendeur et lui a demandé de retirer la demande d'assistance. Il a fait valoir, au nom du demandeur, que, compte tenu des conditions du règlement du litige intenté par M. Mulroney et des lettres d'excuses envoyées au demandeur et à d'autres personnes visées, le fondement de la demande d'assistance avait été invalidé et que le gouvernement du Canada ne pouvait plus demander aux autorités suisses de s'appuyer sur cette demande d'assistance ou d'y répondre. N'obtenant aucune réponse du défendeur, le demandeur a déposé la requête introductive d'instance dans le dossier T-224-97 le 7 février 1997. Dans cette requête, il recherche des ordonnances de la nature d'un *mandamus*, pour enjoindre au défendeur d'envoyer aux autorités suisses une copie de l'entente de règlement entre M. Mulroney et le défendeur, ainsi qu'une copie de la lettre d'excuses qu'a reçue le demandeur; que le défendeur retire et révoque la lettre de demande datée du 29 septembre 1995, et que tous les dossiers ou documents saisis par les autorités suisses au nom du défendeur depuis la réception de la demande d'assistance soient remis sur-le-champ au demandeur.

[13] La demande visant à retirer la demande d'assistance a été répétée au nom du demandeur dans des lettres envoyées en février 1998 et en mai 1998. Le

counsel, acting on behalf of the Attorney General of Canada, wrote to advise that the request would not be withdrawn.

[14] On June 16, 1998, following the decision of the Supreme Court of Canada, the applicant filed the second originating notice of motion here dealt with, in Court file T-1221-98, seeking declaratory relief. The declaration sought is in the following terms:

The Minister of Justice, acting on behalf of the government of Canada, and assisting the Royal Canadian Mounted Police in an investigation, is not competent to judicially authorize compulsory search and seizure measures requiring a banking institution to provide detailed client financial records:

all banking information regarding accounts (including all opening documents, transaction records, deposit slips, cheques, drafts, transfer forms, etc. showing the flow of funds through the accounts and all general correspondence between the clients and the bank) and search of safety deposit boxes and seizure of contents therein;

and that Canadian investigators would be subject to judicial authorization (a search warrant) from a competent Canadian judicial authority in order to carry out such measures if the subject matter were located in Canada.

[15] It is urged that the declaration sought merely affirms the law applicable in Canada in relation to compulsory search and seizure of records in this country, and that this was acknowledged by counsel for the Crown in the course of the appeal to the Supreme Court of Canada in relation to the decision made by Wetston J. Counsel for the Attorney General does not dispute the law as set out in the concluding words of the declaration here sought by the applicant.

[16] When these applications came on for hearing the applicant's requests for relief were modified, and limited, by his "Response Application Record—Submissions", to an order in the nature of *mandamus* ordering withdrawal of the letter of request, and an order in the nature of a declaration concerning Canadian law, said to be for guidance to Swiss courts in relation to any future Canadian request. The latter

25 mai 1998, l'avocat, agissant au nom du procureur général du Canada, lui a fait savoir que la demande d'assistance ne serait pas retirée.

[14] Le 16 juin 1998, à la suite de la décision de la Cour suprême du Canada, le demandeur a déposé le deuxième avis de requête introductive d'instance dont il est question aux présentes, dans le dossier T-1221-98, dans laquelle il recherche un jugement déclaratoire. La déclaration recherchée est rédigée dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Le ministre de la Justice, agissant au nom du gouvernement du Canada, et assistant la Gendarmerie royale du Canada dans une enquête, n'a pas compétence pour autoriser judiciairement des mesures forcées de perquisition et de saisie exigeant d'une institution bancaire qu'elle remette les dossiers financiers détaillés de ses clients, c'est-à-dire:

tous les renseignements bancaires sur les comptes (y compris tous les documents d'ouverture, relevés d'opérations, bordereaux de dépôt, chèques, traites, formules de virement, etc., attestant les mouvements de fonds dans les comptes et toute la correspondance générale entre les clients et la banque), la fouille des coffres de sûreté et la saisie de leur contenu.

Les enquêteurs canadiens devraient obtenir l'autorisation judiciaire (un mandat de perquisition) d'une autorité judiciaire canadienne compétente pour prendre ces mesures si l'objet de la demande se trouvait au Canada.

[15] On fait instamment valoir que la déclaration recherchée affirme simplement le droit applicable au Canada relativement aux perquisitions et saisies forcées de dossiers dans ce pays, ce que le procureur de la Couronne a reconnu dans le cadre de l'appel interjeté devant la Cour suprême du Canada par suite de la décision rendue par le juge Wetston. L'avocat du procureur général ne conteste pas le droit énoncé dans la conclusion de la déclaration recherchée en l'espèce par le demandeur.

[16] À l'ouverture de l'audition de ces requêtes, les demandes de réparation du demandeur ont été modifiées et restreintes, dans son «Dossier de la demande en réplique—Observations», à une ordonnance de la nature d'un *mandamus*, obligeant le retrait de la demande d'assistance, et à une ordonnance de la nature d'une déclaration concernant le droit canadien, dont le but serait de guider les tribunaux suisses

relief is based on the applicant's understanding of Swiss law and his assumption that Canadian legal requirements are not understood by Swiss authorities so far as he considers them relevant in relation to the letter of request in this case.

[17] In October 1998, William H. Corbett, Senior General Counsel, Canada Department of Justice, wrote to the Swiss Central Authority to which the earlier request and the supplementary letter had both gone in 1995, to advise of the applicant's two challenges in these proceedings and the applicant's allegations that Swiss authorities have been and continue to be misled with respect to matters arising from the request. In particular, the applicant was said to be concerned that Swiss authorities believed the RCMP had concluded, not merely suspected, that persons named in the request had committed offences, that the assurance in the request of reciprocal action by Canadian authorities was misleading, and that lawful authority of Canadian officials would be misunderstood.

[18] In response to that advice from Mr. Corbett, Pascal Gossin, of the Swiss Federal Office of Police (Section for International Mutual Assistance), that is the Swiss Central Authority for requests of assistance, wrote on November 4, 1998, and stated in part that:

- i) the letter of Request was acted upon on the basis that those under investigation were only suspected of criminal activity;
- ii) the "assurance" of reciprocity in the Letter was understood by Swiss authorities as "a mere willingness on the part of the Government of Canada to provide assistance to Switzerland with all lawful measures available under Canadian law", and that this is sufficient under Swiss law for Swiss authorities to decide to proceed; and
- iii) under Swiss law the mere possibility to order compulsory measures in executing a foreign request is suffi-

relativement à toute demande d'assistance future provenant du Canada. Cette dernière réparation se fonde sur l'interprétation que donne le demandeur du droit suisse et sur sa présomption que les exigences légales canadiennes, dans la mesure où il estime qu'elles sont pertinentes à la lettre de demande visée en l'espèce, n'ont pas été comprises par les autorités suisses.

[17] En octobre 1998, William H. Corbett, avocat général principal, au ministère de la Justice du Canada, a écrit à l'autorité centrale suisse à qui la demande initiale et la lettre supplémentaire avaient toutes deux été envoyées en 1995, afin de l'informer des deux contestations du demandeur faisant l'objet des présentes procédures et des allégations portées par le demandeur selon lesquelles les autorités suisses avaient été et continuaient d'être trompées relativement aux questions se rapportant à la demande d'assistance. Il indiquait plus particulièrement que le demandeur s'inquiétait de ce que les autorités suisses croyaient que la GRC avait conclu, et non pas simplement soupçonné, que les personnes nommées dans la demande d'assistance avaient commis des infractions, que l'assurance de mesures réciproques donnée par les autorités canadiennes dans la demande d'assistance était trompeuse, et que le pouvoir légal des représentants canadiens serait mal interprété.

[18] En réponse à cet avis de M. Corbett, Pascal Gossin, du Bureau fédéral de la police suisse (Bureau de l'entraide internationale), c'est-à-dire l'autorité centrale suisse relativement aux demandes d'assistance, lui a fait parvenir le 4 novembre 1998 une lettre dans laquelle il affirme, entre autres, ce qui suit:

[TRADUCTION]

- i) il a été donné suite à la demande d'assistance en tenant pour acquis que les personnes faisant l'objet de l'enquête n'étaient que soupçonnées d'activités criminelles;
- ii) l'«assurance» de réciprocité donnée dans la lettre a été interprétée par les autorités suisses comme «une simple volonté de la part du gouvernement du Canada d'offrir son aide à la Suisse en prenant toutes les mesures licites permises par le droit canadien», ce qui est suffisant en vertu du droit suisse pour que les autorités suisses décident de donner suite à la demande; et
- iii) en vertu du droit suisse, la simple possibilité d'ordonner des mesures forcées pour donner suite à une

cient and the Supreme Court in Switzerland had earlier ruled that Canadian law met requirements to satisfy action by Swiss authorities.

demande étrangère est suffisante et la Cour suprême de Suisse a déjà statué que le droit canadien respectait les exigences pour justifier les mesures prises par les autorités suisses.

[19] Applicable Swiss law, as described in the response of Mr. Gossin, is disputed by the applicant on the basis of conflicting evidence provided by affidavit, and cross-examination on that, of Swiss counsel in support of the applicant's position.

[19] Le droit suisse applicable, décrit dans la réponse de M. Gossin, est contesté par le demandeur qui s'appuie sur des preuves contradictoires fournies dans un affidavit déposé par un avocat suisse à l'appui de la position du demandeur, et au sujet duquel l'avocat a été contre-interrogé.

[20] One other circumstance is worth recording. At the time the request was sent, on September 29, 1995, a treaty or agreement between Canada and Switzerland, concluded in 1993, for cooperation in investigations in criminal matters, was not in force [*Treaty between Canada and the Swiss Confederation on Mutual Assistance in Criminal Matters*, 7 October, 1993, [1995] Can. T.S. No. 24]. That treaty became effective in November 1995, after the request was sent. The *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*,<sup>5</sup> enacted by Parliament in 1988 provides for implementation and application of responsibilities by Canadian authorities, and particularly the respondent, in relation to reciprocal treaty obligations, but it was not applicable to the request in this case. However, that statute clearly recognized the significance of existing non-treaty arrangements between Canadian authorities and those abroad, for subsection 3(2) provides:

[20] Il y a une autre circonstance qui mérite d'être mentionnée. Au moment où la demande d'assistance a été envoyée, le 29 septembre 1995, le traité entre le Canada et la Suisse, conclu en 1993, au sujet de la coopération dans les enquêtes criminelles, n'était pas encore en vigueur [*Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Canada et la Confédération suisse*, 7 octobre 1993, [1995] R.T. Can. n° 24]. Ce traité a pris effet en novembre 1995, soit après l'envoi de la demande d'assistance. La *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*<sup>5</sup> adoptée par le Parlement en 1988, prévoit la mise en œuvre et l'application par les autorités canadiennes, et plus particulièrement par le défendeur, de leurs responsabilités relativement aux obligations réciproques prévues dans les traités, mais cette loi n'était pas applicable à la demande d'assistance visée en l'espèce. Toutefois, elle reconnaissait clairement l'importance d'ententes existantes non prévues dans les traités entre les autorités canadiennes et les autorités étrangères, comme en fait foi le paragraphe 3(2):

3. . . .

(2) Nothing in this Act or a treaty shall be construed so as to abrogate or derogate from an agreement, arrangement or practice respecting cooperation between a Canadian competent authority and a foreign or international authority or organization.<sup>6</sup>

3. [. . .]

(2) Ni la présente loi ni un traité n'ont pour effet de porter atteinte aux autres accords, arrangements ou pratiques de coopération entre une autorité compétente canadienne et une organisation ou autorité étrangère ou internationale<sup>6</sup>.

### Issues

[21] A number of issues are raised by the parties. Some of these, raised by the respondent, are preliminary issues. Thus, it is urged for the Attorney General that a decision to send the request, or in T-224-97, not to revoke or withdraw the letter of request, is not a decision subject to judicial review under sections 18

### Les questions en litige

[21] Les parties ont soulevé plusieurs questions. Certaines d'entre elles, soulevées par le défendeur, sont des questions préliminaires. Ainsi, le procureur général fait valoir que la décision d'envoyer la demande d'assistance, ou, dans le dossier T-224-97, de ne pas révoquer ou retirer la demande d'assistance, ne

and 18.1 of the *Federal Court Act*, further that application is said to be filed late and that the doctrine of *res judicata* precludes the applicant from raising certain arguments, in particular concerning the respondent's authority to issue the request.

[22] Other issues arise from the applicant's submissions concerning the request, that it should be revoked because it is misleading: in its expressed conclusions of wrongdoing which are negated by the apology to the applicant and the settlement with Mr. Mulroney, in the assurance of reciprocity that it contains, and in leaving Swiss authorities with misunderstanding about Canadian legal requirements for judicial approval in advance of any forced search and seizure of documents in Canada comparable to that here requested of Swiss authorities. Revocation of the request is said to be appropriate, indeed, it is said to be required in light of the applicant's evidence and understanding of Swiss law.

[23] I deal with these issues briefly after first determining the two main issues. These two are, aside from all other preliminary issues, whether the applicant has established the requirements for an order of *mandamus* of the nature here sought, and should the Court issue the declaratory relief here sought?

#### Mandamus

[24] In *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*,<sup>7</sup> Mr. Justice Robertson for the Court of Appeal reviewed the criteria considered when an order for *mandamus* is sought. The relief is extraordinary, awarded in the exercise of judicial discretion. Among the criteria to be considered, the Court must be satisfied that a public legal duty is owed to the applicant, that the respondent has refused to fulfil the duty, and in considering all the circumstances, including the

peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire aux termes des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*; en outre, il prétend que la requête a été présentée tardivement et que la doctrine de la chose jugée empêche le demandeur de soulever certains arguments, surtout ceux qui ont trait au pouvoir du défendeur d'envoyer la demande d'assistance.

[22] D'autres questions découlent des observations du demandeur concernant la demande d'assistance, à savoir que celle-ci devrait être révoquée parce qu'elle est trompeuse: par ses conclusions d'activités illégales expressément exprimées et que contredisent les excuses qui ont été présentées au demandeur et le règlement intervenu avec M. Mulroney, par l'assurance de réciprocité qu'elle contient, et par le fait que les autorités suisses pourraient mal interpréter les exigences légales canadiennes au sujet de l'autorisation judiciaire préalable qui doit être obtenue avant toute perquisition ou saisie forcée de documents au Canada comparables à celle qui a été demandée aux autorités suisses en l'espèce. La révocation de la demande d'assistance est appropriée et, en fait, elle s'impose compte tenu de la preuve soumise par le demandeur et de son interprétation du droit suisse.

[23] Je traiterai de ces questions brièvement après m'être d'abord prononcé sur les deux questions principales. Ces deux questions principales sont, exception faite de toutes autres questions préliminaires, de savoir si le demandeur a établi les conditions nécessaires pour obtenir une ordonnance de *mandamus* de la nature recherchée en l'espèce, et de savoir si la Cour devrait accorder le jugement déclaratoire demandé en l'espèce.

#### Le mandamus

[24] Dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*<sup>7</sup>, le juge Robertson de la Cour d'appel a examiné les critères pris en compte pour rendre une ordonnance de *mandamus*. Il s'agit d'une réparation extraordinaire qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge. Parmi les critères à examiner, la Cour doit être convaincue qu'une obligation légale à caractère public existe envers le demandeur, que le défendeur a refusé de s'acquitter de cette obligation, et que, compte tenu

lack of any other remedy, on balance an order compelling a public officer to perform the duty is warranted.

[25] In this case I am not persuaded that a duty owed under the law to the applicant is established. On his behalf it is urged that a duty does arise from ministerial, professional and ethical responsibilities of the Attorney General in circumstances where, it is urged, there is no lawful authority for the request to be issued. In the alternative, if the Court finds that the respondent has authority to issue the request, it is urged that a duty to withdraw the request arises from the same basic responsibilities of the respondent in light of what is described by the applicant as a statement on the Attorney General's behalf that allegations of fact in the letter of request are without foundation. The duty thus urged is supported by implication from responsibilities of Canada, as the requesting country, as those responsibilities are said to be recognized in Swiss law concerning requests for assistance. I review each of the claimed bases for the duty the applicant seeks to establish.

[26] The applicant's argument that there is no lawful authority for the issuing of a letter of request, in the absence of treaty provisions which would bring the matter within the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*,<sup>8</sup> is in part a response to a surprising position advanced on behalf of the respondent. Acknowledging that in this case that Act did not apply since at the time of the request the treaty concluded between Canada and Switzerland was not yet in force, counsel for the respondent urges that authority for the request is not based on the prerogative power of the Crown, but rather on the ground that the Attorney General, like anyone else, could make a request for assistance to Swiss authorities. The applicant shares the view that authority does not lie in the prerogative, but he disputes the concept that the respondent is essentially just an ordinary person who can make a request for assistance from authorities of another state.

de toutes les circonstances, y compris l'absence de tout autre redressement, il est justifié, d'après la prépondérance des inconvénients, de rendre une ordonnance obligeant un fonctionnaire à s'acquitter de cette obligation.

[25] En l'espèce, je ne suis pas persuadé que l'on a établi qu'une obligation légale existait envers le demandeur. En son nom, on a fait valoir qu'une obligation découle des responsabilités ministérielles, professionnelles et éthiques du procureur général dans des circonstances où il n'y a pas de pouvoir légal d'envoyer la demande d'assistance. Subsidiairement, si la Cour conclut que le défendeur a le pouvoir d'envoyer la demande d'assistance, on fait valoir que l'obligation de retirer la demande d'assistance découle des mêmes responsabilités de base du défendeur à la lumière de ce que le demandeur décrit comme une déclaration faite au nom du procureur général selon laquelle les allégations de fait dans la demande d'assistance ne sont pas fondées. Cette obligation serait étayée, par implication, par les responsabilités du Canada, en tant que pays demandeur, étant donné que ces responsabilités sont reconnues dans le droit suisse concernant les demandes d'assistance. Je vais examiner à tour de rôle chacun des fondements allégués relativement à l'obligation que le demandeur cherche à établir.

[26] L'argument du demandeur selon lequel il n'y a pas de pouvoir légal de faire une demande d'assistance, en l'absence de dispositions d'un traité qui ferait en sorte que l'affaire tombe sous le coup de la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*<sup>8</sup>, est en partie une réponse à une position surprenante présentée au nom du défendeur. Reconnaisant qu'en l'espèce la Loi ne s'appliquait pas puisqu'au moment de la demande le traité conclu entre le Canada et la Suisse n'était pas encore en vigueur, l'avocat du défendeur soutient que le pouvoir d'adresser la demande ne se fonde pas sur la prerogative de la Couronne, mais plutôt sur le fait que le procureur général, comme toute autre personne, pouvait adresser une demande d'assistance aux autorités suisses. Le demandeur convient que le pouvoir ne découle pas de la prerogative, mais il conteste la proposition voulant que le défendeur soit essentiellement une personne

[27] While it may be argued that issuing the request falls within the general authority delegated to the respondent as Minister of Justice, to have superintendence of all matters connected with the administration of justice in Canada not within the jurisdiction of the provinces,<sup>9</sup> in my opinion, despite the shared view of counsel for the parties, issuance of a letter of request for assistance to a foreign state is lawful by virtue of the prerogative power. The sources of authority of the Crown, i.e. the government, are two: statutes enacted by Parliament and the prerogative, in so far as the latter source is recognized by the courts. The latter is the residue of powers inherent in the Crown, which the courts recognize as essential even in the absence of statutory provision enacted by Parliament. The particular act here in question, issuing or revoking the request, in my opinion, is done by virtue of the prerogative, in respect of the administration of justice, including the investigation of alleged criminal activities, and the initiation of means of fostering international co-operation for this purpose.

[28] I am not persuaded that the Attorney General, acting on behalf of the Crown, is incompetent or is not authorized by law to issue the request. In doing so, she does not act simply as any other person. Rather she acts as the chief law officer and legal adviser of the Crown federal, the Government of Canada. In issuing a letter of request, a practice well known and respected among governments of nation states, acting pursuant to the comity of nations in the absence of a treaty, the Attorney General acts under the laws of Canada with respect to the prerogative power.

[29] I turn to the applicant's argument that, if the respondent has authority to issue the request, she also has a duty, arising from her official, professional and ethical responsibilities, to withdraw the request when, it is urged, it has been stated that the facts alleged in the request are without foundation. I do not share the

ordinaire qui peut présenter une demande d'aide aux autorités d'un autre État.

[27] Bien que l'on puisse soutenir que l'envoi de la demande relève du pouvoir général qui est délégué au défendeur à titre de ministre de la Justice et qui consiste à exercer son autorité sur tout ce qui touche à l'administration de la justice au Canada et ne relève pas de la compétence des gouvernements provinciaux<sup>9</sup>, à mon avis, malgré le consensus des avocats des parties, l'envoi d'une lettre de demande à un État étranger est légal du fait de la prérogative. Les sources du pouvoir de la Couronne, c'est-à-dire du gouvernement, sont doubles: les lois adoptées par le législateur et la prérogative, dans la mesure où cette dernière source est reconnue par les tribunaux. Cette dernière source est le résidu des pouvoirs inhérents de la Couronne, que les tribunaux reconnaissent comme essentiels même en l'absence de dispositions législatives adoptées par le Parlement. La mesure particulière visée en l'espèce, c'est-à-dire l'envoi ou la révocation de la demande d'assistance, à mon avis, découle de la prérogative concernant l'administration de la justice, notamment la tenue d'une enquête sur des activités criminelles alléguées, et la prise de mesures pour favoriser la coopération internationale à cette fin.

[28] Je ne suis pas convaincu que le procureur général, agissant au nom de la Couronne, n'est pas compétent ou n'est pas autorisé en droit à présenter cette demande. En agissant ainsi, le procureur général n'agit pas simplement comme une autre personne. Il agit plutôt en qualité de premier conseiller juridique de la Couronne fédérale, c'est-à-dire le gouvernement du Canada. En envoyant une lettre de demande, qui est une pratique bien connue et respectée des gouvernements des États, selon les règles de courtoisie des nations en l'absence d'un traité, le procureur général agit en vertu des lois du Canada ayant trait à la prérogative.

[29] Je traiterai maintenant de l'argument du demandeur selon lequel, si le défendeur a le pouvoir d'envoyer la demande d'assistance, il a également l'obligation, qui découle de ses responsabilités officielles, professionnelles et éthiques, de retirer cette demande quand il a été déclaré que les faits qui y sont allégués

applicant's premise that the facts alleged in the request are stated to be without foundation for, in my opinion, the evidence does not support that characterization of the circumstances.

[30] That characterization appears to arise from the settlement reached in the action initiated by former Prime Minister Mulroney and the letter of apology sent to the applicant following that settlement. It also is said to arise from cross-examination on an affidavit filed on behalf of the respondent in relation to the circumstances here. The affiant, Mr. Corbett was questioned, *inter alia*, about the request, the settlement with Mr. Mulroney and subsequent events. In my opinion, the acknowledgment that some language in the request wrongly indicated that the RCMP had concluded that criminal activities occurred, which the apology to Mr. Schreiber and the enclosed copy of the settlement agreement both referred to, is not an acknowledgment that the facts alleged in the request are without foundation. Indeed, the apology to the applicant expressly noted that "the RCMP investigation in this matter continues" and the settlement agreement with the former Prime Minister affirmed that investigation of allegations of illegality would continue, and that the RCMP and the Department of Justice had acted within their responsibilities in sending the request.

[31] The basis for the duty claimed is not established as arising from a statement on the respondent's behalf that the allegations of fact in the letter of request are without foundation. That has not been acknowledged except in so far as the language in the request wrongly indicated that the RCMP had concluded that criminal activities had occurred.

[32] The applicant implies a duty on the respondent to withdraw the request as a result of obligations said to arise in light of requirements of Swiss law concerning the granting of any request. Much attention was given to the requirements said to arise under Swiss

ne sont pas fondés. Je ne partage pas l'affirmation du demandeur selon laquelle les faits allégués dans la demande d'assistance sont sans fondement parce qu'à mon avis la preuve n'appuie pas cette caractérisation des circonstances.

[30] Cette caractérisation semble découler du règlement intervenu dans l'action intentée par l'ancien premier ministre Mulroney et la lettre d'excuses qui a été envoyée au demandeur à la suite de ce règlement. Elle découlerait également du contre-interrogatoire portant sur un affidavit déposé au nom du défendeur relativement aux circonstances visées en l'espèce. L'auteur de l'affidavit, M. Corbett, a été interrogé, notamment au sujet de la demande d'assistance, du règlement intervenu avec M. Mulroney et des événements subséquents. À mon avis, le fait de reconnaître que certains mots utilisés dans la demande d'assistance indiquent à tort que la GRC avait conclu à des activités criminelles, ce qui est mentionné à la fois dans la lettre d'excuses qui a été envoyée à M. Schreiber et dans la copie de l'entente de règlement qui y était jointe, n'est pas une reconnaissance que les faits allégués dans la demande d'assistance ne sont pas fondés. En fait, les excuses adressées au demandeur indiquaient expressément que [TRADUCTION] «l'enquête de la GRC sur cette affaire continue», que le règlement intervenu avec l'ancien premier ministre confirmait que l'enquête sur les allégations d'illégalité continuerait, et que la GRC et le ministère de la Justice avaient agi dans les limites de leurs responsabilités en envoyant la demande d'assistance.

[31] Pour établir le fondement de l'obligation réclamée, il ne suffit pas de déclarer au nom du défendeur que les allégations de fait dans la demande d'assistance sont sans fondement. Cela n'a pas été reconnu, à l'exception du fait qu'il a été convenu que les mots utilisés dans la demande d'assistance indiquaient à tort que la GRC avait conclu qu'il y avait eu des activités criminelles.

[32] Le demandeur prétend que le défendeur a l'obligation de retirer la demande d'assistance par suite des obligations qui découleraient des exigences du droit suisse concernant l'acceptation de toute demande d'aide. On a accordé beaucoup d'attention

law, in respect of the need for the requesting authority to demonstrate that legal requirements have been met for making a request if it were made in its home country, in this case that prior judicial approval had been granted for enforced production of records. Moreover, it is urged that Swiss law requires any statement of reciprocity in the request to spell out limitations existing under the law of the requesting state. Evidence of Swiss legal experts, on this and other aspects of Swiss law, was presented and its significance was argued.

[33] In my opinion, interesting as the Swiss legal experts' opinions are, they are not helpful. Experts for each of the parties disagree on key issues raised by the applicant. Moreover, their opinions are not relevant in resolution of the matter before me, for whether the applicant is entitled to the relief sought is entirely dependent on Canadian, not Swiss, law. I leave the determination of the application of Swiss law in the circumstances of this case to the Swiss Court. Moreover, I note that to the extent there may be said to be any duty upon the respondent arising under or by implication from Swiss law, that duty would be one owed to Swiss authorities, not to the applicant.

[34] The applicant relies particularly upon a decision of the Supreme Court of Gibraltar, *A.T. Arche Treuhand A.G. v. Attorney General of Gibraltar*, [1995] 1 L.R.C. 656 (S.C.), which criticized the role played in that case by the Attorney General of Gibraltar. In the result, the Court there excluded from evidence in Gibraltar criminal proceedings certain banking information provided by Swiss authorities to the Attorney General of Gibraltar in response to two letters of request the latter had sent, letters which the decision subsequently described as misleading and sent without any authorization under the law of Gibraltar. Swiss authorities in that case had sought assurance that the Attorney General had authority to issue the requests, and they were assured of that by the

aux exigences qui, selon le demandeur, découleraient du droit suisse, au sujet de la nécessité pour l'État demandeur de démontrer que les exigences légales pour la présentation d'une demande ont été respectées comme si celle-ci avait été faite dans le pays d'origine, c'est-à-dire en l'espèce que l'autorisation judiciaire préalable avait été accordée pour obliger la production des dossiers. En plus, on fait valoir que le droit suisse exige que toute déclaration de réciprocité dans la demande fasse état des limites existant en vertu du droit de l'État demandeur. La preuve des experts juridiques suisses, sur ce point et sur d'autres aspects du droit suisse, a été présentée et son importance a été débattue.

[33] À mon avis, aussi intéressants que soient les avis des experts juridiques suisses, ils ne sont d'aucune utilité. Les experts de chacune des parties ne s'entendent pas sur les questions essentielles soulevées par le demandeur. Qui plus est, leurs avis ne sont pas pertinents pour résoudre la question dont je suis saisi, étant donné que le droit du demandeur d'obtenir la réparation recherchée doit être déterminé entièrement à partir du droit canadien et non à partir du droit suisse. Je laisserai aux tribunaux suisses le soin de se prononcer sur l'application du droit suisse aux circonstances de l'espèce. En outre, je note que dans la mesure où l'on peut prétendre que le défendeur a une obligation qui découle directement ou implicitement du droit suisse, cette obligation serait due aux autorités suisses et non au demandeur.

[34] Le demandeur s'appuie particulièrement sur une décision de la Cour suprême de Gibraltar, *A.T. Arche Treuhand A.G. v. Attorney General of Gibraltar*, [1995] 1 L.R.C. 656 (S.C.), qui critiquait le rôle joué dans cette affaire par le procureur général de Gibraltar. Au bout du compte, la Cour a exclu de la preuve produite dans une procédure criminelle intentée à Gibraltar certains renseignements bancaires fournis par les autorités suisses au procureur général de Gibraltar en réponse à deux lettres de demande d'assistance que celui-ci avait envoyées, lettres qui ont ultérieurement été décrites dans la décision comme étant trompeuses et ayant été envoyées sans aucune autorisation prévue dans le droit de Gibraltar. Dans cette affaire, les autorités suisses avaient demandé l'assurance que le

Attorney General. In that case Chief Justice Kneller of the Gibraltar Supreme Court had no difficulty in determining the requests were improper, for under the law of the colony only the Governor could initiate a letter of request. In my view the case has no relevance to the circumstances before me.

[35] For the applicant reliance is also placed in other decisions dealing with enforcement of duties owed by public officers. In *Air Canada v. British Columbia (Attorney General)*,<sup>10</sup> *mandamus* was granted to order the Attorney General of British Columbia to render particular advice, which he was obligated to do in the circumstances, to the Lieutenant Governor, to grant a fiat permitting legal action against the Crown provincial. The action contested the constitutional validity of legislation under which the province had collected, and retained, certain taxes. In *Teh Cheng Poh alias Char Meh v. Public Prosecutor, Malaysia*,<sup>11</sup> the Privy Council found that statutory authority to create a security area for reasons of state security included a duty to advise revocation of the security arrangements when the conditions warranting their creation no longer existed.

[36] In my opinion, neither of these cases is helpful. Here there is no constitutional duty on the respondent as the Court found existed in the *Air Canada* case and there has been no fundamental change in circumstances after the request was issued, as was found in *Teh Cheng Poh*. I have already indicated that I do not accept the acknowledgement of improper wording in the request as an acknowledgment that the allegations under investigation were denied. I do not read the terms of settlement with the former Prime Minister or the letter of apology to the applicant in that way. Indeed both specify that the investigation would be continuing.

[37] For the reasons here noted I am not persuaded that the applicant has established that a public legal

procureur général avait le pouvoir de présenter les demandes d'assistance, ce qu'avait confirmé le procureur général. Le juge en chef Kneller de la Cour suprême de Gibraltar n'a eu aucune difficulté à conclure que les demandes d'assistance n'étaient pas appropriées étant donné qu'en vertu du droit de la colonie seul le gouverneur pouvait envoyer une lettre de demande. À mon avis, cette affaire n'a aucun lien pertinent avec les circonstances dont je suis saisi.

[35] Le demandeur s'appuie également sur d'autres décisions ayant trait à l'exécution d'obligations qui sont imposées à des fonctionnaires. Dans l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général)*<sup>10</sup>, une ordonnance de *mandamus* a été rendue pour obliger le procureur général de la Colombie-Britannique à conseiller, ce qu'il était tenu de faire dans les circonstances, au lieutenant-gouverneur, d'accorder son autorisation à l'institution de procédures judiciaires contre la Couronne provinciale. L'action contestait la validité constitutionnelle d'une loi en vertu de laquelle la province avait perçu et conservé certaines taxes. Dans l'arrêt *Teh Cheng Poh alias Char Meh v. Public Prosecutor, Malaysia*<sup>11</sup>, le Conseil privé a statué que le pouvoir réglementaire de créer une zone de sécurité pour des raisons de sécurité d'État englobait l'obligation de proposer la révocation de ces mesures de sécurité quand les conditions justifiant leur création n'existaient plus.

[36] À mon avis, aucun de ces arrêts n'est utile. En l'espèce, aucune obligation constitutionnelle n'incombe au défendeur du genre de celle que la Cour a reconnu dans l'arrêt *Air Canada* et il n'y a pas eu de changement fondamental de situation après l'envoi de la demande d'assistance, comme c'était le cas dans l'arrêt *Teh Cheng Poh*. J'ai déjà indiqué que je n'accepte pas que le fait de reconnaître que des mots inappropriés ont été utilisés dans la demande d'aide soit une reconnaissance que les allégations faisant l'objet de l'enquête ont été réfutées. Je n'interprète pas de cette façon les termes du règlement intervenu avec l'ancien premier ministre ni la lettre d'excuses qui a été envoyée au demandeur. En fait, ces deux documents précisent que l'enquête se poursuit.

[37] Pour les motifs indiqués ci-dessus, je ne suis pas convaincu que le demandeur a établi qu'il existe

duty to withdraw the request is owed to him in the circumstances of this case. The primary criterion for an order of *mandamus* is not made out.

[38] If I am wrong in this conclusion there are two other considerations which, in my opinion militate against issuing an order to withdraw the request. The first is that another responsibility of the respondent is engaged in this case, that is, in relation to the administration of justice, to facilitate arrangements for the investigation by police authorities of allegations of criminal activity. That responsibility gives rise to a public duty owed to the public at large. Weighed in the balance with the duty claimed to be owed to the applicant, I am not persuaded that without more, for example some evidence of clear abuse by the respondent, the balance would favour grant of an order of *mandamus*, as the applicant seeks.

[39] The second consideration to be weighed is that the decision to issue the request, or to withdraw it when made, is one within the accusatorial and investigatory functions of the law officers of the Crown in the administration of justice. I agree with the respondent that in such matters the Court should accord very considerable deference to the decision of the Attorney General. By long-standing practice courts do not interfere in such matters<sup>12</sup> barring some flagrant impropriety on the part of the respondent. In modern parlance, the decision to refuse to withdraw the request, at a minimum must be determined to be patently unreasonable. In my opinion that is not the case here.

[40] The applicant's claim for *mandamus* is thus dismissed. I am not persuaded a public duty is established, one that is owed to the applicant, to withdraw the request.

une obligation légale à caractère public de retirer la demande d'assistance, et que cette obligation lui est due dans les circonstances de l'espèce. Le critère premier qui aurait permis de rendre une ordonnance de *mandamus* n'a pas été établi.

[38] Si j'ai tort d'en arriver à cette conclusion, il y a deux autres considérations qui, à mon avis, militent contre la délivrance d'une ordonnance en vue de retirer la demande d'assistance. La première considération est qu'une autre responsabilité du défendeur est engagée en l'espèce, savoir sa responsabilité, relativement à l'administration de la justice, de faciliter les arrangements permettant aux autorités policières d'enquêter sur des allégations d'activités criminelles. Cette responsabilité donne lieu à une obligation d'ordre public qui est due aux citoyens en général. Si l'on pondère cette obligation avec l'obligation qui serait due au demandeur, je ne suis pas convaincu qu'en l'absence d'une preuve supplémentaire, par exemple, certains éléments de preuve établissant qu'il y a eu manifestement des abus de la part du défendeur, la balance penche en faveur de la délivrance d'une ordonnance de *mandamus*, comme celle que recherche le demandeur.

[39] La deuxième considération dont il faut tenir compte est que la décision d'envoyer la demande d'assistance, ou de la retirer une fois qu'elle a été prise, est une décision qui fait partie des fonctions d'accusation et d'enquête des conseillers juridiques de la Couronne dans l'administration de la justice. Je conviens avec le défendeur qu'en pareils cas la Cour doit faire preuve d'une très grande retenue à l'égard de la décision du procureur général. Il existe une pratique de longue date selon laquelle la Cour n'intervient pas dans les affaires de ce genre<sup>12</sup>, sauf en cas d'erreur flagrante de la part du défendeur. En langage moderne, il faudrait à tout le moins que la décision de refuser de retirer la demande d'assistance soit considérée comme étant manifestement déraisonnable. À mon avis, ce n'est pas le cas en l'espèce.

[40] La demande de *mandamus* du demandeur est donc rejetée. Je ne suis pas convaincu qu'il a établi qu'il existait une obligation à caractère public, qui lui serait due, de retirer la demande d'assistance.

### Declaratory relief

[41] The applicant's request for declaratory relief as originally framed was detailed and specific, as set out earlier in these reasons. In later submissions<sup>13</sup> an alternative formulation was proposed, in response to suggestions on behalf of the Attorney General about the content of a declaration if the Court, despite the respondent's opposition, should decide this is an appropriate case for declaratory relief. The applicant's alternative form is this:

Neither the Minister of Justice nor the RCMP could obtain in Canada the coercive measures requested in Switzerland without prior judicial authorization. That condition has not been satisfied in this case, nor had there been a confirmation from such a judicial authority that the conditions are satisfied were the subject matter located on Canadian soil.

[42] This is not a case for the award of declaratory relief claimed by the applicant. It is urged that the respondent does not dispute the basic legal proposition sought to be declared. Indeed counsel for the Attorney General agrees with it. Thus there is no justiciable issue between the parties, no legal issue for the Court to resolve by declaration.<sup>14</sup> Moreover, the applicant desires the declaration for use in dealing with Swiss authorities, and primarily as evidence before the Swiss Court. The applicant concedes, as the respondent urges, that this Court would not issue a declaration like that here sought for use in a Canadian court, but for the applicant it is urged that restraint has no application where the declaration is sought for use in a foreign court. In my opinion there is no basis for that submission. Rather, it is simply not within this Court's practice to issue a declaration about the state of the law, without argument based on conflicting interests, for use in another forum.<sup>15</sup>

[43] Moreover, Swiss authorities have been apprised of Canadian law, as has been acknowledged by Mr. Gossin's letter of November 4, 1998. If Swiss law

### Le jugement déclaratoire

[41] Dans sa requête, le demandeur réclame aussi un jugement déclaratoire, dont la formulation initiale, reproduite dans les présents motifs, était détaillée et précise. Dans des observations ultérieures<sup>13</sup>, une autre formulation a été proposée, en réponse aux suggestions faites au nom du procureur général au sujet du contenu d'une déclaration si la Cour, malgré l'opposition du défendeur, décidait qu'il y a lieu d'accorder le jugement déclaratoire. Cette nouvelle formulation proposée par le demandeur est la suivante:

[TRADUCTION] Ni le ministre de la Justice ni la GRC ne pouvaient prendre au Canada les mesures coercitives demandées à la Suisse sans avoir d'abord obtenu une autorisation judiciaire. Cette condition n'a pas été respectée en l'espèce, et il n'y a pas eu non plus de confirmation de la part des autorités judiciaires que les conditions seraient respectées si l'objet de la demande se trouvait en territoire canadien.

[42] Il ne s'agit pas d'un cas où il est approprié d'octroyer le jugement déclaratoire recherché par le demandeur. Le défendeur fait valoir qu'il ne conteste pas la proposition juridique de base que l'on voudrait faire déclarer. En fait, l'avocat du procureur général y souscrit. Il n'y a donc pas de question à trancher entre les parties, et il n'y a pas de question juridique que la Cour puisse résoudre par voie de déclaration<sup>14</sup>. Qui plus est, le demandeur souhaite utiliser la déclaration dans ses rapports avec les autorités suisses, et principalement comme preuve devant les tribunaux suisses. Le demandeur concède, comme le lui demande instamment le défendeur, que la présente Cour ne ferait pas de déclaration comme celle qu'il recherche pour être utilisée devant les tribunaux canadiens, mais il soutient énergiquement que cette restriction ne s'applique pas lorsque la déclaration est recherchée pour être utilisée devant un tribunal étranger. À mon avis, cet argument n'a pas de fondement. En fait, il n'est tout simplement pas d'usage à la Cour de faire une déclaration au sujet de l'état du droit, sans argumentation fondée sur des intérêts contradictoires, pour que celle-ci soit utilisée devant un autre tribunal<sup>15</sup>.

[43] En outre, les autorités suisses ont été informées du droit canadien, comme en témoigne la lettre de M. Gossin en date du 4 novembre 1998. Si le droit

requires more than has been provided, as the applicant urges, that will be established by decision of the Swiss Court in any proceeding the applicant may now have initiated to appeal the order of the Swiss Prosecutor to release information in response to the request.

#### Preliminary issues

[44] While it is unnecessary for purposes of this decision to deal with preliminary issues raised by the respondent, I deal with those briefly in the event that my determination on the main issues is not upheld in any appeal.

[45] The respondent urges that the decision not to withdraw the request is not subject to judicial review by this Court since it is not a decision of a “federal board, commission or other tribunal” as defined in subsection 2(1) of the *Federal Court Act*<sup>16</sup> because it is not a decision made within “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”. I have already indicated my opinion that the decision is made by virtue of the prerogative power of the Crown within the authority of the respondent as chief law officer of the Crown federal. In my opinion the decision here questioned by the application for *mandamus* is subject to judicial review by this Court.

[46] A second preliminary issue raised by the respondent is that some of the submissions of the applicant, in particular those questioning the respondent’s authority to issue the request, were not raised in timely fashion and, moreover, they should be precluded now by application of the principle of *res judicata*. It is urged these submissions could have been made in the applicant’s first proceeding, heard by Mr. Justice Wetston, and the Court should not now permit them to be raised. Yet it is acknowledged by the respondent that proceedings relating to the decision not to withdraw the request could only have begun after there was no action, and ultimately there was a refusal, on the applicant’s request to the respondent that the request be withdrawn. The *mandamus* pro-

suisse exige plus que ce qui a été fourni, comme le soutient le demandeur, cela sera établi par la décision des tribunaux suisses dans toute instance que le demandeur peut maintenant avoir intentée pour contester l’ordonnance du procureur suisse de remettre les renseignements en réponse à la demande d’assistance.

#### Les questions préliminaires

[44] Il n’est peut-être pas nécessaire pour les fins de la présente décision de traiter des questions préliminaires soulevées par le défendeur, mais j’en traiterai brièvement au cas où ma décision sur les questions principales ne serait pas maintenue en appel.

[45] Le défendeur fait valoir que la décision de ne pas retirer la demande d’assistance ne peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire devant la présente Cour puisqu’il ne s’agit pas d’une décision d’un «office fédéral», aux termes du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>16</sup>, et parce qu’il ne s’agit pas d’une décision prise dans le cadre de la «compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prerogative royale». J’ai déjà exprimé mon avis que la décision a été prise aux termes du pouvoir découlant de la prerogative de la Couronne qui est confiée au défendeur à titre de premier conseiller juridique de la Couronne fédérale. À mon avis, la décision contestée en l’espèce par la demande de *mandamus* peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire devant la présente Cour.

[46] La deuxième question préliminaire soulevée par le défendeur est que certaines des observations du demandeur, en particulier celles qui contestent le pouvoir du défendeur d’envoyer la demande d’assistance, n’ont pas été soulevées à temps et que, de plus, elles devraient maintenant être exclues du fait de l’application du principe de la chose jugée. On fait valoir que ces observations auraient pu être faites dans la première instance intentée par le demandeur, qui a été entendue par le juge Wetston, et que la Cour ne devrait pas permettre qu’elles soient soulevées maintenant. Pourtant, le défendeur reconnaît que les procédures ayant trait à la décision de ne pas retirer la demande d’assistance ne pouvaient être intentées qu’après que le défendeur n’eut pris aucune mesure au

ceeding (T-224-97) obviously commenced in a timely fashion. As for the principle of *res judicata*, in my view, it has no application here for the earlier proceeding dealing with alleged violation of Charter rights went forward on agreed facts to determine expeditiously an agreed question of law. The scope of that proceeding, determined by agreement between the parties, did not provide for argument about the basis of authority to issue the request except with respect to the application of the Charter.

[47] In sum, the preliminary issues raised by the respondent do not preclude consideration of the merits of the applications.

#### Alleged defects in the requests

[48] The applicant urges that the request on its face is defective and without further explanation is misleading to Swiss authorities. Thus, it is urged that its allegation of criminal activity on the part of a prime suspect, identified in the request, former Prime Minister Mulroney, has not been denied to Swiss authorities. Further, it is said that the request implies authority on the part of the respondent or her representatives, to direct coercive search and seizure of documents in Canada without prior judicial authority, and that Canada (or Ms. Prost) would provide assistance upon request of the Swiss on a reciprocal basis. I note that the alleged deficiency of the assurance of reciprocity is ultimately not relied upon by the applicant in final written submissions.

[49] As for the other defects alleged, it is clear that the Swiss authority for dealing with the request from Canada, the Swiss Federal Police authority, considered the request to be concerned with allegations, not conclusions, of criminal activity. Further, it was understood by that authority that coercive search and seizure of documents in Canada might require differ-

sujet de la demande que lui adressait le demandeur pour que la demande d'assistance soit retirée, et qu'il a finalement refusé. L'instance relative au *mandamus* (T-224-97) a manifestement été intentée à l'intérieur du délai prescrit. Pour ce qui est du principe de la chose jugée, à mon avis, celui-ci ne s'applique pas en l'espèce étant donné que la procédure antérieure traitant de la violation alléguée des droits garantis par la Charte a été entendue sur un exposé conjoint des faits afin de trancher rapidement une question de droit dont les parties avaient convenu. La portée de cette procédure, déterminée sur consentement des parties, ne prévoyait pas d'argumentation au sujet du fondement du pouvoir de présenter une demande d'assistance, en dehors de ce qui concernait l'application de la Charte.

[47] En résumé, les questions préliminaires soulevées par le défendeur n'empêchent pas l'examen du fond des demandes.

#### Vices allégués dans les demandes d'assistance

[48] Le demandeur soutient qu'à première vue la demande d'assistance est viciée et que, sans autre explication, elle peut tromper les autorités suisses. Ainsi, il soutient que les allégations d'activité criminelle de la part du suspect principal, identifié dans la demande d'assistance, soit l'ancien premier ministre Mulroney, n'ont pas été niées devant les autorités suisses. En outre, il soutient que la demande implique que le défendeur ou ses représentants ont le pouvoir d'ordonner des mesures coercitives de perquisition et de saisie de documents au Canada sans autorisation judiciaire préalable et que le Canada (ou M<sup>me</sup> Prost) accorderait à la Suisse son aide, sur demande, sur une base réciproque. Je note que le caractère prétendument inapproprié de l'assurance de réciprocité n'a pas été débattu par le demandeur dans ses dernières observations écrites.

[49] Pour ce qui est des autres vices allégués, il est clair que les autorités suisses qui ont le pouvoir de traiter la demande provenant du Canada, c'est-à-dire la police fédérale suisse, a jugé que la demande traitait d'allégations et non pas de conclusions d'activités criminelles. En outre, cette autorité a compris que les mesures coercitives de perquisition et de saisie de

ent processes than those applied in Switzerland. Those understandings, it seems to me, are acknowledged by Mr. Gossin's letter of November 1998, responding to the letter of Mr. Corbett which set out the applicant's claims, raised in the applications now before the Court, that misunderstandings had been left with Swiss authorities by the request.

[50] Even if I were persuaded that the request was misleading to the Swiss authorities, a view I do not share, that might raise issues of responsibility to Swiss authorities under principles of international comity, and in Canada's own long-term self interest. Yet it would not raise any issue of a duty owed to the applicant which would warrant the grant of an order of *mandamus* directing that the request be withdrawn.

### Conclusion

[51] For the reasons set out, I am not persuaded that a public legal duty owed to the applicant is here established. There is no basis for an order of *mandamus*. Further, there is no difference in the views of the parties on the basic issue of law which the applicant seeks to have declared, that is, that coercive search and seizure of documents in Canada requires prior judicial authorization by the grant of a search warrant. There is no justiciable issue between the parties that a declaration would resolve. In these circumstances the Court declines to grant a declaration in the forms sought, or to similar effect, the avowed purpose of which is that it be used as evidence in proceedings in the Swiss Federal Court or with Swiss authorities.

[52] Separate orders now issue, one in each of the Court's files, in T-224-97 dismissing the application for an order in the nature of *mandamus*, and in T-1221-98, dismissing the application for a declaration about Canadian law that would state the basic legal

documents au Canada pourraient exiger un processus différent de ceux qui s'appliquent en Suisse. Il me semble que ces faits ont été reconnus dans la lettre de M. Gossin de novembre 1998, par laquelle il répondait à la lettre de M. Corbett qui avait fait état des réclamations du demandeur, soulevées dans les demandes dont la Cour est maintenant saisie, alléguant que la demande d'assistance pouvait avoir trompé les autorités suisses.

[50] Même si j'étais persuadé que la demande d'assistance était trompeuse pour les autorités suisses, opinion que je ne partage pas, cela pourrait soulever des questions de responsabilité envers les autorités suisses en vertu des principes de courtoisie internationale, et dans l'intérêt à long terme du Canada. Cependant, cela ne soulèverait pas de question d'obligation due au demandeur qui pourrait justifier de rendre une ordonnance de *mandamus* pour que la demande d'assistance soit retirée.

### Conclusion

[51] Pour les motifs énoncés ci-dessus, je ne suis pas convaincu que le demandeur a établi que le défendeur lui doit une obligation légale à caractère public. Il n'y a donc pas de fondement pour rendre une ordonnance de *mandamus*. En outre, il n'y a pas de différence d'opinions entre les parties sur la question de droit fondamental que le demandeur cherche à faire déclarer, c'est-à-dire que les mesures coercitives de perquisition et de saisie des documents au Canada exigent une autorisation judiciaire préalable sous forme de mandat de perquisition. Il n'y a donc pas entre les parties de question à juger qu'un jugement déclaratoire trancherait. Dans les circonstances, la Cour refuse de faire la déclaration sous la forme demandée, ou toute autre déclaration à l'effet semblable, dont le but avoué serait qu'elle soit utilisée comme preuve dans des procédures devant la Cour fédérale suisse ou dans les rapports du demandeur avec les autorités suisses.

[52] Deux ordonnances distinctes sont maintenant rendues, dans chacun des dossiers de la Cour, soit le dossier T-224-97, pour rejeter la demande d'une ordonnance de la nature d'un *mandamus*, et le dossier T-1221-98, pour rejeter la demande de déclaration sur

issues on which the parties are agreed. Both applications are dismissed, with costs on the normal party-and-party basis, but treated on the basis of a single hearing for the two applications.

l'état du droit canadien qui énoncerait les questions juridiques fondamentales acceptées par les parties. Les deux requêtes sont rejetées, et les dépens, sur la base habituelle des frais entre parties, sont accordés pour une seule audition des deux demandes.

<sup>1</sup> [1996] 3 F.C. 931 (T.D.).

<sup>2</sup> [1997] 2 F.C. 176 (C.A.).

<sup>3</sup> *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841.

<sup>4</sup> *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1996] 3 F.C. 947 (T.D.).

<sup>5</sup> R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 30.

<sup>6</sup> *Id.*, s. 3(2).

<sup>7</sup> [1994] 1 F.C. 742 (C.A.); affd [1994] 3 S.C.R. 1100.

<sup>8</sup> R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 30.

<sup>9</sup> *Department of Justice Act*, R.S.C., 1985, c. J-2, s. 4(b).

<sup>10</sup> [1986] 2 S.C.R. 539.

<sup>11</sup> [1980] A.C. 458 (P.C.).

<sup>12</sup> See *Jefford v. Canada*, [1988] 2 F.C. 189 (C.A.), at p. 194 (*per* Heald J.A.); *Re Balderstone et al. and The Queen* (1983), 4 D.L.R. (4th) 162 (Man. C.A.), *per* Monnin C.J.M.

<sup>13</sup> Applicant's response application record, vol. 2—submissions, at p. 29.

<sup>14</sup> *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.

<sup>15</sup> *Gariepy v. Canada (Administrator of Federal Court)*, [1989] 1 F.C. 544 (T.D.), at p. 556 (*per* McNair J.).

<sup>16</sup> R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1).

<sup>1</sup> [1996] 3 C.F. 931 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>2</sup> [1997] 2 C.F. 176 (C.A.).

<sup>3</sup> *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841.

<sup>4</sup> *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1996] 3 C.F. 947 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>5</sup> L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 30.

<sup>6</sup> *Id.*, art. 3(2).

<sup>7</sup> [1994] 1 C.F. 742 (C.A.); conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100.

<sup>8</sup> L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 30.

<sup>9</sup> *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 4b).

<sup>10</sup> [1986] 2 R.C.S. 539.

<sup>11</sup> [1980] A.C. 458 (P.C.).

<sup>12</sup> Voir *Jefford c. Canada*, [1988] 2 C.F. 189 (C.A.), à la p. 194, juge Heald, J.C.A.; *Re Balderstone et al. and The Queen*, (1983), 4 D.L.R. (4th) 162 (C.A. Man.), (le juge en chef Monnin).

<sup>13</sup> Dossier de la demande en réplique du demandeur, vol. 2—Observations, à la p. 29.

<sup>14</sup> *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

<sup>15</sup> *Gariepy c. Canada (Administrateur de la Cour fédérale)*, [1989] 1 C.F. 544 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 556 (juge McNair).

<sup>16</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1).



# 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

Judicial review of refusal by delegate of Minister of Industry Canada to disclose certain information—Telezone, Information Commission bringing separate applications—Minister invited licence applications from parties interested in providing personal communication services—Six licences available, but Minister reserved right to issue less than that number—17 applications reviewed, analyzed by working group, which reported findings to selection panel to make recommendations to Minister—Telezone applied in January 1996 to compel disclosure of documents relating to Minister's decision to grant four licences, but not to Telezone—When response not satisfactory complained to Information Commissioner—After investigation, further disclosures made—Information Commissioner's report recommending even further disclosure—Minister's delegate continuing to withhold portions of 47 documents (disputed material)—Disputed material concerning information relating to third parties excluded from Information Commissioner's application—Telezone discontinuing application with respect to parts of disputed material—Information Commissioner's mandate to protect public's interests by ensuring government organizations fulfil obligations under Act—As no suggestion application made for any other purpose, Information Commissioner's application must be considered independently of Telezone's discontinuance—Minister's delegate relying on s. 21(1)(a), (b) giving Minister discretion to refuse to disclose advice or recommendations developed by or for government institution, account of deliberations involving employees of government institution—Application dismissed—While unfortunate process took as long as it did, Act not providing remedy for tardiness—No one at fault for time required for debate between Information Commissioner, Ministry officials as to interpretation, scope of Act to reach present state—Telezone arguing Minister maintaining refusal to disclose in face of legal opinion information should be disclosed, based on memorandum by Department of Justice lawyer—Author of memorandum characterizing comments as abstract, given without knowledge of actual documents—Not opinion disputed material should be disclosed—Memorandum neither indicating error of law, nor evidence

## ACCESS TO INFORMATION—Continued

of bad faith—No authority on meaning of exceptions in s. 21(1)(a), (b), but aimed at preserving integrity of government decision-making process—Underlying policy consideration that too much public disclosure could inhibit open, frank communication between government advisers, decision makers—S. 21(1)(a), (b) not requiring proof of harm—Best approach to review disputed material in light of evidence as to how, why came into existence to determine whether exception claimed for each particular item should be upheld, based on language of exception read in ordinary sense—Licence applicants provided with general information about objectives of licensing program, considerations to be taken into account, but relative weight ascribed to various factors, underlying policy objectives for various criteria or manner in which scores to be determined, never disclosed—Discussion of policy options concluding with recommendation "recommendation" within s. 21(1)(a)—In ordinary sense "advice" could include discussion of policy matters, options even if no suggested conclusion as to resolution of policy debate—Not always possible to put "facts, "advice", "recommendations" in airtight compartments; many documents having more than one aspect—Based on source, function of documents referring to weighting percentages, related policy discussions, this information essential, substantive component of advice, recommendations made to Minister in connection with decision to grant licences—Internal Ministry memorandum describing process by which financial plans of licence applicant initially assessed, summarizing relative rankings of applications with respect to supporting data, plausibility, assessment of financial plans—Describing facts, in sense of events that occurred—These events comprise analysis writer undertook in reaching conclusions—Account of deliberations by government officials—To extent contains advice to working group as to merits of financial aspects of licence applications, also falls into category of advice or recommendations—Memorandum about decision as to number of licences to be awarded combination of advice, recommendations, *prima facie* within s. 21(1)(a), (b)—Information about scores awarded to application of Telezone, other applicants intended to convey

**ACCESS TO INFORMATION—Continued**

advice, recommendations—Handwritten memorandum prepared by person from working group to use as speaking notes for presentation to selection panel disclosed except for one cryptic comment Minister may refuse to disclose as account of deliberations—Sentences in briefing note to Minister, giving background information relating to licensing decision, briefly stating reasons for certain conclusions reached with respect to specific aspects of licence applications—Account of deliberations even though made after deliberations concluded—Written record of conclusions reached by members of working group, selection panel at various stages of evaluation process, with some analysis included in some documents characterized as account of deliberations, but as came into existence as part of process of preparing advice for selection panel or Minister, also within category of advice or recommendations—Internal Ministry correspondence relating to security arrangements, choice of personnel, procedural matters, including internal circulation of evaluation criteria, disclosing careful consideration given to questions of security, fairness of deliberative process—Ancillary to decisions as to granting of licences, but no less important—That these documents embody discussions of procedural issues of concern to Ministry officials mark them as accounts of deliberations—Also apparently formed basis of advice to Minister on procedural matters—On either ground Minister may refuse to disclose them—All of disputed material within s. 21(1)(a), (b)—S. 48 imposing burden of establishing authority to refuse to disclose record on government institution concerned—Minister's right to refuse to disclose particular information established when established information within statutory exception—Wherever burden of proof lies, all of evidence must be considered—Even if burden of proof on Minister with respect to discretionary aspect of decision to refuse to disclose, not precluded from meeting burden through evidence adduced by others—Documents relating to propriety of exercise of Minister's discretion in application record only by virtue of being appended to affidavits adduced on behalf of Information Commission, thus hearsay—Hearsay evidence cannot be rejected out of hand, but should not be accepted without considering whether necessary, reliable—Direct evidence of people with best knowledge of facts not available when needed for application—Condition of "necessity" met—But necessity not precondition to accepting hearsay evidence—Merely factor to consider against circumstances of entire case, including reliability factor—Reliability of documents as proof of truth of contents questionable as untested by cross-examination, created in course of investigation (thus may be viewed as instruments of advocacy rather than simple recitation of fact)—Investigation disclosed no evidence Minister's discretion improperly exercised—Excessively formalistic to disregard documents merely because hearsay—Such documents more likely than not to reflect reasons for Minister's decision not to disclose disputed material—Support Minister's assertion discretion exercised in good faith, for reasons rationally

**ACCESS TO INFORMATION—Concluded**

connected to purpose of statutory exceptions relied on—No evidence to contrary—Case involved important, although not particularly difficult questions of interpretation of s. 21(1)(a), (b) not considered before—Applicants entitled to award of costs on party and party scale pursuant to s. 53(2) even though applications not successful—Each applicant entitled to own award of costs and should not be required to share single award—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 21(1)(a),(b), 42, 48, 53(2).

3430901 CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF INDUSTRY) (T-648-98, T-650-98, Sharlow J., judgment dated 17/11/99, 41 pp.)

Application for review under Access to Information Act, s. 42(1)(a) of decision by Commissioner of RCMP not to disclose records requested by Gordon Ronalds—Latter wrote to RCMP requesting copies, lists of numerous documents under their control, in their possession—RCMP replied all information requested exempt from disclosure under Access to Information Act, s. 19(1)—Mr. Ronalds complaining to Information Commissioner of Canada—Commissioner of RCMP refusing to release information requested by Information Commissioner—Application subject to procedural requirements stipulated in Access to Information Act—Term balance of probabilities encompassing other terms comfortably, adequate for purposes of resolving dispute—Information requested satisfies definition of personal information found in Privacy Act, s. 3(b)—Whether exemption to s. 3(b) contained in s. 3(j) applies to information—Court engaged in exercise of interpreting both Access to Information Act, s. 19, Privacy Act, s. 3—After careful consideration, balancing of respective interests entrenched in both enactments, Court concluding general nature of s. 3(j) not retrospective—No evidence before Court to suggest respondent considered applicant's request for public interest waiver under Privacy Act, s. 8—Court bound by reasons of La Forest J. in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403—No evidence respondent has exercised statutory discretion to consider whether information in question might be disclosed under Privacy Act, s. 8(2)(m)(i)—Respondent failing in exercise of discretion required under Access to Information Act, s. 19(2)—Information requested by applicant not required to be disclosed under Access to Information Act, s. 19(1)—Matter of whether information should be released under Privacy Act, s. 8(2)(m)(i) to be considered by respondent—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 19, 42—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 34), 8(2)(m)(i).

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (COMMISSIONER OF THE ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (T-635-99, Cullen J., order dated 18/11/99, 16 pp.)

**ARMED FORCES**

Application for summary judgment under rr. 213 to 219 on ground no genuine issue for trial—Relief requested dismissal of action with costs—Plaintiff employed in Canadian forces—Action initiated in December 1986 as result of plaintiff's impending mandatory retirement from CF under Queen's Regulations and Orders for Canadian Forces (QR&O)—In June of 1990, plaintiff, defendant concluding settlement of all of plaintiff's claims in action commenced in December 1986—Plaintiff re-enrolled in CF in accordance with settlement—In June 1994, CF provided notice to plaintiff latter would be released from service effective July 6, 1995, day before 56th birthday—On October 28, 1994, plaintiff filed complaint with Canadian Human Rights Commission (CHRC) alleging discrimination on basis of age, contrary to Canadian Human Rights Act, s. 7—Complaint dismissed by CHRC—For motion for summary judgment to succeed, Court must be convinced case ought not to proceed to trial as no genuine issue to be tried—Issue whether case so doubtful not deserving consideration by trier of fact at future trial—Plaintiff released in July 1995 from service with CF pursuant to contract voluntarily entered into by him, not pursuant to QR&O—Action disclosing no genuine issue for trial—Release at end of term contract of employment not amounting to termination of employment by reason of prohibited ground of discrimination under Canadian Human Rights Act or under Canadian Charter of Rights and Freedoms—Application for summary judgment granted, action dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219—Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1994 Revision)—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 7—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].

OLMSTEAD V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-126-98, Gibson J., judgment dated 22/10/99, 11 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION****EXCLUSION AND REMOVAL**

Application to stay execution of removal order of two applicants, brother and sister, to Somalia, pending disposition of application for leave and judicial review of refusal of H & C application—Applicants born in Mogadishu and lived there 4 years until forced to flee with mother to Ethiopia following arrest of father—Remained there 12 years where learned Amharic and lost use of Somali—Entered Canada in 1992 and applied for refugee status—CRDD found applicants had not demonstrated they were nationals of Somalia and therefore had no well-founded fear

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

of persecution—Post-determination refugee claimants in Canada class review unfavourable—H & C application unsuccessful—Applicants told would be deported to Somalia, without indication of which city there—Execution of deportation order stayed pending disposition of application for leave and judicial review of refusal of H & C application—In *Kahn v. University of Ottawa* (1997), 34 O.R. (3d) 535, Ontario Court of Appeal held where decision turning on credibility, decision maker should not make adverse finding without first hearing from affected person—Applicants herein did in fact have hearing before CRDD, as result of which adverse credibility finding made with respect to status as Somali nationals—As both PDRCC officer and H & C officer assumed applicants in fact Somali nationals, hearing would have served no purpose, at least on that score—Fact officer conducting H & C review referred to CRDD and PDRCC decisions did not mean officer limited her consideration to those decisions or gave them undue weight—At conclusion of argument, counsel for applicants moved to amend notice of application and notice of motion to include new ground of review: whether reasons had been given at all—Document purporting to be reasons did not in fact disclose basis on which decision made—Therefore, serious issue raised: whether applicant in fact provided with reasons and, if so, whether reasons adequate—Serious issue satisfying first part of three-part test—As to irreparable harm, in absence of Minister committing to particular destination, fairness to applicants requiring Court to assume they will be deported to place most dangerous to them—On basis of evidence, deportation to Mogadishu would constitute irreparable harm because of serious risk of harm to applicants—Latter finding not general finding that due to country conditions, no failed refugee claimant can ever be returned to Somalia—Applicants' situation unique—Having regard to risk of physical harm to applicants, balance of convenience favours them—Applicants granted leave to amend notice of application to include as ground for review absence of, or adequacy of, reasons for refusal of H & C application.

SHAWESH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4845-99, Pelletier J., order dated 12/11/99, 10 pp.)

**IMMIGRATION PRACTICE**

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division's (CRDD) decision applicants' claims abandoned—Applicants citizens of Sri Lanka—Another panel of CRDD ruling not Convention refugees—That decision set aside on judicial review; matter remitted to different panel of CRDD—Hearing scheduled to be heard September 14, 1998—Applicants not attending due to adult female applicant's illness—Telephon

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

ing lawyer's office, leaving message on answering machine, but not telephoning CRDD—Applicants' lawyer neither attending hearing nor informing CRDD because involved in motor vehicle accident—Telephoned case clerk at CRDD upon return to office, followed by letter—Board waiting 50 minutes for applicants to appear before deciding to commence abandonment proceedings—Board issuing notice to applicants informing them hearing into failure to attend hearing on September 14, 1998 would be held on November 2, 1998—Applicants, counsel present on that date—Board recommending claims be declared abandoned—On November 10, 1998 notice of abandonment issued, incorrectly stating applicants not attending November 2, 1998 hearing—On April 12, 1999 Board issued corrected notice of abandonment—Whether amended notice can be issued by CRDD—Judicial review application as relates to invalidity of amending decision denied—*Koulikov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 426 (T.D.) (QL), holding even though first decision clearly wrong, duly amended by valid second decision in circumstances where clear first decision sent out by mere administrative error, not reflecting intention of Board, applicant present at hearing when Board stated real reasons in support of decision—Amended notice of abandonment valid—Judicial review as relating to reasonableness of abandonment of claims allowed.

CHANDRAKUMAR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2128-99, O'Keefe J., order dated 1/12/99, 7 pp.)

## JUDICIAL REVIEW

Appeal from trial judgment ((1998), 158 F.T.R. 268) certifying question: whether Convention Refugee Determination Division of Immigration and Refugee Board demonstrating reasonable apprehension of bias in considering issue of exclusion (Convention, Art. 1 (E), (F) when Minister neither notified issue of exclusion to be considered nor taking part in proceeding—Appellants arguing Board compromising non-adversarial nature of proceedings before it in assuming itself onus of proving exclusion—Submitting such onus on Minister—Premises of argument unsound—(1) Argument Board may not determine issue of exclusion in absence of Minister rejected in *Arica v. Minister of Employment and Immigration* (1995), 182 N.R. 392 (F.C.A.)—Where neither Immigration Act nor Convention Refugee Determination Division Rules requiring Minister's participation in proceedings before Board, Board neither biased nor demonstrating reasonable apprehension of bias merely by holding inquiry in Minister's absence—(2) Argument government cannot satisfy burden of proof if Minister not participating in proceeding false—Onus of proof should not be confused with standard of proof—No reason, in principle,

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

why Board could not be satisfied, on basis of evidence filed by hearing officer and claimant, that claimant falling within exclusion clause—Appeal dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45.

ASHARI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-525-98, Décarry J.A., judgment dated 26/10/99, 5 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Citizens*

Appeal from Citizenship Judge's decision applicant did not have adequate knowledge of Canada and responsibilities and privileges of citizenship, and refusing, under Citizenship Act, s. 15(1) to recommend favourable exercise of discretion by Minister or Governor in Council—Issue whether negative recommendation "decision" within meaning of Citizenship Act, s. 14(5)—In Act, decision to reject application not made until after Citizenship Judge has considered whether or not to recommend exercise of discretion by Minister or Governor in Council—Determination not to approve application not becoming decision until after refusal to recommend exercise of discretion—"Determination" and "decision" therefore have separate and distinct meanings in legislative scheme—For purposes of appeal under Act, "decision" intended to encompass both determination and refusal to exercise discretion—Conclusion recommendation may constitute "decision" for purposes of judicial review supported by *Moundjian v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1999] 4 F.C. 624 (C.A.), wherein Robertson J.A. stated case law revealing term "order or decision" having no fixed or precise meaning but, depending upon statutory context in which advisory decision made, having regard to effect of such decision on rights and liberties of those seeking judicial review—Furthermore, Citizenship Judge erred either by failing to consider medical evidence or by misapprehending it—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 14(5), 15(1).

ABDULE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-2065-98, McGillis J., judgment dated 1/10/99, 13 pp.)

*Convention Refugees*

Application for judicial review of immigration officer's decision refusing to reopen applicant's claim for Convention refugee status—Applicant arrived in Canada in April 1998 as stowaway on ship—First claimed refugee status, then signed form indicating did not want to continue refugee claim—On same day, senior immigration officer (SIO)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

issued departure order—Applicant then changed his mind, saying afraid to go back to Iraq and wanting to continue refugee claim—Immigration officer denied application, stating applicant not entitled to SIO review for reopening refugee case—Application allowed—According to Act, s. 44(2), as soon as immigration officer established that applicant was claiming refugee status and was not person against whom removal order had been made but not executed, required to forthwith refer claim to SIO—Pursuant to Act, s. 45(1), SIO then had to ascertain whether applicant eligible to have claim determined and, if subject of report under Act, s. 27(2), make removal order against him—In December 1998, applicant applied to SIO to have claim for refugee status reopened—Clearly wanted decision not to refer case to SIO reconsidered and initial claim for refugee status reopened—Immigration officer erred in considering December 1998 application new claim for refugee status instead of application to have initial claim reopened—Also erred in deciding applicant not entitled to review of application to reopen claim by SIO—Applicant herein had in fact made claim for refugee status, not simply expressed intention to do so—At that point, immigration officer required under Act to forthwith refer claim to SIO, which failed to do—Under Act, s. 45(1), only SIO could determine applicant eligible to have claim determined by Refugee Division—Only SIO could make decision on application to have claim reopened—In acting as he did, immigration officer assumed jurisdiction of SIO—Even assuming immigration officer had jurisdiction to make decision, erred in making it as no reference in Act to matter less than actual claim to refugee status which could be characterized as “only intent to make claim”—Relevant questions certified—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(2) (as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, ss. 16, 123); 44(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 35), 45(1) (as am. *idem*; 1995, c. 15, s. 8).

BAGEH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-677-98, Denault J., order dated 22/11/99, 10 pp.)

Judicial review of CRDD decision applicants having internal flight alternative (IFA), while accepting gender-related fear of persecution, state not available to protect them—Applicants attacking decision for CRDD’s failure to refer to statement in report filed by psychologist, Dr. Pilowsky, that if principal applicant required to return to Argentina, site of traumatizing stressor, would become traumatized and psychological condition worsened—Not clear whether Dr. Pilowsky referring to Mendoza or any location in Argentina as site of traumatizing stressor—No evidence asked to consider distinction—In *Taher v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 233 (F.C.T.D.) and *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

F.T.R. 35 (F.C.T.D.) counsel’s submissions before refugee panels focussing specifically, emphatically on psychologists’ reports concerning claimants’ post-traumatic stress disorder in context of IFA—Principal issue in memoranda of law in support of those applications for judicial review failure of panels to consider psychologists’ reports in IFA analyses—Before CRDD herein, applicants’ former counsel not mentioning applicant’s psychological condition or Dr. Pilowsky’s report when specifically asked to address IFA issue during argument—Issue only raised in this Court in oral submissions—CRDD considering Dr. Pilowsky’s report, to extent relied upon by applicants to support claim of gender-related persecution—As applicants’ then counsel not referring to Dr. Pilowsky’s report, inappropriate to set aside decision because reasons not referring to report, which is at best equivocal concerning IFA, and which was not relied upon before tribunal on this issue—In *Taher and Cepeda-Gutierrez*, treatment of psychologists’s report before panel enabled Court to characterize evidence as important for IFA—Cannot do so in this case—Application dismissed—Case inviting close examination of Minister, officials—That applicant’s fear of unpredictable behaviour of former employer, who subjected her to grievous abuse not totally unwarranted, humanitarian or compassionate consideration which might allow applicant, who has been in Canada almost five years to remain in country.

VILDOZA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5489-98, Lutfy J., order dated 14/10/99, 10 pp.)

Judicial review of CRDD decision respondent Convention refugee—Respondent, Sikh from India, joining All India Student Sikh Federation (AISSF) in 1978—Actively involved in protesting treatment of Sikhs, advocating for greater rights for Sikhs, organizing AISSF branches—President of AISSF for Rajasthan State in 1981; organizing secretary, member of High Command in AISSF in 1983—Left India in 1984, set up International Sikh Youth Federation (ISYF) (before confrontation at Golden Temple)—Arrived in Canada in February 1985, set up branches of ISYF in various Canadian cities until resignation in 1986—CRDD finding respondent had good grounds to fear persecution should he return to India—Applicant submitting CRDD not addressing *Rome Statute for the International Criminal Court*, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, July 17, 1998, setting out standards concerning crimes against humanity and war crimes—Alleging this instrument clarifying crimes against humanity need not be both systemic and widespread—Applicant adding CRDD completely failed to analyze alleged acts of violence of ISYF to determine whether acts constituted crimes against humanity, and if so, whether respondent

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

complicit in crimes—Application dismissed—*Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.) establishing: (1) exclusion clause should be narrowly construed in view of possible persecutory awaiting persons who might otherwise be declared Convention refugees; (2) to invoke exclusion clause, personal involvement in persecutory acts must be established; (3) applicability of exclusion clause not depending on whether claimant charged or convicted of acts set out in Convention; Minister's burden to meet standard of proof embraced by term "serious reasons for considering"—Although CRDD deciding evidence not establishing respondent personally committing crimes against humanity, erred by relying upon fact leaders not convicted of crimes as proof of lack of responsibility for acts—CRDD nevertheless finding as fact respondent not involved while in India with violence of leaders, and not present during Golden Temple confrontation—Making no determination as to obligations of ISYF, but satisfied respondent resigned when became aware of any illegal or terrorist activities—Finding claimant's testimony generally credible—Courts must not revisit facts, weigh evidence—Only where evidence reasonably incapable of supporting tribunal's findings will fact finding be patently unreasonable—Court not convinced CRDD's findings of fact patently unreasonable.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. NAGRA (IMM-5534-98, Rouleau J., order dated 27/10/99, 8 pp.)

### *Permanent Residents*

Compassionate and humanitarian considerations—Application for judicial review of refusal of H & C application—Applicant's family granted landing in 1992—Applicant, then under 19, could not come as required to complete military service—That done, and applicant 21, applied as independent for landing and for H & C consideration, invoking departmental policy and Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) of 1992 amendments to Immigration Regulations, providing for eligibility of unmarried sons over 19 unable to accompany parents when still dependent because of obligation to perform military service—Application nevertheless refused, visa officer (VO) making no reference to RIAS, policy—Application allowed—Issue VO's consideration under H & C grounds and whether gave sufficient consideration to policy concerning persons not qualifying under Regulations, s. 2(1) by reason of military service—Although policy cannot be advanced for purpose of adding to s. 2(1), consideration sufficiently important to be mentioned in RIAS and departmental policy—As such, must be relevant consideration when taking into account H & C grounds—VO's failure herein to comply with duty to consider policy, weigh it

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

(*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817) had direct bearing on outcome of decision—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) "dependent son"—Immigration Regulations, SOR/92-101, RIAS.

YU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1523-98, Richard A.C.J., order dated 29/10/99, 12 pp.)

Applicant citizen of Libya—Application for permanent residence as entrepreneur denied on two grounds—One based on definition of "entrepreneur" in Immigration Regulations, s. 2(1)—Applicant trained in Libya as lawyer, employee of Government of Libya for 35 years—Told visa officer earned commissions by providing business advice to Italian companies selling grain products to Libya—Nature of advice not explained—Visa officer inferring such activities illegal in Libya, "business advice" actually influence peddling—Visa officer's conclusion applicant did not meet definition of "entrepreneur" not perverse, unreasonable—Applicant's government, business experience not establishing ability, intention to participate in management of two Canadian companies—Visa officer not giving applicant opportunity to respond to concern Immigration Act, s. 19(2)(a.1)(ii) might apply to him—Breach of visa officer's duty of procedural fairness—Breach of duty of procedural fairness, natural justice normally vitiates decision, but exceptions—Visa officer entitled to believe activity characterized as "business advice" illegal under Libyan law—Factual conclusion, combined with absence of evidence of other business experience, justified visa officer's determination applicant did not meet definition of "entrepreneur"—Application dismissed—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) "entrepreneur" (as am. by SOR/79-851, s. 1; 83-837, s. 1)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(2)(a.1)(ii) (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3; S.C. 1992, c. 49, s. 11).

SEBAI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4565-98, Sharlow J., order dated 12/10/99, 8 pp.)

Application for judicial review of visa officer's (VO) refusal to grant visa on basis application not having necessary qualifications for archivist according to National Occupational Classification (NOC)—"Education and training" and "occupational factor" categories need to be considered in detail herein—Application allowed—NOC indicating "master's degree in archival studies, library science or history usually required"—VO erred in concluding that as applicant only had bachelor's degree in history, did not have necessary qualifications for archivist—VO interpreted words "usually required" as though they read

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

“always required”—Undisputed that for purposes of “education and training” category in Schedule I of Immigration Regulations, phrase “usually required” in description of education requirements for occupation read as “always required”—However, does not follow that words “usually required” must be read same way in assessing number of points in “occupational factor” category—“Usually required” therein meaning just that—No basis for VO’s conclusion that person without master’s degree in archival studies, library science or history unable, for that reason alone, to meet employment requirements for archivist—In spite of *Nemati v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1193 (T.D.) (QL), nothing in interpretive provisions of NOC stating that when educational level “usually required”, applicant must meet it unless VO satisfied “significant and substantial” factors in file making it likely applicant could overcome absence of usual requirement—Nevertheless, must be some persuasive reason for thinking applicant will be able to hold employment in intended occupation despite fact “usual” educational qualifications not present: *Hara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 1395 (T.D.) (QL)—VO herein should have considered applicant’s education, training and experience in its entirety with view to determining whether it was approximate equivalent of master’s degree in archival studies, library science or history—Court not satisfied VO made reasonable assessment of applicant’s work experience with that question in mind—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, Schedule I (as am. by SOR/79-167, s. 5; 85-1038, s. 8; 93-44, ss. 24, 25; 93-412, ss. 17, 18; 97-184, s. 9; 97-242, ss. 3, 5).

KARATHANOS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5011-98, Sharlow J., order dated 5/10/99, 10 pp.)

Humanitarian and compassionate considerations—Judicial review of immigration officer’s decision applicant not exempted from requirements of Immigration Act, s. 9(1) on account of humanitarian and compassionate (H & C) considerations—Applicant entering Canada illegally—Convention refugee claim denied—Married permanent resident of Canada—Immigration officer finding applicant not credible because of past problems with welfare—*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 establishing reasonableness as new standard of review of discretionary decisions—Court must ask if evidence supporting conclusions; verify if conclusions drawn from evidence logical—Discretion conferred on immigration officer under s. 114(2) must be exercised in accordance with values underlying grant of discretion i.e. evaluation which is respectful of H & C considerations—Guidelines for officers exercising discretionary powers directing immigration officers to consider marriage to Canadian resident as

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

criteria which may lead to positive decision under s. 114(2)—Application allowed—Immigration officer, notwithstanding discretionary powers conferred pursuant to s. 114(2), acted unreasonably when determined insufficient H & C considerations to justify exemption from Act—Considering uncontradicted evidence marriage took place (pictures, video, affidavit of applicant’s father-in-law), discrepancies in applicant’s testimony as to who was in attendance, no evidence marriage not *bona fide*—Conclusion “numerous contradictions” incorrect, not taking into account H & C factors i.e. genuine nature of spousal relationship—Although credibility factor to consider in evaluation of *bona fide* marriage, that applicant lied to collect welfare remotely pertinent to authenticity of marriage—That applicant in country illegally, marriage representing last chance to remain in Canada perhaps warranting more vigilant examination, but not precluding fair evaluation of evidence to determine if marriage *bona fide*—Evidentiary foundation not supporting decision—Immigration officer acted unreasonably in affording little consideration to authenticity of marriage—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 114(2) (as am. *idem*, s. 102).

AUWAH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-272-99, Tremblay-Lamer J., order dated 7/12/99, 7 pp.)

Humanitarian and compassionate considerations—Application for judicial review of immigration officer’s refusal of application for exemption on humanitarian and compassionate grounds (H & C application)—H & C application following unsuccessful application for Convention refugee status, judicial class review, post-determination refugee claimants in Canada class review—Applicant citizen of Sri Lanka—Marriage to Canadian citizen in Canada, child born of marriage—However, marriage not legal as not properly registered—Application allowed—Interview notes taken by immigration officer disclose absolutely no analysis of written material before interviewing officer and of results of interview—No affidavit filed by immigration officer in present application that might have disclosed process of analysis by which decision to deny landing from within Canada arrived at—Although notes of interviewing officer herein eventually provided to applicant, notes leave it entirely to inference as to how, and for what reasons, interviewing officer reached his decision—Subsequent document entitled “case summary” providing some analysis but focussing entirely on whether marriage one of substance, duration thereof and whether entered into in good faith—No mention of impact of denial of H & C application on child—As in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, immigration officer herein completely dismissive of interests of child and same result must follow—Immigration officer’s decision unreason-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

able exercise of power conferred by legislation, and must be overturned—Decision under review might be reasonably open to immigration officer but failure to emphasize rights, interests and needs of child and to provide special attention to childhood in rationale for decision meant immigration officer did not consider child as important factor in making decision, with result decision, on analysis provided, simply not reasonably open to decision maker.

NAVARATNAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-555-99, Gibson J., order dated 6/12/99, 7 pp.)

Motion to strike application for order declaring applicant permanent resident of Canada; *mandamus* compelling Department of Citizenship and Immigration to process sponsorship application—Applicant Siham Askar obtaining permanent resident status in 1978—Returning to Lebanon in 1980 to care for sick mother-in-law—Returning to Canada in 1996, showing permanent resident document at Customs—In 1997 applied to sponsor husband, children—Questions arising as to whether Siham Askar permanent resident—S. 27 report to Deputy Minister stating Siham Askar entering Canada as visitor, remaining in Canada after ceasing to be visitor—In May 1998 Siham Askar making submissions as to permanent resident status—Now submitting no proceedings taken to determine permanent resident status—Motion dismissed—Application for judicial review seeking declaration, *mandamus* not so clearly improper as to be bereft of any possibility of success—(i) Minister submitting Siham Askar not exercising right of appeal to Immigration Appeal Board—As Deputy Minister not exercising authority under Immigration Act, s. 27, neither senior immigration officer nor adjudicator making removal order—Removal order condition precedent to exercise by that person of appeal rights under s. 70—Federal Court Act, s. 18.5 inapplicable because qualified by words “to the extent that it may be so appealed”—(ii) Minister submitting decision regarding permanent residency that of immigration officer, and accordingly application for judicial review thereof may be commenced only with leave of Court pursuant to Immigration Act, s. 82.1—Applicant submitting never formally advised of loss of permanent resident status; no proceedings commenced to refer question of status to adjudicator—Believes herself to be permanent resident; nature of proceeding to require visa officer to process applications for permanent residence of husband, children—S. 82.1(2) not bar to application—Applicant simply seeking *mandamus* to enforce right to sponsor family in face of refusal to process sponsorship application—That also seeking declaration continuing to be permanent resident not altering analysis, not necessarily involving decision by immigration officer—Debatable issue—(iii) Minister submitting *mandamus* cannot lie because visa officer in

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Damascus having no duty to process application regarding Siham Askar’s husband, dependants until issue of permanent resident status determined—Contradicting earlier grounds premised on fact decision made in respect of Siham Askar—This argument giving credence to applicant’s position, i.e. permanent resident status not lost—Support found in *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.)—(iv) Minister submitting application seeking relief in respect of two separate decisions: decision regarding permanent residency, also regarding visa officer’s decision to stop processing application—On facts, not clear decision made with respect to Siham Askar’s permanent resident status—(v) Minister submitting applicant not providing date, details of specific order with respect to which judicial review sought—Applicant arguing no decision made with respect to permanent resident status—Applicant’s position arguable—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 27 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 47, s. 78; c. 49, ss. 16, 123(b); 1995, c. 15, s. 5), 32 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 5; (4th Supp.), c. 28, s. 11; S.C. 1992, c. 49, s. 21), 70 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 8; (4th Supp.), c. 28, ss. 18, 35; c. 29, s. 6; S.C. 1992, c. 49, s. 65; 1995, c. 15, s. 13), 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 53; 1992, c. 49, s. 73)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.5 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

ASKAR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3296-99, Lemieux J., order dated 2/11/99, 17 pp.)

Application for judicial review of alleged decision of visa officer at Canadian Embassy in Tunis, Tunisia refusing to issue Minister’s permit to applicant under Immigration Act, s. 37—Applicant citizen of Libya—Moved to Canada in August 1994, living with husband in Swift Current, Saskatchewan—Husband filing application for permanent residence with applicant as dependant at Canadian Consulate General in Buffalo, New York—Applicant travelling to Tripoli, Libya following sister’s death—Minister’s delegate informing applicant of decision to refuse her application for visitor’s visa as she did not meet definition of visitor—Whether Minister’s delegate made “decision” within meaning of Federal Court Act, s. 18.1—Words “I have however set the condition under which I would be ready to issue a permit” constituting decision to limit criteria to be considered on Ministerial permit respecting applicant to those contained in section 2.8.1 of *Immigration Manual: Overseas Processing*, OP 19, Minister’s Permits. Ottawa: Citizenship and Immigration Canada, 1996 (loose-leaf)—Manual having significant importance respecting soundness of decision-making in present application—Criteria to be applied on application for Minister’s permit including all those outlined in section 2.8—Limit placed by Minister’s

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

## —Concluded

delegate error of law—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 37 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 26)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

ALI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4702-99, Campbell J., order dated 15/10/99, 7 pp.)

**CROWN****CONTRACTS**

Application for summary judgement—Plaintiff successful bidder for construction of RCMP detachment facility, residence at Faust, Alberta—After construction commenced, determined soil conditions at project site wetter, less stable than indicated in pre-bid information package—On September 21, 1990 plaintiff's solicitor writing to defendant's solicitor proposing settlement, acceptance of which to release Public Works Canada from any and all claims arising at site prior to September 15, 1990—Defendant accepting proposal in manner indicated on September 24, stating change order would be issued formally incorporating agreement into contract—While some form of change order issued, form in dispute—Plaintiff resumed work until late in 1990—Statement of claim alleging Public Works negligent in making representations in pre-bid information package—Not alleging wrongdoing by defendant after September 15—*Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853 (T.D.) setting out principles underlying determination of application for summary judgment: Court must be convinced no genuine issue to be tried; question not whether party cannot possibly succeed at trial, but whether case so doubtful not deserving consideration by trier of fact at future trial; mere existence of apparent conflict in evidence not precluding summary judgment; Court should take "hard look" at merits, decide if issues of credibility to be resolved—Application granted—Offer of settlement, once accepted on behalf of defendant, constituted binding contract of settlement—In no way contingent on issuance of change order incorporating it into construction contract—Solicitor may bind client by compromise unless client limited authority and opposing side having knowledge of limitation of authority: *Scherer v. Paletta* (1966), 57 D.L.R. (2d) 532 (Ont. C.A.)—Plaintiff claiming limitation of authority, but defendant unaware of such limitation—Settlement required no Court order to give effect to it; Court merely called upon to give effect to it only when plaintiff refused to be bound by it—No genuine issue to be tried, plaintiff having agreed to release defendant from all claims arising at site prior to September 15, 1990—Plaintiff's case so doubtful as to not deserve consideration by trier of fact at future trial—While issues of credibility on evidence now before Court, credibili-

**CROWN—Concluded**

ty issues however determined, would not affect outcome of action.

BEMAR CONSTRUCTION LTD. V. CANADA (T-1215-91, Gibson J., order dated 20/10/99, 9 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****CUSTOMS TARIFF**

Appeal from order ((1997), 130 F.T.R. 174) dismissing application for judicial review of respondent's decision rejecting appellant's request for refund of certain duties pursuant to Customs Tariff Act, s. 77—Act providing for remission of customs duty when machinery, equipment not available from production in Canada—Permitting Minister to establish list of such machinery, equipment in which case customs duties not payable—When machinery, equipment not on list, applicant may apply for remission and, if Minister satisfied machinery, equipment not available from production in Canada, may remit customs duties paid on importation—Remission authority granted for specified period, during which refunds of customs duties paid on importation may be claimed—In 1989 W.C.I. Manufacturing applying under s. 76(1) for remission of customs duties for purpose of importing solenoid valves, parts for manufacture of washing machines—In February 1990, Minister issuing remission authority for May 1, 1989 to February 28, 1995—In January 1994 Minister issuing Memorandum D8-5-1 permitting assignment of rights to remission, except under remission authority for production parts—On February 24, 1995, W.C.I. Manufacturing assigned remission authority to appellant—On February 27 appellant applied for refund of customs duties—Minister rejecting claim on basis goods production parts—*Per* Isaac C.J. (Linden J.A. concurring): appeal dismissed for reasons given by Motions Judge—Minister's discretion not fettered—Not contrary to plain meaning of Minister's policy statement to have applied transferability prohibition to remission order issued prior to publication of statement—*Per* Rothstein J.A. (*dissenting*): Minister not having discretion to refuse refund under s. 77(1)—Minister issuing remission authority long before issuing Memorandum D8-5-1—When remission authority issued, not subject to any restriction on assignment—Once issued, Minister had completed exercise of discretion vested in him under s. 76(1), (2)—Provided applicant complying with s. 77, entitled to refund—S. 77(2)(a) requiring application for refund be supported by such evidence as Minister may require—While giving Minister discretion as to evidence may require, not conferring upon Minister authority to re-exercise discretion vested in him under s. 76(1), (2) and in respect of which *functus* when refund application made—S. 77(2)(b) providing application for refund to be made in prescribed manner, form containing prescribed

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

information—No regulations prescribed in respect of s. 77(2)(b)—Informality of refund application process not vesting in Minister discretion to refuse application for refund if made by assignee of remission authority—Minister neither restricting remission authority pursuant to s. 76(1), (2) by providing not assignable in whole or in part, nor revoking authority in accordance with s. 76(3)—Assignee standing in shoes of person to whom remission authority issued, entitled to refund to which original applicant for remission entitled; refund should have been allowed—Customs Tariff Act, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41, ss. 76, 77.

SMC PNEUMATICS (CANADA) LTD. v. DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE (A-397-97, Isaac C.J. and Rothstein J.A., judgment dated 21/10/99, 9 pp.)

**EXCISE TAX ACT**

Appeal from Trial Division decision ((1997] 131 F.T.R. 290) involving interpretation of Excise Tax Act, s. 44.19(1)—Licence plates in question purchased by Crown in right of Saskatchewan—Purchased by Saskatchewan Government Insurance (SGI), statutory agent of Crown, by expenditure of funds belonging to Crown—Whether SGI made “use” of licence plates as contemplated by Act, s. 44.19(1)(b)—There may be more than one purpose for purchase of taxable goods—Rebate excluded if any of those purposes involves use described in s. 44.19(1)(a), (b), (c)—SGI using licence plates when issuing licence plates to motorists for purpose of administering automobile registration system for province, as well as for operating compulsory automobile insurance scheme—By ordinary meaning of word “use”, SGI thus using plates in carrying out duties with lawful control of plates for these purposes—Appeal dismissed—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, s. 44.19 (as am. by S.C. 1986, c. 9, s. 34).

SASKATCHEWAN (GOVERNMENT INSURANCE) v. CANADA (A-513-97, Strayer J.A., judgment dated 9/12/99, 4 pp.)

**EVIDENCE**

(i) Motion by applicant for order for directions with respect to hearing of application pursuant to Access to Information Act, s. 42(1)(a); motion by respondent for order (ii) directing return of document protected by Canada Evidence Act, s. 39 mistakenly disclosed to applicant during investigation, (iii) prohibiting applicant from using any documents obtained from respondent subject to solicitor-client privilege, (iv) pursuant to Federal Court Rules, 1998, rr. 151, 152 directing all documents obtained by applicant during investigation be treated as confidential—Motions arising out of application for judicial review seeking order directing records containing background explanations,

**EVIDENCE—Continued**

analysis of problems, policy options presented to Queen’s Privy Council for Canada for consideration in making decisions, be disclosed to requester—(i) Nature of proceedings—Federal Court Rules, 1998, Part 5 governing all proceedings brought by way of application—Pursuant to r. 61(2), any proceedings referred to in r. 300 must be brought as application—Proceedings under Access to Information Act, s. 42 referred to in r. 300(b), governed by Part 5 of Rules—Rr. 304 to 314 setting out time frame for each procedural step—Rr. 151, 152 dealing with confidentiality, access to confidential material apply to applications governed by Part 5—Thus 1993 Practice Direction from Court governing applications under Access to Information Act, Privacy Act no longer applicable; no need to bring motion for directions—Party wishing to vary requirements of rr. 304 to 314, or to obtain leave to take additional steps under r. 312, may do so by bringing motion by personal appearance, at any general sitting of Court or without personal appearance, under r. 369—R. 384 permitting party at any time to bring motion to have proceeding managed as specially managed proceeding—As Part 5 rules set out timetable to move application through system quickly, must be substantial reason justifying proceeding being removed from timetable set out in Part 5—Given circumstances, history of proceeding, order granted that proceeding be managed as specially managed proceeding—(ii) In reply to Deputy Information Commissioner’s order to produce within five days, Deputy Clerk of Privy Council enclosing two lists, one of which entitled “Schedule of Excludable Documents” which briefly describes, lists all documents which Privy Council Office not producing—Evidence Act, s. 39 providing where Clerk of Privy Council objecting to disclosure of information by certifying in writing information constituting confidence of Queen’s Privy Council, disclosure shall be refused without hearing of information—Clerk of Privy Council subsequently issuing certificate under s. 39 covering each record referred to in Schedule, Schedule itself—Respondent then requesting applicant to return Schedule—S. 39(1) creating absolute privilege—As respondent had only five business days to produce 203 documents, plausible one document inadvertently provided—*Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 (C.A.), wherein held s. 39 certificate not effective bar to receipt of documents already disclosed by court, distinguished as Schedule inadvertently disclosed—S. 39 certificate can be issued at any time during proceeding and will have effect as of date certificate issued—Statutory protection not lost where documents mistakenly, inadvertently disclosed—Certificate constituting effective bar to production of Schedule—General administrative jurisdiction of Federal Court should not be narrowly interpreted: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626—Protected document herein obtained through compulsion in exercise of statutory power—Document, protected as matter of public policy, produced by inadvertence—Schedule ordered not filed with Court, but

**EVIDENCE—Concluded**

returned to respondent—(iii) Solicitor-client privilege should only be interfered with to extent absolutely necessary to achieve ends of Access to Information Act—In order to fulfil purpose, Act conferring broad powers of investigation, examination—S. 36(2) permitting Information Commissioner to examine any record notwithstanding any privilege under law of evidence; s. 46 permitting Court to examine any record notwithstanding any privilege under law of evidence—Power of examination conferred on Court by s. 46 including solicitor-client privilege—Privilege asserted cannot prevent Information Commissioner from introducing documents into record—Question of solicitor-client privilege, admissibility of such documents should be left to judge hearing application on merits—Privilege asserted satisfying Court of demonstrated need for confidentiality as required—Under r. 151(1) Court may order material to be filed shall be treated as confidential—R. 151(2) requiring Court be satisfied material should be treated as confidential—Documents for which claim of solicitor-client privilege asserted to be filed, dealt with confidentially in manner set out by rr. 151, 152—(iv) Judicial system resting on principle of open justice—Presumption in favour of public access; burden of contrary proof on person who would deny exercise of right: *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175—Onus on respondent to demonstrate remaining material should be treated confidentially—Access to Information Act, s. 47 contemplating special precautions against disclosure where head of government institution would be authorized to refuse disclosure—Affidavit filed herein only raising possibility documents in question could be subject to exemptions of Access to Information Act—Not sufficient to justify material be filed confidentially—Remaining documents filed on public record—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 36(2), 42(1)(a), 46(2), 47—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 61(2), 151, 152, 300, 304-314, 369, 384.

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) V. CANADA (MINISTER OF THE ENVIRONMENT) (T-1125-99, Richard C.J., order dated 15/11/99, 26 pp.)

**FEDERAL COURT JURISDICTION****TRIAL DIVISION**

Motion by Attorney General of Quebec for leave to intervene, dismissal for want of jurisdiction—There being no serious opposition, leave to intervene granted—Plaintiffs Indian persons living in northern Quebec—Not parties to James Bay Agreement—Asserting Aboriginal rights, title to parts of land covered by James Bay Agreement—Action claiming relief against federal Crown only, although large parts of relief claimed impact upon rights, powers of

**FEDERAL COURT JURISDICTION****—Concluded**

provincial Crown—Parts of what plaintiffs seek arguably not within Court's jurisdiction eg. declaration plaintiffs' rights, title taking precedence over federal, provincial Crown's rights in, on, under, over Oujé-Bougoumou lands—Federal Court Act, s. 17 not giving Court jurisdiction to grant relief against province—No doubt much of plaintiffs' claim within Court's jurisdiction—Claims against federal Crown *prima facie* part of Court's jurisdiction—That jurisdiction should be construed liberally—Plaintiffs launching similar proceedings in Superior Court of Quebec against provincial Crown at same time launched proceedings in this Court—Those proceedings rely upon same factual matrix as present action—Attorney General not party to those proceedings—With possible exception of paragraph relating to request for accounting, all allegations of statement of claim, paragraphs of prayer for relief could properly be brought before Superior Court, and latter Court would have full jurisdiction to deal with it—When action instituted litigants required to proceed in two courts where had claim against federal Crown and against other defendants—With amendments to Federal Court Act, situation now changed—Now that concurrent jurisdiction of provincial courts in actions against federal Crown clearly recognized, close to abuse of process for plaintiff to split action in two courts of equally competent jurisdiction—Serious danger of contradictory, conflicting judgments, embarrassment to one court or other—Federal Court Rules, 1998, r. 3 requiring interpretation of Rules so as to secure just, most expeditious, least expensive determination of proceeding on merits—Federal Court Act, s. 50 giving Court discretionary power to stay proceedings, specifically where parallel proceedings pending in another court—Very close to present situation—In interest of justice to grant stay, not dismissal, as might be some questions of prescription—Order to go granting leave to Attorney General of Quebec to intervene, staying present proceedings—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 3—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.

OJÉ-BOUGOUMOU CREE NATION V. CANADA (T-3007-93, Hugessen J., order dated 24/11/99, 10 pp.)

**INCOME TAX****INCOME CALCULATION****Deductions**

Appeals from notices of reassessment issued by MNR in respect of taxpayer's taxation years 1977, 1978, 1979, 1980—Taxpayer, Mobil Oil Canada Ltd., exploring for, producing petroleum, natural gas—In respect of 1977, 1978, 1979, 1980 taxation years, Mobil remitted \$551,034, \$646,254, \$731,526 and \$822,178 respectively (remitted funds) to Province of Saskatchewan in satisfaction of

**INCOME TAX—Continued**

obligations under The Road Allowances Crown Oil Act (RACOA)—By notices of confirmation, Minister confirmed notices of reassessment for taxation years 1977, 1978, denied Mobil's deductions in respect of remitted funds for 1979, 1980 taxation years—Whether Mobil required to include remitted funds in income under Income Tax Act, s. 12(1)(o), and if so required, whether Mobil entitled to corresponding deduction under Act, s. 18(1)(m)—Real issue whether remitted funds royalties, taxes, amounts that may reasonably be regarded as "being in lieu" of royalties, taxes—Under RACOA, s. 3, 1.88 per cent of oil coming out of well belongs to Saskatchewan Crown—Remitted funds royalties and, if not, "amounts" that may reasonably be regarded as being in lieu of royalties—Essential feature of royalty payment to owner of resource from production of that resource—Sums remitted by Mobil to Saskatchewan Crown under RACOA royalties, amounts paid in lieu of royalties—Amount "in lieu of royalty or tax" amount that partakes of essential features of royalty, tax—Funds remitted by Mobil under RACOA partake of essential features of royalty, in that owner of 1.88 per cent of recoverable oil from every producing reservoir requires from oil producers payment of 1 per cent of production—Remitted funds amounts in relation to acquisition, development, ownership of Canadian resource property, or in relation to production in Canada of petroleum—Said production from oil, gas well situated on property in Canada from which Mobil had, at time of production, right to take, remove petroleum—Under RACOA, owner of Canadian resource property required to pay 1 per cent of production to Crown—Remitted funds amounts in relation to ownership of Canadian resource property—Appeals dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970, 71, 72, c. 63, ss. 12(1)(o) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 4; 1976-77, c. 4, s. 2; 1977-78, c. 1, s. 5; 1980-81-82-83, c. 140, s. 4), 18(1)(m) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 7; 1976-77, c. 4, s. 4; 1977-78, c. 1, s. 11; 1980-81-82-83, c. 140, s. 11)—The Road Allowances Crown Oil Act, R.S.S. 1965, c. 53, s. 3.

MOBIL OIL CANADA LTD. v. CANADA (T-1260-90, T-1261-90, T-1262-90, T-1263-90, Nadon J., judgment dated 8/10/99, 30 pp.)

Assessment for 1982 taxation year disallowing deductions as capital cost allowance, investment tax credit and interest with respect to transportation equipment (dump trucks) obtained by leasing contracts—Tax Court decision finding appellant entitled to investment tax credit but not capital cost allowance—Trial Division decision affirming assessment on all points—Appeal from latter decision—Appeal allowed (Noël J.A. dissenting)—*Per* Létourneau J.A.—Income Tax Act, s. 248(3) effort by Parliament to treat beneficial ownership in property same as various forms of ownership recognized in civil law of Quebec so as to obviously offer to Quebec taxpayers same benefits this concept affords taxpayers in common law provinces—Act, s. 248(3)

**INCOME TAX—Continued**

also providing legislative basis for application in Quebec of Interpretation Bulletin IT-233R—Question raised herein can no longer arise at present time, at least in same acute form, as since 1990 parties to leasing may determine between themselves who will benefit from deductions for capital cost allowance and interest—As appellant had obtained usual incidents of right of ownership over property, namely possession, use and risk of loss, together with obligations resulting therefrom, had right to capital cost depreciation on property acquired and deduction of interest paid to acquire property—Property acquired by appellant in 1982 depreciable property within Act, s. 13(21)(b)—Acquisition of property for purposes of capital cost allowance when purchaser has all incidents of title such as possession, use and risk, although legal title may remain in vendor as security for purchase price as is commercial practice under conditional sales agreement: *Minister of National Revenue and Wardean Drilling Limited*, [1969] 2 Ex. C.R. 166—Although in Quebec civil law, ownership right could not be dismembered in same way as common law, over years civil law gradually adapted to correspond to certain common law subdivisions of ownership right, including that found herein—Leasing contract prompted controversy in Quebec civil law as introducing foreign concepts—Québec Court of Appeal recognized vendor's customer had acquired property when he obtained beneficial ownership of it, even though he lacked real right conferred by legal ownership: *Nashua Canada Ltée v. Genest*, [1990] R.J.Q. 737 (C.A.); *Cie d'expertise en sinistres Casualty v. Auto Hamer 1979 Ltd.*, [1998] R.J.Q. 241 (C.A.)—Matter of surprise that in present appeal, Crown using special nature of Quebec civil law as reason for denying appellant deduction granted to taxpayers and businessmen operating under common law system—In 1982, taxpayer such as appellant who obtained property from lender in leasing transaction under lease-acquisition which at time was deemed to be sale for tax purposes, acquired property for purposes of capital cost allowance mentioned in Act, s. 13(21)(b)—Appellant also had right to receive investment tax credit as qualified transportation equipment acquired for use or lease within meaning of Act, s. 127(10.1)(d)—Transaction herein contained two successive sales of trucks, one by supplier Labrie Equipment to Compagnie de Location C.A.C., and second presumed or deemed sale by C.A.C. to appellant under terms of equipment lease—As C.A.C. did not purchase property to use it or lease it, but rather to resell it, appellant party who acquired it for use and so entitled to investment tax credit—Appellant entitled to investment tax credit of \$21,729, capital cost depreciation of \$84,219 and deduction for interests paid in amount of \$48,931—*Per* Desjardins J.A., concurring—Contracts met requirements for arriving at conclusion that in accordance with IT-233 and IT-233R, contracts sales and not leases for purposes of depreciation, capital cost allowance and investment tax credit—Federal Parliament devised, for tax purposes and for all of Canada, common concept covering ideas of disposi-

## INCOME TAX—Continued

tion (*disposition de biens*) and beneficial ownership (*propriété effective*), both in civil and common law: corollary being that when “disposition” for party to contract, other party made “acquisition” or obtained “beneficial ownership” of it—Contract clause 20 (providing that at time lessee exercises purchase option, will not receive title and ownership to equipment leased until after lessor has been paid purchase option price in cash) not bar to application of Act, s. 248(3) as standard clause reflecting state of civil law applicable then, according to which lessee only obtained real right over thing leased at option stage—However, in 1982, when leasing contracts signed, s. 248(3) already in place and provided that for tax purposes certain contracts capable of transferring “beneficial ownership”—In case at bar, despite clause 20 of contracts governing parties’ rights at civil law, tax law by Act, s. 248(3) recognized that appellant had acquired beneficial ownership of dump trucks since met three requirements, possession, use and risk, recognized by courts—Appellant therefore entitled to depreciation of property under Act, s. 13(21)(b)—In so doing, “acquired” said property within meaning of Act, ss. 20(1)(c) and 127(10.1)(d) and thus became entitled to deduct interest and to claim depreciation tax credit—*Per* Noël J.A., dissenting—Trial Judge correctly concluded contracts at issue herein did not transfer ownership so long as purchase options contained therein had not been exercised—Question whether by Income Tax Act, Parliament overturned legal entity created by private law in favour of approach set out in Interpretation Bulletin—Word “acquired” contained in each of provisions in issue must be understood in its ordinary sense, as referring to acquisition of ownership of property, and in absence of some indication to contrary, ownership of property cannot be acquired otherwise than in accordance with applicable private law—Act, s. 248(3) clearly intended to treat beneficial ownership of property in manner corresponding to various forms of ownership known to civil law for purposes of its application in Quebec—As parties had agreed ownership would remain with finance companies until time agreed upon for exercise of option and that title and right of ownership would be transferred to appellant then, provided it chose to exercise option and pay option price, and as effect of contract function of intent of parties, ownership (legal or beneficial, from common law perspective) could not have been transferred to appellant before option exercised—No question of any sham or deception—Not up to courts in tax matters to rewrite agreement freely negotiated between two parties because one of them claims after fact to have concluded agreement contrary to contract it signed—Finance companies have claimed capital cost allowance and investment tax credit in accordance with right of ownership which they continued to enjoy pursuant to contracts pending exercise of option—Bulletin IT-233R devoid of any legal basis—Nothing to prevent parties to contract from validly stipulating ownership of leased property will remain with lessor even if cost of exercising option as compared with “probable” value of

## INCOME TAX—Continued

leased item may appear to be “substantially less” at time contract signed—Apart from fact rule suggested by Bulletin not authorized by Act, results in great uncertainty and invites arbitrariness—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 13(21)(b) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 5(5)), 20(1)(c), 127(10.1)(d) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 61(10); 1980-81-82-83, c. 48, s. 73(6)), 248(3).

CANADA V. CONSTRUCTIONS BÉROU INC. (A-249-96, Desjardins, Létourneau J.J.A. and Noël J.A. (*dissenting*), judgment dated 15/11/99, 69 pp.)

*Income or Capital Gain*

Appeal from Tax Court of Canada decision ((1985), 86 DTC 1086) dismissing plaintiff’s appeal from reassessment by Revenue Canada—In 1980, plaintiff sold farm property resulting in gain of \$420,630—Treated gain as capital—In 1982, Revenue Canada reassessed on basis gain taxable in full as income, increasing plaintiff’s 1980 income by \$310,315—Plaintiff’s income increased by further \$12,455, value of grain inventory at end of 1980 sold in 1981—Appeal by trial *de novo*—Two issues: (1) whether gain on sale of farm land income or capital gain; (2) tax treatment of value of plaintiff’s closing 1980 grain inventory—Shareholders not directors of plaintiff—In April 1976, plaintiff purchased 634 acres of farmland for \$220,000—Funds provided by shareholder loans—In June 1977, plaintiff purchased further 2201 acres of farmland for \$1,100,000—Funds again provided by loans from shareholders—Property used for farming throughout period of plaintiff’s ownership—In November 1980, all of farm land sold for \$1,826,241—Fact that property produced rental income prior to sale, at time of sale showing efforts undertaken to ensure property would retain value as farm property—Revenue Canada making factual assumption one of motivating factors inducing plaintiff to purchase property possibility of reselling it at profit—Crown raising question of “secondary intention”—Onus on plaintiff to adduce evidence to contradict Crown’s factual assumption prospect of reselling land at profit operating motivation for purchase—No evidence contradicting Crown’s factual assumption prospect of resale of property at profit operating motivation for purchase—No evidence factual assumption true—Assessment based on factual assumption Crown cannot prove will stand if taxpayer cannot adduce evidence that contradicts assumption—Assessment of gain on sale of property as income must stand—As to closing 1980 grain inventory, evidence of plaintiff’s director rebutted Crown’s factual assumption on question of plaintiff’s accounting method for years prior to 1980—Plaintiff elected in those years to compute income on cash basis under Income Tax Act, s. 28(1)—Grain that comprised plaintiff’s 1980 closing grain inventory product of farm—Sale of grain integral part of farming business—Plaintiff entitled to continue to use cash method of accounting in 1980, correct in excluding

**INCOME TAX—Continued**

from 1980 income value of 1980 closing inventory—Reassessment under appeal wrong in respect of that item—Appeal allowed in part—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 28(1) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 6).

ROSELAND FARMS LTD. V. CANADA (T-452-86, Sharlow J., judgment dated 4/10/99, 15 pp.)

Appeal from Tax Court's decision allowing appeal from reassessment for 1994 taxation year—Respondent, three siblings giving lumber company right to enter land, remove timber for price per cubic metre of timber removed—Eventually \$644,300 divided equally amongst siblings—Land used as agricultural land for ranching purposes before, after timber removed—On tax return respondent taking position transaction capital in nature, right disposed of under contract "qualified farm property"—Minister relying on Income Tax Act, s. 12(1)(g) to reassess respondent's share of proceeds as income—S. 12(1)(g) requiring inclusion as income as amount received dependent on use of or production from property—Tax Court holding transaction giving rise to capital receipt as amounts received not dependent on use of or production from property—Holding property disposed of "qualified farm property" within s. 110.6(1) entitling respondent to enhanced capital gain deduction—According to s. 110.6(1) "qualified farm property" real property used in business of farming—Appeal dismissed—Case law consistently excluding from s. 12(1)(g) receipts arising from one-time contract for removal of timber—No basis for disturbing line of authority—Right to remove timber by severance incorporeal hereditament in land constituting real property—Based on s. 110.6(1), sufficient timbered property being used for farming at relevant time—As standing timber itself real property, integral part of farm property, sufficient to bring it within ambit of s. 110.6(1)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 12(1)(g), 110.6(1) "qualified farm property" (as enacted by S.C. 1986, c. 6, s. 58; 1991, c. 49, s. 81).

CANADA V. LARSEN (A-570-98, Noël J.A., judgment dated 29/10/99, 7 pp.)

**PRACTICE**

Appeal from Tax Court decision, exercising discretion, dismissing appellant's appeal (one of nine) on ground appellant refused to provide requested information and to answer question on examination for discovery—Nine appeals had been selected by parties to proceed as "lead cases" from among large number of similar appeals pending in T.C.C., each raising common issue: proper treatment for income tax purposes of certain hedging transactions and revenues and expenses arising there from—Total amount in issue in excess of \$160,000,000—Appeal allowed; judgment applicable in eight other appeals—While appellate courts reluctant to interfere with exercise of discretion by trial

**INCOME TAX—Concluded**

judges, failure to honour alleged agreement to produce documents or answer disputed questions did not provide satisfactory basis for dismissing appeals and denying trial on merits—Tax Court Judge (T.C.J.) made significant omission in not considering second motion before him, in which it was alleged that respondent too, had failed to satisfy undertakings and to answer questions put to respondent's witness on discovery—If motion had been taken up by T.C.J. before disposing of motions to dismiss appeals, might have affected his judgment, in view of possibility respondent also in default in discovery process—T.C.J. failed to give sufficient weight to all relevant considerations in exercising discretion—Having regard to all circumstances, not in interests of justice that all appellants should be deprived of important right to have appeals heard and disposed of on merits.

REZEK V. CANADA (A-609-99, Stone J.A., judgment dated 17/11/99, 7 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Application to set aside May 17, 1998 CLRB order on basis made without notice to applicant, in breach of rules of natural justice, Canada Labour Code—On March 29, 1998 Board made order requiring members of applicant union to cease, desist from illegal activity in nature of strike, and from unlawfully limiting work availability, output—May 17 order ordering that order be filed in Federal Court under Code, s. 23(1)—May 17 order made without giving applicant opportunity to make submissions as to whether indication of failure or likelihood of failure to comply or whether any other good reason why filing would serve no useful purpose under s. 23—After Board made order, applicant filing submission—Upon subsequent request to Board to rescind order, Board advised respondent had 10 days to reply to applicant's submissions, and advised applicant would have 10 days to file further response—Applicant applied for judicial review and Board deferred proceeding with reconsideration application—Without deciding issue, Court accepting for purposes of this case, to accept process under s. 23(1) requiring Board to formulate opinion as to whether to file order in Federal Court, that such opinion constituting decision, and that prior to making such decision, affected parties should be given notice, opportunity to make submissions to Board—But in circumstances herein, inappropriate to allow judicial review—Applicant's remedy before Board—Board agreed to do what applicant requested: to reconsider May 17, 1998 order after receiving further submissions—Court could not grant applicant any better remedy; applicant not asking for any other remedy—When party seeks to remedy procedural defect before tribunal, tribunal agrees to what applicant seeks, except in unusual circumstances not present here, inappropriate for applicant to ignore tribunal, insist on proceeding to Court—Recon-

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

sideration application by Board would have proceeded within month or two, according to timetable set by Board—By insisting on proceeding with judicial review, 18 months elapsed—Applicant conceding application now moot—Plain, obvious applicant should have proceeded before Board—While standard of review on issue of natural justice correctness, where Board voluntarily agreeing to remedy defect in process, parties should, unless good reasons for not doing so, proceed before Board—Canada Labour Code, R.S.C., c. L-2, s. 23(1).

CANADIAN AIR TRAFFIC CONTROL ASSOCIATION V. NAV CANADA (A-367-98, Rothstein J.A., judgment dated 18/11/99, 4 pp.)

**MARITIME LAW****CARRIAGE OF GOODS**

Trial of issues concerning correct method of calculating limit of liability carrier entitled to claim under paramount clause incorporating provisions of Hague Rules into bill of lading for carriage of goods by sea between Turkey, Canada—Plaintiff estimating damages to cargo of hot rolled deformed reinforcing steel bars at C\$570,000—Defendant submitting liability limited to 100,000 Turkish lire (\$2.30) per package or unit—Hague Rules, Art. 4(5) limiting liability to 100 pounds sterling per package or unit, or equivalent in other currency unless nature, value of such goods declared by shipper, inserted in bill of lading—Art. 9 permitting contracting state to convert pounds sterling into terms of their own monetary system—Bill of lading incorporating terms of Hague Rules “as enacted in” Turkey—Hague Rules themselves make provision for possible different methods of enactment into law in signatory states—In 1955 Turkish Parliament enacted Hague Rules in same form as adopted by Brussels Convention of 1925—Rules in original form thus becoming part of domestic law of Turkey—In 1956 Turkish Parliament adopted Turkish Commercial Code of 1937, translation of German Commercial Code of 1937, containing adaptation of substance of Hague Rules—That enactment for Turkey constituting full compliance with obligation as signatory of Brussels Convention to enact terms of Hague Rules into national legislation—1955 enactment never repealed, resulting in Turkish national law apparently containing both textual adoption of Hague Rules, national adaptation thereof as permitted by Protocol of Signature—Turkish Commercial Code, Art. 1114 enacting where nature, value of goods not declared, inserted into bill of lading, maximum liability of carrier 100,000 Turkish lire—Evidence of defendant’s expert on Turkish law that, although original 1955 Turkish legislation never repealed, effectively displaced by Turkish Commercial Code, preferred as cited very recent decision of Turkish Court of Appeal directly relevant to facts, relating to international shipment—Circumstances herein illustrating

**MARITIME LAW—Concluded**

how effects of inflation can cause country to fall out of compliance with spirit, if not letter of Brussels Convention—Continuing ability to revise currency unit prerequisite to continuing compliance—Likewise with Protocol of Signature: legal systems change, grow, most civilized countries undertaking periodic law reform—If Hague Rules to be properly effective in any country, must be cast in terms which legal system understands, applies—Presumably reason why Rules adapted by Turkey to form in which appear in Commercial Code—That adaptation became Turkish embodiment of Rules—Under Hague Rules as in force in Turkey, limit of liability where no statement of value in bill of lading 100,000 Turkish lire per package or unit—Statement of nature, quality of goods not statement of value—Although doubtful of correctness of interpretation, metric ton as package or unit limitation accepted for purpose of present decision, since not contradicted, accepted by defendant, more favourable to plaintiff—As limitation result of contractual provision, plaintiff at liberty to declare value of goods or otherwise protect itself—Real gravamen of plaintiff’s complaint that did not understand operation of Hague Rules as in force in Turkey—Simply mistake by plaintiff, not unconscionable—International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature, Brussels, August 25, 1924 (“Hague Rules”), Arts. 4(5), 9.

BARZELEX INC. V. *EBN AL WALEED* (THE) (T-38-96, Hugessen J., judgment dated 29/11/99, 12 pp.)

**NATIVE PEOPLES**

Application for interlocutory injunction order enjoining respondents, representatives from breaching applicant’s treaty, constitutional rights to fish lobster, to trade produce of that fishing, writ of *mandamus* directing return of lobster traps seized from him, declaratory relief—Interlocutory application heard on November 18, 1999 in Fredericton, N.B.—On previous day, S.C.C. released decision in *R. v. Marshall*, [1999] S.C.J. No. 66 (Q.L.)—Applicant Ken Barlow Mi’kmaq Indian, member of Indian Island Indian Band residing at Band’s reserve in New Brunswick—Claiming treaty, constitutional rights to fish, earn moderate livelihood by trading produce of fishing breached by actions of representatives of Department of Fisheries and Oceans (DFO)—In October 1999, applicant “designated fisher-Indian Island First Nation” assigned 250 numbered DFO lobster trap tags by Indian Island First Nation in accord with agreement between DFO and Indian Island First Nation—Applicant submitting on October 22, 1999 at Miramichi Bay DFO representatives pulled up, seized 60 lobster traps belonging to him—Interlocutory injunction exceptional relief to be awarded only where serious issue for consideration by Court, where applicant will suffer irreparable harm if interlocutory relief not granted and where balance of convenience favours award of relief sought—Applicant

## NATIVE PEOPLES—Continued

asserting treaty rights recently confirmed by S.C.C. in *Marshall* by reason of 1760 Treaty of Peace and Friendship between Mi'kmaq people and Crown—Court not ready to resolve question whether serious issue raised at that stage—Applicant not establishing will suffer irreparable harm between now and time when decision on application for declaratory relief may be made in their favour—No determination about balance of convenience—Application dismissed.

BARLOW V. CANADA (T-1876-99, MacKay J., orders dated 24/11/99, 12 pp.)

## LANDS

Appeals, cross-appeal from dismissal of action ((1995), 99 F.T.R. 1) by Campbell River Indian Band (*Wewaiikum*) against Crown, Cape Mudge Indian Band (*Wewaiikai*), counterclaim by *Wewaiikai* against *Wewaiikum* action by *Wewaiikai* against Crown—Both Bands claiming entitlement to Campbell River, Quinsam Indian reserves on Vancouver Island, B.C.—*Wewaiikum*, *Wewaiikai* part of *Laich-kwil-tach* Indian Nation—In 1870s federal, British Columbia governments establishing Indian Reserve Commission to determine for each Nation number, extent, locality of reserves allowed to it—In response to dispute between family of white settlers in Campbell River area and first *Laich-kwil-tach* Indian to establish residence there, federal, provincial governments commissioning surveyor, Green, in 1888 to determine extent of boundaries of Indian reserves in Campbell River—Green recommending allocation of Campbell River, Quinsam reserves to *Laich-kwil-tach* tribe, without mentioning particular band—In 1889 federal, provincial governments approving Official Plan depicting 12 *Laich-kwil-tach* Indian reserves—No indication of how reserves to be distributed amongst various Bands—Beginning in 1892 Department of Indian Affairs published Schedule of Reserves containing summary of location, size of various reserves in B.C.—Summary not mandated by statute—1901 Schedule first to list tribal subgroups (Bands) to which each reserve allocated—Both 1901, 1902 Schedules indicating Campbell River reserve, Cape Mudge reserve allocated to *Wewaiikai*—*Wewaiikum* alleging such designation in error—in 1907 *Wewaiikai* unanimously passing resolution (1907 Resolution) ceding all rights to Campbell River reserve to *Wewaiikum*, except right to fish Campbell River in common with *Wewaiikum* Band—Handwritten notation on copy of 1902 Schedule, placing name *Wewaiikum* opposite Campbell River reserve—“Ditto mark” opposite Quinsam reserve underneath Campbell River reserve not changed—Now appeared Quinsam reserve allocated to *Wewaiikum*—“Ditto mark error” remaining in reserve schedules annexed to Orders in Council Nos. 911, 1265, 1036, authorizing transfer of Indian reserves in province to federal Crown—In 1943 Department published amended schedule of reserves correcting “ditto mark error”—Amended schedule stating

## NATIVE PEOPLES—Continued

Campbell River reserve belonged to *Wewaiikum*, Quinsam reserve belonging to *Wewaiikai* in accordance with sworn declarations of Bands—In 1970 Department confirming Quinsam reserve belonging to *Wewaiikai*—Appeals dismissed, except with respect to solicitor-client costs award against *Wewaiikai*; cross-appeals by Crown dismissed—*Per* McDonald J.A. (Linden J.A. concurring): (1) Campbell River, Quinsam reserves not allocated to *Wewaiikai* by Green in 1888—Under terms, conditions of appointment, Green lacked authority to allocate reserves to any particular Band—Authority limited to determination of extent, boundaries of Campbell River, Quinsam reserves—Report, accompanying minutes of decision designating lands allocated to *Laich-kwil-tach* Indian tribe—(2) 1907 Resolution had legal effect of allocating Campbell River reserve to *Wewaiikum*—Not void *ab initio* for failure to comply with surrender provisions of Indian Act—*Wewaiikai* arguing ceding of interest in Campbell River reserve constituting alienation of rights under surrender provisions granting supervisory authority to Crown over transfers between Aboriginals, third parties—Requiring reserve lands be surrendered to Crown prior to transfer of interest to third parties to protect Indian Bands from entering into improvident, exploitative transactions with non-Aboriginals—Surrender provisions of Indian Act not intended to restrict capacity of Indians to resolve land disputes among themselves—This interpretation consistent with goal of protecting Aboriginal peoples from exploitation by third parties—Supported by notion Indian interest in reserve lands, as with Aboriginal title lands, held communally by all members of Aboriginal nation—Where two bands belonging to same nation seeking to resolve dispute over usage of lands held by nation as whole, surrender provisions should not apply—Also supported by express language of Indian Act in force at time of resolution—“Person” defined as “individual other than an Indian”—S. 50 providing no release, surrender of any reserve to any person other than Crown valid—Use of “person” in s. 50 indicating surrender provisions only intended to apply to transactions involving parties “other than an Indian”—Finally interpretation supported by 1876 Proclamation exempting all Indian reserves in B.C. from operation of surrender provisions, remaining in force in 1907—*Wewaiikai* arguing Crown breaching fiduciary duty when approved 1907 Resolution by failing to provide full disclosure of interest of International Timber Company in reserve, resulting in exploitative bargain—Fiduciary duty not arising in every facet of Crown-Aboriginal relations; content of fiduciary responsibilities of Crown not identical in every transaction—As not every obligation in fiduciary relationship amounting to fiduciary duty, circumstances of 1907 Resolution examined to determine if fiduciary duty arising—Crown having duty to balance, reconcile interests of both Bands, without favouring interests of one over other—Should act in good faith by affording full disclosure, ensuring comprehension of terms, effect of 1907 Resolution—Finally Crown may also be required to balance

## NATIVE PEOPLES—Continued

interests of Bands with interests of third parties—Evidence establishing Crown providing full disclosure—Primary motivation of 1907 Resolution to resolve continuing confusion regarding entitlement to reserve—Evidence not supporting finding interest of International Lumber Company of more than limited significance in passage of 1907 Resolution—*Wewaiikai* cannot expect, more than 90 years after fact, Crown to establish every element of transaction explained, disclosed to Band—Sufficient if reasonable inference from evidence full disclosure taking place—Nothing suggesting resolution of reserve allocation, fishing issues favouring interest of one Band over other—(3) Reserves not allocated to *Wewaiikum* by Orders in Council 911, 1265, 1036 confirming 1913 Schedule as attachment—Listing of Quinsam reserve as belonging to *Wewaiikum* in 1913 Schedule clerical error—Adoption of McKenna McBride report, as amended by Ditchburn-Clark Commission, including ditto mark error in 1913 Schedule, by Orders in Council 911, 1265 not giving binding legal effect to error—Commission's authority restricted to confirmation of acreage, number of reserves in B.C.—Set up to resolve dispute between federal, provincial governments over amount of land to be transferred to federal Crown for use, benefit of Indians as required under Terms of Union of B.C.—Commission neither attempting to determine correct allocation of reserves nor to address any errors—Empowered to finalize amount of land to be transferred to federal Crown—Additional information included in Commission's final report, but Commission's recommendations only addressed issue of amounts of land to be transferred from provincial to federal Crown—Commission noting "ditto mark error", but not having jurisdiction to correct it—Evidence demonstrating allocation of Quinsam reserve to *Wewaiikum* according neither with understanding nor intention of *Wewaiikai*, *Wewaiikum*—Trial Judge having jurisdiction to correct clerical error contained in schedule of reserves appended to Orders in Council 911, 1265, 1036—While legislature, Parliament presumed not to make mistakes, Court having jurisdiction to correct typographical, other clerical errors where error obvious, context clear, effect of error not what intended by drafters—Allotment of Quinsam reserve to *Wewaiikum* result of obvious clerical error—(4) Award of costs against *Wewaiikai* on solicitor-client basis unjustified—Costs on solicitor-client basis generally awarded only where reprehensible, scandalous or outrageous conduct on part of one of parties—That one party's claim having little merit or "very weak" no basis for awarding solicitor-client costs—Costs award made by Trial Judge not appropriate—(5) Cross-appeal on issue of compound interest to account for unrealized investment income misconceived—Federal Court Rules, 1998, r. 341(1)(b) providing cross-appeal indicated where respondent seeking different disposition from judgment from which appeal taken—Cross-appeal not seeking disposition different from Trial Judge's judgment that appeals should be dismissed,

## NATIVE PEOPLES—Continued

only challenging portion of reasons of Trial Judge, Isaac C.J. contrary to r. 341(1)(b)—*Per* Isaac C.J.: Trial Judge dismissing actions because statute barred by British Columbia Limitation Act as incorporated by Federal Court Act, s. 39(1), and equitable doctrines of laches, acquiescence—Holding since claims grounded in events occurring in 1907, both actions outside 30-year limitation period prescribed in British Columbia Limitation Act, s. 8; inequitable for either Band to enforce claim against other and equitable defence of laches, acquiescence applied to bar any claim for relief not barred by statute—Federal Court Act, s. 39(1) engaged whenever defence of prescriptions pleaded in actions respecting Indian lands wholly situated within province—S. 39(1) directing application of British Columbia Limitation Act—When Parliament incorporating law of another legislative jurisdiction by reference in its own legislation, law so incorporated becoming federal law, and to be applied as such, provided all conditions precedent to incorporation satisfied—Court required to apply British Columbia Limitation Act, not as provincial law, but as federal law—As to objections based on constitutional grounds, Constitution Act, 1982, s. 35 recognizing, affirming existing and treaty rights of Aboriginal people of Canada—Since appellants not alleging claims rooted in any Aboriginal, treaty right, s. 35 not applicable—As to argument provincial Order in Council 1036 cannot extinguish Indian title in reserve land as would have dismembering effect on area of exclusive federal jurisdiction, Court refraining from deciding issue since evidentiary foundation complete—Assuming s. 39 directing Court to apply constitutionally valid provincial limitation provisions, British Columbia Limitation Act, whether viewed as provincial law of general application or as federal law incorporated by reference in s. 39(1) may apply to Indians, lands reserved for Indians—Bands alleging breaches by Crown of statutory duty—British Columbia Limitation Act, s. 3(1)(a) prescribing 2-year limitation period for breach of statutory duty—Claim not falling within ambit of specific limitation periods set out in s. 3(1), (2) or (5)—S. 8(1) providing no action to which Act applies may be brought after expiration of 30 years from date on which right to do so arose—Earliest statement of claim filed in 1985 thus precluding any action from which event giving rise to right to bring cause of action occurring prior to 1955—Appellants' actions grounded in events occurring around 1907—Actions statute-barred—Issue whether limitation periods may bar declarations of existing usufructuary rights not arising for determination herein—Reference in s. 3(4) to "any other action" clearly bar—Neither breach of fiduciary duty nor continuing breach which would extend time for commencement of limitation period—No intervening breaches—Trial Judge correctly applying equitable defences of acquiescence, laches—British Columbia Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236, ss. 3, 6, 8—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 341(1)(b)—Constitution

**NATIVE PEOPLES—Concluded**

Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35—Indian Act, R.S.C. 1906, c. 236, ss. 2, 50.

WEWAYAKUM INDIAN BAND V. WEWAYAKAI INDIAN BAND (A-655-95, Isaac C.J. and McDonald J.A., judgment dated 12/10/99, 70 pp.)

**PAROLE**

Application for judicial review of National Parole Board (Board) community liaison officer's refusal to review applicant's case for purpose of day parole on ground Immigration Act, s. 105 detention order had been issued against applicant—Applicant foreign national currently serving 9 1/2-year sentence at Cowansville Institution as result of conviction on drug-trafficking related charges—Applicant had pleaded guilty in March 1997—Eligible for parole in October 1998, after serving one-sixth of sentence—In April 1997, Immigration official directed immigration inquiry be held to determine if applicant member of inadmissible class—On same day, immigration officer issued warrant for arrest under Act, s. 103(1), directing applicant be detained under provisions of Act—Also issued order, under Act, s. 105, directing warden of Cowansville Institution applicant continue to be detained until expiration of sentence, then to be delivered to immigration officer to be taken into custody—Deportation order issued in March 1998 on basis applicant member of inadmissible class as consequence of conviction—Later in March 1998, further order issued under Act, s. 105 to reflect deportation order of March 1998—Further warrant for arrest and detention order issued in September 1999, 3 days prior to hearing of application for judicial review—Issue whether applicant has right to substantive review of case, for purpose of day parole, beyond correctional officials establishing applicant foreign national offender subject to s. 105 order—Application allowed—Review of case, for purpose of day parole, requiring more than merely establishing offender subject to detention order under Act, s. 105—Decision under judicial review, Correctional Service of Canada and Board failing to interpret correctly relevant provisions of Corrections and Conditional Release Act concerning day parole—Immigration Act, s. 105 detention order not removing offender's right to review and hearing with respect to day parole, where Board not otherwise directing day parole release—Nothing in language of Act, s. 105 or detention order in any way derogating from or otherwise affecting applicant's statutory right to accelerated day parole review and, if necessary, hearing—Board erred in law in refusing to grant to applicant review of his case for purpose of day parole and decision under review must be set aside—Not necessary herein to resolve conflict between decision directing offender be released on day parole and detention order made under Act, s. 105—Significant effect in respecting applicant's statutory right to day parole review interaction

**PAROLE—Concluded**

between Immigration Act, ss. 103(6) and 105(1) and potential impact adjudicator's review may have on continuation of warrant of arrest and detention order—If individual subject to s. 105(1) order ordered released by Board on day parole, s. 105(1) order would then become operative to continue his detention and that detention would be reviewable under Act, s. 103(6): *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Chaudhry* (1999), 178 D.L.R. (4th) 110 (F.C.A.)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 103(6) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 94; 1995, c. 15, s. 19), 105(1) (as am. *idem*, s. 20)—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20.

LARSEN V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-292-99, Lutfy J., order dated 18/10/99, 16 pp.)

**PRACTICE****CONTEMPT OF COURT**

Show cause order dated July 20, 1999 requiring respondents, Raymond Willier to show cause why they should not be held in contempt of Court for failing to recognize, abide by Rouleau J.'s order dated July 12, 1999—Allegations of contempt by Chief Alvin Cardinal that, despite Rouleau J.'s order, Raymond Willier continued to hold himself out as Chief of Sucker Creek Indian Band, and that he, respondents did not "recognize" order—*Canadian Union of Public Employees, Local 4004 v. Air Canada* (1998), 157 F.T.R. 186 (F.C.T.D.), other decisions relied on herein not distinguishable—Rouleau J.'s decision declaratory judgment by itself merely stating existing legal situation—Requiring no one to do anything—Not compelling respondents, Raymond Willier to perform actions, nor imposing on them specific constraint—General statement to be regarded as more declaratory than enforceable—Court Order of July 20, 1999 discharged.

CARDINAL V. SUCKER CREEK INDIAN BAND NO. 150A COUNCIL (T-2195-98, Gibson J., order dated 8/11/99, 5 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Reversal or Variation*

Motion by claimants to entitlement in proceeds of judgment rendered March 2, 1998 to have judgment set aside pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 399—Action against Crown for breach of fiduciary duty in respect of land set aside for Beaver Band to which Blueberry, Doig Bands successors—Action on behalf of members of two Bands as well as "present descendants" of former Band—Action successful—Parties negotiating settlement of damages in amount of \$147 million—Settlement incorporated into March 1998 judgment ordering payment of \$147 million to

**PRACTICE—Continued**

Bands, but directing \$12 million be held in trust pending determination of question of entitlement of persons not members of two successor Bands, but “present descendants” of former Beaver Band—490 persons claiming as “present descendants”—April 1999 Court order subsequently declaring “present descendants” not now members of Bands having no entitlement, under appeal—Motion dismissed—Argument March 1998 order made *ex parte* because claimants not present or represented at hearing leading to order dismissed as nonsense—If not represented throughout by plaintiffs’ counsel, not parties to action and cannot claim benefit of judgment—Claimants are parties, represented from outset by plaintiffs—Facts not supporting claim of equitable fraud (plaintiffs not fairly representing interests when realized adverse to, different from those of named plaintiffs)—Doubtful *r. 399* intended to cover anything but fraud in traditional sense of dishonest, deceitful dealing committed upon Court or upon adversary—Two answers to assertion “new matter” supervening since March 1998 (number of actual claims filed by “present descendants” far exceeding projected number): nothing to indicate 490 claims valid; mere number of claims only relevant to amount of security ordered to be held in trust and proper remedy to move to vary that amount, not to set aside whole order—Delay of over 14 months in bringing motion wholly unconscionable—Public interest in stability, finality of judicial process lending weight to case law holding motions of this sort must be brought with reasonable diligence—Claimants saying only with release of April 1999 order did they learn March 1998 order would have effect of *res judicata* on argument entitlement to share of judgment settled by Supreme Court of Canada—Question of *res judicata* not new fact, but argument for anybody to see from date of March 1998 order—*Muir v. Jenks* (1913), 82 L.J.K.B. 703 (C.A.) restricted to own particular facts—Costs to plaintiffs—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 399.

BLUEBERRY RIVER INDIAN BAND V. CANADA (DEPARTMENT OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T-4178-78, Hugessen J., order dated 1/10/99, 9 pp.)

**STAY OF PROCEEDINGS**

Appeal from Trial Division order staying proceedings for judicial review and ordering they be restored only with good lawful reason and after immediate, non-refundable payment of costs—Appellant had been removed from office of chief of Batchewana First Nation Band before expiration of two-year term, by declaration of Deputy Minister of Indian Affairs and Northern Development—Issues whether Motions Judge erred in staying originating notice of motion for mootness; whether Motions Judge erred in awarding costs—Appeal allowed—Minister or Attorney General of Canada should be added as party—Motions Judge erred in exercising authority under Act, s. 50(1) as ordered stay under

**PRACTICE—Concluded**

mistaken notion originating notice of motion document which ACJ had ordered withdrawn whereas document motion for interim relief—Motions Judge also erred in concluding judicial review application moot—Although new chief has been elected, appellant sought not to be returned to office, but to clear his reputation alleged to have been tarnished by incorrect decision based on allegedly flawed inquiry process—So, live controversy still exists—Motions Judge’s order as to costs unusual—No basis for Motions Judge’s impression appellant unduly dilatory or abusing process of Court—Award of costs unwarranted and set aside—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(1).

CORBIERE V. HEWSON (A-260-98, Isaac J.A., judgment dated 10/12/99, 10 pp.)

**PUBLIC SERVICE****TERMINATION OF EMPLOYMENT**

Judicial review of adjudicator’s decision, on behalf of Public Service Staff Relations Board, applicant dismissed for just cause—Applicant employee of Corrections Service—Female co-worker (complainant) alleging applicant asking her if she had books in pocket, feeling her breast, squeezing her nipple—Applicant denying incident occurred—Third employee who was present at time of alleged incident testifying saw, heard nothing—During Warden’s investigation fourth employee came forward alleging similar earlier incident with applicant—Warden finding applicant guilty of sexual harassment, terminating employment—Applicant filing grievance, subsequently dismissed by adjudicator—Now alleging adjudicator improperly considering some evidence, testimony not allowable as evidence in court of law, eg. applicant’s, third worker’s refusal, complainant’s agreement, to take “lie detector” test—Alleging adjudicator improperly considering Corrections Service investigators’ report without hearing from all witnesses whose accounts contained therein in form of unsworn statements—Application dismissed—(1) *Canada (Attorney General) v. Cleary* (1998), 16 F.T.R. 283 (F.C.T.D.) holding standard of review of decision of adjudicator under Public Service Staff Relations Act patent unreasonableness, reflection of standard earlier enunciated for review of Board’s decisions when its statute contained privative clause—Repeal of privative clause not meaning PSSRB decisions now more easily set aside—Absence of privative clause not implying high standard of scrutiny where other factors bespeak low standard: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982—High standard of deference to be accorded to PSSRB’s decisions on matters within special expertise—Court will not intervene unless finding decision patently unreasonable—(2) Adjudicator having all powers, rights, privileges of PSSRB—Public Service Staff Relations Act, s. 25(c) giving PSSRB power to receive such evidence as in its discretion it sees fit,

**PUBLIC SERVICE—Continued**

whether or not admissible in court of law—Adjudicators' decisions on evidentiary matters not generally reviewable unless patently unreasonable, irrational—Reference to complainant's willingness to take lie detector test in adjudicator's summary of employer's evidence not patently unreasonable—Not factor upon which adjudicator relied in setting out conclusion, reasons—Not patently unreasonable for adjudicator to take into account evidence of fourth employee, which adjudicator found to be "strikingly similar"—Also not patently unreasonable to consider existence, impact of "rat code" which discouraged reporting on conduct of fellow officers—While not directly relevant, not unreasonable to comment on it—Not patently unreasonable for adjudicator to consider reports of internal investigations as part of record—Reference to investigators' conclusion, incident as alleged by complainant probably happened, as

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

"strong enough in the circumstances" concerning investigators' mandate, not indicating fettering of adjudicator's discretion—Failure to consider complainant's activity following incident in assessing credibility, and that applicant acquitted of charge of sexual assault, not rendering decision patently unreasonable—Reference in conclusion that applicant's claim that complainant set him up not supported by any evidence produced by applicant—Not demonstrating onus on applicant to establish innocence—Adjudicator's reasons supporting conclusion applicant sexually assaulting complainant—Not ignoring appropriateness of penalty—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 25(c).

TEELUCK V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-1825-98, MacKay J., order dated 6/10/99, 15 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

Contrôle judiciaire du refus d'un délégué du ministre d'Industrie Canada de communiquer certains documents—Telezone et le commissaire à l'information ont fait des demandes distinctes—Le ministre a invité les parties intéressées à fournir des services de communications personnelles à présenter des demandes de licence—Six licences étaient disponibles, mais le ministre se réservait le droit de ne pas toutes les délivrer—Les 17 demandes présentées ont été analysées par un groupe de travail, qui a présenté ses conclusions à un comité de sélection qui devait présenter des recommandations au ministre—En janvier 1996, Telezone a demandé la communication des documents liés à la décision du ministre d'accorder quatre licences, aucune n'étant octroyée à Telezone—Insatisfaite de la réponse, elle a déposé une plainte auprès du commissaire à l'information—Après enquête, d'autres documents ont été communiqués—Le rapport du commissaire à l'information recommandait une communication plus poussée—Le délégué du ministre a maintenu son refus de communiquer des parties de 47 documents (la documentation en litige)—La documentation en litige contient des renseignements de tiers dont le commissaire à l'information ne demande pas la communication—Telezone s'est désistée d'une partie de sa demande—Le mandat du commissaire à l'information est de protéger l'intérêt public en s'assurant que les organismes gouvernementaux respectent leurs obligations en vertu de la Loi—Rien n'indiquant que la demande ait été faite à d'autres fins, la demande du commissaire à l'information doit être examinée nonobstant le désistement de Telezone—Le délégué du ministre invoque l'art. 21(1)a) et b), qui accorde au ministre le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de documents contenant des avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale, ou des comptes rendus de délibérations où sont concernés des employés d'une institution fédérale—Demande rejetée—Il est malheureux que le processus ait pris aussi longtemps, mais la Loi ne prévoit aucune réparation en cas de retard—Personne n'est responsable pour tout le temps qu'il a fallu pour que le débat entre le commissaire à l'information et les fonctionnaires du ministre quant à l'interprétation et

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

à l'application de la Loi arrive à l'étape actuelle—Telezone soutient que le ministre a maintenu son refus de communiquer malgré un avis juridique portant que les renseignements en cause devaient être divulgués, se fondant sur une note de service préparée par un avocat du ministère de la Justice—L'auteur décrit ses commentaires comme tirés dans l'abstrait, sans accès direct aux documents en cause—La note ne constitue pas un avis portant que la documentation en litige devrait être communiquée—La note de service ne fait ressortir aucune erreur de droit et elle ne constitue pas une preuve de mauvaise foi—Il n'y a pas de jurisprudence portant sur l'interprétation des exceptions prévues à l'art. 21(1)a) et b), dont l'objet est d'assurer l'intégrité du processus décisionnel de l'administration—L'aspect de politique générale qui les sous-tend est qu'une divulgation trop complète pourrait restreindre la communication ouverte et franche entre les conseillers du gouvernement et les décideurs—L'art. 21(1)a) et b) n'exige pas qu'on fasse la preuve d'un préjudice—La meilleure approche est d'examiner la documentation en litige au vu de la preuve portant sur sa création et son objectif, afin de déterminer si l'exception réclamée pour chacun des extraits en cause doit être maintenue, en se fondant sur le sens courant des termes de l'exception—Les demandeurs de licence ont reçu des renseignements généraux au sujet des objectifs du programme de licence et des considérations dont il serait tenu compte, mais on ne leur a jamais communiqué le poids relatif donné aux divers facteurs, les objectifs de politique générale qui sous-tendaient les divers critères, ou la façon par laquelle on a déterminé le pointage—Une discussion des options de politique qui se solde par une recommandation est une «recommandation» au sens de l'art. 21(1)a)—Dans son sens ordinaire, le terme «avis» peut comprendre la discussion de questions de politique générale ou d'options de politique, même si on n'y trouve pas de conclusion ou de résolution au débat—Il n'est pas toujours possible de placer les «faits», les «avis» et les «recommandations» dans des compartiments étanches; plusieurs documents comportent plus d'un élément—En se fondant sur la source et l'objectif des documents qui portent sur la pondération des pourcentages et les

**ACCÈS À L'INFORMATION—Suite**

discussions de politique générale y afférentes, ces renseignements sont une composante essentielle et importante des avis ou recommandations présentés au ministre dans le cadre de sa décision d'octroyer des licences—Une note de service interne du Ministère décrit le processus d'évaluation initiale des plans financiers, avec un résumé d'une classification des demandes sous les aspects suivants: données à l'appui, plausibilité et évaluation des plans financiers—Le rédacteur y décrit des faits, soit des événements qui se sont produits—Parmi ces événements on trouve l'analyse que le rédacteur a faite pour arriver à ses conclusions—C'est un compte rendu de délibérations de fonctionnaires de l'administration—Dans la mesure où elle contient des avis au groupe de travail quant aux mérites des aspects financiers des demandes de licence, elle tombe aussi dans la catégorie des avis ou recommandations—La note de service portant sur la décision que le ministre doit prendre quant au nombre de licences à accorder est une combinaison d'avis et de recommandations, et de comptes rendus de délibérations, la plaçant à première vue dans le cadre des art. 21(1)a) et b)—Les renseignements sur les points accordés à la demande de Telezon et à celle des autres demandeurs ont pour objet de présenter des avis ou recommandations—La note de service manuscrite préparée par un membre du groupe de travail et devant servir de notes pour une présentation au comité de sélection a été communiquée, sauf un commentaire assez obscur que le ministre peut refuser de communiquer puisqu'il s'agit d'un compte rendu de délibérations—Deux phrases de la note de breffage au ministre, fournissant des renseignements de base au sujet de la décision d'accorder des licences, indiquent brièvement les motifs qui justifient certaines conclusions portant sur des aspects spécifiques des demandes de licence—C'est un compte rendu de délibérations, même si elles ont été rédigées après la fin des délibérations—La transcription des conclusions des membres du groupe de travail et du comité de sélection à diverses étapes du processus d'évaluation, certains documents ayant aussi une partie analyse, est un compte rendu de délibérations; comme elle a été créée dans le cadre du processus menant aux avis présentés au comité de sélection ou au ministre, elle tombe aussi dans la catégorie des avis ou recommandations—La correspondance interne du Ministère au sujet des arrangements quant à la sécurité, au choix du personnel et aux questions de procédure, y compris la distribution interne des critères d'évaluation, font ressortir qu'on a examiné de façon attentive les questions de la sécurité et de l'équité dans le processus de délibération—Ces questions sont accessoires aux décisions portant sur l'octroi des licences, mais elles sont aussi importantes—Comme ces documents contiennent les discussions de procédure qui préoccupaient les fonctionnaires du Ministère, ce sont des comptes rendus de délibérations—Ils ont aussi apparemment constitué le fondement de l'avis donné au ministre sur les questions de procédure—Le ministre peut donc en refuser la communication pour l'un ou l'autre de ces motifs—Toute la documentation en litige

**ACCÈS À L'INFORMATION—Suite**

tombe sous le coup des art. 21(1)a) ou b)—L'art. 48 de la Loi porte que la charge d'établir le bien-fondé du refus de communication d'un document incombe à l'institution fédérale concernée—Le droit du ministre de refuser la communication de renseignements donnés existe dès qu'on a démontré que les renseignements relèvent d'une des exceptions prévues dans la loi—Quelle que soit la partie qui a le fardeau de la preuve, il faut considérer toute la preuve—Même si le fardeau de la preuve incombait au ministre quant à l'aspect discrétionnaire de sa décision de refuser la communication, rien ne l'empêche de satisfaire à ce fardeau au moyen d'une preuve présentée par d'autres—Les documents relatifs à l'exercice approprié du pouvoir discrétionnaire du ministre se trouvant au dossier de demande seulement parce qu'ils sont en annexe à des affidavits présentés au nom du commissaire à l'information, on se trouve en face d'une preuve par oui-dire—La preuve par oui-dire ne peut être rejetée sans examen; on ne doit toutefois l'admettre que si elle est nécessaire et fiable—On ne pouvait obtenir une preuve directe des personnes qui avaient la meilleure connaissance des faits au moment où on en aurait eu besoin dans le cadre de cette demande—La condition de «nécessité» est satisfaite—La nécessité n'est pas une condition préalable à l'acceptation de la preuve par oui-dire—C'est un des facteurs à évaluer dans le cadre des circonstances de toute l'affaire, y compris le facteur de fiabilité—La fiabilité des documents comme preuve de la véracité de leur contenu peut être mise en question parce qu'ils n'ont pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire et qu'ils ont été rédigés au cours de l'enquête (on pourrait donc les considérer comme des plaidoyers *pro domo* plutôt que de simples énoncés de faits)—L'enquête n'a trouvé aucune preuve que le pouvoir discrétionnaire du ministre aurait été exercé de façon incorrecte—Il serait indûment formaliste d'écarter les documents au seul motif qu'ils sont du oui-dire—Ces documents reflètent probablement les motifs qui sous-tendent la décision du ministre de refuser la communication de la documentation en litige—Ils appuient la déclaration du ministre qu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire de bonne foi et pour des motifs qui se rapportent de façon logique à l'objet des exceptions en vertu de la loi qu'il invoque—Il n'existe aucune preuve à l'effet contraire—L'affaire soulève des questions importantes, bien qu'elles ne soient pas particulièrement difficiles, portant sur l'interprétation de l'art. 21(1)a) et b) et qui n'avaient pas été examinées jusqu'ici—Les demandeurs ont droit aux dépens entre parties en vertu de l'art. 53(2), même s'ils ont été déboutés de leurs recours—Chaque demandeur a droit à son propre mémoire de dépens et on ne devrait pas les obliger à partager—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 21(1)a), b), 42, 48, 53(2).

3430901 CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE L'INDUSTRIE) (T-648-98, T-650-98, juge Sharlow, jugement en date du 17-11-99, 41 p.)

## ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

Demande en révision présentée en vertu de l'art. 42(1)a) de la Loi sur l'accès à l'information contre une décision du Commissaire de la GRC refusant la divulgation des documents demandés par M. Gordon Ronalds—Dans une lettre, ce dernier a demandé à la GRC des photocopies et des listes de nombreux documents qui relevaient de la GRC ou qui étaient en sa possession—La GRC a répondu que les renseignements demandés étaient exempts de divulgation en vertu de l'art. 19(1) de la Loi sur l'accès à l'information—M. Ronalds s'est plaint auprès du Commissaire à l'information du Canada—Le Commissaire de la GRC a refusé de divulguer les renseignements demandés par le Commissaire à l'information—La présente demande est soumise aux exigences de procédure que prévoit la Loi sur l'accès à l'information—L'expression «prépondérance des probabilités» englobe aisément les autres expressions et est adéquate pour la résolution de l'espèce—Les renseignements demandés sont visés par la définition de renseignements personnels qui figure à l'art. 3b) de la Loi sur la protection des renseignements personnels—La dispense de l'observation de l'art. 3b) qui est prévue à l'art. 3j) s'applique-t-elle aux renseignements?—La Cour se livre à un exercice d'interprétation de l'art. 19 de la Loi sur l'accès à l'information et de l'art. 3 de la Loi sur la protection des renseignements personnels—Après un examen minutieux et une pondération des intérêts respectifs enchâssés dans les deux textes législatifs, la Cour doit conclure que la nature générale de l'art. 3j) n'est pas rétroactive—Aucun élément de preuve soumis à la Cour n'établit que le défendeur a examiné la demande de communication pour des raisons d'intérêt public que le demandeur a présentée en vertu de l'art. 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnels—La Cour est liée par les motifs du juge La Forest dans *Dagg c. Canada (Ministre des finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403—Il n'existe aucun élément de preuve établissant que le défendeur a exercé son pouvoir discrétionnaire pour examiner si les renseignements en question pouvaient être divulgués en vertu de l'art. 8(2)m)(i) de la Loi sur la protection des renseignements personnels—Le défendeur n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire contrairement aux exigences de l'art. 19(2) de la Loi sur l'accès à l'information—La divulgation des renseignements demandés par le demandeur n'était pas exigée en vertu de l'art. 19(1) de la Loi sur l'accès à l'information—Le défendeur devra examiner la question de savoir si les renseignements doivent être divulgués en vertu de l'art. 8(2)m)(i) de la Loi sur la protection des renseignements personnels—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 19, 42—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 (mod. par L.C. 1992, ch. l'art. 144 (ann. VII, item 47), ch. 21, art. 34), 8(2)m)(i).

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (T-635-99, juge Cullen, ordonnance en date du 18-11-99, 18 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

Appel d'un jugement de première instance [(1998), 158 F.T.R. 268] certifiant la question suivante: la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié démontre-t-elle une crainte raisonnable de partialité en examinant la question de l'exclusion (art. 1E, F de la Convention) lorsque le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration n'est pas informé du fait que la question de l'exclusion doit être examinée et qu'il ne prend pas part à l'instance—les appelants allèguent que la Commission compromettrait la nature non contradictoire de l'instance dont elle est saisie en assumant le fardeau de la preuve de l'exclusion—Allégations que le fardeau de la preuve de l'exclusion incombe au ministre—L'allégation est fondée sur deux prémisses illogiques—1) L'allégation que la Commission ne peut résoudre la question de l'exclusion en l'absence du ministre a été rejetée dans *Arica c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1995), 182 N.R. 392 (C.A.F.)—Lorsque ni la Loi sur l'immigration ni les Règles de la section du statut de réfugié n'exigent la participation du ministre à l'instance devant la Commission, on ne peut pas dire de la Commission qu'elle est partielle ou qu'elle démontre une crainte raisonnable de partialité du simple fait qu'elle tient l'enquête en l'absence du ministre—2) L'allégation que le gouvernement ne peut pas satisfaire aux exigences du fardeau de la preuve si le ministre ne participe pas à l'instance est erronée—Le fardeau de la preuve ne doit pas être confondu avec la norme de preuve—En principe, il n'y a aucun motif pour lequel la Commission ne pourrait pas être convaincue, sur la base de la preuve déposée par l'agent d'audience et le revendicateur, que ce dernier entre dans le cadre de la clause d'exclusion—Appel rejeté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2—Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45.

ASHARI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-525-98, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 26-10-99, 5 p.)

## EXCLUSION ET RENVOI

Demande en vue de faire surseoir à l'exécution d'une mesure de renvoi vers la Somalie prise contre les deux demandeurs, frère et sœur, en attendant le résultat de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire concernant le refus opposé à une demande d'examen pour des raisons d'ordre humanitaire—Les demandeurs sont nés à Mogadiscio où ils ont vécu quatre ans avant d'être forcés à fuir avec leur mère vers l'Éthiopie à la suite de l'arrestation de leur père—Ils sont demeurés 12 ans en Éthiopie et y ont appris l'amharique et perdu l'usage du somali—Ils sont entrés au Canada en 1992 et ont revendiqué le statut de réfugié—La SSR a conclu que les demandeurs n'avaient pas établi qu'ils étaient des ressortissants somaliens et, par conséquent, qu'ils n'avaient pas de crainte fondée d'être

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

persécutés—La demande d'examen à titre de demandeurs non reconnus du statut de réfugié a été rejetée—La demande d'examen fondée sur des raisons d'ordre humanitaire n'a pas non plus été accueillie—Les demandeurs ont été informés qu'ils seraient renvoyés en Somalie, mais sans savoir à quel endroit—L'exécution de la mesure de renvoi est suspendue en attendant le résultat de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire concernant le refus de leur demande d'examen fondée sur des raisons d'ordre humanitaire—Dans l'arrêt *Kahn v. University of Ottawa* (1997), 34 O.R. (3d) 535, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que, lorsqu'une décision se fonde sur la crédibilité, le décideur ne devrait pas en venir à une conclusion négative sur ce point sans avoir d'abord entendu la personne visée—Les demandeurs ont en fait obtenu une audience devant la SSR et c'est à l'issue de cette audience qu'on en est arrivé aux conclusions négatives sur leur crédibilité concernant leur statut de ressortissants somaliens—Comme l'agent de révision des revendications refusées (ARRR) et l'agent chargée de l'examen fondé sur des raisons d'ordre humanitaire ont présumé que les demandeurs étaient en fait des ressortissants de la Somalie, cette audience n'aurait servi à rien, du moins sur ce point—Le fait que l'agente qui a effectué l'examen fondé sur des raisons d'ordre humanitaire ait fait référence aux décisions de la SSR et de l'ARRR ne signifie pas qu'elle a limité son examen à ces décisions et qu'elle leur a accordé une importance indue—À la fin de l'argumentation, l'avocat des demandeurs a demandé à modifier son avis de demande et son avis de requête pour inclure un nouveau motif d'examen portant sur le fait de savoir si la décision avait été motivée—Le document qui prétendait fournir les motifs n'indique pas dans les faits le fondement à partir duquel la décision a été prise—Une question sérieuse a donc été soulevée quant à savoir si des motifs ont en fait été communiqués aux demandeurs et, dans l'affirmative, si ces motifs sont adéquats—Cette question sérieuse respecte la première partie du triple critère—Quant au préjudice irréparable, en l'absence d'une décision de la part du ministre concernant une destination particulière, la Cour doit, en toute équité pour les demandeurs, présumer qu'ils seront expulsés à l'endroit qui présente le plus grand danger pour eux—À partir de la preuve, l'expulsion à Mogadiscio constituerait un préjudice irréparable à cause du risque grave de préjudice que pourraient subir les demandeurs—Cette dernière conclusion n'équivaut pas à une conclusion générale attestant qu'en raison des conditions prévalant dans le pays, aucun revendicateur non reconnu du statut de réfugié ne puisse jamais être retourné en Somalie—La situation des demandeurs est unique—Pour ce qui a trait au risque de danger physique pour les demandeurs, la prépondérance des inconvénients penche en leur faveur—La Cour autorise les demandeurs à modifier leur avis de demande pour y inclure comme motif d'examen l'absence ou le caractère approprié de motifs justifiant le refus de leur demande de dispense fondée sur des raisons d'ordre humanitaire.

SHAWESH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4845-99, juge Pelletier, ordonnance en date du 12-11-99, 12 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (SSR) a conclu que les demandeurs s'étaient désistés de leurs revendications—Les demandeurs sont des citoyens du Sri Lanka—Une autre formation de la SSR avait conclu qu'ils n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Cette décision a été annulée par suite d'une demande de contrôle judiciaire; l'affaire a été renvoyée à une formation différemment constituée de la SSR—L'audition devait avoir lieu le 14 septembre 1998—Les demandeurs ne s'y sont pas présentés en raison de la maladie de la demanderesse—Le demandeur a téléphoné au bureau de l'avocat et laissé un message sur le répondeur automatique, mais il n'a pas téléphoné à la SSR—L'avocat des demandeurs ne s'est pas présenté à l'audition et n'a pas communiqué avec la SSR, étant impliqué dans un accident d'automobile—Il a téléphoné à l'agent de la SSR chargé du cas à son retour au bureau, et a ultérieurement envoyé une lettre—La formation a attendu les demandeurs pendant 50 minutes avant de décider d'entamer une instance en désistement—La formation a remis un avis aux demandeurs les avisant que l'audition concernant leur omission de se présenter à l'audition qui devait avoir lieu le 14 septembre 1998 serait tenue le 2 novembre 1998—Les demandeurs et leur avocat se sont présentés à cette date—La formation a recommandé qu'il soit déclaré que les demandeurs se sont désistés de leurs revendications—Le 10 novembre 1998, un avis de désistement a été émis, et cet avis mentionnait, à tort, que les demandeurs ne s'étaient pas présentés à l'audition du 2 novembre 1998—Le 12 avril 1999, la formation a émis un nouvel avis de désistement, corrigé—La SSR pouvait-elle émettre un avis modifié?—La demande de contrôle judiciaire n'est pas accueillie pour ce qui est de l'invalidité de la décision ayant modifié la décision initiale—La Cour a conclu dans *Koulov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 426 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), que même si la première décision était manifestement erronée, elle a été dûment modifiée par une seconde décision valide s'il est évident que l'envoi de la première décision était une simple erreur administrative qui ne correspondait aucunement à l'intention de la Commission, alors que le demandeur était présent à l'audience au moment où la Commission a exposé les motifs véritables à l'appui de sa décision—L'avis de désistement modifié était valide—La demande de contrôle judiciaire est accueillie pour ce qui est de la question du désistement des revendications.

CHANDRAKUMAR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2128-99, juge O'Keefe, ordonnance en date du 1-12-99, 7 p.)

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Appel d'une décision d'un juge de la citoyenneté dans laquelle il a été conclu que la demanderesse n'avait pas une

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

connaissance suffisante du Canada et des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté et par laquelle il a refusé, aux termes de l'art. 15(1) de la Loi sur la citoyenneté, de recommander au ministre ou au gouverneur en conseil d'exercer favorablement son pouvoir discrétionnaire—La question est de savoir si une recommandation négative constitue une «décision» au sens de l'art. 14(5) de la *Loi sur la citoyenneté*—Dans la Loi, la décision de rejeter une demande n'est pas prise tant qu'un juge de la citoyenneté n'a pas examiné la possibilité de recommander ou non l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre ou du gouverneur en conseil—Même si le juge statue qu'il n'y a pas lieu d'approuver une demande, il n'a pas pour autant pris de décision tant qu'il n'a pas refusé de recommander l'exercice du pouvoir discrétionnaire—Les termes «statuer» et «décision» ont donc un sens distinct dans le texte de loi—Pour les fins d'un appel en vertu de la Loi, l'intention était d'englober sous le mot «décision» à la fois le sens de «statuer» sur la demande et celui de refuser de recommander l'exercice du pouvoir discrétionnaire—La conclusion selon laquelle une recommandation peut constituer une «décision» pour les fins d'un contrôle judiciaire est appuyée par l'arrêt *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité)*, [1999] 4 C.F. 624 (C.A.), dans laquelle le juge Robertson a conclu que la jurisprudence révèle que l'expression «ordonnance ou décision» n'a pas un sens figé ou précis, mais que ce sens est plutôt tributaire du cadre législatif dans lequel s'inscrit la décision de nature consultative, compte tenu des conséquences qu'une telle décision peut avoir sur les droits et libertés de ceux qui cherchent à obtenir un contrôle judiciaire—En outre, le juge de la citoyenneté a commis une erreur soit en omettant d'examiner la preuve médicale, soit en lui donnant une interprétation erronée—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 14(5), 15(1).

ABDULE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-2065-98, juge McGillis, jugement en date du 1-10-99, 13 p.)

*Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'immigration avait refusé de rouvrir la revendication du statut de réfugié du demandeur—Le demandeur était arrivé au Canada au mois d'avril 1998 comme passager clandestin d'un navire—Il avait d'abord revendiqué le statut de réfugié, puis il avait signé un document dans lequel il déclarait ne pas vouloir maintenir sa revendication du statut de réfugié—Le même jour, un agent principal (AP) a pris une mesure d'interdiction de séjour—Le demandeur a ensuite changé d'idée, en disant qu'il avait peur de retourner en Iraq et qu'il voulait maintenir sa revendication du statut de réfugié—Un agent d'immigration a rejeté la demande, en affirmant que le demandeur n'avait pas droit à un réexamen par un AP afin de faire rouvrir sa revendication du statut de

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

réfugié—Demande accueillie—Selon l'art. 44(2) de la Loi, aussitôt que l'agent d'immigration a établi que le demandeur revendiquait le statut de réfugié et n'était pas une personne frappée d'une mesure de renvoi qui n'a pas été exécutée, il était tenu de déférer sans délai la revendication à un AP—En vertu de l'art 45(1) de la Loi, l'AP devait alors déterminer si la revendication du demandeur était recevable et, dans la mesure où il faisait l'objet d'un rapport en vertu de l'art. 27(2) de la Loi, prendre une mesure de renvoi contre lui—Au mois de décembre 1998, le demandeur a demandé à un AP la réouverture de sa revendication du statut de réfugié—Il indiquait clairement qu'il désirait que la décision de ne pas déférer son dossier à un AP soit réexaminée et que sa revendication initiale du statut de réfugié soit rouverte—L'agent d'immigration a commis une erreur en considérant la demande du mois de décembre 1998 comme une nouvelle revendication du statut de réfugié plutôt qu'une demande de réouverture de la revendication initiale—Il a également commis une erreur en décidant que le demandeur n'avait pas le droit de faire réexaminer sa demande par un AP en vue de faire rouvrir sa revendication—Le demandeur avait bel et bien présenté une revendication du statut de réfugié et non simplement exprimé son intention de le faire—L'agent d'immigration était alors tenu par la Loi de déférer sans délai sa revendication à un AP, ce qu'il n'a pas fait—Par application de l'art. 45(1) de la Loi, seul un AP pouvait décider que la revendication du demandeur était recevable devant la section du statut de réfugié—Seul un AP pouvait rendre une décision concernant la demande de réouverture de la revendication—En agissant comme il l'a fait, l'agent d'immigration a exercé la compétence d'un AP—Même en supposant que l'agent d'immigration avait compétence pour rendre une décision, il a commis une erreur étant donné qu'aucune disposition de la Loi ne renvoie à une procédure moindre qu'une véritable revendication du statut de réfugié qui pourrait être qualifiée de «seulement une intention de présenter une revendication»—Les questions pertinentes ont été certifiées—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16, 123), 44(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 35), 45(1) (mod., *idem*; 1995, ch. 15, art. 8).

BAGEH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-677-98, juge Denault, ordonnance en date du 22-11-99, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle la SSR a conclu qu'une possibilité de refuge intérieur (PRI) s'offrait aux demanderesse, même si elle a conclu que les allégations de la demanderesse principale concernant sa crainte d'être persécutée en raison de son sexe étaient en grande partie fondées et que les demanderesse ne pouvaient se prévaloir de la protection de l'État—Les demanderesse contestent la décision de la SSR au motif que

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

le tribunal a omis de renvoyer à la déclaration, que la D<sup>re</sup> Judith Pilowsky, psychologue, a faite dans son rapport, selon laquelle si la demanderesse principale était obligée de retourner en Argentine, site du facteur de stress traumatique, elle subirait un nouveau traumatisme et son état psychologique se détériorerait—Il n'est pas clair que la D<sup>re</sup> Pilowsky faisait référence à Mendoza ou à tout autre endroit en Argentine lorsqu'elle traitait du facteur de stress traumatique—Aucun élément de preuve n'indique qu'elle a été invitée à tenir compte de cette distinction—Dans *Taher c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 233 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), et *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), les observations que les avocats ont faites devant les formations de la SSR portaient expressément et catégoriquement sur les rapports des psychologues concernant l'état de stress post-traumatique des revendicatrices dans le contexte de la PRI—Le principal argument des exposés du droit que les demandereses ont produits pour étayer ces demandes de contrôle judiciaire était le fait que les formations avaient omis de tenir compte des rapports des psychologues en analysant la question de la PRI—En l'espèce, devant la SSR, l'ancienne avocate des demandereses n'a pas mentionné l'état psychologique de la demanderesse principale ni le rapport de la D<sup>re</sup> Pilowsky lorsqu'elle a été expressément invitée à traiter de la question de la PRI lors de sa plaidoirie—La question n'a été soulevée qu'au stade des observations verbales—La SSR a tenu compte du rapport de la D<sup>re</sup> Pilowsky en l'espèce, dans la mesure où les demandereses se sont fondées sur celui-ci pour étayer la prétention de la demanderesse principale selon laquelle elle était persécutée en raison de son sexe—Comme l'ancienne avocate des demandereses n'a pas renvoyé au rapport de la D<sup>re</sup> Pilowsky, il ne convient pas d'annuler la décision parce que les motifs sur lesquels elle est fondée ne renvoient pas à un rapport concernant la PRI qui, au mieux, est équivoque, et qui n'a pas été mentionné devant le tribunal pour étayer un argument sur cette question—Dans *Taher* et *Cepeda-Gutierrez*, la façon dont le rapport psychologique a été traité devant la formation a permis à la Cour de caractériser cet élément de preuve comme important dans le cadre de l'analyse de la PRI—La Cour ne peut en faire autant dans la présente affaire—Demande rejetée—La présente affaire, cependant, mérite un examen attentif de la part du ministre et de ses représentants—L'inquiétude de la demanderesse principale face au comportement imprévisible de son ancien employeur, qui l'a gravement maltraitée, n'est pas complètement injustifiée—Il s'agit là d'un motif d'ordre humanitaire qui pourrait permettre à la demanderesse principale, qui se trouve au Canada depuis presque cinq ans, de demeurer au pays.

VILDOZA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5489-98, juge Lutfy, ordonnance en date du 14-10-99, 10 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Demande de contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle la SSR a conclu que le défendeur était un réfugié au sens de la Convention—Le défendeur, un Sikh originaire de l'Inde, s'était joint à la All India Student Sikh Federation (l'AISSF) en 1978—Il avait contesté de façon active le traitement qui était réservé aux Sikhs et lutté afin que les Sikhs obtiennent plus de droits, organisant un certain nombre de sections de l'AISSF—En 1981, il a été élu président de l'AISSF pour l'État du Rajasthan—En 1983, il a obtenu le poste de secrétaire organisateur, devenant ainsi membre du haut commandement de l'AISSF—En 1984, il a quitté l'Inde et fondé la International Sikh Youth Federation (la ISYF) (avant la confrontation qui a eu lieu au Temple d'Or)—Il est arrivé au Canada en février 1985, où il a continué à établir des sections de la ISYF, dans plusieurs villes canadiennes, jusqu'à ce qu'il donne sa démission, en 1986—Le demandeur fait valoir que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, adopté le 17 juillet 1998 par la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, établit des normes applicables en matière de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre—Le demandeur fait valoir que cet instrument précise qu'il n'est pas nécessaire que les crimes contre l'humanité soient systémiques et répandus—Il ajoute que la SSR a complètement omis d'analyser les actes de violence que la ISYF aurait commis pour déterminer si ces actes constituaient des crimes contre l'humanité et, dans l'affirmative, si le défendeur en avait été complice—Demande rejetée—Dans l'arrêt *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.), il a été établi: 1) qu'une interprétation stricte de la disposition d'exclusion est appropriée compte tenu du danger d'être persécutées que courent des personnes qui, autrement, obtiendraient le statut de réfugié au sens de la Convention; 2) que pour invoquer la disposition d'exclusion, il devait être établi que la personne visée avait personnellement pris part à des actes de persécution; 3) que l'applicabilité de la disposition d'exclusion ne repose pas sur la question de savoir si le demandeur a été accusé ou déclaré coupable des actes prévus dans la Convention—Le ministre doit seulement s'acquitter de la norme de preuve comprise dans l'expression «raisons sérieuses de penser»—Bien que la SSR ait conclu que la preuve dont elle disposait n'établissait pas que le défendeur avait personnellement commis des crimes contre l'humanité, elle paraît avoir commis une erreur lorsqu'elle s'est fondée sur le fait que certains dirigeants de l'organisation n'avaient pas été condamnés pour avoir commis de tels crimes pour conclure qu'ils n'en étaient pas responsables—La SSR a néanmoins tiré une conclusion de fait selon laquelle le défendeur n'avait pas pris part, en Inde, aux actes que les dirigeants de l'organisation ont commis et il n'avait pas assisté à la confrontation du Temple d'Or—Elle n'a tiré aucune conclusion en ce qui concerne les obligations de la ISYF, mais elle a été convaincue que le défendeur a démissionné lorsqu'il s'est rendu compte qu'elle s'était

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

adonnée à des activités illégales ou terroristes—Elle a estimé que le témoignage du revendicateur était, en général, crédible—Les cours ne doivent ni revoir les faits, ni apprécier la preuve—C'est seulement dans le cas où un examen raisonnable de la preuve ne saurait étayer les conclusions du tribunal qu'une conclusion de fait sera manifestement déraisonnable—La Cour n'a pas été convaincue que les conclusions de fait que la SSR a tirées étaient manifestement déraisonnables.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. NAGRA (IMM-5534-98, juge Rouleau, ordonnance en date du 27-10-99, 8 p.)

*Résidents permanents*

Raisons d'ordre humanitaire—Recours en contrôle judiciaire contre le refus d'instruire la demande de droit d'établissement à la lumière des raisons d'ordre humanitaire—La famille du demandeur s'est vu accorder le droit d'établissement en 1992—Le demandeur, qui avait 19 ans à l'époque, ne pouvait venir au Canada puisqu'il devait faire son service militaire—Une fois le service militaire accompli, il a fait sa propre demande en qualité d'immigrant indépendant et invoquant les raisons d'ordre humanitaire, en s'appuyant sur la politique du Ministère et sur le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (REIR) des modifications apportées en 1992 au Règlement sur l'immigration, qui prévoient l'admissibilité des enfants âgés de 19 ans révolus mais toujours célibataires, et qui, à cause des obligations militaires, n'étaient pas en mesure d'accompagner les parents quand ils étaient encore à leur charge—L'agent des visas a quand même rejeté la demande, sans mentionner ni le REIR ni la politique ministérielle—Recours accueilli—Il échet d'examiner si l'agent des visas a instruit la demande à la lumière des raisons d'ordre humanitaire, et s'il a suffisamment pris en compte la politique relative aux personnes qui, en raison de leur service militaire, ne remplissent pas les conditions prévues à l'art. 2(1) du Règlement—Bien qu'on ne puisse invoquer cette politique pour extrapoler l'art. 2(1), il s'agit là d'une considération suffisamment importante pour être mentionnée à la fois dans le REIR et dans la politique ministérielle—À ce titre, c'est un facteur qui doit entrer en ligne de compte dans l'instruction à la lumière des raisons d'ordre humanitaire—Le défaut par l'agent des visas de prendre en compte la politique en question (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817) avait une incidence directe sur l'issue ultime de la décision attaquée—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1), «fils à charge»—Règlement sur l'immigration, DORS/92-101, REIR.

YU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1523-98, juge en chef adjoint Richard, ordonnance en date du 29-10-99, 12 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Le demandeur est citoyen libyen—Sa demande de résidence permanente à titre d'entrepreneur a été refusée pour deux raisons—La première se fonde sur la définition du terme «entrepreneur» donnée à l'art. 2(1) du Règlement sur l'immigration—Le demandeur a fait des études de droit en Libye et il a travaillé pour le gouvernement libyen pendant 35 ans—Il a dit à l'agent des visas qu'il avait touché des commissions en donnant des conseils d'affaires à des sociétés italiennes qui vendaient des produits céréaliers à la Libye—La nature de ces conseils n'a pas été expliquée—L'agent des visas a déduit que ces activités étaient illégales en Libye et que «ces conseils d'affaires» étaient fait du trafic d'influence—La conclusion de l'agent des visas selon laquelle le demandeur ne répondait pas à la définition d'«entrepreneur» n'est pas abusive ni déraisonnable—L'expérience du demandeur au gouvernement et en affaires n'établit pas sa capacité ou son intention de participer à la gestion des deux sociétés canadiennes—L'agent des visas n'a pas donné au demandeur la possibilité de dissiper ses doutes quant à savoir si l'art. 19(2)a.1(ii) pouvait s'appliquer à son cas—Elle a manqué à son obligation d'équité procédurale—Un manquement à l'équité procédurale ou aux principes de justice naturelle vicié normalement une décision, mais il y a des exceptions—L'agent des visas était en droit de croire que les activités qualifiées de «conseils d'affaires» étaient illégales en vertu du droit libyen—Cette conclusion de fait, combinée à l'absence de preuve de toute expérience commerciale, a justifié la décision de l'agent des visas indiquant que le demandeur ne répondait pas à la définition d'un «entrepreneur»—Demande rejetée—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) «entrepreneur» (mod. par DORS/79-851, art. 1; 83-837, art. 1)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(2)a.1(ii) (édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 3; L.C. 1992, ch. 49, art. 11).

SEBAI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4565-98, juge Sharlow, ordonnance en date du 12-10-99, 9 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas (AV) refusant le visa au motif que la demanderesse n'avait pas les compétences nécessaires pour exercer la profession d'archiviste selon la Classification nationale des professions (CNP)—Examen de deux des catégories, c'est-à-dire «Études et formation» et «Facteur professionnel»—Demande accueillie—La CNP indique qu'«une maîtrise en archivistique, en bibliothéconomie ou en histoire est habituellement exigée»—L'AV a commis une erreur en concluant que, comme la demanderesse n'avait qu'un baccalauréat en histoire, elle n'avait pas les compétences nécessaires pour travailler comme archiviste—L'AV a interprété les mots «habituellement exigée» comme signifiant «toujours exigée»—Il n'est pas contesté que, pour les fins de la catégorie «Études et formation» de l'Annexe I du Règlement sur l'immigration, l'expression «habituellement

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

exigée» dans la description des exigences relatives aux études pour une profession est interprétée comme signifiant «toujours exigée».—Toutefois, il ne s'ensuit pas que les termes «exige habituellement» doivent être lus de la même façon dans l'évaluation du nombre de points attribués dans la catégorie «Facteur professionnel».—Les mots «exige habituellement» signifient simplement ce qu'ils disent—Il n'y a pas de fondement à la conclusion tirée par l'AV selon laquelle une personne qui n'a pas une maîtrise en archivistique, en bibliothéconomie ou en histoire est, pour cette seule raison, incapable de respecter les conditions d'accès à la profession d'archiviste—Malgré la décision *Nemati c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1193 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), aucune disposition d'interprétation de la CNP ne prévoit que, lorsqu'un certain niveau de scolarité est «habituellement exigé», le demandeur doit satisfaire à cette exigence à moins que l'AV ne soit convaincu qu'il existe dans le dossier des facteurs «importants et substantiels» montrant que le demandeur pourrait surmonter le fait qu'il ne satisfait pas à l'exigence habituelle—Néanmoins, il doit y avoir une quelconque raison convaincante qui permette de penser que le demandeur sera capable de se trouver un emploi dans le domaine qu'il entend intégrer, malgré le fait qu'il ne possède pas les compétences «habituelles» en matière d'éducation: *Hara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 1395 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)—L'AV aurait dû tenir compte des études de la demanderesse, de sa formation et de son expérience en entier avant de déterminer si cela correspondait approximativement à l'équivalent d'une maîtrise en archivistique, en bibliothéconomie ou en histoire—La Cour n'est pas convaincue que l'AV a fait une évaluation raisonnable de l'expérience de travail de la demanderesse à l'égard de cette question—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, annexe I (mod. par DORS/79-167, art. 5; 85-1038, art. 8; 93-44, art. 24, 25; 93-412, art. 17, 18; 97-184, art. 9; 97-242, art. 3, 5).

KARATHANOS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5011-98, juge Sharlow, ordonnance en date du 5-10-99, 11 p.)

Raisons d'ordre humanitaire—Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'immigration a conclu que le demandeur ne devrait pas être dispensé des exigences de l'art. 9(1) de la Loi sur l'immigration pour des motifs d'ordre humanitaire—Le demandeur était arrivé illégalement au Canada—Revendication du statut de réfugié refusée—Le demandeur a épousé une personne qui résidait en permanence au Canada—L'agent d'immigration a jugé que le demandeur n'était pas digne de foi à cause de problèmes d'aide sociale qu'il avait eus par le passé—Dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817m la Cour a établi une nouvelle norme de contrôle des décisions discrétionnaires, soit celle de la décision raisonnable—La Cour doit se demander

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

si les conclusions sont étayées par la preuve et si les conclusions tirées de la preuve sont logiques—L'agent d'immigration doit exercer le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 114(2) conformément aux valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire une appréciation respectant les motifs d'ordre humanitaire—Les lignes directrices applicables aux agents qui exercent des pouvoirs discrétionnaires exigent que les agents d'immigration tiennent compte du mariage à un résident canadien comme critère susceptible d'entraîner une décision favorable en vertu de l'art. 114(2)—Demande accueillie—Malgré les pouvoirs discrétionnaires qui lui étaient conférés en vertu de l'art. 114(2), l'agent d'immigration a agi d'une façon déraisonnable en concluant qu'il n'existait pas suffisamment de motifs d'ordre humanitaire pour justifier l'octroi d'une dispense—Étant donné l'existence d'une preuve non contredite montrant que le mariage a eu lieu (photos, vidéo et affidavit du beau-père du demandeur), les incohérences dans le témoignage du demandeur, en ce qui concerne les personnes qui avaient assisté au mariage, ne prouvent pas que celui-ci n'avait pas contracté un mariage véritable—La conclusion selon laquelle il y avait de «nombreuses contradictions» est inexacte; elle ne tient pas compte des facteurs relatifs aux motifs d'ordre humanitaire, c'est-à-dire de la nature véritable des relations conjugales—La crédibilité est un facteur dont il faut tenir compte en déterminant si un mariage véritable a été contracté, mais le fait que le demandeur a menti en vue de toucher des prestations d'aide sociale est plus ou moins pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer l'authenticité d'un mariage—Le fait que le demandeur est entré illégalement au pays et que son mariage constitue sa dernière chance de demeurer au Canada justifie peut-être un examen plus vigilant, mais cela n'empêche pas une appréciation équitable de la preuve aux fins de la détermination de la question de savoir si le demandeur a contracté un mariage véritable—La décision n'est pas étayée par la preuve—L'agent d'immigration a agi d'une façon déraisonnable en tenant peu compte de l'authenticité du mariage—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 114(2) (mod., *idem*, art. 102).

AWUAH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-272-99, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 7-12-99, 7 p.)

Raisons d'ordre humanitaires—Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration de rejeter une demande d'exemption fondée sur des considérations humanitaires—La demande fondée sur des considérations humanitaires fait suite aux rejets de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, de la demande de contrôle judiciaire et de la révision de sa revendication à titre de demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada—La demanderesse est une citoyenne du Sri Lanka—La demanderesse s'est mariée avec un citoyen

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

canadien au Canada et une enfant est issue de leur union—Toutefois, le mariage n'est pas valide puisqu'il n'a pas été correctement enregistré—La demande est accueillie—Les notes de l'entrevue prises par l'agent d'immigration ne révèlent absolument aucune analyse des documents dont l'agent d'immigration disposait ni des résultats de l'entrevue—Aucun affidavit n'a été déposé par l'agent d'immigration dans la présente demande de contrôle judiciaire, qui aurait pu dévoiler le cheminement de l'analyse qui a été suivi pour parvenir à la décision de rejet de la demande d'établissement présentée au Canada—Bien que les notes du préposé à l'entrevue aient finalement été fournies à la demanderesse, ces notes ne nous éclairent en rien quant à savoir comment et pour quels motifs le préposé à l'entrevue est arrivé à sa décision—Un document connexe intitulé «résumé du cas» fournit quelques éléments d'analyse mais se concentre totalement sur la question de savoir si le mariage était solide, à même de durer et conclu de bonne foi—On n'y fait aucune mention de l'effet sur l'enfant du rejet de la demande fondée sur des considérations humanitaires—Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, l'agent d'immigration n'a, lui aussi, prêté aucune attention à l'intérêt de l'enfant et la même conclusion s'impose—La décision de l'agent d'immigration constituait un exercice déraisonnable du pouvoir conféré par la loi et doit donc être infirmée—Il était peut-être loisible à l'agent d'immigration de rendre la décision qui fait l'objet du contrôle mais son défaut de souligner les droits, intérêts et besoins de l'enfant et de porter une attention particulière à la question de l'enfance dans les motifs de la décision signifie que l'agent d'immigration n'a pas considéré l'enfant comme un facteur décisionnel important, avec pour résultat que, compte tenu de l'analyse qu'il a faite, il n'était pas loisible au décideur de rendre cette décision.

NAVARATNAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-555-99, juge Gibson, ordonnance en date du 6-12-99, 7 p.)

Requête en radiation d'une demande tendant à ordonnance déclarant que la demanderesse est une résidente permanente du Canada; à ordonnance de *mandamus* pour forcer le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration à instruire la demande de parrainage—La demanderesse Siham Askar s'était vu accorder le statut de résidente permanente en 1978—Elle est retournée au Liban en 1980 pour prendre soin de sa belle-mère malade—Elle est rentrée au Canada en 1996, montrant à la douane les papiers attestant son statut de résidente permanente—En 1997, elle a demandé à parrainer l'immigration de son mari et de leurs enfants—La question s'est posée de savoir si elle était toujours une résidente permanente—Selon un rapport soumis au sous-ministre en application de l'art. 27, elle est entrée au Canada à titre de visiteuse et est demeurée dans le pays après avoir perdu cette qualité—En mai 1998, elle a soumis des observations

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

sur son statut de résidente permanente—Elle soutient maintenant qu'aucune mesure officielle n'a jamais été prise au sujet de ce statut—Requête rejetée—Le recours en contrôle judiciaire et tendant à jugement déclaratoire et à ordonnance de *mandamus* n'est pas manifestement irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli—(i) Le ministre fait valoir que Siham Askar n'a pas exercé son droit d'appel devant la section d'appel de l'immigration—Puisque le sous-ministre n'a pas exercé le pouvoir qu'il tient de l'art. 27 de la Loi sur l'immigration, aucune mesure de renvoi n'a été prise par un agent d'immigration principal ou par un arbitre—Une personne ne peut exercer le droit d'appel prévu à l'art. 70 que si elle fait l'objet d'une mesure de renvoi—L'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale n'est pas applicable puisqu'il est limité par la réserve «dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel»—(ii) Le ministre soutient que la décision relative au statut de résident permanent relève des agents d'immigration et que, par conséquent, il ne peut y avoir recours en contrôle judiciaire contre pareille décision que par autorisation de la Cour fédérale, selon l'art. 82.1 de la Loi sur l'immigration—La demanderesse réplique qu'elle n'a jamais été officiellement informée qu'elle avait perdu son statut de résidente permanente au Canada; qu'aucune mesure n'a été prise pour saisir un arbitre de la question de son statut—À son avis, elle est toujours une résidente permanente; la procédure engagée est un recours tendant à forcer l'agent des visas à instruire les demandes de résidence permanente de son mari et de leurs enfants—Son recours n'est pas irrecevable par application de l'art. 82.1(2)—Elle ne fait qu'agir en *mandamus* pour forcer l'exécution de son droit de parrainer l'immigration de sa famille face au refus d'instruire sa demande de parrainage—Le fait qu'elle conclut aussi à jugement déclarant qu'elle est toujours une résidente permanente ne déporte pas l'analyse, et ne s'attache pas nécessairement à une décision d'agent d'immigration—Il y a là un point qui se prête aux débats—(iii) Le ministre soutient qu'il ne saurait y avoir recours en *mandamus* puisque l'agent des visas de Damas n'est nullement tenu à l'obligation d'instruire la demande concernant le mari de Siham Askar et de leurs enfants à charge avant que le statut de résidente permanente de cette dernière ne soit fixé—Argument en contradiction avec les autres motifs invoqués et qui sont subordonnés au postulat qu'une décision a été prise au sujet du statut de Siham Askar—Il renforce la thèse de la demanderesse, savoir qu'elle n'a pas perdu son statut de résidente permanente—Cette conclusion est dans le droit fil de l'arrêt *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.)—(iv) Le ministre soutient que le recours de la demanderesse vise deux décisions distinctes, savoir la décision relative au statut de résidente permanente et celle de l'agent des visas de ne pas instruire la demande—On ne sait pas du tout, à la lumière des faits de la cause, si une décision a été rendue au sujet du statut de résidente permanente de Siham Askar—(v) Le ministre fait valoir que la demanderesse n'a produit ni la date ni les détails d'aucune mesure spécifique, contre

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

laquelle s'exercerait son recours en contrôle judiciaire—Celle-ci réplique qu'aucune décision n'a été rendue au sujet de son statut de résidente permanente—Son argument est défendable—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch.30, art. 4; L.C. 1992, ch. 47, art. 78; ch. 49, art. 16, 123b); 1995, ch. 15, art. 5), 32 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 5; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 11; 1992, ch. 49, art. 21), 70 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 8; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18, 35; ch. 29, art. 6; L.C. 1992, ch. 49, art. 65; 1995, ch. 15, art. 13), 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1990, chap. 8, art. 53; 1992, ch. 49, art. 73)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.5 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

ASKAR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3296-99, juge Lemieux, ordonnance en date du 2-11-99, 17 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision qu'aurait rendue l'agent des visas à l'ambassade du Canada à Tunis (Tunisie) refusant d'accorder à la demanderesse un permis ministériel prévu à l'art. 37 de la Loi sur l'immigration—La demanderesse est de citoyenneté libyenne—Elle s'est installée au Canada en août 1994 et vit depuis à Swift Current (Saskatchewan) avec son époux—Son époux a déposé une demande de résidence permanente au consulat général du Canada à Buffalo (New York) nommant la demanderesse en tant que personne à charge—La demanderesse s'est rendue par avion à Tripoli (Libye) suite au décès de sa sœur—Le représentant du ministre a fait part à la demanderesse de sa décision de rejeter sa demande de visa de visiteur, au motif qu'elle ne répondait pas à la définition de ce qu'est un visiteur—Le représentant du ministre a-t-il rendu une «décision» au sens de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale?—La phrase [TRADUCTION] «J'ai, cependant, fixé la condition à laquelle je serais disposé à émettre un permis» constitue la décision de restreindre les critères qu'il convient de retenir dans le cadre d'une demande de permis ministériel concernant la demanderesse, aux seuls critères figurant à l'art. 2.8.1 du *Guide de l'immigration, Traitement des demandes à l'étranger*, OP 19, Permis ministériels, Ottawa: Citoyenneté et Immigration Canada, 1996 (feuilles mobiles)—le Guide revêt une importance certaine lorsqu'il s'agit d'évaluer la justesse de la décision ici en cause—Les critères à appliquer dans le cadre d'une demande de permis ministériel comprennent tous les critères prévus à l'art. 2.8—La restriction imposée par le représentant du ministre constitue une erreur de droit—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art 37 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 26)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

ALI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4702-99, juge Campbell, ordonnance en date du 15-10-99, 7 p.)

## COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Requête du procureur général du Québec en vue de l'obtention de l'autorisation d'intervenir et en vue du rejet de l'instance pour défaut de compétence—Par suite de l'absence d'opposition sérieuse, l'autorisation d'intervenir est accordée—Les demandeurs sont des Indiens qui habitent dans le nord du Québec—Ils n'étaient pas parties à la Convention de la Baie James—Ils revendiquent des droits ancestraux et un titre autochtone sur certaines parties des territoires visés par la Convention sur la Baie James—Dans cette action, ils sollicitent une réparation contre la Couronne fédérale seulement, même si cette réparation a en bonne partie des répercussions sur les droits et pouvoirs de la Couronne provinciale—Certaines réparations sollicitées par les demandeurs ne relèvent peut-être pas de la compétence de la Cour, soit un jugement déclaratoire concernant les droits des demandeurs et portant que le titre a priorité sur les droits de la Couronne fédérale et de la Couronne provinciale concernant les terres des Oujé-Bougoumou—L'art. 17 de la Loi sur la Cour fédérale ne donne pas à la Cour la compétence nécessaire pour accorder un redressement contre une province—Il est certain que la demande relève en bonne partie de la compétence de la Cour—Les demandes contre la Couronne fédérale relèvent à première vue de la compétence de la Cour—Cette compétence devrait être interprétée d'une façon libérale—Lorsqu'ils ont engagé l'instance devant cette Cour, les demandeurs ont également engagé une instance similaire contre la Couronne provinciale devant la Cour supérieure du Québec—L'instance devant la Cour supérieure est fondée sur les mêmes faits que la présente action—Le procureur général du Canada n'est pas partie à l'instance devant la Cour supérieure—À l'exception possible du paragraphe se rapportant à la demande de reddition de compte, toutes les allégations de la déclaration et tous les paragraphes de la demande de redressement pourraient à juste titre être invoqués devant la Cour supérieure et cette dernière aurait pleinement compétence pour les examiner—Lorsque l'action a été intentée, les plaideurs devaient engager des poursuites devant deux tribunaux lorsqu'ils présentaient une demande contre la Couronne fédérale et contre d'autres défendeurs—Par suite des modifications apportées à la Loi sur la Cour fédérale, la situation a changé—Étant donné que la compétence concurrente des cours provinciales à l'égard des actions contre la Couronne fédérale est maintenant clairement reconnue, le demandeur qui diviserait son action de façon à faire entendre l'affaire par deux tribunaux ayant une compétence concurrente commettrait presque un abus de procédure—Des jugements contradictoires risqueraient d'être rendus, avec l'embarras qui en découlerait pour l'un ou l'autre des tribunaux—La règle 3 des Règles de la Cour fédérale (1998) exige que les Règles soient interprétées de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible—L'art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures, en particulier au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal—Cela

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

—Fin

l'apparente à la présente situation—La justice exige l'octroi d'une suspension, et non d'un rejet, étant donné qu'une question de prescription pourrait se poser—La Cour rend une ordonnance accordant au procureur général du Québec l'autorisation d'intervenir et suspendant l'instance—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 3—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.

NATION CRIE OUIJÉ-BOUGOUMOU C. CANADA (T-3007-93, juge Hugessen, ordonnance en date du 24-11-99, 11 p.)

**COURONNE****CONTRATS**

Demande de jugement sommaire—Soumission de la demanderesse retenue pour la construction, à Faust (Alberta), d'un immeuble de bureaux et de logements destiné à un détachement de la GRC—Après le début des travaux on s'est aperçu que le terrain sur lequel devait être réalisée la construction était plus humide et moins stable que ne l'avait indiqué la documentation distribuée aux soumissionnaires—Le 21 septembre 1990, l'avocat de la demanderesse a envoyé à l'avocat de la défenderesse une proposition qui, si elle était acceptée, libérait Travaux publics Canada de toute réclamation ayant sa source sur le chantier et remontant à une date antérieure au 15 septembre 1990—Le 24 septembre, la demanderesse a accepté la proposition et a indiqué qu'une directive de modification serait émise afin d'incorporer officiellement l'accord au contrat—La défenderesse a émis une sorte de directive de modification dont la forme a fait l'objet d'un débat—La demanderesse a poursuivi ou repris les travaux jusqu'à fin 1990—La déclaration indique que Travaux publics Canada s'est montré négligent en faisant des présentations inexactes dans la documentation distribuée aux soumissionnaires—Aucun tort n'est reproché à la défenderesse après le 15 septembre 1990—Les principes applicables aux requêtes en jugement sommaire sont énoncés dans *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd. S.A. et autres*, [1996] 2 C.F. 853 (1<sup>re</sup> inst.): la Cour doit être persuadée que l'affaire ne devrait pas être instruite car elle ne soulève en fait aucune question susceptible d'être tranchée par la Cour—Il ne s'agit pas de savoir si une partie n'a guère de chances d'obtenir gain de cause mais, plutôt, si l'affaire est douteuse au point de ne pas même mériter d'être instruite; la simple existence d'un conflit apparent au niveau de la preuve n'exclut pas en soi la possibilité d'un jugement sommaire; la Cour doit examiner scrupuleusement le bien-fondé des thèses en présence et dire si se pose en l'occurrence un problème de crédibilité—Requête accueillie—L'offre de règlement forme, dès son acceptation au nom de la défenderesse, un accord de règlement—Celui-ci n'a rien d'éventuel au sens où il dépendrait de l'émission d'une directive de modification l'incorporant au contrat—

**COURONNE—Fin**

L'avocat peut parvenir à un règlement qui liera son client à moins que celui-ci n'ait restreint les pouvoirs de son avocat et que ces restrictions n'aient été portées à la connaissance de la partie adverse: *Scherer v. Paletta* (1966), 57 D.L.R. (2d) 532 (C.A. Ont.)—La demanderesse prétend qu'elle avait limité le pouvoir de transiger de son avocat mais la défenderesse n'était pas au courant d'une telle limitation—La mise en œuvre de l'accord n'exigeait pas l'intervention de la Cour ou d'un autre tribunal; la Cour n'a été appelé à donner effet à cet accord que lorsque la demanderesse a refusé d'être liée par lui—Il n'y a aucune question susceptible d'être tranchée par la Cour, étant donné que la demanderesse a convenu de libérer la défenderesse de toute réclamation ayant son origine sur le chantier et remontant à une date antérieure au 15 septembre 1990—La cause de la demanderesse est douteuse au point qu'elle ne mérite pas d'être portée devant un juge dans le cadre d'une instruction future—Bien que la preuve versée au dossier soulève certainement des questions de crédibilité, celles-ci, quel que soit le sens dans lequel elles pourraient être tranchées, n'affecteraient en rien l'issue de la présente action.

BEMAR CONSTRUCTION LTD. C. CANADA (T-1215-91, juge Gibson, ordonnance en date du 20-10-99, 9 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel d'une décision de la Section de première instance (1997), 131 F.T.R. 290 concernant l'interprétation de l'art. 44.19(1) de la Loi sur la taxe d'accise—Les plaques d'immatriculation en question ont été achetées par la Couronne du chef de la Saskatchewan—Elles ont été achetées par Saskatchewan Government Insurance (SGI), le mandataire de la Couronne reconnu par la loi, au moyen de fonds appartenant à la Couronne—Question de savoir si SGI a fait une «utilisation» des plaques d'immatriculation au sens de l'art. 44.19(1)b) de la Loi—L'achat de marchandises taxables peut viser plus d'une fin—Le remboursement est exclu si l'une de ces fins comporte une utilisation visée à l'art. 44.19a), b) ou c)—Lorsqu'elle délivre des plaques d'immatriculation aux propriétaires de véhicules à moteur afin d'administrer le système d'enregistrement des véhicules à moteur de la province et de mettre en œuvre un régime d'assurance-automobile obligatoire, SGI utilise les plaques d'immatriculation—Selon le sens ordinaire du mot «utilisation», SGI utilise donc les plaques dans l'exercice de ses fonctions; elle exerce au sens de la loi, un contrôle sur les plaques à ces fins—Appel rejeté—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, ch. E-13, art. 44.19 (mod. par S.C. 1986, ch. 9, art. 34).

SASKATCHEWAN (GOVERNMENT INSURANCE) C. CANADA (A-513-97, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 9-12-99, 4 p.)

**DOUANES ET ACCISE—Suite****TARIF DES DOUANES**

Appel d'une ordonnance ((1997), 130 F.T.R. 174), rejetant la demande de contrôle judiciaire d'une décision de l'intimé par laquelle ce dernier avait rejeté la demande présentée par l'appelante concernant le remboursement de certains droits aux termes de l'art. 77 de la Loi sur le tarif des douanes—La Loi prévoit la remise des droits de douane quand les machines et appareils ne sont pas produits au Canada—La Loi prévoit que le ministre peut établir une liste de machines et d'appareils qui sont exonérés des droits de douane—Si certaines machines et certains appareils ne figurent pas sur la liste, un demandeur peut réclamer une remise, et si le ministre est convaincu que les machines et appareils ne sont pas produits au Canada, il peut rembourser les droits de douane payés à l'importation—Le pouvoir de remise est accordé pour une période de temps précise au cours de laquelle les remboursements de droits de douane payés à l'importation peuvent être réclamés—En 1989, W.C.I. Manufacturing a présenté une demande en vertu de l'art. 76(1) afin d'obtenir une remise des droits de douane dans le but d'importer des valves électromagnétiques et d'autres pièces pour la fabrication de machines à laver—En février 1990, le ministre a accordé le pouvoir de remise pour la période du 1<sup>er</sup> mai 1989 au 28 février 1995—En janvier 1994, le ministre a émis la note de service D8-5-1 autorisant la cession des droits de remise, sauf s'il s'agit de pièces de fabrication—Le 24 février 1995, W.C.I. Manufacturing a cédé le pouvoir de remise à l'appelante—Le 27 février, l'appelante a demandé un remboursement de droits de douane—Le ministre a refusé la déduction au motif que les marchandises étaient des pièces de fabrication—Le juge en chef Isaac (appuyé par le juge Linden, J.C.A.): l'appel est rejeté pour les motifs énoncés par le juge des requêtes—Le pouvoir discrétionnaire du ministre n'est pas entravé—Il n'est pas contraire au sens évident de l'énoncé de politique du ministre d'avoir appliqué l'interdiction de cession à une ordonnance de remise prise avant la publication de l'énoncé de politique—Le juge Rothstein, J.C.A. (*dissident*): le ministre n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de refuser la demande de remboursement aux termes de l'art. 77(1)—Le ministre a accordé le pouvoir de remise bien avant d'émettre la note de service D8-5-1—Quand le pouvoir de remise a été délivré, il n'était assorti d'aucune restriction concernant la cession—Après avoir accordé ce pouvoir, le ministre avait complètement exercé le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré à l'art. 76(1), (2)—Pourvu que l'art. 77 soit respecté, le demandeur a droit à un remboursement—Aux termes de l'art. 77(2)a), il faut que la demande de remboursement soit appuyée par les justificatifs que le ministre peut exiger—Bien que cet alinéa donne au ministre le pouvoir discrétionnaire de choisir les justificatifs qu'il peut exiger, cela ne lui confère pas le pouvoir d'exercer de nouveau le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré en vertu de l'art. 76(1), (2) et au regard desquels il était *functus* quand la

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

demande de remboursement a été présentée—L'art. 77(2)b) prévoit que la demande de remboursement doit être faite selon les modalités réglementaires et selon la forme prescrite renfermant les renseignements exigés—Aucun règlement n'était prescrit concernant l'application de l'art. 77(2)b)—Le caractère informel des modalités de demande de remboursement ne confère pas au ministre le pouvoir discrétionnaire de refuser une demande de remboursement si celle-ci est présentée par le cessionnaire du pouvoir de remise—Le ministre n'a pas restreint le pouvoir de remise en vertu de l'art. 76(1) et (2) en stipulant que celui-ci n'était cessible ni en totalité ni en partie, et il n'a pas non plus révoqué le pouvoir conformément à l'art. 76(3)—Le cessionnaire prend la place de la personne à qui le pouvoir de remise a été octroyé et a droit au remboursement auquel le premier demandeur aurait eu droit—Le remboursement réclamé aurait dû être accordé—Loi sur le tarif des douanes, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 41, art. 76, 77.

SMC PNEUMATICS (CANADA) LTD. C. SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE (A-397-97, le juge en chef Isaac, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 21-10-99, 8 p.)

**DROIT MARITIME****TRANSPORT DE MARCHANDISES**

Instruction de questions portant sur la bonne façon de calculer la limite de responsabilité qu'un chargeur est autorisé à invoquer en vertu d'une clause *paramount* ayant pour effet d'intégrer les dispositions des Règles de La Haye à un connaissance portant sur le transport maritime de marchandises entre la Turquie et le Canada—La demanderesse estime à 570 000 \$CAN les avaries causées à sa cargaison de barres d'acier d'armature crénelées laminées à chaud—La défenderesse soutient que sa responsabilité se limite à 100 000 livres turques (2,30 \$) par paquet ou unité—L'art. 4(5) des Règles de La Haye limite la responsabilité du chargeur à 100 livres sterling par colis ou unité, ou l'équivalent de cette somme en une autre monnaie, à moins que la nature et la valeur de ces marchandises n'aient été déclarées par le chargeur et qu'elles n'aient été insérées dans le connaissance—L'art. 9 permet aux États contractants de convertir les livres sterling en leurs devises nationales—Le connaissance incorpore les dispositions des Règles de La Haye qui ont été «édictees» en Turquie—Les Règles de La Haye prévoient elles-mêmes diverses façons d'incorporer les dispositions des Règles de La Haye dans la législation nationale des États signataires—En 1955, le Parlement turc a édicté les Règles de La Haye telles qu'elles avaient été adoptées aux termes de la Convention de Bruxelles de 1925—Les Règles de La Haye, dans leur version initiale, ont alors été intégrées au droit interne de la Turquie—En 1956, le Parlement turc a adopté le Code commercial turc,

**DROIT MARITIME—Suite**

une traduction du Code commercial allemand de 1937 dans lequel on trouve une adaptation de l'essentiel des Règles de La Haye—Par l'adoption de ce code, la Turquie a ainsi donné suite à l'engagement qu'elle avait pris en tant que signataire de la Convention de Bruxelles d'incorporer les Règles de La Haye dans sa législation interne—La version de 1955 n'a jamais été abrogée, de sorte qu'on retrouve présentement dans la législation interne turque à la fois le texte initial intégral des Règles de La Haye, ainsi qu'une adaptation interne de ce texte permise par le protocole de signature—L'art. 1114 du Code commercial turc dispose que, lorsque la nature et la valeur des marchandises n'ont pas été déclarées par le chargeur et que cette déclaration n'a pas été insérée au connaissance, la responsabilité maximale du transporteur est de 100 000 livres turques—Suivant l'expert de la défenderesse, bien que la loi turque initiale de 1955 n'ait jamais été abrogée, elle a effectivement été remplacée par le Code commercial turc—Le témoignage de l'expert de la défenderesse est préféré, parce qu'il cite un arrêt très récent rendu de la Cour d'appel turque qui se rapporte directement aux faits de la présente affaire et qui concerne une cargaison internationale—Les circonstances de la présente espèce illustrent de quelle manière les effets de l'inflation peuvent amener un pays à ne plus se conformer à l'esprit, sinon à la lettre, de la Convention de Bruxelles—Le droit permanent de réviser l'unité monétaire constitue une condition préalable du respect des Règles de La Haye—Il en va de même en ce qui concerne le Protocole de signature: les régimes juridiques évoluent et se développent et les pays les plus civilisés procèdent périodiquement à la réforme de leur droit—Pour produire comme il se doit leurs effets dans un pays donné, les Règles de La Haye doivent être libellées en des termes que le système de droit peut comprendre et mettre en application—C'est vraisemblablement la raison pour laquelle la Turquie a adapté les Règles en leur donnant la forme sous laquelle elles figurent maintenant dans le Code commercial—Cette adaptation constituait une transposition des Règles en droit turc—Aux termes des Règles de La Haye qui sont en vigueur en Turquie, la limite de responsabilité est de 100 000 livres turques par colis ou unité lorsqu'aucune déclaration de valeur n'a été insérée au connaissance—Une déclaration portant sur la nature et la qualité de certaines marchandises n'équivaut pas à une déclaration de leur valeur—Interprétation douteuse mais retenue, parce que non contredite, acceptée par le défendeur et parce qu'elle favorise davantage la demanderesse—Comme la limite en question en l'espèce découle d'une disposition contractuelle, il était loisible à la demanderesse de déclarer la valeur des marchandises ou de se protéger d'une autre manière—Le véritable grief de la demanderesse est qu'elle ne comprend pas comment s'appliquent les Règles de La Haye en vigueur en Turquie—La demanderesse a commis une simple erreur qui n'entraîne aucun résultat abusif—Règles de La Haye, Convention internationale pour l'unification de certaines règles en

**DROIT MARITIME—Fin**

matière de connaissance et Protocole de signature, Bruxelles, 25 août 1924 («Règles de La Haye»), art. 4(5), 9.

BARZELEX INC. C. EBN AL WALEED (LE) (T-38-96, juge Hugessen, jugement en date du 29-11-99, 12 p.)

**FONCTION PUBLIQUE**

## FIN D'EMPLOI

Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre, agissant au nom de la Commission des relations de travail dans la fonction publique, que le licenciement du demandeur était fondé sur un motif valable—Le demandeur était un employé du Service correctionnel—La plaignante soutient que le demandeur lui a demandé si elle avait des livres dans les poches, a pris son sein et lui a pincé le mamelon—Le demandeur maintient que l'incident ne s'est jamais produit—Un troisième employé présent lors de l'incident présumé a déposé n'avoit rien vu et entendu—Durant l'enquête du directeur de l'établissement, une autre employée a demandé à témoigner au sujet d'un incident similaire mettant en cause le demandeur—Le directeur de l'établissement a déclaré le demandeur coupable de harcèlement sexuel et l'a licencié—Le demandeur a déposé un grief, qui a été rejeté par l'arbitre—Il soutient maintenant que l'arbitre a commis une erreur en acceptant une preuve non admissible en justice, soit le fait que le demandeur et le troisième employé ont refusé de se soumettre à un test de «polygraphe» alors que la plaignante avait accepté de s'y soumettre—Demande rejetée—1) *Canada (Procureur général) c. Cleary* (1998), 161 F.T.R. 233 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), a établi que la norme de contrôle de la décision d'un arbitre en vertu de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique est le caractère manifestement déraisonnable, ce qui reflète la norme de contrôle des décisions de la Commission établie lorsque sa loi constitutive contenait une clause privative—L'abrogation de la clause privative ne veut pas dire que les décisions de la CRTFP peuvent maintenant être écartées plus facilement—L'absence d'une clause privative n'implique pas une norme élevée de contrôle, si d'autres facteurs commandent une norme peu exigeante: *Pushpanatan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982—Une grande retenue judiciaire s'impose face aux décisions de la CRTFP qui sont clairement de sa compétence—La Cour n'interviendra que si elle juge que la décision avait un caractère manifestement déraisonnable—2) L'arbitre a tous les pouvoirs, droits et privilèges de la CRTFP—L'art. 25c) de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique donne à la CRTFP le pouvoir de recevoir et accepter les éléments de preuve qu'elle juge appropriés, qu'ils soient admissibles ou non en justice—Les décisions d'un arbitre quant aux éléments de preuve ne peuvent généralement faire l'objet d'un contrôle que s'il est démontré qu'elles sont manifestement déraisonnables ou irrationnelles—La mention par l'arbitre, dans le résumé qu'il fait de l'argumentation de

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

l'employeur, du fait que la plaignante était disposée à se soumettre à un test de polygraphe n'est pas manifestement déraisonnable—Ce n'est pas un facteur sur lequel l'arbitre s'appuie dans la rédaction de sa conclusion et de ses motifs de décision—L'arbitre n'a pas non plus agi de façon manifestement déraisonnable en tenant compte du témoignage d'une quatrième employée, qu'il a conclu avoir une «similitude frappante»—Le fait d'examiner et de commenter l'existence du «code d'honneur», qui interdit de dénoncer un collègue, et de ses répercussions possibles n'était pas non plus manifestement déraisonnable—Bien qu'il n'ait pas été directement pertinent, il n'était pas déraisonnable d'en faire état—L'arbitre n'a pas agi de façon manifestement déraisonnable en évaluant les rapports d'enquête interne faisant partie du dossier—Le fait que l'arbitre ait conclu que la conclusion des enquêteurs que l'incident allégué s'était probablement produit était «suffisamment convaincant(e) dans les circonstances» porte sur le mandat qu'ils avaient reçu et n'indique pas qu'il aurait limité sa compétence—Le fait qu'on n'ait pas pesé la preuve portant sur les gestes accomplis par la plaignante en évaluant sa crédibilité et qu'on n'ait pas mentionné l'acquiescement du demandeur relativement à une accusation d'agression sexuelle ne confère pas un caractère manifestement déraisonnable à la décision—La référence dans la conclusion à l'allégation que la plaignante l'avait piégé n'était appuyée sur aucun élément de preuve produit par lui n'indique pas que le fardeau de prouver son innocence était imposé au demandeur—Les motifs de l'arbitre justifient sa conclusion que le demandeur a effectivement harcelé sexuellement la plaignante—Il n'a pas négligé d'aborder la question de savoir si la mesure disciplinaire était appropriée—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 25c.

TEELUCK C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR)  
(T-1825-98, juge MacKay, ordonnance en date du 6-10-99, 15 p.)

**FORCES ARMÉES**

Demande de jugement sommaire présentée en vertu des règles 213 à 219 et fondée sur la non-existence d'une véritable question litigieuse—En guise de réparation, on demande le rejet de l'action avec dépens—Le demandeur était au service des Forces canadiennes—En décembre 1986, le demandeur a introduit une action parce que sa retraite obligatoire des FC était alors imminente en vertu des Ordres et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (les ORFC)—En juin 1990, le demandeur et le défendeur ont conclu un règlement visant l'ensemble des prétentions du demandeur dans l'action qu'il avait introduite en décembre 1986—Le règlement prévoyait entre autres le réenrôlement du demandeur dans les FC—En juin 1994, les FC ont avisé le demandeur qu'elles mettraient fin à son service à compter du 6 juillet 1995, soit le jour qui précédait son 56<sup>e</sup>

**FORCES ARMÉES—Fin**

anniversaire—Le 28 octobre 1994, le demandeur a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la CCDP), alléguant que les FC avaient exercé à son égard une discrimination fondée sur l'âge, contrairement à l'art. 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—La CCDP a rejeté sa plainte—La Cour ne peut accueillir une requête pour jugement sommaire que si elle est convaincue que la cause ne devrait pas être instruite parce qu'il n'y a aucune véritable question litigieuse—Il s'agit de déterminer si le succès de la demande est tellement douteux que celle-ci ne mérite pas d'être examinée par le juge des faits dans le cadre d'un procès ultérieur—Le demandeur a été libéré en juillet 1995 conformément à un contrat qu'il avait conclu volontairement et non pas aux ORFC—L'action ne révèle aucune véritable question litigieuse—La libération d'un l'employé à la fin d'un contrat de travail à terme n'équivaut pas à une cessation d'emploi fondée sur un motif de distinction illicite énuméré dans la Loi canadienne sur les droits de la personne ou dans la Charte canadienne des droits et libertés—Demande de jugement sommaire accueillie et action rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219—Ordres et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (révisés en 1994)—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7—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).

OLMSTEAD C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-126-98, juge Gibson, jugement en date du 22-10-99, 11 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appels interjetés contre des avis de nouvelle cotisation établis par le MRN à l'égard des années d'imposition 1977, 1978, 1979 et 1980 du contribuable—Le contribuable, Mobil Oil Canada Ltd., fait de l'exploration pétrolière et gazière et la production de pétrole et de gaz naturel—À l'égard des années d'imposition 1977, 1978, 1979 et 1980, Mobil a remis à la province de Saskatchewan, en règlement de ses obligations au titre de la Road Allowances Crown Oil Act (RACOA), des sommes de 551 034 \$, 646 254 \$, 731 526 \$ et 822 178 \$ respectivement (les sommes remises)—Par avis de confirmation, le ministre a confirmé les avis de nouvelle cotisation pour les années d'imposition 1977 et 1978, et a refusé les déductions faites par Mobil au titre des sommes remises pour les années d'imposition 1979 et 1980—Il s'agit de décider si Mobil a l'obligation, en vertu de l'art. 12(1)o)

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

de la Loi de l'impôt sur le revenu, d'inclure dans son revenu les sommes remises et, dans le cas où elle aurait cette obligation, si elle a droit à une déduction correspondante en vertu de l'art. 18(1)*m*—La véritable question en litige est de savoir si les sommes remises constituent des redevances, des taxes ou des montants qu'il est raisonnable de considérer comme «tenant lieu» de redevances ou de taxes—Selon l'art. 3 de la RACOA, 1,88 pour cent du pétrole provenant d'un puits appartient à la Couronne du chef de la Saskatchewan—Les sommes remises constituent des redevances et, si n'est pas le cas, elles sont des «sommes» qui peuvent être raisonnablement considérées comme tenant lieu de redevances—La caractéristique essentielle d'une redevance est qu'il s'agit d'un paiement fait au propriétaire d'une ressource naturelle sur la production en provenant—Les sommes remises par Mobil à la Couronne du chef de la Saskatchewan en vertu de la RACOA sont des redevances ou des sommes payées pour tenir lieu de redevances—Une somme «tenant lieu d'une redevance ou d'une taxe» est une somme qui partage les caractéristiques essentielles d'une redevance ou d'une taxe—Les sommes remises par Mobil en vertu de la RACOA partagent les caractéristiques essentielles d'une redevance, dans la mesure où le propriétaire de 1,88 pour cent du pétrole récupérable de tout gisement en production exige que les producteurs de pétrole lui paient 1 pour cent de la production—Les sommes remises sont des sommes rattachées à l'acquisition, à l'aménagement ou à la propriété d'un avoir minier canadien ou à la production au Canada de pétrole—Cette production provient d'un puits de pétrole ou de gaz situé au Canada sur un bien sur lequel Mobil avait, à la date de cette production, le droit d'extraire du pétrole—En vertu de la RACOA, le propriétaire d'un actif minier canadien est tenu de payer 1 pour cent de la production à la Couronne—Les sommes remises sont des sommes rattachées à la propriété d'un avoir minier canadien—Appels rejetés—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 12(1)*o*, (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 4; 1976-77, ch. 4, art. 2; 1977-78, ch. 1, art. 5; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 4), 18(1)*m* (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 7; 1976-77, ch. 4, art. 4; 1977-78, ch. 1, art. 11; 1980-81-82-83, ch. 140, art. 11)—The Road Allowances Crown Oil Act, R.S.S. 1965, ch. 53, art. 3.

MOBIL OIL CANADA LTD. C. CANADA (T-1260-90, T-1261-90, T-1262-90, T-1263-90, juge Nadon, jugement en date du 8-10-99, 37 p.)

Cotisation pour l'année d'imposition 1982 n'autorisant pas les déductions à titre d'allocation du coût en capital, de crédit d'impôt à l'investissement et pour les intérêts relativement à du matériel de transport (camions à bennes) acquis au moyen de contrats de crédit-bail—La Cour de l'impôt a conclu dans sa décision que l'appelante avait droit au crédit d'impôt à l'investissement mais pas à l'allocation du coût en capital—La Section de première instance a confirmé la

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

cotisation en tous points—Appel formé contre cette dernière décision—Appel accueilli (le juge Noël, J.C.A., étant dissident)—Le juge Létourneau, J.C.A.—L'art. 248(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu représente un effort du législateur d'assimiler le «*beneficial ownership*» d'un bien à diverses formes de propriété propres au droit civil québécois dans le but évident de faire bénéficier les contribuables québécois des mêmes avantages que cette notion permet d'octroyer aux contribuables des provinces de common law—En outre, l'art. 248(3) de la Loi procure un fondement législatif au Bulletin d'interprétation IT-233R quant à son application au Québec—La problématique soulevée par le présent appel n'est plus susceptible de se poser, de moins avec autant d'acuité, d'une manière contemporaine car les parties à un crédit-bail peuvent, depuis 1990, déterminer entre elles celle qui bénéficiera des déductions relatives à l'allocation du coût en capital et aux intérêts—Comme l'appelante avait sur les biens obtenus les attributs normaux du droit de propriété, i.e., la possession, l'usage et les risques de perte ainsi que les obligations qui découlent de ces attributs, l'appelante avait droit à l'amortissement du coût en capital des biens acquis ainsi qu'à la déduction des intérêts payés pour l'acquisition de ces biens—Les biens acquis par l'appelante en 1982 étaient des biens amortissables au sens de l'art. 13(21)*b* de la Loi—Il y a acquisition d'un bien aux fins de l'allocation du coût en capital lorsque l'acheteur a réuni tous les accessoires du titre, tels que la possession, l'utilisation et le risque, bien que le titre légal reste au vendeur en garantie du prix d'achat comme le veut la pratique commerciale dans les cas de contrats de vente conditionnelle: *Le ministre du Revenu national c. Wardean Drilling Limited*, [1969] 2 R.C.É. 166—Bien qu'en droit civil québécois, le droit de propriété ne fût pas susceptible du même démembrement qu'en common law, graduellement, le droit civil québécois s'est, au fil du temps, adapté à certains démembrements du droit de propriété de la common law, incluant ceux en l'espèce—Le contrat de crédit-bail soulevait controverse du fait qu'il introduisait des concepts étrangers au droit civil—La Cour d'appel du Québec reconnaissait que le client du prêteur avait acquis le bien lorsqu'il avait obtenu la propriété effective de ce bien (*beneficial ownership*), même en l'absence du droit réel conféré par le titre légal (*legal ownership*): *Nashua Canada Ltée c. Genest*, [1990] R.J.Q. 737 (C.A.); *Cie d'expertise en sinistres Casualty Ltée c. Auto Hamer 1979 Ltd.*, [1988] R.J.Q. 241 (C.A.)—On ne peut que s'étonner que, dans le présent appel, l'intimée invoque le particularisme du droit civil québécois pour refuser à l'appelante une déduction par ailleurs accordée aux contribuables et hommes d'affaires soumis au régime de la common law—En 1982, un contribuable telle l'appelante qui obtenait du prêteur dans une opération de crédit-bail des biens suite à une location-acquisition réputée alors être une vente à des fins fiscales, acquérait lesdits biens aux fins de l'allocation du coût en capital prévue à l'art. 13(21)*b* de la Loi—L'appelante avait également droit au crédit d'impôt à

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

l'investissement en tant que matériel de transport admissible qui avait été acquis pour être utilisé ou loué selon les termes de l'art. 127(10.1)d) de la Loi—Il s'agit ici de deux ventes successives opérées par la même transaction: une première par le fournisseur Labrie Équipement à la Compagnie de location C.A.C. et une deuxième vente présumée ou réputée par C.A.C. à l'appelante selon les termes du crédit-bail—Comme la compagnie C.A.C. n'a pas acheté ces biens pour les utiliser ou les louer, mais plutôt pour les revendre, l'appelante est alors celle qui les a acquis pour les utiliser et, en conséquence, elle a droit au crédit d'impôt à l'investissement—L'appelante a droit au crédit d'impôt à l'investissement de 21 729 \$, à la déduction pour amortissement de 84 219 \$ et à la déduction des intérêts au montant de 48 931 \$—Le juge Desjardins, J.C.A., souscrivant au résultat—Les contrats rencontraient les exigences qui permettent de conclure que, suivant IT-233 et IT-233R, ces contrats constituaient des ventes et non des locations aux fins de l'amortissement, de l'allocation de coût en capital et du crédit d'impôt à l'investissement—Le Parlement canadien a taillé, pour des fins fiscales et pour l'ensemble du Canada, un concept commun couvrant les notions de «disposition de biens» (*«disposition»*) et de propriété effective *«beneficial ownership»*, autant en droit civil qu'en common law; le corollaire étant que lorsqu'il y a «disposition de biens» pour une partie à un contrat, l'autre partie en fait l'«acquisition» ou en obtient la «propriété effective»—La clause 20 (qui prévoit qu'au moment où le locataire exercera l'option d'achat, il ne recevra le titre et droit de propriété de l'équipement loué qu'après avoir payé en espèces au locateur le prix de l'option d'achat) ne fait pas échec à l'application de l'art. 248(3), étant donné qu'il s'agit d'une clause type qui reflétait l'état du droit civil applicable à l'époque, selon lequel le locataire n'obtenait un droit réel sur la chose louée qu'à l'étape de l'option—Toutefois, en 1982, lorsque les contrats de crédit-bail furent signés, l'art. 248(3) de la Loi était déjà en place et déclarait, pour des fins fiscales, que certains contrats étaient facteurs de transmission de la «propriété effective»—En l'espèce, malgré la clause 20 des contrats qui régissait le droit des parties en droit civil, le droit fiscal, par le jeu de l'art. 248(3) de la Loi, reconnaissait que l'appelante avait acquis la propriété effective des camions à bennes puisqu'elle rencontrait les trois facteurs: possession, usage et risques, reconnus par la jurisprudence—L'appelante a ainsi droit à l'amortissement des biens selon l'art. 13(21)b) de la Loi—Ce faisant, à cette même date, elle a «acquis» ces mêmes biens au sens des art. 20(1)c) et 127(10.1)d) de la Loi et a, par conséquent, également droit à la déduction des intérêts et au crédit d'impôt à l'amortissement—Le juge Noël, J.C.A., dissident—Le juge de première instance a jugé à bon droit que les contrats ici en cause n'étaient pas translatifs de propriété tant et aussi longtemps que les options d'achat qu'ils prévoyaient n'étaient pas levées—La question est de savoir si le législateur, en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu, aurait écarté cette réalité

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

juridique issue du droit privé pour lui préférer la démarche énoncée par le bulletin d'interprétation—Le mot «acquis» que l'on retrouve dans chacune des dispositions en cause doit être compris dans son sens normal soit comme évoquant l'acquisition de la propriété d'un bien et en l'absence d'indication contraire, la propriété d'un bien ne peut s'acquérir autrement que selon le droit privé applicable—L'art. 248(3) a pour but évident d'assimiler le *«beneficial ownership»* d'un bien à diverses formes de propriété propres au droit civil aux fins de son application au Québec—Les parties ont convenu que la propriété demeurerait entre les mains des sociétés de finance jusqu'au moment prévu pour l'exercice de l'option et que le titre et droit de propriété serait transmis à l'appelante à ce moment, sujet à ce qu'elle choisisse de lever l'option et d'en payer le prix, et, dans la mesure où l'effet d'un contrat est fonction de l'intention des parties, la propriété des biens (*«legal»* ou *«beneficial»* dans une perspective de common law) ne pouvait pas être transmise à l'appelante avant que l'option ne soit exercée—Il n'est pas question ici de simulacre ou de trompe-l'œil—Il n'appartient pas aux tribunaux en matière fiscale de réécrire une entente librement négociée entre deux parties au motif que l'une d'entre elles prétend, après le fait, avoir conclu une entente contraire au contrat qu'elle a signé—Les sociétés de finance ont réclamé l'allocation du coût en capital et le crédit d'impôt à l'investissement conformément au droit de la propriété que les contrats leur reconnaissaient en attendant de l'exercice de l'option—Le bulletin IT-233R est dénué de fondement juridique—Rien n'empêche les parties à un contrat de valablement stipuler que la propriété du bien loué demeure entre les mains du locateur même si le coût d'exercice de l'option en rapport avec la valeur «probable» de l'objet loué peut sembler «très inférieur» au moment de la signature du contrat—Au delà du fait que la règle préconisée par le bulletin n'est pas autorisée par la Loi, elle donne lieu à une grande incertitude et invite l'arbitraire—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 13(21)b) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 5(5)), 20(1)c), 127(10.1)d) (édicte par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 61(10); 1980-81-82-83, ch. 48, art. 73(6)), 248(3).

CANADA C. CONSTRUCTIONS BÉROU INC. (A-249-96, juges Desjardins, Létourneau, J.C.A., et Noël, J.C.A. (dissident), jugement en date du 15-11-99, 69 p.)

*Revenu ou gain en capital*

Appel d'une décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt ((1985), 86 DTC 1086) ayant rejeté l'appel déposé par la demanderesse relativement à une nouvelle cotisation établie par Revenu Canada—En 1980, la demanderesse a vendu un bien agricole, ce qui lui a permis de réaliser un gain de 420 630 \$—Le gain a été considéré comme un gain en capital—En 1982, Revenu Canada a établi une nouvelle cotisation au motif que le gain était imposable en entier à

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

titre de revenu, ce qui augmentait le revenu de la demanderesse de 310 315 \$ pour l'année 1980—Le revenu de la demanderesse a également été augmenté de 12 455 \$ de plus, soit la valeur correspondant, à la fin de l'année 1980, aux stocks de grains, lesquels ont par la suite été vendus en 1981—Dans le présent appel, la Cour procède par procès *de novo*—Il y a deux questions en litige: 1) le gain provenant de la vente de la terre agricole représente-t-il un revenu ou un gain en capital; 2) quel est le traitement fiscal applicable à la valeur des stocks de grains de la demanderesse au terme de l'année 1980?—Les actionnaires ne sont pas les administrateurs de la demanderesse—En avril 1976, la demanderesse a acquis 634 acres de terres agricoles pour la somme de 220 000 \$—Fonds obtenus grâce à des prêts consentis par les actionnaires—En juin 1977, la demanderesse a acheté 2201 acres de terres agricoles de plus au prix de 1 100 000 \$—Une fois de plus, les fonds ont été obtenus grâce à des prêts consentis par les actionnaires—Le bien immobilier était consacré à des fins agricoles pendant toute la période où la demanderesse en était propriétaire—En novembre 1980, toute la superficie de la terre agricole a été vendue pour le prix de 1 826 241 \$—Le fait que le bien ait produit un revenu de location, avant la vente et au moment de la vente, témoigne simplement de la nature des démarches qui ont été entreprises pour maintenir la valeur du terrain en tant que bien agricole—Revenu Canada s'est fondé sur l'hypothèse factuelle que la possibilité de revendre à profit le bien immobilier dans le futur constituait l'un des principaux motifs pour lesquels la demanderesse en avait fait l'acquisition—La Couronne a soulevé la question de l'«intention secondaire»—Il incombait à la demanderesse de présenter des éléments de preuve pour contredire l'hypothèse factuelle avancée par la Couronne, suivant laquelle la perspective de revendre la terre à profit constituait un motif déterminant de son acquisition—Il n'y a aucun élément de preuve qui contredise l'hypothèse factuelle de la Couronne, suivant laquelle la perspective de revendre à profit du bien immobilier constituait le motif déterminant de son acquisition—Il n'y a aucune preuve démontrant que cette hypothèse factuelle est vraie—Une cotisation fondée sur une hypothèse factuelle que la Couronne ne peut démontrer sera maintenue si le contribuable ne présente pas, ou ne peut pas présenter, d'éléments de preuve pour contredire cette hypothèse—La cotisation à titre de revenu du gain provenant de la vente du bien immobilier doit être maintenue—Les éléments de preuve présentés par l'administrateur de la demanderesse réfutent l'hypothèse factuelle de la Couronne sur la question de la méthode de comptabilité utilisée par la demanderesse au cours des années antérieures à 1980—La demanderesse a choisi de calculer son revenu pour ces années en suivant la méthode de la comptabilité de caisse, conformément à l'art. 28(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Les stocks de grains portés à l'inventaire de la demanderesse au terme de l'année 1980 proviennent de sa terre agricole—La vente des grains fait partie intégrante de son activité agricole—La demanderesse pouvait continuer de recourir à la méthode de la comptabilité de caisse en 1980 et avait correctement exclu

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

de son revenu de 1980 la valeur de ses stocks de grains au terme de l'année 1980—La nouvelle cotisation qui fait l'objet de la contestation est erronée relativement à cet élément—L'appel est accueilli en partie—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 28(1) (mod. par S.C. 1973-74, ch. 14, art. 6).

ROSELAND FARMS LTD. C. CANADA (T-452-86, juge Sharlow, jugement en date du 4-10-99, 15 p.)

Appel de la décision de la Cour de l'impôt qui avait accueilli l'appel concernant une nouvelle cotisation établie pour l'année d'imposition 1994—L'intimé, ses deux frères et sa sœur ont donné à un marchand de bois le droit d'abattre des arbres sur leur propriété en échange d'une contrepartie calculée à tant le mètre cube de bois coupé—Ce contrat a donné lieu à une contrepartie de 644 300 \$ qui a été partagée également entre les frères et la sœur—La terre était utilisée comme terre agricole à des fins d'élevage et cet usage a été maintenu après la coupe du bois—Dans sa déclaration de revenu, l'intimé a estimé que l'opération participait du capital et que les droits dont il avait disposé en vertu du contrat faisaient partie d'un «bien agricole admissible»—Le ministre s'est appuyé sur l'art. 12(1)g de la Loi de l'impôt sur le revenu pour établir une nouvelle cotisation pour la part du produit déclarée par l'intimé au motif qu'elle avait été reçue à titre de revenu—L'art. 12(1)g exige que soit incluse dans le calcul du revenu toute somme reçue par le contribuable qui dépend de l'usage ou de la production de biens—La Cour de l'impôt a statué que l'opération avait donné lieu à un gain en capital étant donné que les sommes reçues ne dépendaient pas de l'usage ou de la production de biens—La Cour a aussi statué que les biens aliénés étaient des «biens agricoles admissibles» au sens de l'art. 110.6(1), ce qui donnait à l'intimé le droit à la déduction accrue de gain en capital—Selon l'art. 110.6(1), un «bien agricole admissible» est un bien immeuble qui est utilisé dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise agricole—Appel rejeté—La jurisprudence a de façon constante exclu de la portée de l'art. 12(1)g les sommes reçues dans le cadre d'un contrat unique pour l'enlèvement du bois—Il n'y a pas de raison de modifier ce courant de pensée—Le droit de couper du bois est un droit incorporel sur un terrain qui constitue un bien immeuble—D'après l'art. 110.6(1) il suffit que le bien, même s'il s'agit de bois, ait été utilisé pour l'exploitation agricole à l'époque pertinente—Étant donné que le bois sur pied constituait en soi un bien immeuble et qu'il faisait partie intégrante de l'entreprise agricole, cela est suffisant pour qu'il tombe sous le coup de l'art. 110.6(1)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71,72, ch. 63, art. 12(1)g, 110.6(1) «bien agricole admissible» (édicte par L.C. 1986, ch. 6, art. 58; 1991, ch. 49, art. 81).

CANADA C. LARSEN (A-570-98, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 29-10-99, 7 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin****PRATIQUE**

Appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt, par lequel celle-ci exerce son pouvoir discrétionnaire de rejeter l'appel formé par l'appelant (un de neuf) au motif que ce dernier a refusé de fournir les documents demandés et de répondre à certaines questions à l'interrogatoire préalable—Neuf appels avaient été choisis par les parties à titre de «cas types» tirés d'un grand nombre d'appels analogues alors pendants devant la C.C.I., chacun soulevant la même question: le traitement approprié aux fins de l'impôt sur le revenu de certaines opérations de couverture, ainsi que des revenus et dépenses y afférents—Le montant total en cause serait supérieur à 160 millions de dollars—Appel accueilli; le jugement s'applique aux 8 autres appels—Bien qu'une cour d'appel hésite à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, le refus de respecter la présumée entente de produire des documents et de répondre à des questions contestées n'est pas une base valable pour rejeter les appels et refuser de juger l'affaire au fond—Le juge de la Cour de l'impôt (J.C.I.) a fait une grave omission en n'examinant pas la deuxième requête qui lui était présentée, dans laquelle on alléguait que l'intimée non plus n'avait pas respecté ses engagements et répondu aux questions posées à son témoin lors de l'interrogatoire préalable—Si le J.C.I. avait examiné cette requête avant de rendre son jugement sur les requêtes visant le rejet des appels, il aurait bien pu arriver à une conclusion différente face à la possibilité que l'intimée soit fautive dans ce même cadre—Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le J.C.I. n'a pas accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes—Compte tenu des circonstances, il n'est pas dans l'intérêt de la justice de priver les appelants d'un droit aussi important que celui d'une audition de leurs appels au fond.

REZEK C. CANADA (A-609-99, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 17-11-99, 7 p.)

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Demande de contrôle judiciaire du refus de l'agente de liaison communautaire de la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission) d'examiner la demande de semi-liberté du demandeur en raison du fait qu'un ordre de mise sous garde avait été délivré contre lui en application de l'art. 105 de la Loi sur l'immigration—Le demandeur était un ressortissant étranger purgeant une peine de 9½ ans de prison à l'établissement de Cowansville à la suite de sa déclaration de culpabilité à des infractions reliées au trafic de stupéfiants—Le demandeur avait reconnu sa culpabilité en mars 1997—Le demandeur est devenu admissible à la libération conditionnelle en octobre 1998, après avoir purgé un sixième de sa peine—En avril 1997, un fonctionnaire de l'immigration a ordonné la tenue d'une

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Suite**

enquête visant à déterminer si le demandeur appartenait à une catégorie non admissible—Le même jour, un agent d'immigration a lancé un mandat d'arrestation en vertu de l'art. 103(1) de la Loi ordonnant que le demandeur soit détenu en vertu de cette Loi—Il a en outre ordonné au gardien de l'établissement de Cowansville, conformément à l'art. 105 de la Loi, de continuer à détenir le demandeur jusqu'à l'expiration de sa peine, et de le remettre alors à un agent d'immigration en vue de son placement sous garde—En mars 1998, une mesure d'interdiction de séjour a été prise contre le demandeur parce qu'il appartenait à une catégorie non admissible en raison de sa déclaration de culpabilité—Plus tard, en mars 1998, un nouvel ordre qui tenait compte de la mesure d'expulsion prise en mars 1998 a été donné en application de l'art. 105—Un nouveau mandat d'arrestation a été lancé et un ordre de mise sous garde a été donné en septembre 1999, trois jours avant l'audition de la demande de contrôle judiciaire—Le demandeur a-t-il droit à l'examen, sur le fond, de sa demande de semi-liberté, une fois que les agents du service correctionnel ont établi qu'il est un ressortissant étranger faisant l'objet d'un ordre de mise sous garde en application de l'art. 105?—Demande accueillie—L'examen d'une demande de semi-liberté ne doit pas se limiter à la simple constatation que le délinquant fait l'objet d'un ordre de mise sous garde en vertu de l'art. 105 de la Loi—La décision qui fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire, le Service correctionnel du Canada et la Commission n'ont pas interprété correctement les dispositions pertinentes de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition concernant la semi-liberté—L'ordre de mise sous garde délivré en application de l'art. 105 de la Loi sur l'immigration ne prive pas le délinquant du droit à un examen et à une audience relativement à sa demande de semi-liberté, lorsque la Commission n'ordonne pas autrement sa mise en semi-liberté—Ni les termes de l'art. 105, ni ceux de l'ordre de mise sous garde ne dérogent ni ne portent atteinte de quelque façon que ce soit au droit à la procédure d'examen expéditif et à une audience, le cas échéant, conféré par la loi au demandeur—La Commission a commis une erreur de droit en refusant d'accorder au demandeur un examen de sa demande de semi-liberté et la décision visée par la demande de contrôle doit être annulée—Il n'était pas nécessaire de résoudre le conflit entre une décision ordonnant la mise en semi-liberté du délinquant et un ordre de mise sous garde donné en application de l'art. 105 de la Loi—Le véritable effet du respect du droit conféré par la loi au demandeur de faire examiner sa demande de semi-liberté tient à l'interaction entre les art. 103(6) et 105(1) et à l'incidence que peut avoir l'examen effectué par l'arbitre sur le maintien du mandat d'arrestation et de l'ordre de mise sous garde—Si la Commission nationale des libérations conditionnelles accordait la semi-liberté à une personne faisant l'objet d'un ordre prévu à l'art. 105(1), cet ordre deviendrait alors applicable et aurait pour effet de prolonger sa garde et les motifs de celle-ci pourraient être examinés conformément à

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin**

l'art. 103(6): *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Chaudhry* (1999), 178 D.L.R. (4th) 110 (C.A.F.)—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 103(6) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 94; 1995, ch. 15, art. 19), 105(1) (mod., *idem*)—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20.

LARSEN C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-292-99, juge Lutfy, ordonnance en date du 18-10-99, 16 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES**

Demande visant à l'obtention d'une injonction interlocutoire empêchant les défendeurs ou leurs représentants de porter atteinte aux droits reconnus au demandeur par traité et par la Constitution en ce qui concerne la pêche au homard et le commerce du produit de cette pêche, ainsi qu'à l'obtention d'un bref de *mandamus* ordonnant la remise des casiers à homard saisis et à l'obtention d'un jugement déclaratoire—La demande interlocutoire a été entendue à Fredericton (Nouveau-Brunswick) le 18 novembre 1999—La veille, la C.S.C. avait fait connaître sa décision dans *R. c. Marshall*, [1999] A.C.S. n° 66 (Q.L.)—Le demandeur Ken Barlow est un Indien mi'kmaq membre de la bande d'Indian Island qui réside dans la réserve de la bande, au Nouveau-Brunswick—Il alléguait que, par leurs actions, les représentants du ministère des Pêches et des Océans (le MPO) avaient porté atteinte aux droits qui lui étaient reconnus par traité et par la Constitution en ce qui concerne la pêche et la possibilité de tirer une substance convenable du commerce du produit de cette pêche—Au mois d'octobre 1999, le demandeur était un «pêcheur désigné—première nation d'Indian Island» qui s'était vu attribuer par la première nation d'Indian Island 250 étiquettes numérotées du MPO pour des casiers à homard, conformément à un accord conclu entre le MPO et la première nation d'Indian Island—Le demandeur a déclaré que, le 22 octobre 1999, dans la baie Miramichi, des représentants du MPO avaient retiré et saisi 60 casiers à homard lui appartenant—Une injonction interlocutoire est une réparation exceptionnelle qui ne doit être accordée que s'il est démontré qu'il existe une question sérieuse sur laquelle la Cour n'a pas encore statué, que le demandeur subirait un préjudice irréparable si la réparation interlocutoire n'était pas accordée et que la prépondérance des inconvénients favorise l'octroi de la réparation demandée—Les demandeurs revendiquaient des droits issus d'un traité qui avaient récemment été confirmés par la C.S.C. dans l'affaire *Marshall*, en raison du Traité de paix et d'amitié de 1760 conclu entre les Mi'kmaq et la Couronne—La Cour n'était pas prête à déterminer si une question sérieuse était soulevée à ce stade—Les demandeurs n'ont pas établi qu'ils subiraient un préjudice irréparable d'ici le moment où une décision relative à la demande de jugement déclaratoire pourrait être rendue en leur faveur—Il

**PEUPLES AUTOCHTONES—Suite**

n'a pas été statué sur la question de la prépondérance des inconvénients—Demande rejetée.

BARLOW C. CANADA (T-1876-99, juge MacKay, ordonnances en date du 24-11-99, 14 p.)

**TERRES**

Appels et appel incident du rejet de l'action ((1995), 99 F.T.R. 1) intentée par la Bande indienne de Campbell River (*Wewaiikum*) contre la Couronne et la Bande indienne de Cape Mudge (*Wewaiikai*), de la demande reconventionnelle introduite par les *Wewaiikai* contre les *Wewaiikum* et de l'action intentée par les *Wewaiikai* contre la Couronne—Les deux bandes revendiquaient le droit aux réserves indiennes de Campbell River et de Quinsam sur l'île de Vancouver (C.-B.)—Les *Wewaiikum* et les *Wewaiikai* font partie de la nation indienne *Laich-kwil-tach*—En 1870, les gouvernements fédéral et de la Colombie-Britannique ont mis sur pied la Commission sur les réserves indiennes chargée de déterminer, pour chaque nation, le nombre, l'étendue et l'emplacement des réserves qui lui étaient attribuées—Pour résoudre un litige entre une famille de pionniers blancs dans la région de Campbell River et le premier Indien *Laich-kwil-tach* à y établir sa résidence, les gouvernements fédéral et provincial ont chargé l'arpenteur Green, en 1888, de déterminer les limites des réserves indiennes de Campbell River—Green a recommandé l'attribution des réserves de Campbell River et de Quinsam à la tribu *Laich-kwil-tach*, sans mentionner une bande en particulier—En 1889, les gouvernements fédéral et provincial ont approuvé le Plan officiel décrivant douze réserves indiennes *Laich-kwil-tach*—Ce plan ne comportait aucune indication de la répartition des réserves entre les différentes bandes—En 1892, le ministère des Affaires indiennes a commencé à publier un répertoire des réserves comprenant un résumé de l'emplacement et des dimensions des différentes réserves situées en C.-B.—La préparation de ces résumés n'était pas imposée par une loi—C'est le répertoire de 1901 qui a précisé pour la première fois le sous-groupe (la bande) auquel chaque réserve avait été attribuée—Les répertoires de 1901 et de 1902 indiquaient que les réserves de Campbell River et de Cape Mudge étaient attribuées aux *Wewaiikai*—Les *Wewaiikum* ont soutenu que cette désignation constituait une erreur—En 1907, les *Wewaiikai* ont adopté une résolution à l'unanimité (la Résolution de 1907), dans laquelle ils déclaraient céder aux *Wewaiikum* tous les droits sur la réserve de Campbell River, à l'exception du droit de pêcher dans la rivière Campbell conjointement avec la bande *Wewaiikum*—Un exemplaire du répertoire de 1902 a été annoté à la main par l'inscription du nom «*Wewaiikum*» vis-à-vis la réserve de Campbell River—Les guillemets de répétition figurant sur le répertoire vis-à-vis la réserve de Quinsam, sous la réserve de Campbell River, n'ont pas été modifiés—Le répertoire indiquait désormais que la réserve

## PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

de Quinsam était attribuée aux *Wewaiikum*—L'erreur de guillemets de répétition est demeurée dans les répertoires des réserves joints en annexe aux décrets n<sup>os</sup> 911, 1265 et 1036 autorisant le transfert à la Couronne fédérale des terres composant les réserves indiennes dans la province—En 1943, le Ministère a publié un répertoire des réserves modifié qui corrigeait l'erreur de guillemets de répétition—Le répertoire modifié indiquait que la réserve de Campbell River appartenait aux *Wewaiikum* et celle de Quinsam aux *Wewaikai*, conformément aux déclarations faites sous serment par les bandes—En 1970, le Ministère a confirmé que la réserve de Quinsam appartenait aux *Wewaikai*—Appels rejetés, sauf en ce qui a trait à l'appel des *Wewaikai* relativement aux dépens sur la base procureur-client adjugés contre eux; appels incidents de la Couronne rejetés—Le juge McDonald, J.C.A. (le juge Linden, J.C.A., souscrivant à ses motifs): 1) Les réserves de Campbell River et de Quinsam n'ont pas été attribuées aux *Wewaikai* par Green en 1888—Selon les conditions de sa nomination, Green n'avait pas le pouvoir d'attribuer les réserves à une bande en particulier—Son pouvoir se limitait à la détermination de l'étendue et des limites des réserves de Campbell River et de Quinsam—Son rapport et le relevé officiel qui l'accompagnait désignaient les terres attribuées à la tribu indienne *Laich-kwil-tach*—2) La Résolution de 1907 avait pour effet juridique d'attribuer la réserve de Campbell River aux *Wewaiikum*—Elle n'était pas nulle *ab initio* pour défaut de conformité avec les dispositions de la Loi sur les Indiens régissant les cessions—Les *Wewaikai* ont soutenu que la cession de leur intérêt sur la réserve de Campbell River constituait une aliénation de droits assujettie aux dispositions régissant les cessions conférant à la Couronne un pouvoir de surveillance des transferts effectués entre les autochtones et les tiers—Ces dispositions exigeaient que les terres des réserves soient cédées à la Couronne avant qu'un droit sur celles-ci puisse être transféré à un tiers afin de protéger les bandes indiennes contre les opérations imprévoyantes ou abusives avec des tiers—Les dispositions de la Loi sur les Indiens régissant les cessions n'ont pas pour objet de restreindre la capacité des Indiens de résoudre les litiges fonciers qui les opposent—Cette interprétation est conforme à l'objectif de protéger les peuples autochtones de l'exploitation par des tiers—Elle est étayée par le principe selon lequel l'intérêt des Indiens sur les terres de réserve, comme sur les terres détenues en vertu du titre aborigène, est détenu collectivement par tous les membres d'une nation autochtone—Les dispositions régissant les cessions ne s'appliquent pas lorsque deux bandes appartenant à la même nation tentent de résoudre un conflit concernant l'usage de terres détenues par la nation dans son ensemble—Cette conclusion s'appuie aussi sur le libellé exprès des dispositions de la Loi sur les Indiens en vigueur à l'époque où la résolution a été prise—Le terme «personne» était défini comme un «individu autre qu'un sauvage»—L'art. 50 prévoyait que nulle cession et nul abandon d'une réserve à une personne autre que Sa Majesté ne valait—L'emploi du mot «personne» dans l'art.

## PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

50 révélait que les dispositions régissant les cessions ne devaient s'appliquer qu'aux opérations entre des parties «autre[s] qu'un sauvage»—Enfin, cette conclusion s'appuie sur la Proclamation de 1876 exemptant toutes les réserves indiennes de la C.-B. de l'application des dispositions régissant les cessions et était toujours en vigueur en 1907—Les *Wewaikai* ont plaidé que la Couronne avait manqué à ses obligations de fiduciaire en approuvant la résolution de 1907 parce qu'elle n'avait pas divulgué pleinement l'intérêt de la société International Timber Company relativement à la réserve, ce qui a donné lieu à un marché abusif—Des obligations de fiduciaire ne prennent pas naissance dans le cadre de toutes les facettes des rapports entre la Couronne et les autochtones et la teneur des obligations de fiduciaire de la Couronne n'est pas identique dans tous les cas—Comme toutes les obligations existantes dans un rapport fiduciaire ne constituent pas une obligation de fiduciaire, la Cour a examiné les circonstances entourant la résolution de 1907 pour déterminer si une obligation de fiduciaire existait—La Couronne avait l'obligation de pondérer et de concilier les intérêts des deux bandes sans favoriser les intérêts d'une bande au dépens de ceux de l'autre—La Couronne doit agir de bonne foi en fournissant une divulgation complète aux parties en litige et en s'assurant qu'elles comprennent bien les conditions et l'effet de la Résolution de 1907—Enfin, La Couronne peut être tenue de pondérer les intérêts des deux bandes en regard des intérêts des tiers—La preuve établit que la Couronne a fourni une divulgation complète—Le premier motif pour lequel la Résolution de 1907 a été adopté était la volonté de mettre fin à la confusion qui persistait quant au droit de propriété sur la réserve—La preuve n'appuie pas la conclusion que l'intérêt de la société International Lumber Company a joué un rôle appréciable dans la prise de la résolution de 1907—Les *Wewaikai* ne peuvent s'attendre que la Couronne soit en mesure d'établir, plus de 90 ans après les faits, que chaque élément de l'opération a été expliqué et divulgué à la bande—Il suffisait qu'on puisse raisonnablement inférer de la preuve que tous les faits ont été divulgués—Aucun élément ne laisse croire que la façon dont la résolution réglait les questions de l'attribution de la réserve et de la pêche favorisait une bande au détriment de l'autre—3) Les décrets 911, 1265 et 1036 confirmant le répertoire de 1913 joint en annexe n'ont pas attribué les réserves aux *Wewaiikum*—L'inscription de la réserve de Quinsam comme appartenant aux *Wewaiikum* dans le répertoire de 1913 constituait une erreur d'écriture—L'adoption du rapport McKenna-McBride, modifié par la Commission Ditchburn-Clark, incluant l'erreur de guillemets de répétition dans le répertoire de 1913, par les décrets 911 et 1265 n'a pas conféré d'effet juridique à cette erreur et ne l'a pas rendue exécutoire—Le pouvoir de la Commission se limitait à confirmer la superficie et le nombre des réserves indiennes en C.-B.—Elle a été constituée pour résoudre le litige entre les gouvernements fédéral et provincial quant à l'étendue des terres qui devaient être transférées au gouvernement fédéral à l'usage et au profit des Indiens conformément aux

## PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique—La Commission n'a pas tenté de déterminer à qui les réserves avaient été attribuées, ni de corriger les erreurs—Elle avait le pouvoir de déterminer de façon définitive l'étendue des terres qui devaient être transférées à la Couronne fédérale—La Commission a inclus des renseignements additionnels dans son rapport, mais ses recommandations ne portaient que sur la question de l'étendue des terres qui devaient être transférées par la province à la Couronne fédérale—La Commission a donc relevé l'erreur de guillemets de répétition, mais n'avait pas compétence pour la corriger—La preuve démontre que l'attribution de la réserve de Quinsam aux *Wewaiikum* n'était pas conforme à l'entente entre les *Wewaikai* et les *Wewaiikum*, ni à leur intention—Le juge de première instance avait compétence pour corriger l'erreur d'écriture figurant dans le répertoire des réserves joint en annexe aux décrets 911, 1265 et 1036—S'il faut présumer que la législature et le Parlement ne commettent pas d'erreur, la Cour a compétence pour corriger les erreurs typographiques et les autres erreurs d'écriture lorsqu'elles sont évidentes et que le contexte indique sans l'ombre d'un doute qu'elles produisent un résultat qui ne correspond pas à l'intention des rédacteurs—L'attribution de la réserve de Quinsam aux *Wewaiikum* résulte d'une erreur d'écriture évidente—4) L'adjudication des dépens contre les *Wewaikai* sur la base procureur-client n'était pas justifiée—Les dépens sur la base procureur-client ne sont généralement accordés que s'il y a eu conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d'une des parties—Le fondement très ténu ou la «grande faiblesse» de la revendication d'une partie ne peuvent justifier l'adjudication des dépens sur la base procureur-client—Il ne convenait pas que le juge de première instance adjuge les dépens de cette façon—(5) L'appel incident sur la question des intérêts composés au titre du revenu de placement non réalisé ne tient pas—Selon la règle 341(1)b) des Règles de la Cour fédérale (1998), l'intimé peut former un appel incident s'il entend demander la réformation de l'ordonnance portée en appel—L'appel incident ne vise pas la réformation du jugement de première instance rejetant les appels, mais à contester seulement une partie des motifs du juge de première instance, ce qui est contraire à la règle 341(1)b)—Le juge en chef Isaac: Le juge de première instance a rejeté les actions parce qu'elles étaient prescrites par application de la Limitation Act de la Colombie-Britannique, incorporée par l'art. 39(1) de la Loi sur la Cour fédérale, et de la doctrine du manque de diligence et de l'acquiescement, reconnue en *equity*—Comme les demandes se fondaient sur des événements survenus vers 1907, il a statué que les deux actions n'avaient pas été introduites dans le délai de prescription maximal de trente ans fixé par l'art. 8 de la Limitation Act de la Colombie-Britannique; qu'il serait injuste que l'une ou l'autre bande fasse valoir sa demande contre l'autre et que le moyen de défense du manque de diligence et de l'acquiescement, reconnu en *equity*, s'appliquait et rendait irrecevable toute demande de redressement qui ne serait pas

## PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

prescrite par application de la loi—L'art. 39(1) de la Loi sur la Cour fédérale entre en jeu dès que la prescription est plaidée en défense dans le cadre d'actions concernant les terres indiennes situées entièrement à l'intérieur d'une province—L'art. 39(1) commande l'application de la Limitation Act—Lorsque le Parlement incorpore par renvoi une règle de droit d'une autre autorité législative dans sa propre législation, la règle de droit ainsi incorporée devient une règle de droit fédérale et s'applique à ce titre, à condition que toutes les conditions préalables à son incorporation soient remplies—La Cour est tenue d'appliquer la Limitation Act de la Colombie-Britannique, non pas à titre de loi provinciale, mais à titre de loi fédérale—En ce qui concerne les objections fondées sur la Constitution, l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 reconnaît et confirme les droits existants ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Canada—Étant donné que les appelants n'ont pas allégué que leurs revendications s'appuyaient sur un droit ancestral ou issu d'un traité, l'art. 35 ne pouvait s'appliquer—Quant à l'argument portant que le décret provincial 1036 ne peut éteindre le titre des Indiens sur les terres de réserve car cela aurait un effet de morcellement sur un domaine qui relève de la compétence exclusive du gouvernement fédéral, la Cour doit se garder de trancher ces questions car la preuve requise à cet égard n'est pas complète—En tenant pour acquis que l'art. 39 constitue une directive adressée à la Cour d'appliquer seulement les dispositions législatives provinciales en matière de prescription qui sont valides sur le plan constitutionnel, la Limitation Act de la Colombie-Britannique peut s'appliquer aux Indiens et aux terres réservées pour les Indiens, peu importe qu'on la considère comme une loi provinciale d'application générale ou comme une loi fédérale incorporée par renvoi par l'art. 39(1)—Les bandes alléguaient que la Couronne a manqué à ses obligations légales—En vertu de l'art. 3(1)a) de la Limitation Act de la Colombie-Britannique, les manquements à une obligation légale sont assujettis à un délai de prescription de 2 ans—La demande n'est assujettie à aucun des délais de prescription particuliers fixés par les art. 3(1), (2) ou (5)—L'art. 8(1) prévoit que toute action à laquelle la loi s'applique se prescrit par trente ans à compter de la date à laquelle a pris naissance le droit de l'intenter—La première déclaration ayant été déposée en 1985, toute action dont l'événement générateur est survenu avant 1955 est irrecevable—Les actions des appelants s'appuient sur des événements qui ont eu lieu vers 1907—Les actions sont prescrites—Il ne convient pas de trancher en l'espèce la question de savoir si des délais de prescription peuvent faire obstacle à des déclarations confirmant des droits d'usufruit existants—Il est clair que la mention de «toute autre action» au paragraphe 3(4) rendrait pareille demande irrecevable—Il n'est survenu aucun manquement à une obligation de fiduciaire ni aucun manquement continu qui aurait eu pour effet que le délai de prescription aurait commencé à courir plus tard—Aucun nouveau manquement ne s'est produit—Le juge de première instance a correcte-

**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

ment appliqué les moyens de défense de l'acquiescement et du manque de diligence, reconnus en *equity*—Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 3, 6, 8—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 341(1)*b*)—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. 35—Loi des Sauvages, S.R.C. 1906, ch. 81, art. 2, 50.

BANDE INDIENNE WEWAYAKUM C. BANDE INDIENNE WEWAYAKAI (A-655-95, juge en chef Isaac et juge McDonald, J.C.A., jugement en date du 12-10-99, 70 p.)

**PRATIQUE****JUGEMENTS ET ORDONNANCES***Annulation ou modification*

Requête déposée par les auteurs de réclamations pour que leur soit reconnu le droit au partage du produit du jugement rendu le 2 mars 1998; ces personnes cherchent à obtenir l'annulation de ce jugement conformément à la règle 399 des Règles de la Cour fédérale (1998)—Action intentée contre la Couronne pour manquement à son obligation de fiduciaire à l'endroit d'une réserve indienne qui avait été cédée à la bande des Castors, laquelle a eu pour successeures les bandes de la rivière Blueberry et de la rivière Doig—Action intentée au nom des membres des deux bandes indiennes, de même qu'au nom des «descendants encore vivants» de la bande des Castors—Action couronnée de succès—Les parties ont négocié un règlement se chiffant à 147 millions de dollars au chapitre des dommages-intérêts—Ce règlement a été incorporé dans le jugement rendu en mars 1998 et accorde aux bandes indiennes une somme de 147 millions de dollars; cependant, un montant de 12 millions doit être gardé en fiducie en attendant que soit tranchée la question du droit de présenter une réclamation des personnes qui ne sont pas membres des deux bandes successeures mais qui sont les «descendants encore vivants» de l'ancienne bande des Castors—490 personnes ont présenté leurs réclamations à titre de «descendants encore vivants»—Une ordonnance rendue par la Cour en avril 1999 a statué que les «descendants encore vivants» qui ne sont pas actuellement membres des bandes indiennes ne peuvent avoir droit au partage du produit; cette ordonnance a été portée en appel—Requête rejetée—L'argument selon lequel l'ordonnance de mars 1998 s'était déroulée *ex parte* parce que les auteurs des réclamations n'ont pas été présents ou représentés lors de l'audience au terme de laquelle l'ordonnance a été rendue a été écarté car il ne tenait pas debout—Si les auteurs des réclamations n'ont pas été représentés par l'avocat des demandeurs tout au long des procédures, ils ne sont alors pas partie à la présente action et ne peuvent

**PRATIQUE—Suite**

faire valoir de droits en vertu du jugement—Les auteurs des réclamations sont partie à l'action et ont été représentés depuis le début par les demandeurs—L'allégation de fraude sur le plan de l'*equity* n'est pas appuyée par les faits (les demandeurs n'auraient pas représenté les intérêts des auteurs des réclamations de manière équitable lorsqu'il s'est révélé que leurs intérêts étaient opposés ou dissemblables à ceux des demandeurs désignés)—Il est douteux que la règle 399 ait été conçue à l'origine pour comprendre autre chose que la fraude au sens traditionnel d'une manœuvre malhonnête ou trompeuse à l'égard de la Cour ou d'un adversaire—Il y a deux réponses à l'argument suivant lequel un «élément nouveau» est survenu depuis mars 1998 (le nombre réel de demandes déposées par les «descendants encore vivants» excède de loin le nombre initialement envisagé): rien n'indique que ces 490 demandes sont valides et le nombre de demandes n'est pertinent qu'à l'égard du montant de la garantie dont on a exigé qu'il soit gardé en fiducie; la mesure de redressement appropriée est le dépôt d'une requête pour faire modifier ce montant, plutôt qu'une requête en annulation de l'ordonnance en entier—Le délai de plus de 14 mois pour le dépôt de la requête est entièrement déraisonnable—L'intérêt que possède le public dans la stabilité et la finalité du processus judiciaire s'ajoute de façon probante à la jurisprudence qui énonce que les requêtes de cette nature doivent être déposées avec une diligence raisonnable—Les auteurs des réclamations prétendent n'avoir appris qu'avec la publication de l'ordonnance d'avril 1999 que l'ordonnance de mars 1998 tiendrait lieu de chose jugée à l'égard de leur argument suivant lequel la Cour suprême du Canada avait statué sur leur droit à une part du produit du jugement—La question de la chose jugée n'est pas un fait nouveau; il s'agit d'un argument qui a été rendu public à la date où l'ordonnance de 1998 a été rendue—L'affaire *Muir v. Jenks* (1913), 82 L.J.K.B. 703 (C.A.) est un cas d'espèce—Dépens adjugés aux demandeurs—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 399.

BANDE INDIENNE DE LA RIVIÈRE BLUEBERRY C. CANADA (MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-4178-78, juge Hugessen, ordonnance en date du 1-10-99, 9 p.)

**OUTRAGE AU TRIBUNAL**

Ordonnance en date du 20 juillet 1999 enjoignant aux défendeurs et à Raymond Willier d'exposer les raisons pour lesquelles ils ne devraient pas être tenus coupables d'outrage au tribunal du fait qu'ils n'ont pas reconnu l'ordonnance du juge Rouleau datée du 12 juillet 1999 et ne s'y sont pas conformés—Les allégations d'outrage au tribunal portées par le chef Alvin Cardinal indiquaient que, malgré l'ordonnance du juge Rouleau, Raymond Willier continuait de se considérer comme chef de la bande indienne de Sucker Creek et que les défendeurs et M. Willier ne «reconnaissaient pas»

**PRATIQUE—Suite**

l'ordonnance du juge Rouleau—Il n'y a pas lieu de faire de distinction avec la décision *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4004 c. Air Canada* (1998), 157 F.T.R. 186 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et les autres décisions sur lesquelles on s'appuie en l'espèce—La décision du juge Rouleau était en soi un jugement déclaratoire qui ne faisait qu'énoncer une situation juridique existante—Elle n'obligeait personne à faire quoi que ce soit—L'ordonnance n'obligeait pas les défendeurs et Raymond Willier à poser des actes et ne les restreignait pas d'une façon précise—Ce n'était qu'un énoncé général devant être considéré comme plus déclaratoire qu'exécutoire—Mainlevée est donnée de l'ordonnance de la Cour en date du 20 juillet 1999.

CARDINAL C. CONSEIL DE LA BANDE INDIENNE DE SUCKER CREEK N<sup>o</sup> 150A (T-2195-98, juge Gibson, ordonnance en date du 8-11-99, 6 p.)

**SUSPENSION D'INSTANCE**

Appel d'une ordonnance de la Section de première instance suspendant la procédure de contrôle judiciaire et ordonnant qu'elle soit réintroduite uniquement s'il existait des motifs juridiques valables de le faire et après le paiement immédiat des dépens non remboursables—L'appelant avait été destitué de ses fonctions de chef de la bande de la première nation de Batchewana avant l'expiration du mandat de deux ans par une déclaration du sous-ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien—Question de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en suspendant l'avis de requête introductive d'instance pour le motif que la question avait uniquement un intérêt théorique et si le juge des requêtes a commis une erreur en adjugeant les dépens—Appel accueilli—Le ministre ou le procureur général du Canada devrait être constitué comme partie—Le juge des requêtes a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 50(1) de la Loi étant donné qu'il a ordonné la suspension en croyant erronément que l'avis de requête introductive d'instance était le document dont le juge en chef adjoint avait ordonné le retrait alors qu'il s'agissait d'une requête visant à l'obtention d'une réparation provisoire—Le juge des requêtes a également commis une erreur en concluant que la demande de contrôle judiciaire avait uniquement un intérêt théorique—Un nouveau chef a été élu, mais l'appelant ne cherche pas à être réintégré dans ses fonctions de chef, mais à rétablir sa réputation, qui aurait censément été ternie par une décision incorrecte fondée sur une procédure d'enquête qui était censément viciée—Par conséquent, il existe encore un litige actuel—L'ordonnance que le juge des requêtes a rendue au sujet des dépens est inhabituelle—L'impression du juge des requêtes, à savoir que l'appelant avait tardé d'une façon indue à présenter sa cause ou qu'il avait commis un abus de procédure, n'était pas fondée—L'adju-

**PRATIQUE—Fin**

dication des dépens était injustifiée et elle a été infirmée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50(1).

CORBIERE C. HEWSON (A-260-98, juge Isaac, J.C.A., jugement en date du 10-12-99, 10 p.)

**PREUVE**

(i) Requête en directives relatives à l'audition d'un recours exercé sous le régime de l'art. 42(1)a) de la Loi sur l'accès à l'information; requête du défendeur en ordonnance (ii) au demandeur de restituer un document protégé par application de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada et qui lui avait été communiqué par erreur lors de son enquête; (iii) portant interdiction au demandeur d'utiliser les documents obtenus du défendeur et protégés par le secret des communications entre avocat et client; (iv) au demandeur de tenir confidentiels, en application des règles 151 et 152 des Règles de la Cour fédérale (1998), tous les documents qu'il a obtenus lors de son enquête—Ces requêtes découlent d'un recours en contrôle judiciaire tendant à ordonnance de communiquer à la plaignante des documents destinés à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil privé de la Reine pour le Canada, en vue de décisions à prendre—(i) Nature de l'instance—La partie 5 des Règles de la Cour fédérale (1998) régit toutes les procédures engagées par voie de demande—Selon la règle 61(2), l'instance visée à la règle 300 est introduite par voie de demande—Les instances fondées sur l'art. 42 de la Loi sur l'accès à l'information sont couvertes par la règle 300b), elles sont donc régies par la partie 5 des Règles—Les règles 304 à 314 prévoient les délais pour chaque état de la procédure—Les règles 151 et 152 relatives à la confidentialité des documents et à l'accès aux documents confidentiels s'appliquent aux demandes régies par la partie 5—La Directive de pratique de 1993 de la Cour, concernant les recours fondés sur la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels, est devenue de ce fait caduque; la requête en directives est donc inutile—La partie qui demande une dérogation aux règles 304 à 314 ou souhaite prendre des mesures complémentaires en application de la règle 312, peut procéder par requête avec comparution en personne à une séance générale de la Cour, ou sans comparution selon la règle 369—La règle 384 prévoit qu'une partie peut, à tout moment, demander par requête que l'instance soit gérée à titre d'instance à gestion spéciale—Étant donné que la partie 5 prévoit un échéancier en vue de la mise en état expéditive des instances, il faut qu'il y ait une raison sérieuse pour déroger à cet échéancier—Étant donné les circonstances particulières et l'histoire de l'instance, la Cour fait droit à la requête en ordonnance portant gestion spéciale de l'instance—(ii) En réponse à la sommation par le sous-commissaire à l'information de produire les documents en cause dans les cinq jours, la sous-greffière du Bureau du

**PREUVE—Suite**

Conseil privé lui a fait parvenir deux listes, dont l'une, intitulée «Liste des documents exemptés», décrit brièvement et énumère tous les documents que le Bureau du Conseil privé n'a pas produits—L'art. 39 de la Loi sur la preuve prévoit que dans le cas où le greffier du Conseil privé s'oppose à la divulgation d'un renseignement en attestant par écrit qu'il s'agit d'un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine, il faut en refuser la divulgation, sans tenir d'audition à son sujet—Subséquentement, le greffier du Bureau du Conseil privé a délivré une attestation qui non seulement embrasse tous les documents énumérés dans la Liste, mais encore fait de celle-ci même un document confidentiel—Le défendeur a ensuite demandé au demandeur de lui restituer cette dernière—L'art. 39(1) porte protection absolue—Comme le défendeur avait juste cinq jours ouvrables pour produire un total de 203 documents, il est plausible qu'un document ait été communiqué par inadvertance—Différence entre l'affaire en instance, où la Liste a été communiquée par inadvertance, et la cause *Best Cleaners and Contractors c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293 (C.A.), où il a été jugé que l'attestation visée à l'art. 39 ne rendait pas inadmissibles des documents déjà produits—L'attestation visée à l'art. 39 peut être délivrée en tout état de cause; elle prend effet à la date de sa délivrance—Il n'y a pas déchéance de la protection légale si les documents ont été divulgués par erreur ou par inadvertance—L'attestation visée à l'art. 39 empêche effectivement la production de la Liste—Il ne faut pas interpréter de façon restrictive la compétence administrative générale de la Cour fédérale (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626)—En l'espèce, le document protégé a été obtenu sous contrainte dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir légal—Ce document, protégé pour des raisons d'ordre public, a été produit par inadvertance—Ordonné au demandeur de ne pas déposer la Liste auprès de la Cour et de la restituer au défendeur—(iii) Il ne faut porter atteinte au secret des communications entre avocat et client que dans les limites absolument nécessaires à la réalisation des fins visées par la Loi sur l'accès à l'information—Pour réaliser son objet, la Loi prévoit de larges pouvoirs d'enquête et d'examen—L'art. 36(2) donne au Commissaire à l'information accès à tout document nonobstant toute immunité reconnue par le droit de la preuve; l'art. 46 donne à la Cour accès à tout document nonobstant toute immunité reconnue par le droit de la preuve—Le pouvoir d'examen que la Cour tient de l'art. 46 recouvre la confidentialité des communications entre avocat et client—La confidentialité revendiquée en l'espèce ne peut avoir pour effet d'empêcher le Commissaire à l'information de verser les documents en question au dossier—Il appartient au juge du principal de se prononcer sur la question de la confidentialité des communications entre avocat et client et de l'admissibilité des documents se réclamant de cette protection—La protection revendiquée satisfait, aux yeux de la Cour, à la condition de confidentialité—Selon la règle 151(1), la Cour peut ordonner que des documents ou

**PREUVE—Fin**

éléments à déposer soient considérés comme confidentiels—La règle 151(2) prévoit qu'elle doit être convaincue de la nécessité de considérer ces documents ou éléments comme confidentiels—Ordonné que les documents pour lesquels la confidentialité des communications entre avocat et client est revendiquée, soient déposés à titre confidentiel, conformément aux règles 151 et 152—(iv) Notre justice est fondée sur le principe de publicité—Il y a présomption en faveur de l'accès du public; il incombe à celui qui veut empêcher l'exercice de ce droit de faire la preuve du contraire (*P.G. (Nouvelle-Écosse) c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175)—Il incombe au défendeur de prouver que le reste des documents doit être tenu confidentiel—L'art. 47 de la Loi sur l'accès à l'information prévoit les précautions à prendre contre la divulgation de documents dont le responsable de l'institution fédérale concernée peut refuser la divulgation—L'affidavit déposé en l'espèce ne fait état que de la possibilité que les documents en question puissent bénéficier de l'exemption prévue par la Loi sur l'accès à l'information—Une telle hypothèse ne suffit pas pour en justifier le traitement confidentiel—Les documents restants seront versés au dossier public—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 36(2), 42(1)a), 46(2), 47—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 61(2), 151, 152, 300, 304 à 314, 369, 384.

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-1125-99, juge en chef Richard, ordonnance en date du 15-11-99, 26 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande visant à obtenir l'annulation de l'ordonnance du 17 mai 1998 du CCRT au motif que celle-ci a été rendue sans que le demandeur ait été avisé et qu'en conséquence, une violation des règles de justice naturelle et du Code canadien du travail a été commise—Le 29 mars 1998, le Conseil a rendu une ordonnance demandant aux membres du syndicat demandeur de cesser toute activité illégale revêtant la nature d'une grève et de renoncer à limiter de manière illicite leur disponibilité au travail et leur production—L'ordonnance du 17 mai 1998 a ordonné que l'ordonnance [du 29 mars 1998] soit déposée à la Cour fédérale en vertu de l'art. 23(1) du Code—L'ordonnance du 17 mai 1998 a été rendue sans que le demandeur n'ait eu la possibilité de présenter ses observations quant à savoir s'il y avait une indication de non-respect ou de possibilité de non-respect de l'ordonnance et s'il existait d'autres motifs valables pour lesquels le dépôt de cette ordonnance ne serait d'aucune utilité en vertu de l'art. 23—Le demandeur a déposé une argumentation auprès du Conseil après que celui-ci eut rendu son ordonnance—Le demandeur a ensuite écrit au Conseil pour lui demander d'annuler l'ordonnance, le Conseil a avisé la défenderesse qu'elle disposait de 10 jours

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

pour répondre et a avisé le demandeur qu'il disposait de 10 jours pour déposer une réponse supplémentaire—Le demandeur a déposé une demande de contrôle judiciaire et le Conseil a suspendu l'étude de la demande de réexamen—Sans trancher la question, la Cour est disposée, aux fins de la présente affaire, à accepter que la procédure en vertu de l'art. 23(1) exige que le Conseil formule une opinion quant à savoir s'il doit déposer à la Cour fédérale une ordonnance qu'il a rendue, que la formulation de cette opinion constitue une décision et qu'avant de rendre une telle décision, les parties concernées devraient être avisées et avoir la possibilité de présenter des arguments au Conseil—Mais, compte tenu des circonstances, il ne serait pas approprié d'accueillir la demande de contrôle judiciaire—Le recours du demandeur était devant le Conseil—Le Conseil a consenti à faire ce que le demandeur lui demandait, soit de réexaminer son ordonnance du 17 mai 1998, après avoir reçu des arguments supplémentaires—La Cour ne pourrait accorder au demandeur un meilleur redressement et le demandeur n'en a pas demandé d'autre—Lorsqu'une partie cherche à obtenir devant un tribunal un redressement d'un

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

vice de procédure et que le tribunal accepte cette demande, sauf circonstances inhabituelles, qui ne sont pas présentes en l'espèce, il ne convient pas que le demandeur ignore le tribunal et insiste à vouloir faire appel aux cours de justice—La demande de réexamen présentée au Conseil aurait été traitée en moins d'un mois ou deux, si l'on se réfère à l'échéancier préparé par le Conseil—En insistant sur l'utilisation de la procédure de contrôle judiciaire, quelque 18 mois se sont écoulés—Le demandeur concède que la demande est maintenant sans objet—Il est évident et manifeste que le demandeur aurait dû agir devant le Conseil—Alors que la norme de contrôle de la question de justice naturelle est celle de la décision correcte, lorsque le Conseil consent à remédier à un vice de sa procédure, les parties devraient, à moins d'avoir de bonnes raisons de ne pas le faire, agir devant le Conseil—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 23(1).

ASSOC. CANADIENNE DU CONTRÔLE DU TRAFIC AÉRIEN  
C. NAV CANADA (A-367-98, juge Rothstein, J.C.A.,  
jugement en date du 18-11-99, 4 p.)





*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacré-Cœur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Cœur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9